

Il diritto dell'economia

ISSN 1123-3036

rivista quadrimestrale
open access di dottrina,
giurisprudenza
e documentazione

ottobre 2023

2

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. 111 (2 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 ottobre 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 Amorosino	(Università La Sapienza - Roma)
Carla Barbati	(Università IULM)
Mario Bertolissi	(Università di Padova)
Cristina Campiglio	(Università di Pavia)
Giovanni Cordini	(Università di Pavia)
Alessandro Crosetti	(Università di Torino)
Gabriella de Giorgi	(Università del Salento)
Marco Dugato	(Università di Bologna)
Rosario Ferrara	(Università di Torino)
Denis Galligan	(University of Oxford)
Carlo E. Gallo	(Università di Torino)
Marco Gestri	(Università di Modena e Reggio E.)
Francesco Marani	(Università di Modena e Reggio E.)
Anna Marzanati	(Università Bicocca - Milano)
Giuseppe Morbidelli	(Università La Sapienza - Roma)
Fabio Merusi	(Università di Pisa)
Giuseppe Pericu	(Università degli Studi di Milano)
Ornella Porchia	(Università di Torino)
Pierluigi Portaluri	(Università di Lecce)
Margherita Ramajoli	(Università Bicocca - Milano)
Giuseppe Restuccia	(Università di Messina)
Franco Gaetano Scoca	(Università La Sapienza - Roma)
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.

Indice n. 111 (2-2023)

ARTICOLI E SAGGI

<i>Gabriele Serra</i> , Tra danno e situazione giuridica soggettiva: osservazioni sulla perdita di <i>chance</i> nel diritto amministrativo	»	11
<i>Francesco Giacalone</i> , Il nuovo volto dell'informazione antimafia dopo le novelle del D.L. n. 152/2021: verso la definitiva consacrazione del "diritto amministrativo dell'emergenza criminale"?	»	37
<i>Leopoldo Esposito</i> , Le concentrazioni tra istituti di credito nei periodi di crisi economico-finanziarie: esempi del passato e previsioni future	»	81
<i>Giovanni Pasceri</i> , Le incertezze dell'istruttoria nella decisione amministrativa algoritmica	»	115
<i>Niccolò Pecchioli</i> , Vincolo di destinazione d'uso e disciplina dei beni culturali	»	151
<i>Pier Giorgio Visconti</i> , Affinità e interferenze tra poteri speciali e diritto societario	»	175
<i>Cristina Fragomeni</i> , Effettività della tutela giurisdizionale e riedizione del potere amministrativo	»	221
<i>Fabrizio Fracchia</i> , Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere. Un quadro d'insieme*	»	247
<i>Paola Lombardi</i> , Paesaggio, pianificazione e sviluppo sostenibile.....	»	305
<i>Danilo Pappano</i> , Profili finanziari dell'autonomia differenziata: criticità connesse alla definizione dei c.d. Lep e ai meccanismi di finanziamento delle funzioni trasferite....	»	323
<i>Gianluigi Delle Cave</i> , Rigenerare per ripartire: la "città intelligente" nel prisma delle riqualificazioni e delle rigenerazioni urbanistiche	»	353
<i>Fabio Cusano</i> , Ripensare all'impiego dell'energia nucleare in Italia	»	393
<i>Giuseppe Maria Marsico</i> , Sulle ricostruzioni ermeneutiche della responsabilità della Pubblica Amministrazione: tra occasionalità necessaria, rischio elettivo e politica del diritto	»	411
<i>Stefania Santamaria</i> , L'«amplissima discrezionalità» della Presidenza del Consiglio dei Ministri nell'applicazione dei poteri speciali. Opportunità o ostacolo?	»	445
<i>Maria Letizia Siciliano</i> , Il patrimonio culturale digitale. Le nuove frontiere della valorizzazione e fruizione nell'ottica dello sviluppo intergenerazionale.....	»	457

<i>Francesco Tomasicchio</i> , Il nodo delle concessioni demaniali marittime. Amministrazione, giudici, mercati e conflitti	»	481
<i>Marina Capobianco</i> , E.S.G., modelli di allerta e <i>due diligence</i> per uscire dalla crisi pandemica: quali opportunità per le aziende di minori dimensioni?	»	527
NOTE SUI COLLABORATORI		539

Tra danno e situazione giuridica soggettiva: osservazioni sulla perdita di *chance* nel diritto amministrativo

Gabriele Serra

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Di cosa parliamo quando parliamo di danno da perdita di *chance*. – 3. La *chance* tra interesse legittimo, giudizio di spettanza e natura dell'attività. – 4. Il fondamento dogmatico della *chance*: è meritevole di tutela la sola perdita della possibilità di conseguire il bene? – 5. Danno evento e danno conseguenza nella perdita di *chance*. – 6. Conclusioni.

1. *Premessa*

Tra gli argomenti che mostrano la tendenza evolutiva della responsabilità civile, il tema del risarcimento del danno da perdita di *chance* si pone senz'altro tra i più rilevanti.

L'istituto ha infatti attraversato numerosissime e articolate vicende dottrinali e giurisprudenziali, civili e amministrative, spesso peraltro risultando assai poco lineari i ragionamenti e le ricostruzioni poste a fondamento delle tesi o delle decisioni.

Nonostante dunque l'argomento abbia formato oggetto di numerosissimi contributi e analisi, è sempre apparso difficile, all'interprete, delinearne gli stessi profili fondamentali in termini costanti e coerenti, sconfinando spesso anche su concetti metagiuridici¹.

¹ Cfr. L. Viola, *Il danno da perdita di chances nel diritto amministrativo*, in *Foro Amministrativo (II)*, 2020, 3, 587-588: «In termini generali, è poi assolutamente evidente come l'intera problematica abbia seguito uno strano itinerario concettuale; ci si è, infatti, innamorati del risarcimento da perdita di *chances* ed imbarcati nella *querelle* tra tesi eziologica e ontologica, cercando di desumere argomentazioni favorevoli alla propria tesi dagli elementi più disparati (compresa l'etimologia, senza prima definire la sostanza e i limiti precisi della figura. Ne è risultato un dibattito abbastanza strano in cui tutti ritengono necessario aderire all'una o all'altra impostazione (che corrisponderebbe alla «vera» essenza della *chance*), dimenticandosi che non esiste una defi-

Sul piano metodologico dunque, questo breve lavoro si pone l'obiettivo di ricostruire gli elementi costitutivi della responsabilità risarcitoria da perdita di *chance* nel diritto amministrativo, definendone la sostanza, il fondamento e l'*actio finium regundorum*, rispetto alla responsabilità risarcitoria per equivalente relativa alla perdita del risultato finale e non già della sola *chance* di quel risultato.

La già rammentata particolare complessità di muovere da una condivisa premessa definitoria della perdita di *chance* ha determinato, ad avviso di scrive, una evoluzione non già coerente, bensì spesso schizofrenica, della giurisprudenza che si è, peraltro con frequenza, occupata del tema: sempre sul piano metodologico, si ritiene perciò infruttuoso il tentativo di ricostruire le coordinate fondamentali della *chance* esaminando le tendenze giurisprudenziali, soprattutto amministrative, sviluppando un'analisi capillare delle sentenze pubblicate nel corso anche solo degli ultimi anni, per comprendere e definire l'istituto in esame.

Si prediligerà allora, più che una ricostruzione capillare di tutte le tesi dottrinali e giurisprudenziali succedutesi nel tempo (*rectius*: alternatesi, avanti e indietro), un percorso logico coerente che, partendo dal problema che l'elaborazione della *chance* vuole fronteggiare, giunga a quella che si ritiene essere, oggi, la più convincente sua costruzione.

A quel punto, si potranno analizzare i connotati che essa assume nell'ambito del rapporto tra privato e pubblica amministrazione, cuore della presente analisi, cercando di offrire un fondamento all'istituto e delineandosi i profili applicativi nel giudizio risarcitorio davanti al giudice amministrativo.

Parafrasando Raymond Carver, ciò che è necessario capire, in primo luogo, è dunque di cosa parliamo quando parliamo di danno da perdita di *chance*².

2. *Di cosa parliamo quando parliamo di danno da perdita di chance*

Come detto, delineare le coordinate essenziali dell'istituto per procedere alla sua analisi nell'ambito del rapporto tra privato e pubblica amministrazione, che evidentemente non può coinvolgere ogni aspetto dell'evoluzione del tema, impone di dar conto di quelle che si ritengono essere le più convincenti acquisizioni in ordine alla struttura della *chance*.

Ora, il punto di partenza dell'emersione della problematica del risarcimento del danno da perdita di *chance*, può e deve essere validamente rinvenuto in ciò che la dottrina ha recentemente ben messo in luce: «il diritto della responsabilità civile

nizione della *chance* e che tutto deriva da una giurisprudenza molto empirica e che incasella argomentazioni e tecniche spesso molto differenti».

² R. Carver, *Di cosa parliamo quando parliamo d'amore*, Einaudi, 2015.

segue tendenzialmente la regola del «tutto o niente». Se il danneggiato prova il nesso causale ottiene il risarcimento per intero, se non lo prova non ottiene alcunché»; tale impostazione «si regge sull'argomento per cui un limite rigido è necessario per garantire la certezza del diritto, ma soprattutto risulta essere una conseguenza logica dell'onere probatorio: o il giudice ritiene il fatto provato o non lo ritiene tale, *tertium non datur*. Conseguentemente il risarcimento è intero o non è affatto»³.

È solo muovendo da tale assunto problematico che si può comprendere l'evoluzione che ha condotto la dottrina e la giurisprudenza a dibattere intorno alle due note tesi ribattezzate della c.d. *chance* eziologica e della c.d. *chance* ontologica, nonché di tesi mediane⁴.

In termini estremamente sintetici e solo per dare contezza del profilo, può dirsi che la teorica della *chance* eziologica identifica la *chance* come la perdita di un risultato o di un guadagno futuro, la quale quindi non ha autonoma consistenza, ma è mero presupposto causale per il raggiungimento del risultato sperato; la tesi della c.d. *chance* ontologica invece qualifica la *chance* come bene autonomo rispetto al risultato perso, definendola come possibilità attuale di raggiungere il risultato futuro, già presente nel patrimonio del danneggiato⁵.

Come anticipato, non si vuole in questa sede ripercorrere il lungo dibattito, peraltro spesso ancora fuorviante attuale, in ordine alle tesi sopra esposte e alla giurisprudenza che si è affannata a sostenere l'una o l'altra tesi, potendosi sul punto rinviare alle numerose trattazioni in merito⁶, ma utilizzare invece

³ G. Cricenti, *La perdita di chance nella responsabilità civile*, Torino, 2019, Cap. 2, par. 3.

⁴ Coglie appieno la rilevanza di tale profilo L. Viola, *Il danno da perdita di chances*, cit., 589.

⁵ Cfr. F. Caringella. L. Buffoni, *Manuale di diritto civile*, 2013, 676.

⁶ La bibliografia è sterminata. Oltre ai lavori citati di seguito nel testo, nella dottrina civilistica si v., tra i tanti, F.D. Busnelli, *Perdita di chance e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1965, IV, 50; C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 761 ss.; R. Pucella, *La causalità incerta*, Torino, 2007; M. Bianca, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2014, 623 ss.; G. Cricenti, *La perdita di chance nella responsabilità civile*, cit.; M. Bona, *Il nesso causale da perdita di chance*, Milano, 2018; G.E. Napoli, *La perdita di chance nella responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 52; R. Pucella, *L'insanabile incertezza e le chances perdute*, in *Nuova giur. civ.*, 2018, 1684; S. Mazzamuto, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, in *Europa e dir. privato*, 2010, 49; M. Barcellona, *Chance e causalità: preclusione di una virtualità positiva e privazione di un risultato utile*, in *Europa e dir. privato*, 2011, 945; A. Negro, *Il danno da perdita di chance*, in P. Cendon (diretto da), *Responsabilità civile*, 2017, III, 4772-4806. Nella dottrina amministrativistica, oltre ai contributi citati nel prosieguo, si v., anche qui *ex multis*, O.M. Caputo, *La perdita di "chance" ontologica approda nelle aule della giustizia amministrativa*, in *Urb. e app.*, 2015, 706 ss.; S. Ingegnatti, *Risarcibilità del danno da perdita di "chance" nel diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 2015, 11, 2508-2514; I. Pagani, *Il risarcimento della perdita di chance nelle gare per affidamenti pubblici*, in *Giur. it.*, 2018, 1173 ss.; P. Patrio, *La perdita di chance nel diritto dei contratti pubblici*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 1620 ss.; S.R. Masera, *Il nesso di causalità per il risarcimento della chance perduta*, in *Urb. e app.*, 2015, 227 ss.; F. Trimarchi Banfi, *La chance nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 873 ss.; G. Vercillo, *La tutela della chance. Profili di diritto amministrativo*, Napoli, 2012; M. Bonomi, *La perdita di chance quale danno risarcibile in via autonoma a seguito di illegittimo comportamento della p.a.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 4, 10306 ss.; B. Tassone, *La chances nel diritto amministrativo (e non solo): riflessioni sistemiche in prospettiva multidisciplinare*, in *Federalismi.it*, n. 29/2020, 199-234.; M. Abbruzzese, *Il risarcimento della chance perduta, tra pubblico e privato*, in www.giustizia-amministrativa.it; T. Raimo, *Ceci n'est pas une*

quella che risulta essere la più convincente ricostruzione della *chance*, valida base tanto per la sua risarcibilità nell'ambito dei rapporti tra privati, quanto di quelli tra privato e pubblica amministrazione, la quale condivisibilmente prescinde dalla dicotomia delle tesi ora esposte.

Proprio muovendo dall'assunto problematico inizialmente riportato, si è correttamente evidenziato in dottrina come il problema dell'accertamento del nesso causale sia stato affrontato elaborando la famosa massima del c.d. più probabile che non o della preponderanza dell'evidenza⁷, che, in una sua prima formulazione, è costruita secondo il rigido schema del 50% più uno di probabilità che il fatto illecito abbia causato il danno, così garantendo il rispetto dell'onere della prova secondo un meccanismo quanto più facilmente determinabile⁸.

A fronte però dell'insoddisfazione derivante da tale rigidità, si è insinuato nella giurisprudenza un orientamento che ha cercato di arginare gli effetti rigidosi dell'applicazione del rigido parametro matematico (per cui, ad es., a fronte del raggiungimento del 49% di probabilità, il risarcimento sarebbe stato del tutto negato), ricorrendo proprio alla definizione di *chance*, per cui si poteva affermare che, se pur a fronte del fatto che non fosse "più probabile che non" che l'illecito avesse cagionato il danno (ad. es. la morte del paziente), si era comunque inverteva una lesione minore (la perdita della possibilità di sopravvivere)⁹.

In tal modo, però, si è costruita una «forma di responsabilità parziaria per una causalità incerta»¹⁰ che risulta assai difficile da configurare nell'ordinamento giuridico ed in contrasto con l'esigenza di certezza sottesa al necessario accertamento del nesso di causalità pieno tra illecito e danno e al principio dell'onere della prova.

Più correttamente, il problema è stato affrontato dalla Terza Sezione Civile della Corte di Cassazione in materia di responsabilità sanitaria, che ha, in sostanza, definito la *chance* «non come regola (a)causale, ma come evento di danno – in termini di possibilità perduta di un risultato migliore e soltanto eventuale», con

chance. nota a Consiglio di Stato, sez. VI, 13 settembre 2021, n. 6268, in Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli Enti pubblici, 23.04.2022.

⁷ In tema V. in dottrina, C. Bona, *Nesso di causalità*, in *Danno e resp.*, 2006, 396; P.G. Monateri, C. Bona, *Il nesso di causa nella responsabilità civile alla persona*, in *Il nesso di causa nel danno alla persona*, a cura di C. Bona, Milano, 2005, 1 ss.; F. Stella, *A proposito di talune sentenze civili in tema di causalità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, 1159; C. Bona, *Il nesso di causa nella responsabilità civile del medico e del datore di lavoro a confronto con il decalogo delle Sezioni Unite Penali sulla causalità omissiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, 384; V. Carbone, *Il rapporto di causalità*, in Alpa, Bessone (diretta da), *La responsabilità civile*, vol. II, Torino, 1997, 51 ss.; nella dottrina amministrativistica V., per tutti, F. Fracchia, M. Occhiena, *Il giudice amministrativo e l'inferenza logica: "più probabile che non" e "oltre", "rilevante probabilità" e "oltre ogni ragionevole dubbio". Paradigmi argomentativi e rilevanza dell'interesse pubblico*, in *Dir. econ.*, 2018, 3, 1125-1164; in giurisprudenza V., *ex multis*, Cass. civ., 17 settembre 2013, n. 21255, in *Foro it.*, 2013, I, 3122 ss; Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Corr. giur.*, 2008, 1, 35.

⁸ Cfr. L. Viola, *Il danno da perdita di chances*, cit., 588 ss.

⁹ Cfr. G. Cricenti, *La perdita di chance nella responsabilità civile*, cit.

¹⁰ L. Viola, *Il danno da perdita di chances*, cit., 591.

la conseguenza che «evapora così la distinzione (che appare sovente motivo di confusione concettuale e applicativa) tra *chance* cd. “ontologica” e *chance* “eziologica”, volta che quest’ultima sovrappone inammissibilmente la dimensione della causalità con quella dell’evento di danno, mentre la prima evoca una imprevedibile fattispecie di danno *in re ipsa* che prescinde del tutto dall’esistenza e dalla prova di un danno conseguenza risarcibile»¹¹.

Posta tale definizione di *chance* e il superamento dell’equivoca distinzione tra le due tesi che avevano occupato il campo del dibattito, la sentenza ora citata chiarisce anche il profilo maggiormente rilevante in ordine alla determinazione del campo applicativo del danno da perdita di *chance*, in particolare in contrapposizione con il danno da perdita (non della possibilità ma) del risultato migliore vero e proprio: «la *chance* si sostanzia, in definitiva, nell’incertezza del risultato, la cui “perdita”, ossia l’evento di danno, è il precipitato di una chimica di insuperabile incertezza, predicabile alla luce delle conoscenze scientifiche e delle metodologie di cura del tempo rapportate alle condizioni soggettive del danneggiato»¹².

Fedeli alla premessa metodologica sopra citata, non pare necessario indugiare oltre sui profili esaminati dalla giurisprudenza, poiché tale impostazione, senz’altro condivisibile, rappresenta anche la corretta base ermeneutica per comprendere quando sia lecito discorrere di *chance* perduta anche nell’ipotesi di provvedimento illegittimo della pubblica amministrazione che abbia cagionato un danno al privato destinatario.

In merito, è appena solo il caso di evidenziare come l’impostazione ora descritta sembra accolta anche da una recente sentenza del Consiglio di Stato, il quale ha rilevato che la *chance* è una «figura elaborata al fine di ‘traslare’ sul versante delle situazioni soggettive – e, quindi, del danno ingiusto – un problema di causalità incerta: quello cioè delle fattispecie in cui non sia affatto possibile accertare, già in astratto e in termini oggettivi, se un determinato esito vantaggioso (per chi lo invoca) si sarebbe o meno verificato senza l’ingerenza illecita del danneggiante»¹³.

In un ideale ragionamento circolare che ci riporta al punto di partenza, *i.e.* la problematica da cui è scaturita la teorica sulla rilevanza giuridica della *chance*, la citata giurisprudenza della Corte di Cassazione ha ben evidenziato come la presente impostazione «consente (come scelta, *hic et nunc*, di politica del diritto, condivisa, peraltro, anche dalla giurisprudenza di altri Paesi di *Common* e di *Civil law*) di temperare equitativamente il criterio risarcitorio del cd. *all or nothing*,

¹¹ Cass. Civ., Sez. III, 11 novembre 2019, n. 28993, in *Foro it.*, 2020, 1, I, 187.

¹² Cass. Civ., Sez. III, n. 28993/2019, cit., par. 15.

¹³ Cons. Stato, Sez. VI, 13 settembre 2021, n. 6268, in *GiustiziaInsieme.it*, con nota di I. Genuessi, *La risarcibilità del danno da perdita di chance (nota a Consiglio di Stato, Sez. VI, 13 settembre 2021, n. 6268)*.

senza per questo essere destinata ad incidere sui criteri di causalità, né ad integrarne il necessario livello probatorio»¹⁴.

3. *La chance tra interesse legittimo, giudizio di spettanza e natura dell'attività*

Si è detto sin qui dunque che la *chance*, in senso proprio, attiene alla possibilità del conseguimento o del mantenimento del bene della vita, che si è perduto in ragione dell'illecito.

Come si è visto sopra, in termini generali, il riferimento alla perdita di *chance* può essere validamente speso unicamente nelle ipotesi in cui non sia possibile accertare, in giudizio, se in assenza del fatto illecito il danneggiato avrebbe visto soddisfatto il proprio interesse e dunque conseguito o conservato il bene della vita; impossibilità di accertamento derivante da oggettiva e ontologica irrisolvibilità circa la soddisfazione del predetto bene.

Ora, se così è, possiamo traslare queste acquisizioni generali nel diritto amministrativo, con riferimento all'accertamento della responsabilità risarcitoria della pubblica amministrazione derivante dall'esercizio di attività provvedimento illegittima.

Il punto di partenza è senz'altro da rinvenirsi, anche per una corretta impostazione del discorso, nel portato della sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 500 del 1999, la quale, come noto, nel riconoscere la risarcibilità per equivalente dell'interesse legittimo, ha affermato la necessità del compimento del c.d. giudizio di spettanza, consistente nella verifica, perché possa dirsi effettivamente leso l'interesse legittimo e integrato un danno ingiusto, come tale risarcibile, dell'effettiva conseguibilità del bene della vita da parte del privato¹⁵.

Tale passaggio logico-giuridico è confermato e ribadito da tutta la giurisprudenza amministrativa successiva, che ancor oggi ritiene necessario, perché possa dirsi verificatosi, sul piano materiale, un danno ingiusto, accertare che il bene della vita sotteso all'interesse legittimo spetti effettivamente al privato in presenza dell'esercizio di una attività amministrativa legittima¹⁶.

¹⁴ Cass. Civ., n. 28993/2019, cit., par. 23.

¹⁵ Si ricorda che la sentenza Cass. Civ., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, è reperibile in *Resp. civ. e prev.*, 1999, 81 e ss., con nota di F. Bile, *La sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione* e di G. Alpa, *Il revirement della Corte di Cassazione sulla responsabilità per lesione di interessi legittimi*. In dottrina sul giudizio di spettanza v. per tutti G. Falcon, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. Amm.*, 2001, 2, 317.

¹⁶ Cfr., *ex multis*, Cons. Stato sez. IV, 4 febbraio 2019, n. 840, in www.giustizia-amministrativa.it, per cui «la responsabilità risarcitoria della pubblica amministrazione per lesione dell'interesse legittimo sussiste soltanto se l'attività amministrativa illegittima abbia determinato la lesione del bene della vita al quale l'interesse

Se è senz'altro vero, come riconosciuto ampiamente in dottrina, che tale impostazione possa essere di ostacolo, e financo di disconoscimento, rispetto all'ammissibilità del risarcimento da perdita di *chance*¹⁷ – e in disparte la circostanza per cui la giurisprudenza ha comunque continuato a discorrere di danno da perdita di *chance* – anche in termini dogmatici si ritiene che la doverosa verifica della spettanza del bene della vita non sia del tutto incompatibile con il riconoscimento dell'ammissibilità del danno da perdita di *chance*, come si cercherà di dimostrare.

Sotto questo profilo, il ragionamento può muovere dal diverso sindacato consentito al giudice amministrativo, in sede risarcitoria, in ordine alla verifica della spettanza del bene della vita al privato, rispetto alla diversa natura dell'attività amministrativa con cui la posizione del privato si confronta, distinguendo tra attività vincolata e attività discrezionale (ed anche discrezionale tecnica)¹⁸.

Ciò dovendosi ricordare che di *chance* perduta è lecito discorrere solo laddove sia oggettivamente impossibile accertare la spettanza del bene della vita a favore del privato, poiché laddove, al contrario, tale accertamento sia oggettivamente possibile, si verte nella diversa ipotesi del risarcimento per equivalente non della sola possibilità di conseguire il risultato, ma del vero e proprio mancato conseguimento di quel risultato.

Se così è, la giurisprudenza ha da tempo condivisibilmente chiarito che, in presenza di attività vincolata, il giudice amministrativo può ben operare un sindacato teso ad accertare l'effettiva spettanza del bene della vita, ossia non limitato all'accertamento dei vizi di legittimità dedotti con il ricorso, perché in tali casi non si verifica un'indebita sostituzione del giudice all'amministrazione, in quanto la spettanza del bene della vita è già predeterminata a livello normativo¹⁹.

legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega, e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento (cfr. *ex plurimis*, da ultimo, Cons. Stato, IV, 7 gennaio 2019, n. 137; Cons. Stato, IV, 14 giugno 2018, n. 3657)». Da ultimo anche Cons. Stato, Ad. Plen., 23 aprile 2021, n.7, in *Foro it.*, 2021, 7-08, III, 394 che, nel confermare la natura extracontrattuale della responsabilità della pubblica amministrazione, ha negato la risarcibilità autonoma del c.d. danno da mero ritardo, ribadendo che «è pertanto necessario accertare che vi sia stata la lesione di un bene della vita».

¹⁷ Sul punto cfr. L. Viola, *Il danno da perdita di chances*, cit., 577.

¹⁸ Il profilo è affrontato da G. Marena, *La perdita di chance in diritto amministrativo*, in *Danno e resp.*, 2009, 1035 ss., in part. 1039-1040, che però, come si vedrà, non pare giungere a conclusioni soddisfacenti.

¹⁹ Cfr. *ex multis* T.A.R. Trento, Sez. I, 12 luglio 2017, n. 231, in www.giustizia-amministrativa.it: «dal combinato dell'art. 21-*octies*, comma 2, primo periodo, della legge n. 241/1990 (secondo il quale «non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato»), con l'art. 31, comma 3, cod. proc. amm. (secondo il quale «il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione»)».

Rispetto dunque all'attività vincolata, non può darsi l'ipotesi in cui il privato possa ottenere il risarcimento del danno da perdita di *chance*, poiché sarà sempre possibile, per il giudice amministrativo, verificare se il bene della vita spetta al ricorrente o meno sulla base della norma che contempla l'interesse legittimo del privato a fronte dell'attività amministrativa.

Infatti, se il giudice accerta la spettanza del bene della vita, in presenza di tutti gli altri elementi costitutivi della responsabilità risarcitoria, il risarcimento non sarà limitato all'equivalente della sola *chance* di conseguire il risultato, bensì all'equivalente del risultato stesso; viceversa però, se il giudice, operata la verifica in ordine alla spettanza del bene della vita, accerta che esso non sarebbe comunque stato conseguito dal ricorrente anche in presenza di una attività amministrativa legittima, alcun risarcimento deve essere riconosciuto al ricorrente, neppure in termini di perdita di *chance*.

Opinare diversamente significherebbe riportare la *chance* sul terreno del nesso di causalità, ragionamento che si è sopra ampiamente confutato, sostanzialmente affermando che sono risarcibili anche lesioni pur laddove risulti provato che non è "più probabile che non" che esse siano causalmente collegate al fatto illecito.

In altre parole, in ipotesi di attività vincolata, non può mai verificarsi quella condizione di oggettiva inaccertabilità della spettanza del bene della vita, poiché non si frappongono a tale accertamento né ostacoli materiali, né giuridici, potendo il giudice amministrativo sempre operare la verifica, unicamente da condurre sul piano della conformità a legge dell'istanza del privato, dell'accoglibilità della stessa e della conseguente spettanza del bene della vita.

Vi è invece, ad avviso di chi scrive, spazio per la risarcibilità – anche – della perdita di *chance* in ipotesi di interesse legittimo del privato che si confronti con il potere discrezionale.

In tal senso e in termini generali, la giurisprudenza ha condivisibilmente riconosciuto che, a differenza che in ipotesi di attività vincolata, in ipotesi connotate dalla persistenza in capo all'amministrazione di spazi di riesercizio del potere discrezionale, va esclusa l'indagine del giudice sulla spettanza del bene della vita, ammettendosi il risarcimento solo dopo e a condizione che l'amministrazione, riesercitato il proprio potere come le compete per effetto del giudicato, abbia riconosciuto al richiedente il bene della vita; nel qual caso il danno ristorabile non potrà che ridursi al solo pregiudizio dal ritardo²⁰.

²⁰ Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 10 gennaio 2011, n. 18; Cons. Stato sez. VI, 11 dicembre 2006, n. 7215. Da ultimo v. T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 13 ottobre 2022, n. 374, tutte reperibili in www.giustizia-amministrativa.it, con motivazione che vale la pena riportare: «allorquando la pubblica amministrazione conserva un ambito di apprezzamento discrezionale del provvedimento ampliativo richiesto e la possibilità di una legittima diversa determinazione, risulta mancante il nesso di causalità tra l'illegittimità dell'atto lesivo ed il danno lamentato (C.d.S., sez. V, 7 ottobre 2008, n. 4868; 22 aprile 2004, n. 2994; C.d.S., sez. IV, 15 luglio

Orbene, se così è, deve guardarsi al riesercizio del potere discrezionale da parte della pubblica amministrazione: se l'amministrazione accoglie l'istanza del privato, risulta dimostrata la spettanza del bene della vita, che viene però in tal modo soddisfatto, residuando, come detto l'eventuale danno da ritardo, inquadabile nelle conseguenze pregiudizievoli sofferte per effetto del mancato conseguimento tempestivo del bene della vita; se l'amministrazione rigetta l'istanza del privato, con provvedimento che diviene definitivo (per omessa impugnazione o accertamento giudiziale della sua legittimità), al privato non spetterà alcun risarcimento del danno per equivalente, in quanto è risultato accertato che il bene della vita non gli spetta.

Quale dunque lo spazio per il risarcimento del danno da perdita di *chance*?

Esso si individua in quelle fattispecie nelle quali l'amministrazione non può più utilmente, in fatto, riesercitare il potere amministrativo, poiché in tal caso si verifica quell'irrisolvibile incertezza giuridica circa la spettanza del bene della vita: da un lato, il giudice amministrativo non può sostituirsi all'amministrazione nella valutazione discrezionale che le sarebbe spettata, *ex lege*, circa la verifica della compatibilità dell'interesse pubblico con la soddisfazione dell'interesse materiale del privato sotteso all'interesse legittimo; dall'altro però, neppure la pubblica amministrazione può più svolgere tale verifica, poiché si è esaurito il procedimento amministrativo espressivo del potere che si confrontava con l'interesse legittimo.

Sono essi tipicamente i casi in cui: è rimasta accertata l'illegittimità della scelta dell'amministrazione che abbia affidato un contratto pubblico in assenza di procedura ad evidenza pubblica, non risultando più accertabile se l'impresa che avrebbe partecipato alla gara l'avrebbe poi vinta; l'impresa illegittimamente esclusa dalla gara non possa essere più riammessa, essendo ormai stato eseguito il contratto

2008, n. 3552). Ciò induce a ritenere che qualora a seguito dell'annullamento di un atto a contenuto discrezionale si imponga un'attività rinnovatoria che si traduca in ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione a contenuto discrezionale che non determinino con certezza o elevata probabilità l'attribuzione del bene della vita in favore del ricorrente deve escludersi il riconoscimento del risarcimento danni. Tale approccio ermeneutico trova positivo riscontro nella giurisprudenza amministrativa che con orientamento pressoché costante ha avuto cura di rimarcare che in tema di interessi pretensivi il risarcimento del danno può essere ammesso solo quando l'attività amministrativa rinnovatoria conseguente ad annullamento di illegittimo diniego si connoti in termini tali da escludere ogni ulteriore apprezzamento discrezionale, ovvero quando residui all'Autorità amministrativa un potere sostanzialmente vincolato, anche se entro i termini della sentenza di annullamento; esso deve escludersi, al contrario, qualora in capo all'Autorità stessa residui un margine di apprezzamento discrezionale che configuri come eventuale l'emanazione del provvedimento ampliativo della sfera giuridico patrimoniale dell'interessato (CS, Sez. VI, n. 1945 del 15/4/2003; T.A.R. Lazio Roma Sez. II, 07/07/2006, n. 5526; Tar Lazio, sez. II, n. 2293 del 10/3/2004; Tar Sardegna, n. 40 del 17/1/2004). In definitiva l'annullamento di un atto dal quale consegue una riedizione del potere amministrativo, per vizi che non comportano un giudizio definitivo in ordine alla spettanza o meno del bene da conseguire, ha come conseguenza che la domanda di risarcimento del danno causato da detto illegittimo provvedimento non può essere accolta, ove persistano in capo alla p.a. significativi spazi di discrezionalità amministrativa, in sede di riesercizio del potere (in tali termini, T.A.R. Campania Napoli Sez. VII Sent., 24/06/2011, n. 3392; T.A.R. Liguria Genova Sez. II Sent., 03/04/2009, n. 587)».

pubblico; un candidato ad un concorso pubblico è stato illegittimamente escluso e il contratto di lavoro per cui era stata svolta la procedura è stato eseguito²¹.

Ciò a patto, naturalmente, che il potere amministrativo in tal caso da esercitarsi non fosse ancorato a rigidi presupposti normativi o di autovincolo, sicché sarebbe possibile accertare se il privato danneggiato avrebbe effettivamente o meno conseguito il bene della vita. Ma, laddove, come tipicamente accade, l'amministrazione sia titolare di un potere discrezionale o comunque del potere di svolgere valutazioni di natura tecnico-discrezionale, a monte, per l'individuazione del destinatario del provvedimento favorevole, l'eventuale impossibilità per la stessa di ripeterle apre dunque la strada a quell'oggettiva incertezza, non dipendente dal difetto di prova da parte del danneggiato, circa l'effettiva spettanza del bene della vita.

Ed è in quest'ambito che, allora, può ben discorrersi della lesione alla (sola) possibilità di conseguimento del bene della vita sotteso all'interesse legittimo di cui il privato è titolare.

Non è dunque condivisibile la tesi per cui la sola natura dell'attività amministrativa illegittimamente esercitata determina se il privato possa ottenere il risarcimento del danno da perdita di *chance*, nel senso che in presenza di una attività vincolata sia possibile accertare per il giudice «il grado di consistenza della pretesa fatta valere dal soggetto leso», mentre in presenza di un'attività discrezionale ciò sarebbe più difficile, ma comunque residui per il giudice «la possibilità di riconoscere la perdita di *chance*, sulla base di un grado di approssimazione al bene della vita raggiunto dal ricorrente»²².

²¹ Si possono vedere i lucidi esempi di E. Follieri, *L'ubi consistam della perdita di chance nel diritto amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, che infatti evidenzia che non si potrà parlare di perdita di *chance* se «nel riesercizio del potere conseguente all'annullamento, l'amministrazione: stipula un altro contratto con il concorrente escluso; istituisce un altro posto di impiego a tempo determinato con nuova decorrenza; rinfanzia gli incentivi;». Meno convincente è in realtà l'esempio relativo agli interessi oppositivi: rispetto ad essi l'A. afferma che «si pensi a un provvedimento di autorizzazione per la realizzazione di una centrale nucleare di produzione di energia elettrica di ultima generazione impugnato da associazioni ambientaliste e da cittadini residenti nelle immediate vicinanze che fanno valere l'interesse legittimo oppositivo a questo intervento modificativo (e forse inquinante) dell'ambiente; l'annullamento del giudice interviene quando l'opera è realizzata e si preclude la possibilità di impedire l'esecuzione dell'intervento», ove la *chance* sarebbe esclusa se l'amministrazione «elimina la centrale nucleare per la produzione di energia elettrica». Ad avviso di chi scrive, in realtà, non si può discorrere di perdita di *chance* per l'assorbente considerazione che l'amministrazione avrà sempre, in fatto, la possibilità di eliminare la centrale nucleare illegittimamente realizzata, se essa non può essere realizzata in conformità alla legge; la possibilità dunque che ciò avvenga determina che non vi è quella incertezza fattuale irrisolvibile circa la spettanza del (*rectius*: mantenimento del) bene della vita sotteso all'interesse oppositivo dei vicini della centrale. In altre parole, delle due l'una: o la centrale può essere realizzata, anche se in un primo momento il potere è stato illegittimamente esercitato, e in tal caso non spetta alcun risarcimento del danno, neppure da perdita di *chance*; oppure la centrale non può essere realizzata, ed allora se la stessa non viene eliminata, così risarcendo in forma specifica il bene della vita (salvo danni sofferti per il ritardo), il risarcimento dovuto sarà per equivalente al bene della vita leso, non essendovi incertezza circa la spettanza (mantenimento) di esso.

²² In questi termini G. Marena, *La perdita di chance*, cit., 1039, che peraltro, non condivisibilmente, accomuna attività vincolata e attività discrezionale tecnica.

Ad avviso di chi scrive detta impostazione, pur cogliendo la rilevanza della distinzione tra attività vincolata e discrezionale, confonde i piani di riflessione, nel momento in cui assume sempre come possibile il risarcimento del danno da perdita di *chance* e come riconnetta esso solo ad una maggiore o minore semplicità di accertamento da parte del giudice.

Invero, in senso contrario, si ritiene di aver dimostrato, posta la differente natura tra *chance* di conseguire un risultato e risultato stesso, che in presenza di attività vincolata sarà senz'altro sempre possibile accertare se il risultato positivo sarebbe o meno stato conseguito dal privato, con operatività perciò del solo risarcimento per equivalente; in presenza di attività discrezionale, tale possibilità può o meno verificarsi – ma non è sempre presente o esclusa – a seconda della possibilità concreta che il potere discrezionale spettante all'amministrazione possa da essa essere riesercitato a seguito dell'annullamento del provvedimento illegittimo.

Solo in presenza di circostanze fattuali che ne escludono la riesercitabilità, il privato, che non potrà mai conseguire il risarcimento del danno per equivalente del bene della vita non conseguito, poiché non è possibile accertarne la spettanza secondo il criterio del più probabile che non – poiché sarebbe il giudice a dover compiere l'accertamento discrezionale – potrà però domandare il risarcimento del danno relativamente alla lesione subita alla propria *chance* perduta di conseguire quel bene della vita sotteso all'interesse legittimo.

Salvi alcuni profili che si approfondiranno oltre, è dunque condivisibile l'affermazione di fondo recentemente resa da una già citata sentenza del Consiglio di Stato, che ha chiarito che «la tecnica risarcitoria della *chance* presuppone una situazione di fatto immodificabile, che abbia definitivamente precluso all'interessato la possibilità di conseguire il risultato favorevole cui aspirava. Solo qualora il procedimento amministrativo dichiarato illegittimo non sia in alcun modo 'ripetibile' – neppure virtualmente (stante i limiti posti alla cognizione giudiziale), come invece resta possibile in caso di attività vincolata, nel qual caso può essere richiesto soltanto il risarcimento del controvalore del risultato sperato – il giudizio di ingiustizia può assumere ad oggetto la perdita della possibilità di un vantaggio»²³.

²³ Cons. Stato, Sez. VI, n. 6268/2021, cit. Afferma infatti coerentemente il Consiglio di Stato che «poiché l'esigenza giurisdizionale è quella di riconoscere all'interessato il controvalore della mera possibilità – già presente nel suo patrimonio – di vedersi aggiudicato un determinato vantaggio, l'an del giudizio di responsabilità deve coerentemente consistere soltanto nell'accertamento del nesso causale tra la condotta antigiuridica e l'evento lesivo consistente nella perdita della predetta possibilità. [...] Richiedere (come ha fatto il giudice di primo grado) che la possibilità di conseguire il risultato debba raggiungere una determinata soglia di probabilità prima di assumere rilevanza giuridica, significa ricondurre nuovamente il problema delle aspettative irrimediabilmente deluse (con un percorso inverso a quello che ha portato a configurare la '*chance*' come bene autonomo, in ragione dell'impossibilità di dimostrare l'efficienza causale della condotta antigiuridica nella produzione del risultato finale) dal 'danno' alla 'causalità'. In questo modo la '*chance*' finisce per essere utilizzata quale frazione probabilistica di un risultato finale di cui (poteva essere fornita, ma) è mancata la prova. Ma si tratta di un esito

Mentre risultano erranee le affermazioni giurisprudenziali, pure recenti, per cui «ove il giudizio si concluda con la valutazione della sua spettanza [del bene della vita], certa o probabile, il danno – in presenza degli altri elementi costitutivi dell'illecito e salva la riduzione prevista per le ipotesi di cui all'art. 1227 c.c. – può essere risarcito, rispettivamente, per intero o sotto forma di perdita di *chance*»²⁴.

È evidente infatti la confusione di piani operata, poiché si assume come la situazione giuridica soggettiva abbia la medesima consistenza, *i.e.* la spettanza del bene della vita, e che poi essa sarà risarcita in misura pari allo stesso o in misura ridotta a seconda che il giudizio di accertamento si concluda in termini di certezza della spettanza o di sola probabilità.

Il che, come si è ampiamente argomentato, non è condivisibile, poiché la *chance* non ha ad oggetto il mancato conseguimento del risultato secondo un dato standard probatorio più o meno certo, bensì la sola possibilità di conseguire quel risultato, che è divenuto irresolubilmente incerto, per ragioni oggettive e non di mancato assolvimento dell'onere della prova.

L'impostazione che si è sin qui descritta, prima di procedere ad analizzare cosa debba essere ulteriormente accertato dal giudice, in presenza di siffatte ipotesi di incertezza irresolubile circa la spettanza del bene della vita, perché la *chance* lesa possa essere risarcita ed in che misura (*infra* par. 5), deve confrontarsi col quesito di fondo in ordine alla natura – e dunque alla stessa ammissibilità – della *chance*.

4. *Il fondamento dogmatico della chance: è meritevole di tutela la sola perdita della possibilità di conseguire il bene?*

Come correttamente osservato dalla dottrina infatti, la tesi sulla *chance* anche qui esposta e condivisa «non spiega perché la sua perdita sia giuridicamente rilevante e comporti il risarcimento dei danni; infatti, potrebbe essere non altro che un interesse di mero fatto»²⁵.

Rispetto a tale questione infatti, vi è chi, nella dottrina amministrativistica, nega autonomia concettuale – e dunque risarcibilità – alla lesione della *chance*: in tal senso infatti, la *chance* non sarebbe riconducibile alla categoria dell'interesse legittimo pretensivo, in quanto «l'interesse legittimo avrebbe ad oggetto l'aggiudicazione della gara e non una possibilità, seppur concreta, di ottenerla»; peraltro, secondo questa impostazione, rileverebbe in senso contrario anche la necessaria

del tutto contraddittorio, in quanto, se la verifica dell'evento finale può essere empiricamente riscontrata, allora non ricorrono neppure i presupposti per l'operatività della '*chance*'».

²⁴ Così ad es. Cons. Stato sez. IV, n. 840/2019, cit.

²⁵ E. Follieri, *L'ubi consistam della perdita di chance nel diritto amministrativo*, cit.

intermediazione del potere alla soddisfazione del bene della vita, per cui «suscita, pertanto, perplessità la tesi espressa dal Consiglio di Stato secondo cui il danno da perdita di *chance* si configurerebbe quale danno attuale, [...] l'attualità, infatti, non sarebbe insita nella *chance*, in quanto dipenderebbe esclusivamente dall'esercizio del potere amministrativo»²⁶.

Altra tesi, sempre assumendo la non riconducibilità della *chance* all'interesse legittimo, afferma che la tutela della *chance* risiede «nella violazione dei c.d. interessi procedurali che la pubblica amministrazione deve necessariamente rispettare nell'esercizio della funzione pubblica», di tal che «la *chance* negata è protetta dalle norme giuridiche sull'esercizio dell'azione amministrativa la cui violazione, se non porta alla lesione dell'interesse legittimo (o del diritto soggettivo che fronteggia il potere autoritativo) per non essere consentita la soddisfazione dell'interesse al bene della vita, né in forma specifica, né per equivalente pecuniario, apre all'azione risarcitoria per perdita di *chance*».

L'A., coerentemente con tale idea, conclude ritenendo che «se, ai sensi del comma 2 dell'art. 21-*octies* L. n. 241/1990, “non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”, le violazioni di tali norme comportano comunque il risarcimento per perdita di *chance* che è protetta dal mancato rispetto di ogni norma, anche meramente formale e procedimentale, sull'esercizio dell'azione amministrativa»²⁷.

Ad avviso di chi scrive, al contrario di entrambe le prospettazioni ora esposte, può invece ritenersi che una moderna visione dell'interesse legittimo consenta di offrire sufficiente cittadinanza giuridica alla tesi che ammette la configurazione della *chance* come situazione giuridica soggettiva del privato.

In primo luogo, vale subito evidenziare come non convinca la ricostruzione da ultimo citata per cui la *chance* assumerebbe consistenza di una situazione giu-

²⁶ L. Di Giovanni, *La problematica del risarcimento da perdita di chance nel diritto amministrativo e nella disciplina dei contratti pubblici*, in *Dir. econ.*, 2019, 1, 396, per il quale peraltro la *chance* non potrebbe neppure essere considerata un bene giuridico, poiché «mancherebbero i requisiti dell'utilità materiale e della limitatezza della possibilità oggetto di risarcimento». In senso contrario rispetto a tale ultima affermazione cfr. V. Neri, *La “chance” nel diritto amministrativo: una timida proposta*, in *Urb. e app.*, 2018, 3, 301, per il quale invece «va inoltre ricordato che proprio in questa epoca si è assistito ad un ampliamento della nozione di bene giuridico sia riferendolo a beni liberamente disponibili in natura, una volta non dotati del requisito della limitatezza, sia includendo i diritti patrimoniali tra i beni giuridici senza contare poi il tentativo di qualificare come autonomi beni la cubatura, la multiproprietà e il know-how. Per autorevole dottrina, poi, “si ritiene comunemente che la nozione giuridica di bene rifletta sul piano del diritto la nozione di bene economico. Questa opinione è parzialmente esatta nel senso che i beni economici sono anche beni giuridici. La nozione di bene giuridico è tuttavia diversa e più ampia. Connotato del bene giuridico è infatti una sua tutela giuridica. Anche entità economicamente non valutabili possono quindi essere beni giuridici in quanto giuridicamente tutelate».

²⁷ E. Follieri, *L'ubi consistam della perdita di chance nel diritto amministrativo*, cit.

ridica autonoma quale interesse procedimentale, sganciandola del tutto dal bene della vita sotteso all'interesse legittimo.

Ciò infatti non è condivisibile, poiché determina la pretermissione del necessario riferimento all'impossibilità di accertare che il bene della vita spettasse o meno al privato a fronte dell'esercizio del potere ed aprirebbe la strada al risarcimento per lesione della *chance* anche in casi in cui l'accertamento di (non) spettanza sarebbe possibile e risultasse perciò che, comunque, l'interesse materiale sotteso all'interesse legittimo non potrebbe comunque essere soddisfatto, per sua incompatibilità con l'interesse pubblico.

Ciò si coglie pienamente nel passaggio sopra riportato per cui, per tale tesi, il risarcimento del danno da perdita da *chance* sarebbe da riconoscersi anche in ipotesi in cui il provvedimento non venga annullato in quanto il contenuto dello stesso non poteva essere diverso, secondo lo schema dell'art. 21 *octies* l. n. 241/1990: invero, posta anche la condivisibilità dell'idea per cui tale provvedimento, pur se non annullabile, resta illegittimo, è invece ben chiaro come ciò che si accerta con la declaratoria di non annullabilità *ex art. 21-octies* l. n. 241/1990 è proprio la non spettanza del bene della vita in favore del privato, poiché le violazioni formali o procedimentali non incidono sulla «sostanza» del provvedimento, che sarebbe stato comunque di segno negativo per il privato.

Emerge allora la fallacia dell'impostazione in esame: pur a fronte dell'accertata non spettanza del bene della vita – e dunque pur non vertendosi in ipotesi in cui sia oggettivamente impossibile accertare se l'illecito abbia leso effettivamente l'interesse materiale del privato – viene comunque risarcita la lesione della possibilità di conseguirlo; viene, dunque, risarcita una possibilità che si è accertato non esistere, così certamente scoprendo il fianco alle critiche delle tesi dottrinali per le quali con l'istituto della perdita di *chance* si procede a risarcire perdite fittizie²⁸.

Nuovamente: il fulcro della perdita di *chance* – e suo presupposto indefettibile – è che non sia (più) possibile svolgere, per ragioni estranee rispetto alla posizione del privato, il giudizio di accertamento della spettanza del bene della vita; il che evidentemente non si verifica proprio in quei casi in cui emerge che il provvedimento, pur adottato in violazione degli interessi procedimentali del privato, abbia comunque legittimamente negato al privato il conseguimento del bene della vita.

Appare che, nel cercare di emancipare la *chance* dal bene della vita sotteso all'interesse legittimo, la tesi provi troppo, giungendo a riconoscere il risarcimento del danno in favore di lesioni che non si verificano nella sfera giuridica del pri-

²⁸ Cfr. ad es., nella dottrina civilistica C. Castronovo, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa e dir. privato*, 2008, 318; nella dottrina amministrativistica P. Siracusano, *Ruolo creativo del giudice e principio di legalità nella responsabilità civile da illegittimo esercizio del potere discrezionale*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 533-564.

vato, poiché risulta accertato che il bene della vita non spetta e dunque neppure può discorrersi di possibilità perduta di ottenere quel bene.

Si può invece provare a costruire un fondamento alla *chance* non ignorando il collegamento che comunque sussiste tra questa figura e il bene della vita sotteso all'interesse legittimo, poiché, se è senz'altro vero che la *chance* non vada confusa, *sic et simpliciter*, con l'interesse legittimo, può dirsi però che essa ne costituisca una forma di manifestazione, una estrinsecazione insita nell'interesse legittimo, al pari di ciò che si ritiene avvenire per il diritto soggettivo.

Non è convincente l'affermazione per cui tale ricostruzione sarebbe impedita dall'intermediazione del potere che caratterizza l'interesse legittimo e la soddisfazione non garantita del bene della vita ad esso sotteso²⁹, poiché in realtà non è l'incertezza propria della valutazione discrezionale ad aprire la strada al risarcimento del danno da perdita di *chance*, ma l'impossibilità oggettiva che quel potere venga nuovamente esercitato dall'amministrazione, per ragioni fattuali (e.g. l'esecuzione del contratto relativo ad una gara mai espletata); in ciò, non vi è distinzione con l'ambito civilistico nel quale risulti oggettivamente impossibile accertare se l'imperizia del professionista sanitario abbia o meno determinato la lesione rispetto ad una maggior durata della vita del paziente³⁰.

Ricondurre la *chance* a una manifestazione dell'interesse legittimo non significa, si crede, negarne la sua autonomia e ricadere nell'equivoco per cui in tal modo si riconoscerebbe tutela anche a lesioni del bene della vita delle quali non si sia raggiunta sufficiente evidenza probatoria secondo il criterio del più probabile che non, deviando dalla regola di accertamento del nesso di causalità; tuttavia, neppure si può pretendere di negare la contiguità che sussiste tra il bene della vita e la possibilità di conseguire il medesimo bene³¹.

Se si accetta la definizione di interesse legittimo comunemente accolta, per cui esso è la «posizione di vantaggio in ordine ad un bene oggetto di potere amministrativo, consistente nell'attribuzione di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere, di modo da rendere possibile la realizzazione della pretesa all'utilità»³², non si vede perché, nel prisma di questa posizione di vantaggio, di

²⁹ L. Di Giovanni, *La problematica del risarcimento da perdita di chance*, cit., 397.

³⁰ Non dissimile la posizione di A. Zito, *L'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2014, VI ed., 785: «l'oggetto dell'interesse legittimo è un interesse sostanziale ovvero un bene della vita: tale interesse però non si identifica con l'interesse finale, sul quale si producono gli effetti dell'esercizio delle potestà, bensì con quell'interesse che nel diritto privato è denominato *chance*. Posto che la *chance* è un bene giuridico, che è oggetto di tutela nel diritto privato, l'interesse legittimo può ben assumere quest'ultima come suo oggetto».

³¹ D'altronde anche E. Follieri, *L'ubi consistam della perdita di chance nel diritto amministrativo*, cit., sostiene che l'interesse al bene della vita serve a legittimare la *chance*, poiché «quest'ultima rappresenta la possibilità di voler mantenere o acquisire un vantaggio e, in mancanza di questo interesse verso il bene, non può esservi alcuna *chance*».

³² M. Nigro, *Giustizia Amministrativa*, Bologna, 1994, 96.

tensione, verso il conseguimento del bene della vita, non rientri anche la possibilità di conseguire quel bene.

Il legislatore, nel contemplare e assegnare tutela all'interesse legittimo del privato, offrendogli quei «poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere» amministrativo, accorda protezione, se si vuole, in primo luogo, proprio alla possibilità che il privato realizzi il proprio interesse materiale e consegua il bene della vita, se compatibile con l'interesse pubblico.

Laddove risulti accertato che detto bene della vita non poteva essere conseguito perché incompatibile con l'interesse pubblico, deve dirsi allora che la *chance* non era realizzabile, e dunque il privato non ha subito alcuna lesione alla propria sfera giuridica, al proprio patrimonio, poiché il bene della vita non poteva entrarvi.

Ma, se a causa dell'illegittimità dell'operato della p.a., risulti poi materialmente impossibile accertare che quella *chance* di conseguire il bene della vita, a cui il legislatore aveva accordato protezione contemplando la posizione del privato e attribuendogli facoltà per confrontarsi con il potere amministrativo, possa realizzarsi, può ben dirsi che sia l'illegittimo esercizio del potere amministrativo ad aver leso la possibilità di conseguire il bene della vita: possibilità che è protetta dalla medesima norma su cui si basa l'interesse legittimo e che ha una sua consistenza e autonomia rispetto al bene della vita cui il privato anela.

Autonomia che senz'altro si perde se è possibile accertare se la spettanza di tale bene sia o meno compatibile con l'interesse pubblico a seguito dell'esercizio del potere discrezionale della p.a., ma che si riesponde laddove tale accertamento sia precluso dall'illegittimo esercizio del potere dell'amministrazione, a seguito del quale si è determinato un irreversibile mutamento nella situazione fattuale e giuridica, per cui la stessa amministrazione non può più verificare la compatibilità dell'interesse del privato ad acquisire il bene della vita con quello pubblico.

Dunque, la possibilità di conseguire il risultato, la *chance*, è già, sin dal primo momento, rientrante nell'alveo dell'interesse legittimo: è la norma che attribuisce al privato la sua posizione di vantaggio rispetto al conseguimento del bene della vita, che contempla, a monte, la stessa possibilità di conseguire quel bene.

Possibilità di conseguimento che, se si vuole, è essa stessa la base dell'interesse legittimo pretensivo, di guisa che essa non sorge solo nel momento in cui ne si assume la lesione e la si voglia risarcire come *chance* perduta, bensì, al contrario, si perde e si confonde nell'accertato conseguimento o nell'accertata impossibilità di conseguimento del bene della vita; ma, laddove tale accertamento sia divenuto impossibile a seguito dell'esercizio illegittimo del potere della p.a., è a tale sola possibilità di conseguimento che si deve guardare, che certamente è già in titolarità del privato, essendo il "contenuto minimo" dell'interesse legittimo e che, non potendosi verificare se avrebbe assunto un "contenuto maggiore", poi-

ché ciò comunque dipende (*rectius*: è causalmente collegato) all'illegittimo esercizio del potere, si realizza quella lesione alla situazione giuridica soggettiva minima di interesse legittimo³³.

In termini non troppo dissimili, chi scrive, muovendo dalla sua natura sostanziale, ha già ravvisato un simile ampliamento della forma di tutela dell'interesse legittimo, laddove si è sostenuto, a proposito della tutela del legittimo affidamento del privato in caso di annullamento di un precedente provvedimento favorevole, che «il contenuto dell'interesse legittimo, visto nella sua accertata natura di interesse sostanziale, non è solo l'interesse al conseguimento del bene della vita, ma anche quello a che non sia in lui ingenerato un affidamento in ordine alla effettiva possibilità di conseguirlo»³⁴.

Può dunque ritenersi che la risarcibilità della sola *chance* di conseguire il bene della vita, che risulti lesa dall'illegittima attività della pubblica amministrazione, rientri tra le forme di protezione dell'interesse legittimo, poiché detta *chance* è contemplata dalla stessa norma che attribuisce al privato quelle facoltà di incisione sul corretto esercizio del potere della p.a. al fine di conseguire il bene della vita.

Essa viene a confondersi, avverandosi o dissolvendosi, se è possibile l'accertamento della spettanza o meno del bene della vita in favore del privato (*i.e.* se esso è compatibile o meno con l'interesse pubblico), a quel punto affermandosi o negandosi il diritto al risarcimento del danno; ma costituisce la persistente posizione di interesse legittimo nel caso in cui tale accertamento, in seguito all'illegittimo esercizio del potere, risulti precluso ed oggettivamente impossibile, poiché in tale ipotesi l'illegittimità ha leso la *chance* di conseguire il risultato.

Ecco perché, ad avviso di chi scrive, la già citata sentenza della Terza Sezione della Corte di Cassazione aveva svolto un corretto paragone ove aveva affermato che «la *chance* patrimoniale presenta, in apparenza, le stimate dell'interesse pretensivo (mutuando tale figura dalla dottrina amministrativa [...]), salvo poi, però, non condivisibilmente, evidenziare subito di seguito «le evidenti differenze morfologiche tra l'interesse legittimo e la *chance*: mentre il primo incarna l'aspirazione – e la pretesa – alla legittimità dell'azione amministrativa e preesiste, dunque, all'azione amministrativa stessa, la *chance* viene in rilievo quando essa è stata

³³ D'altronde, si è efficacemente notato come «prima dell'intervento di Cass. civ., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, il riferimento alla *chance* nella sistematica amministrativa era prevalentemente utilizzato per esplicitare, in sede definitoria, il carattere dinamico dell'interesse legittimo e l'inidoneità della posizione soggettiva a garantire in modo sicuro (come per il diritto soggettivo) un certo bene della vita». Così L. Viola, *Il danno da perdita di chances*, cit., 576, che richiama le posizioni di D. Sorace, *Gli «interessi di servizio pubblico» tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro it.*, 1988, V, 205 par. 3.

³⁴ G. Serra, *Legittimo affidamento del privato nei confronti della p.a. e riparto di giurisdizione: la storia infinita*, in *Federalismi.it*, 2021, 17, 208.

perduta e cioè quando l'attività amministrativa, ormai esauritasi, è irrimediabilmente viziata e il vizio ha cagionato un danno risarcibile»³⁵.

Non è infatti condivisibile, come si è provato ad argomentare, la costruzione per cui la *chance* viene in rilievo solo quando essa è perduta: in realtà l'aspirazione di conseguire il bene della vita (e non, come affermato dalla Cassazione, l'aspirazione alla legittimità dell'azione amministrativa) è il contenuto minimo dell'interesse legittimo, che preesiste all'azione amministrativa, il quale poi si esaurisce nel conseguimento del bene della vita o nell'accertata impossibilità di conseguirlo, in caso di accoglimento o rigetto dell'istanza e, perciò, l'eventuale risarcimento del danno per mancato conseguimento del bene della vita, quando esso sarebbe stato conseguibile, non sarà limitato alla *chance* di conseguire il bene della vita.

Ma laddove non sia più possibile accertare, a seguito dell'illecito, quale sarebbe stata la sorte della pretesa al conseguimento del bene della vita, viene in rilievo la possibilità perduta al medesimo conseguimento, che è già tale come derivazione dell'interesse legittimo.

Lo schema d'altronde pare il medesimo di quello fatto proprio dalla stessa Corte di Cassazione per cui, a fronte della lesione del diritto alla salute, potrà darsi il caso di una condotta illecita che abbia determinato la morte o la riduzione della vita del paziente, con ciò verificandosi l'evento di danno della perdita della vita o della sua riduzione; mentre, sempre a fronte della lesione del medesimo diritto alla salute, laddove risulti insanabilmente incerto se la condotta abbia cagionato l'evento della perdita della vita o della riduzione della sua durata, si cagiona l'evento della perdita della possibilità di maggior durata della vita, che è il *proprium* della *chance*: infatti, sostiene la Cassazione, «la possibilità perduta di un risultato sperato (nella quale si sostanzia la *chance*) è la qualificazione/identificazione di un danno risarcibile a seguito della lesione di una situazione soggettiva rilevante»³⁶.

Se allora la *chance* è riconducibile allo stesso diritto soggettivo (ad. es. la salute) leso rispetto a quello su cui si fonda il conseguimento (o mantenimento) del bene della vita, non si vede perché essa non possa essere ricondotta al medesimo interesse legittimo a cui è riconducibile la pretesa al conseguimento di un dato bene della vita (ad. es. l'aggiudicazione di un appalto)³⁷.

³⁵ Cass. Civ., n. 28993/2019, cit. par. 5.

³⁶ Cass. Civ., n. 28993/2019, cit., par. 17-18; anche par. 22: «Premesso che, nell'un caso come nell'altro, il diritto leso è pur sempre quello alla salute, sia pur nelle sue rispettive, differenti dimensioni, la risarcibilità della perdita di *chance* non si pone in alcun modo come conseguenza di una insufficiente relazione causale con il danno (come erroneamente ipotizzato nella sentenza n. 21619 del 16/10/2007 di questa stessa Corte), ma come incertezza eventistica conseguente al previo accertamento di quel nesso con la condotta omissiva».

³⁷ In ordine alla possibile obiezione circa le conseguenze limitative alla tutela della perdita di *chance* se ricondotta all'interesse legittimo, sembra potersi ritenere, in senso contrario, che la natura sostanziale che si è ormai riconosciuta all'interesse legittimo consente di non dover più procedere a contorti ragionamenti che individuino diverse situazioni giuridiche, come in passato, che si affianchino all'interesse legittimo, per consentire di approntare una piena tutela al privato di fronte all'esercizio del potere della p.a. Tali considerazioni forse ridimen-

5. *Danno evento e danno conseguenza nella perdita di chance*

Così ricostruite le coordinate sostanziali in ordine all'istituto della *chance* e al suo fondamento, residuano da svolgere alcune considerazioni in merito al giudizio sul risarcimento del danno da perdita di *chance*.

Si è infatti detto in quali – e solo in quali – circostanze sia lecito discorrere di possibile risarcimento del danno per lesione della *chance* di conseguire un bene della vita, che è tale solo rispetto alla possibilità di conseguire un risultato per cui non è più oggettivamente possibile, dopo l'adozione del provvedimento illegittimo, verificare se detta possibilità si sarebbe realizzata: ciò si verifica in quelle ipotesi in cui il potere amministrativo discrezionale (non anche vincolato) non può più utilmente essere riesercitato dall'amministrazione.

Ciò posto, chi allega di aver subito un danno a tale possibilità di conseguimento del risultato, non potendo provare che il risultato sarebbe stato conseguito per ragioni indipendenti dalla sua volontà (e non già per difetto di assolvimento dell'onere della prova), deve comunque provare gli elementi costitutivi della responsabilità risarcitoria per lesione della *chance*.

Anche recentemente infatti il paradigma della responsabilità civile della pubblica amministrazione è stato ricondotto dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato a quello della responsabilità c.d. extracontrattuale *ex art. 2043 c.c.*³⁸.

Detto dunque che è rimasta provata l'esistenza di una situazione giuridica rilevante per l'ordinamento, la *chance*, e di una condotta *non iure* dell'amministrazione, il provvedimento illegittimo, – in disparte la pur necessaria prova dell'elemento soggettivo, non rilevante in questa sede in quanto non muta i suoi caratteri rispetto al danno da risultato perduto³⁹ – dovrà, in primo luogo, essere dimostrato che la lesione alla *chance* dipenda da tale condotta, *i.e.* il c.d. nesso di causalità materiale tra il fatto illecito e c.d. danno evento; provato tale profilo, si dovranno provare le conseguenze pregiudizievoli che il privato ha subito

sionano l'autonomia della *chance*, ma, a ben vedere, non ne sminuiscono la tutela. Come detto anche in precedenza, non pare operazione dogmaticamente corretta, pur se talvolta praticamente apprezzabile, quella della "corsa" alla ricerca della più forte tutela per il privato. In tal senso, non ci si può dimenticare che, nello svolgimento dell'attività amministrativa autoritativa, il privato ha una posizione che, pur nella nuova visione del rapporto con la p.a. di cui si è detto, fisiologicamente, può risultare insoddisfatta nella sua aspirazione al conseguimento di un bene della vita, poiché ciò potrebbe imporre la superiore ragione del perseguimento dell'interesse pubblico.

³⁸ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., n. 7/2021, cit.

³⁹ Si ricorda che, in materia di contratti pubblici, in forza del diritto euorunitario, la responsabilità della pubblica amministrazione ha assunto natura oggettiva, non dovendosi provare la sussistenza dell'elemento soggettivo della colpa in capo alla stazione appaltante che adotti un provvedimento illegittimo. Cfr., tra le tante, Cons. Stato, Sez. IV, 15 aprile 2019, 2429, in www.giustizia-amministrativa.it.

per effetto della lesione della *chance*, *i.e.* il c.d. nesso di causalità giuridica e il c.d. danno conseguenza⁴⁰.

Principiando dal profilo della prova del nesso di causalità materiale, in seno ad esso si pongono particolari ambiguità, in ragione di quanto rilevato in apertura circa il fatto che l'elaborazione stessa della *chance* si è spostata dal profilo della prova del nesso di causalità a quello delle situazioni giuridiche soggettive.

Ripudiata la teoria eziologica per cui la *chance* sarebbe risarcibile come mancato conseguimento del bene finale pur se non si raggiunga la prova del nesso di causalità in base al giudizio di preponderanza dell'evidenza, neppure può però obliterarsi la prova del nesso di causalità secondo il medesimo giudizio in relazione alla diversa situazione giuridica della possibilità perduta di conseguimento del bene della vita (*chance*).

Il timore di affermare la risarcibilità di situazioni giuridiche non connotate da reale consistenza è ben presente anche nella giurisprudenza amministrativa, che pure, come già visto, ha correttamente ricostruito la struttura della *chance*: si legge infatti che «al fine però di non incorrere in una forma inammissibile di responsabilità senza danno, è necessario che, per raggiungere la soglia dell'”ingiustizia”, la ‘chance’ perduta sia ‘seria’. A tal fine: da un lato, va verificato con estremo rigore che la perdita della possibilità di risultato utile sia effettivamente imputabile alla condotta altrui contraria al diritto; sotto altro profilo, al fine di non riconoscere valore giuridico a ‘chance’ del tutto accidentali, va appurato che la possibilità di realizzazione del risultato utile rientri nel contenuto protettivo delle norme violate»⁴¹.

⁴⁰ V., senza pretesa di esaustività, F. Galgano, *Diritto Privato*, Padova, 1983, 334; P. Rescigno, *Manuale del Diritto Privato Italiano*, Napoli, 1983, 281. In senso critico rispetto alla distinzione tra danno evento e danno conseguenza, si v. tuttavia C.M. Bianca, *La responsabilità*, Milano, 2012, 125, ove l'A. tuttavia rileva che «il danno ingiusto, cioè il danno evento è risarcibile mediante il risarcimento delle sue conseguenze pregiudizievoli patrimoniali e non patrimoniali o, in alternativa, in forma specifica mediante la diretta rimozione della lesione». Invero perciò egli sembra criticare il riferimento ad un doppio concetto di danno, senza tuttavia negare che la sola lesione dell'interesse giuridicamente protetto ammetta di per sé all'ottenimento di un risarcimento del danno da parte del danneggiato, in assenza di conseguenze apprezzabili sul piano patrimoniale o non patrimoniale. Nello stesso senso V. P.G. Monateri, M. Bona, *Il nesso di causa nella responsabilità civile per danno alla persona*, cit. In relazione ai profili evolutivi della ingiustizia del danno vedi P. Schlensiger, *La «ingiustizia» del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, 336 ss.; R. Scognamiglio, *Illecito (diritto vigente)*, in *Nov. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962, 164 ss.; C. Scognamiglio, *Ingiustizia del danno*, in *Enc. giur.*, XVIII, Milano, 1996; S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964; R. Sacco, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c.*, in *Foro pad.*, 1960, I, 1420 ss.; F.D. Busnelli, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964, 49 ss; P. Trimarchi, *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 90 ss.

⁴¹ Cons. Stato, Sez. VI, n. 6268/2021, cit.; in termini anche Cons. Stato, Sez. VI, 30 agosto 2021, n. 6111, in *www.giustizia-amministrativa.it*, per cui la *chance* è risarcibile solo «previo accertamento di una “probabilità seria e concreta” o anche “elevata probabilità” di conseguire il bene della vita sperato, atteso che “al di sotto di tale livello, dove c'è la “mera possibilità”, vi è solo un ipotetico danno non meritevole di reintegrazione poiché in pratica nemmeno distinguibile dalla lesione di una mera aspettativa di fatto».

I parametri di “serietà” e non “accidentalità” della *chance* tuttavia non hanno alcun fondamento giuridico, risultano vaghi e del tutto opinabili e cercano di arginare un paventato rischio, che, però, non è sussistente sotto il profilo del c.d. danno evento⁴².

Posto che la *chance* ha una sua autonomia di situazione giuridica soggettiva, qui ritenuta riconducibile all’interesse legittimo, per accertare il necessario nesso di causalità tra fatto illecito e danno ingiusto, *i.e.* lesione della *chance*, ci si dovrà necessariamente riferire all’ordinario giudizio prognostico del più probabile che non, che presiede, secondo la condivisa acquisizione ermeneutica, al giudizio di accertamento del nesso di causalità nel settore della responsabilità civile⁴³.

Dunque, volendo esemplificare, il giudice, a fronte di una accertata illegittimità dell’attività amministrativa, verificherà l’intervenuta lesione all’interesse legittimo in titolarità del privato (ad es. il conseguimento dell’aggiudicazione o del contratto di lavoro), dovendo poi accertare però quale evento di danno si è verificato, *i.e.* se si tratti del sacrificio al mancato conseguimento del risultato o alla possibilità di conseguire il risultato, riconducibile alla medesima situazione giuridica soggettiva.

L’interprete deve domandarsi, in altri termini, se è più probabile che non che la *chance* di conseguire il bene della vita sarebbe rimasta intatta se non ci fosse stato il provvedimento illegittimo della p.a. O, invertendo i termini, se la lesione subita dalla possibilità di conseguire il bene dipende più probabilmente che non dall’illegittimità della condotta della p.a.⁴⁴

Risulta perciò chiaro come siano prive di fondamento le opinioni giurisprudenziali che hanno ancorato la risarcibilità della *chance* al necessario raggiungimento di un dato livello percentuale o comunque probatorio in ordine all’effettiva probabilità che il risultato sarebbe stato conseguito dal ricorrente⁴⁵.

⁴² La critica è mossa anche da A. Vacca, *commento a Cons. St., sez. VI, 13 settembre 2021, n. 6268*, in *www.lexitalia.it*.

⁴³ Cfr. Cass. Civ., n. 28993/2019, cit.

⁴⁴ È ben chiaro a chi scrive che la risposta al quesito sarà spesso di segno positivo, poiché tale possibilità era integra prima dell’adozione del provvedimento illegittimo e, dopo, non è più possibile verificare se essa si sarebbe concretizzata nel conseguimento del bene della vita o meno. Il nesso sarà però da escludersi, come pure chiarito dalla più volte citata Cass. Civ., n. 28993/2019, «al di là ed a prescindere dall’esistenza della possibilità di un risultato migliore, dalla presenza di fattori alternativi che ne interrompano la relazione logica con l’evento»; nonché, può aggiungersi, in tutti i casi di insanabile incertezza non rispetto al conseguimento del risultato, ma anche rispetto alla sola stessa possibilità perduta di conseguire quel ricorso: cioè laddove non solo risulta oggettivamente impossibile sapere se il bene della vita sarebbe stato conseguito (ad es. per irripetibilità della gara), ma anche solo chiarire se la possibilità di conseguire il bene sia stata lesa (ad es. perché il ricorrente non è in grado di provare che avrebbe potuto partecipare alla gara se fosse stata indetta). Sul tema dell’accertamento del nesso di causalità nel danno da perdita di *chance* V. F. Fracchia, M. Occhiena, *Il giudice amministrativo e l’inferenza logica*, cit., 1136-1139, 1157-1159.

⁴⁵ Rileva I. Genuessi, *La risarcibilità del danno da perdita di chance*, cit., come tale orientamento sia da considerarsi addirittura prevalente nella giurisprudenza amministrativa. Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV,

Pare cadere nell'equivoco anche la recente sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che, pur nel rilevare come la *chance* consista in «una posizione giuridica autonomamente tutelabile -morfologicamente intesa come evento di danno rappresentato dalla perdita della possibilità di un risultato più favorevole (e in ciò distinta dall'elemento causale dell'illecito, da accertarsi preliminarmente e indipendentemente da essa)», nondimeno ritiene che ciò sia possibile «purché ne sia provata una consistenza probabilistica adeguata», che pare evocare nuovamente il richiamo alla probabilità di conseguimento del risultato perché la *chance* sia risarcibile⁴⁶.

In realtà, muovendo dal piano del c.d. danno evento a quello del c.d. danno conseguenza, la ricerca dell'argine a risarcimenti di pregiudizi che, in realtà, sono insussistenti, non va ricercata nella fisionomia della *chance*, discorrendo di serietà e concretezza della stessa, escludendo appunto la sussistenza del danno evento, bensì nella verifica del danno conseguenza, cioè delle conseguenze pregiudizievoli che il privato ha subito per non aver potuto verificare se la possibilità di conseguire il risultato si sarebbe tradotta nell'effettivo conseguimento del risultato stesso.

La domanda a cui il ricorrente dovrebbe offrire risposta probatoria è: quali conseguenze ti sono derivate dalla circostanza che non hai avuto modo di sfruttare la possibilità di conseguimento del bene della vita?

Si coglie perciò come sia sotto tale profilo, *i.e.* quello delle conseguenze che derivano al danneggiato dalla lesione della sua *chance* di conseguire il bene della vita, che devono essere raccolti gli elementi di fatto sulla cui base determinare la “serietà” della *chance*. Ma ciò non al fine di affermarne la sussistenza, bensì di misurare le conseguenze che la sua lesione abbia prodotto nel patrimonio del danneggiato.

È perciò necessario che il ricorrente provi in giudizio tutti gli elementi che caratterizzano la possibilità che egli aveva di conseguire il risultato prima che essa sia stata irrimediabilmente lesa dalla condotta illecita della p.a., mentre saranno escluse conseguenze dannose nel caso in cui non vi siano elementi fattuali tali da superare quella soglia di tollerabilità e solidarietà che, insita nel sistema risarcito-

16 maggio 2018, n. 2907; Cons. Stato, sez. IV, 23 settembre 2019, n. 6319; Cons. Stato, sez. II, 24 settembre 2020, n. 5604; Cons. Stato, sez. III, 27 ottobre 2020, n. 6546.; Cons. Stato, Sez. V, 15 novembre 2019 n. 7845; Cons. Stato, Sez. III, 1 settembre 2020 n. 5330, tutte in www.giustizia-amministrativa.it. La tesi è altresì ancora ben presente nella giurisprudenza della Corte di Cassazione: cfr. Cass. Civ., Sez. VI, 17 febbraio 2022, n. 5231, per la quale, la perdita di *chance* è risarcibile quando si «provi il nesso di causalità tra l'inadempimento [...] ed il suddetto danno in termini prossimi alla certezza, essendo insufficiente il mero criterio di probabilità quantitativa dell'esito favorevole».

⁴⁶ Cons. Stato, Ad. Plen., n. 7/2021, cit. Anche I. Genuessi, *La risarcibilità del danno da perdita di chance*, cit., rileva infatti come la Plenaria si iscriva nel filone giurisprudenziale citato alla precedente nota.

rio ex art. 2 Cost., esclude che siano risarcibili le conseguenze delle lesioni procurate a situazioni soggettive che si connotino come bagatellari⁴⁷.

In merito alla sua quantificazione, posto che si tratta di un danno di natura ipotetica nel suo esatto ammontare, poiché la possibilità di conseguire il risultato non coincide con quanto sarebbe stato ottenuto dal conseguimento del risultato, ma si tratta di dare un valore alla sola, astratta, possibilità perduta di conseguirlo, si rientra, ad avviso di chi scrive pacificamente, nell'ambito applicativo dell'art. 1226 c.c. (e 2056 c.c.), che abilita il giudice alla liquidazione del risarcimento del danno in via equitativa «se il danno non può essere provato nel suo ammontare».

Vale peraltro ricordare, proprio in merito a tale liquidazione, che essa deve necessariamente essere ancorata ad elementi fattuali emergenti dalla domanda risarcitoria e acquisiti nel giudizio e che l'attività giudiziale ad essi deve fare riferimento nella motivazione che sorregge la quantificazione, in via equitativa, del risarcimento.

Solo così infatti, essa si pone in linea con i condivisibili dettami forniti da tempo dalla Corte di Cassazione, che ricorda come il potere giudiziale derivante dall'art. 1226 c.c. debba rispondere a due distinte funzioni: la prima è quella di garantire al danneggiato un ristoro adeguato del pregiudizio patito; la seconda è invece quella di «garantire l'intima coerenza dell'ordinamento, assicurando che casi uguali non siano trattati in modo diseguale, o viceversa: sotto questo profilo l'equità vale ad eliminare le disparità di trattamento e le ingiustizie»⁴⁸.

⁴⁷ Cfr. V. Neri, *La "chance" nel diritto amministrativo*, cit., 301, che evidenzia che «è vero che con l'ampliamento della legittimazione ad agire contro affidamenti diretti illegittimi si corre il rischio di un ampliamento delle richieste risarcitorie ma tale timore può essere adeguatamente fronteggiato considerando che, dopo l'accertamento della lesione della *chance*, rimane ancora da indagare il diverso profilo relativo alla quantificazione e liquidazione del relativo danno, se esistente e provato, con le precisazioni e i limiti scaturenti, si ripete, dall'osservanza del dovere di solidarietà e dalla non risarcibilità dei pregiudizi non seri e non gravi». Condivisibilmente, anche Cons. Stato, Sez. VI, n. 6268/2021, cit., ha evidenziato che «al fine poi di scongiurare azioni bagatellari o emulative, il giudice dovrà disconoscere l'esistenza di un 'danno risarcibile' (1223 c.c.) nel caso in cui le probabilità perdute si attestino ad un livello del tutto infimo», con un ragionamento che, a differenza di quello sul rapporto tra ingiustizia del danno e serietà della *chance*, correttamente riporta il problema sul piano del danno conseguenza. Altrettanto condivisibilmente, la sentenza afferma che «la tecnica probabilistica va quindi impiegata, non per accertare l'esistenza della *chance* come bene a sé stante, bensì per misurare in modo equitativo il 'valore' economico della stessa, in sede di liquidazione del 'quantum' risarcibile. Con l'avvertenza che, anche se commisurato ad una frazione probabilistica del vantaggio finale, il risarcimento è pur sempre compensativo (non del risultato sperato, ma) della privazione della possibilità di conseguirlo».

⁴⁸ Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 7 giugno 2011, n. 12408, in *Diritto e Fiscalità dell'assicurazione*, 2011, fasc. 4, 1568, con nota di M. Gagliardi, *Ancora su equità e tabelle: Milano capitale d'Italia (almeno per la liquidazione del danno non patrimoniale alla persona)? Segnali contrastanti*. Appare fare un buon governo di tali regole proprio la citata sentenza Cons. Stato, Sez. VI, n. 6268/2021, che elenca gli elementi fattuali sulla cui base procede alla determinazione in via equitativa del risarcimento del danno da perdita di *chance* di aggiudicazione in favore di una impresa in ipotesi di omessa indizione della gara e proroga dell'affidamento. Infatti, pur liquidando il danno in misura pari al 10% dell'utile astrattamente ricavabile dall'affidamento, che pare utilizzare una formula stereotipata, tuttavia fonda tale valutazione sui seguenti elementi, meritevoli di essere riportati per analiticità e completezza, tali da dimostrare la piena valutazione dei dati fattuali da parte del giudice nell'effettuare la valutazione equitativa: «A tal fine si è tenuto conto dei seguenti dati contenuti nella delibera impugnata e nei

In questi termini, è evidente che ritorna l'intimo legame tra il valore del risultato e la possibilità di conseguire il medesimo risultato, senza che tuttavia ciò possa far sorgere dubbi circa il fatto che il risarcimento del danno da perdita di *chance* vada a compensare la medesima perdita (il risultato) del quale non è stato possibile raggiungere però la prova circa la spettanza.

È evidente infatti che il parametro di base a cui tendere con il ragionamento è quello del riferimento concreto a cui la possibilità è collegata, perciò il bene della vita, ma la quantificazione della sola possibilità di conseguirlo resta da operarsi in via autonoma e, infatti, è necessario ricorrere al parametro equitativo⁴⁹.

6. Conclusioni

In conclusione del ragionamento sin qui condotto, appare a chi scrive che possa riscontrarsi, sulla base delle acquisizioni sopra riportate, un solido fondamento e una sicura utilità per la categoria giuridica del danno da perdita di *chance* e, a monte, della stessa ascrivibilità della *chance* alle estrinsecazioni della situazione giuridica soggettiva dell'interesse legittimo di cui il privato è titolare nei confronti della pubblica amministrazione.

suoi Allegati (relativamente alla proroga delle concessioni per il periodo dal 19 novembre 2020 al 11 dicembre 2021), e segnatamente:

- come base per il calcolo del costo standard per l'anno 2021 sono stati presi in considerazione i costi presentati da SAD per l'anno 2018;
- i costi così calcolati, detratti gli importi per l'indennità di bilinguismo (riconosciuti a piè di lista), sono stati divisi per i km effettuati da SAD nel 2018 compreso il 12% di chilometri di trasferimento e quindi indicizzati al tasso d'inflazione per il periodo 2019-2021 aggiungendo, in linea con la prassi vigente, un utile ragionevole pari al 1%;
- i costi totali da riconoscere secondo il principio del costo standard (dal 1 gennaio 2021 all'11 dicembre 2021) sono stati pari ad € 40.045.251,88 per SAD, e pari ad € 27.915.012,93 per LIBUS;
- il costo standard unitario per i servizi di linea extraurbani per l'anno 2021 pari a 2,5974 Euro/km;
- ricavi e proventi nel 2018 (ovvero il valore monetario totale delle entrate della gestione annuale in proroga) di SAD in circa € 11.760.442,23, e in € 6.148.008,70 quelli di LIBUS;
- per differenza (tra costi totali riconosciuti e ricavi) è stato concesso un contributo pubblico (per il periodo dal 19 novembre 2020 all'11 dicembre 2021) per SAD di € 31.736.404,44, e per LIBUS di € 24.494.002,80».

⁴⁹ Coglie tale aspetto E. Follieri, *L'ubi consistam della perdita di chance nel diritto amministrativo*, cit., che infatti afferma «il punto di partenza è il valore del bene sperato che, però, non può costituire, per l'intero suo importo, il danno, perché va risarcita la *chance*, non la perdita del vantaggio atteso»; l'A. tuttavia, muovendo dalla non condivisibile idea che gli interessi procedurali siano la base della *chance*, già criticata in precedenza, afferma però poi che «l'importo va equitativamente stabilito in una percentuale del valore, considerando l'altro aspetto che fonda tale danno, il mancato rispetto delle norme sull'esercizio del potere, e quindi vanno valutati: il tipo di violazione, formale, procedimentale o sostanziale in cui è incorsa l'azione amministrativa; il numero delle norme giuridiche non rispettate; la gravità in sé delle violazioni; la durata del comportamento non conforme alle regole; la buona fede; la rilevanza della negligenza e così via in una visione a 360 gradi dell'azione amministrativa».

Come detto, ciò può prescindere ormai dalla dicotomia *chance* eziologica vs *chance* ontologica, che appare rilevante solo a fini descrittivi di una evoluzione del pensiero giuridico che si è mosso, per comprendere il rilievo giuridico della *chance*, dal piano del nesso di causalità a quello delle situazioni soggettive.

Ciò che invece pare emergere dalle considerazioni sopra svolte è la necessità di riconoscere come la *chance* di conseguire un certo bene della vita⁵⁰ rilevi per l'ordinamento, in quanto tale, come "contenuto minimo" dell'interesse legittimo pretensivo del privato rispetto al conseguimento del bene della vita, la cui realizzazione passa attraverso l'esercizio del potere; e la sua risarcibilità, coordinandosi anche con l'ancora attuale, ad avviso di chi scrive, giudizio di spettanza del bene della vita, può pertanto essere predicata in tutti i casi – ma solo in essi – in cui non sia più possibile accertare la predetta spettanza del bene della vita, neppure da parte della pubblica amministrazione, essendo ciò divenuto, a seguito dell'illecito, oggettivamente impossibile.

Orbene, che in tal caso le conseguenze dell'illecito siano fatte ricadere sulla pubblica amministrazione danneggiante, non appare condurre all'affermazione dell'inammissibile risarcimento di un interesse non considerato meritevole di tutela dall'ordinamento o di un interesse di mero fatto, né a colmare inammissibilmente una lacuna dell'ordinamento⁵¹, bensì proprio a rispettare il principio dell'integralità del risarcimento del danno⁵².

Tale conclusione naturalmente è giustificabile solo a condizione che emergano, come sopra visto, gli elementi fattuali concreti da cui desumere l'*ubi consistam* della *chance* che si è perduta, sì da consentire una liquidazione equitativa del risarcimento del danno rispettosa dei già citati principi che la presidono.

Il percorso logico così svolto si spera che possa fornire un contributo per evitare che il risarcimento del danno da perdita di *chance* assuma i connotati dell'araba Fenice del Metastasio: «che vi sia ciascun lo dice, dove sia nessun lo sa»⁵³.

⁵⁰ Nel lavoro è ben chiaro che l'attenzione vada principalmente riservata alla *chance* pretensiva, i.e. appunto la possibilità perduta di ampliare la sfera giuridica soggettiva del privato, essendo del tutto marginali, a nostro avviso, quand'anche in ipotesi esistenti, le fattispecie di *chance* oppositive. V. anche la superiore nota 21.

⁵¹ Cfr. M. Barcellona, *Chance e causalità*, cit.

⁵² In argomento si V., per l'emersione stessa del principio, S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964. V. inoltre M.R. Marella, *Il risarcimento per equivalente e il principio della riparazione integrale*, in G. Visintini (diretto da), *Trattato della responsabilità contrattuale*, Vol. III, 2009; G. Grisi, *Il principio dell'integrale riparazione del danno*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, Napoli, 2012; T. Pellegrini, *La quantificazione del danno tra fatto e diritto. Brevi annotazioni su risarcimento integrale e compensatio lucri cum damno*, in *Jus Civile*, 2018, 640 e ss. e Id., *Il principio di integrale riparazione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2020, 183-195;

⁵³ P. Metastasio, *Demetrio*, 1731, II.3.

Tra danno e situazione giuridica soggettiva: osservazioni sulla perdita di chance nel diritto amministrativo

Lo scritto analizza il tema del risarcimento del danno da perdita di *chance* nel rapporto tra privato e pubblica amministrazione. Il lavoro non svolge una analitica e approfondita ricostruzione di tutte le tesi dottrinali e giurisprudenziali sviluppatesi sul tema e abbandona sin da subito la dicotomia *chance* eziologica *vs* *chance* ontologica, ritenuta, in uno con la migliore giurisprudenza della Corte di Cassazione, foriera di confusione. Lo scritto prova a descrivere quando ed entro che limiti sia predicabile il risarcimento del danno da perdita di *chance* in relazione alle diverse tipologie di attività amministrativa e conseguenti modelli di giudizio davanti al giudice amministrativo ed a ricercare, sempre nell'ambito del diritto amministrativo, un fondamento giuridico alla *chance* stessa, che si giunge a ritenere estrinsecazione dell'interesse legittimo. Si conclude poi con alcune considerazioni in merito agli elementi che in giudizio debbano essere riscontrati per affermare la risarcibilità ed in che misura di una *chance* lesa.

Between damage and subjective legal situation: observations on the loss of chance in administrative law

The paper analyses the issue of compensation for damages for loss of chance in the relationship between private parties and the public administration. The work does not perform an analytical and in-depth reconstruction of all the doctrinal and jurisprudential theses that have developed on the subject and refuses the dichotomy of the so-called etiological chance *vs* ontological chance. The paper attempts to describe when and within what limits compensation for damages for loss of chance is predictable in relation to the different types of administrative activities and the consequent models of judgement before the administrative judge, and to seek, still within the sphere of administrative law, a legal basis for the chance itself, which is considered an expression of legitimate interest. It concludes with some considerations on the elements that must be found in court to affirm the compensability and to what extent of an injured chance.

Articoli e saggi

Il nuovo volto dell'informazione antimafia dopo le novelle del D.L. n. 152/2021: verso la definitiva consacrazione del “diritto amministrativo dell'emergenza criminale”?

Francesco Giacalone

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi per un inquadramento dell'informazione antimafia. – 2. La “massima anticipazione della tutela” quale fondamento della dequotazione delle garanzie sostanziali, procedurali e giurisdizionali. – 2.1. Le ragioni dell'inapplicabilità delle garanzie partecipative della L. n. 241/1990 al procedimento per il rilascio dell'informazione antimafia. – 2.2. L'esclusione delle cautele partecipative nel quadro delle tutele costituzionali e convenzionali. – 3. Le novità introdotte dal D.L. n. 152/2021: la prevenzione amministrativa antimafia “partecipata”. – 3.1. La nuova fase endoprocedimentale in contraddittorio: i momenti di discrezionalità prefettizia. – 3.2. Le (asimmetriche) potestà partecipative del privato. – 3.3. L'ipotesi di *self-cleaning* dell'art. 92, co. 2-*quater* CAM. – 3.4. Le misure amministrative di prevenzione collaborativa e il rapporto con gli altri strumenti non ablatori di sostegno e monitoraggio di impresa. – 4. Conclusioni.

1. *Cenni introduttivi per un inquadramento dell'informazione antimafia*

I dati tratti dall'osservazione empirica¹, così come razionalizzati nella letteratura specialistica², hanno descritto, ormai da parecchi decenni, la definitiva

¹ Oltre alle relazioni predisposte periodicamente dalla Direzione investigativa antimafia, si segnalano i seguenti studi: Censis, *Il condizionamento delle mafie sull'economia, sulla società e sulle istituzioni del Mezzogiorno*, Roma, 2009; Cnel, *L'infiltrazione della criminalità organizzata nell'economia di alcune regioni del Nord Italia*, Roma, 2010; Aa.Vv., *Gli investimenti delle mafie, report* del Centro di studi “Transcrime” – Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, 2013; Aa.Vv., *From illegal markets to legitimate business: the portfolio of organised crime in Europe, report* conclusivo del progetto “Organised Crime Portfolio” (OCP) organizzato dal Centro di studi “Transcrime” – Università degli studi di Trento, 2015.

² *Ex multis*, R. Catanzaro, *Impresa mafiosa, economia e sistemi di regolazione sociale: appunti sul caso siciliano*, in G. Fiandaca, S. Costantino (a cura di), *La legge antimafia tre anni dopo. Bilancio di un'esperienza applicativa*, Milano, 1986; A. Bertoni (a cura di), *La criminalità come impresa*, Milano, 1997; E. Fantò, *L'impresa a partecipazione mafiosa. Economia legale ed economia criminale*, Bari, 1999; A. Centoze, *Il sistema di condiziona-*

affermazione nella fenomenologia criminale del modello di una “mafia imprenditrice” vocata, nell’agire e nell’organizzazione, tanto alla gestione delle zone grigie di contatto con settori dell’economia legale, quanto all’inserimento nei mercati di imprese mafiose o “strumentalizzate” al potere criminale. Invero, alternare al mero svolgimento di attività delittuose la sistematica ricerca di canali di accesso all’economia legale rappresenta per le consorterie mafiose un’ineguagliabile opportunità di consolidamento e rafforzamento, tanto sul piano economico, quanto su quello sociale.

In tal senso, pur senza voler semplificare eccessivamente un quadro molto complesso, è possibile individuare tre differenti direzioni finalistiche sottese all’azione nei mercati della criminalità organizzata³. Innanzitutto, l’investimento di denaro in settori legali ha lo scopo di occultare i proventi frutto di attività delinquenti attraverso il loro riciclaggio. In seconda battuta, l’azione criminale è spesso diretta all’accumulo di nuove ricchezze, un obiettivo che, quantunque comune a qualsiasi impresa, in questo caso è perseguito mediante il ricorso a pratiche illegittime capaci di ridimensionare o, nei casi più gravi, eliminare le dinamiche concorrenziali nel e per il mercato, sì da ostruirne le opportunità di sviluppo economico⁴. D’altro canto, non sono estranee alle logiche di investimento delle mafie esigenze legate alla creazione di nuovi *network* e alla raccolta di “capitale sociale”, che consentono il consolidamento della loro influenza e l’ampliamento del relativo controllo anche verso nuovi territori⁵.

mento mafioso degli appalti pubblici, Milano, 2005; P. Arlacchi, *La mafia imprenditrice. Dalla Calabria al centro dell’inferno*, Milano, 2007; M. Arnone, *Economia delle mafie: dinamiche economiche e di governance*, in *Studi della questione criminale*, 2009, 3, 22 ss.; N. Dalla Chiesa, *L’impresa mafiosa*, Milano, 2012; S. Canepelle (a cura di), *Le mafie dentro gli appalti*, Milano, 2014; S. Pellegrini, *L’impresa grigia. Le infiltrazioni mafiose nell’economia legale*, Roma, 2018.

³ Si richiama, pur con qualche modifica, la classificazione di Aa.Vv., *Gli investimenti delle mafie*, cit., 89 ss.

⁴ Le mafie sono in grado di generare veri e propri “mercati protetti”, rispondenti a logiche oligopolistiche se non addirittura monopolistiche, e ciò non soltanto mediante il ricorso alla violenza e all’intimidazione tipiche del metodo mafioso, ma anche tramite la creazione di indebite posizioni dominanti nel mercato che derivano dalla gestione di impresa in sistematica violazione della legge (ad esempio, sul piano fiscale o nell’adempiimento degli obblighi scaturenti dalla disciplina giuslavorista), nonché dalla spropositata quantità di capitali investibili, frutto delle attività illecite. Sul tema si rinvia ai riferimenti bibliografici già indicati *supra*, nota 2. Invece, per un approfondimento che guardi ai profili più propriamente economici dell’impatto dell’azione criminale sulla concorrenza si guardi D. Gambetta, *Fragments of an economic theory of the mafia*, in *Archives Européennes de Sociologie*, 1988, XXIX, 1; Id., *La mafia elimina la concorrenza. Ma la concorrenza può eliminare la mafia?*, in *Meridiana*, 1989-1990, 7-8, 319 ss.

⁵ Sui meccanismi di costruzione del consenso mafioso e sul ruolo del c.d. “capitale sociale” della criminalità organizzata si rimanda a R. Sciarone, *Mafia e potere: processi di legittimazione e costruzione del consenso*, in *Stato merc.*, 2006, 78, 369 ss.; Id., *Mafie, relazioni e affari nell’area grigia*, in Id. (a cura di), *Alleanze nell’ombra*, Roma, 2011, 3 ss. Per un approfondimento sul tema dell’espansione delle mafie in zone “a non tradizionale” insediamento criminale, si vedano D. Aschero, *Criminalità di tipo mafioso nell’Italia settentrionale: i primi processi*, in *Quest. giust.*, 1988, 294 ss.; A. Balsamo, S. Recchione, *La mafia al nord. L’interpretazione dell’art. 416-bis c.p. e l’efficacia degli strumenti di contrasto*, in *Dir. pen. cont.*, 2013; R. Sciarone, *Il capitale sociale delle mafie. Una ricerca nelle regioni del Centro e del Nord Italia*, in *StrumentiRes*, 2014, 2; C. Visconti, *Mafie straniere*

Così, le gravi e profonde alterazioni del tessuto sociale ed economico che il fenomeno mafioso è in grado di produrre, unite ai tratti tipici che lo contraddistinguono dalle altre associazioni criminali⁶, hanno richiesto la predisposizione di un armamentario giuridico che non facesse leva esclusivamente sugli strumenti di repressione penale⁷, ma che potesse avvalersi, in aggiunta, di meccanismi preventivi disancorati dalla categoria dei reati e capaci di garantire un intervento pubblico informato alle logiche della massima anticipazione della tutela.

In quest'ultimo novero rientrano non soltanto le misure di prevenzione personale e patrimoniale disposte dall'autorità giudiziaria⁸, ma anche quelle rimesse all'autorità amministrativa, di cui la documentazione antimafia rappresenta senz'altro il baluardo più avanzato.

Disciplinata dagli artt. 82 e s. del D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (il c.d. Codice antimafia, d'ora in avanti semplicemente CAM), essa è costituita dalla comunicazione antimafia e dall'informazione antimafia⁹. Si tratta di due provvedimenti prefettizi che, quantunque divergenti nei contenuti e nell'ambito oggettivo di applicazione, sono unanimemente diretti proprio alla prevenzione dei fenomeni di infiltrazione della criminalità organizzata di stampo mafioso nell'economia legale. A tal fine, essi attestano l'affidabilità morale dell'operatore economico che intende interfacciarsi, a vario titolo, con la Pubblica Amministrazione,

e 'ndrangheta al Nord, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 1, 353 ss.; A. Alessandri (a cura di), *Espansione della criminalità organizzata nell'attività di impresa al Nord*, Torino, 2017.

⁶ N. Gullo, *Emergenza criminale e diritto amministrativo*, Napoli, 2017, 39, individua le peculiarità del fenomeno criminale mafioso «[nel]l'uso sistematico dell'intimidazione e della violenza per lo svolgimento delle proprie attività criminose; [nel]l'atteggiamento di omertà dei suoi esponenti e dei soggetti che a vario titolo entrano in contatto con l'organizzazione mafiosa; [nel]la ricerca del consenso sociale nei territori in cui operano; [nel]la creazione di una rete di contatti e complicità con i funzionari delle amministrazioni e delle istituzioni pubbliche; [nel]la capacità di accumulazione di ingenti risorse patrimoniali e finanziarie da reinvestire in attività economiche lecite».

⁷ Sul tema S. Aleo, *Sistema penale e criminalità organizzata*, Milano, 2005; G. Abbattista, V. Montaruli, A. Polignano, *I reati associativi e gli strumenti di contrasto patrimoniale alla criminalità organizzata*, Torino, 2010; G. Insolera, *Diritto penale e criminalità organizzata*, II ed., 2019, Torino; E. Mezzetti, L. Luparia Donati (diretto da), *La legislazione antimafia*, 2020, Bologna, 37 ss.; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte Speciale*, Vol. 1, VI ed., 2021, 513 ss.; L. Filippi, *Il procedimento di prevenzione patrimoniale. Le misure «antimafia» tra sicurezza pubblica e garanzie individuali*, Padova, 2022.

⁸ Di misure di prevenzione personale e patrimoniale disposte dall'autorità giudiziaria si occupano Aa. Vv., *Le misure di prevenzione*, Milano, 1975; F. Basile (a cura di), *Le misure di prevenzione dopo il c.d. Codice antimafia. Aspetti sostanziali e procedurali*, in *Giur. it.*, 2015, 6, 1522 ss.; R. Razzante, E. Pezzuto, *Il nuovo codice antimafia: commentario aggiornato alla legge 17 ottobre 2017, n. 161*, Ospedaletto, 2018, 11 ss.; G. Spangher, A. Marandola (diretto da), *Commentario breve al codice antimafia e alle altre procedure di prevenzione*, Milano, 2019, 9 ss.; E. Mezzetti, L. Luparia Donati (diretto da), *op. cit.*, 589 ss.;

⁹ Per un diffuso approfondimento sul tema della documentazione antimafia si vedano, *ex multis*, le opere monografiche di G. Amarelli, S. Sticchi Damiani (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti*, Torino, 2019; O. Morcavallo, *L'informazione interdittiva antimafia*, Milano, 2019; V. Salamone, *La documentazione antimafia nella normativa e nella giurisprudenza*, Napoli, 2019; E. Mezzetti, L. Luparia Donati (diretto da), *op. cit.*, 1014 ss.; P. Marotta, P. Marotta, *Natura e limiti del potere amministrativo di prevenzione antimafia*, Milano, 2021.

verificando la presenza o meno di *liaison* che lo leghino ai predetti contesti delinquenziali¹⁰. Se, infatti, la comunicazione antimafia consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67 CAM¹¹, l'informazione antimafia presenta una struttura compo-

¹⁰ A mente dell'art. 85 CAM, nel caso di imprese individuali la documentazione antimafia «deve riferirsi al titolare ed al direttore tecnico, ove previsto». Invece, quando si tratta di associazioni, imprese, società, consorzi e raggruppamenti temporanei di imprese, deve riferirsi, oltre che al direttore tecnico, ove previsto, anche «a) per le associazioni, a chi ne ha la legale rappresentanza; b) per le società di capitali, anche consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, per le società cooperative, per i consorzi di cooperative, per i consorzi di cui al libro quinto, titolo X, capo II, sezione II, del codice civile, al legale rappresentante e agli eventuali altri componenti l'organo di amministrazione nonché a ciascuno dei consorziati che nei consorzi e nelle società consortili detenga, anche indirettamente, una partecipazione pari almeno al 5 per cento; c) per le società di capitali, anche al socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro, ovvero al socio in caso di società con socio unico; d) per i consorzi di cui all'articolo 2602 del codice civile e per i gruppi europei di interesse economico, a chi ne ha la rappresentanza e agli imprenditori o società consorziate; e) per le società semplici e in nome collettivo, a tutti i soci; f) per le società in accomandita semplice, ai soci accomandatari; g) per le società di cui all'articolo 2508 del codice civile, a coloro che le rappresentano stabilmente nel territorio dello Stato; h) per i raggruppamenti temporanei di imprese, alle imprese costituenti il raggruppamento anche se aventi sede all'estero, secondo le modalità indicate nelle lettere precedenti; i) per le società personali ai soci persone fisiche delle società personali o di capitali che ne siano socie». Inoltre, per le associazioni e società di qualunque tipo, eventualmente prive di personalità giuridica, la documentazione antimafia è riferita anche ai soggetti membri del collegio sindacale, al sindaco e a coloro che svolgono funzioni di vigilanza; «per le società costituite all'estero, prive di una sede secondaria con rappresentanza stabile nel territorio dello Stato, la documentazione antimafia deve riferirsi a coloro che esercitano poteri di amministrazione, di rappresentanza o di direzione dell'impresa». Una particolare previsione è riservata, inoltre, alle società di capitali concessionarie nel settore dei giochi pubblici, in cui, ai sensi dell'art. 85, co. 2-*quater* CAM, il controllo si estende «ai soci persone fisiche che detengono, anche indirettamente, una partecipazione al capitale o al patrimonio superiore al 2 per cento, nonché ai direttori generali e ai soggetti responsabili delle sedi secondarie o delle stabili organizzazioni in Italia di soggetti non residenti», ovvero, «nell'ipotesi in cui i soci persone fisiche detengano la partecipazione superiore alla predetta soglia mediante altre società di capitali, la documentazione deve riferirsi anche al legale rappresentante e agli eventuali componenti dell'organo di amministrazione della società socia, alle persone fisiche che, direttamente o indirettamente, controllano tale società, nonché ai direttori generali e ai soggetti responsabili delle sedi secondarie o delle stabili organizzazioni in Italia di soggetti non residenti». In tali ultime ipotesi il controllo atterrà anche al coniuge non separato. I controlli connessi al rilascio della sola informazione antimafia, inoltre, riguardano anche i familiari conviventi di maggiore età dei soggetti sopracitati. Infine, sempre con riferimento all'informazione antimafia, l'art. 91, co. 5 CAM specifica che «Il prefetto competente estende gli accertamenti pure ai soggetti che risultano poter determinare in qualsiasi modo le scelte o gli indirizzi dell'impresa. Per le imprese costituite all'estero e prive di sede secondaria nel territorio dello Stato, il prefetto svolge accertamenti nei riguardi delle persone fisiche che esercitano poteri di amministrazione, di rappresentanza o di direzione».

¹¹ Ai sensi dell'art. 67, co. 1 CAM, le persone alle quali sia stata applicata con provvedimento definitivo una misura di prevenzione personale non possono ottenere: «a) licenze o autorizzazioni di polizia e di commercio; b) concessioni di acque pubbliche e diritti ad esse inerenti nonché concessioni di beni demaniali allorché siano richieste per l'esercizio di attività imprenditoriali; c) concessioni di costruzione e gestione di opere riguardanti la pubblica amministrazione e concessioni di servizi pubblici; d) iscrizioni negli elenchi di appaltatori o di fornitori di opere, beni e servizi riguardanti la pubblica amministrazione, nei registri della camera di commercio per l'esercizio del commercio all'ingrosso e nei registri di commissionari astatori presso i mercati annonari all'ingrosso; e) attestazioni di qualificazione per eseguire lavori pubblici; f) altre iscrizioni o provvedimenti a contenuto autorizzatorio, concessorio, o abilitativo per lo svolgimento di attività imprenditoriali, comunque denominati; g) contributi, finanziamenti o mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee, per lo svolgimento di attività imprenditoriali; h) licenze per detenzione e porto d'armi, fabbricazione, deposito, vendita e trasporto di materie esplodenti». Inoltre, «il provvedimento definitivo di applicazione della misura di prevenzione deter-

ta, in parte vincolata e a contenuto, *mutatis mutandis*, analogo rispetto alla documentazione, in parte discrezionale, ove comprou la possibile esistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa idonei a condizionare le scelte e gli indirizzi del soggetto giuridico sottoposto all'attività di controllo.

Il sistema preventivo disegnato dal Legislatore, dunque, prevede l'acquisizione di siffatte certificazioni nei riguardi di tutte le associazioni, le imprese, le società, i consorzi e i raggruppamenti temporanei di imprese nei confronti dei quali l'Amministrazione, intesa in senso ampissimo¹², è intenzionata a stipulare, approvare o autorizzare contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici, ovvero a rilasciare o consentire sia le iscrizioni e, più in generale, i provvedimenti a contenuto autorizzatorio, concessorio e abilitativo, sia i contributi, i finanziamenti e le erogazioni concessi dallo Stato, dall'UE o dagli altri enti pubblici¹³. Sono esclusi dal campo oggettivo di operatività della documentazione antimafia tutti i rapporti individuati dai commi 3 e 3-*bis* dell'art. 83 CAM¹⁴.

mina la decadenza di diritto dalle licenze, autorizzazioni, concessioni, iscrizioni, attestazioni, abilitazioni ed erogazioni [...] nonché il divieto di concludere contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di cottimo fiduciario e relativi subappalti e subcontratti, compresi i cottimi di qualsiasi tipo, i noli a caldo e le forniture con posa in opera. Le licenze, le autorizzazioni e le concessioni sono ritirate e le iscrizioni sono cancellate ed è disposta la decadenza delle attestazioni a cura degli organi competenti» (art. 67, co. 2 CAM).

¹² A mente dell'art. 83, co. 1 CAM, la documentazione antimafia deve essere acquisita dalle «[...] pubbliche amministrazioni e [da]gli enti pubblici, anche costituiti in stazioni uniche appaltanti», ma anche da tutti quei soggetti che, quantunque formalmente privati, esercitano attività amministrative o comunque strumentali rispetto alla sfera pubblicistica, come «gli enti e le aziende vigilati dallo Stato o da altro ente pubblico e le società o imprese comunque controllate dallo Stato o da altro ente pubblico nonché i concessionari di lavori o di servizi pubblici». La disposizione trova applicazione anche nei riguardi dei «contrenti generali» di cui all'art. 194 del D.Lgs. n. 50/2016 (art. 83, co. 2 CAM).

¹³ Ai sensi dell'art. 89, co. 2 CAM, la documentazione antimafia, sebbene sottoforma di autodichiarazione resa dall'interessato (di cui si dirà meglio *infra*), deve essere acquisita dall'Amministrazione anche quando gli atti e i provvedimenti riguardano attività private sottoposte a regime autorizzatorio, che possono essere intraprese su segnalazione certificata di inizio attività, ovvero attività private sottoposte alla disciplina del silenzio-assenso.

¹⁴ Si tratta, più specificamente: «a) [dei] rapporti fra i soggetti pubblici di cui al comma 1 [quelli chiamati ad acquisire la documentazione antimafia, ndr.]; b) [dei] rapporti fra i soggetti pubblici di cui alla lettera a) ed altri soggetti, anche privati, i cui organi rappresentativi e quelli aventi funzioni di amministrazione e di controllo sono sottoposti, per disposizione di legge o di regolamento, alla verifica di particolari requisiti di onorabilità tali da escludere la sussistenza di una delle cause di sospensione, di decadenza o di divieto di cui all'articolo 67; c) [del] rilascio o rinnovo delle autorizzazioni o licenze di polizia di competenza delle autorità nazionali e provinciali di pubblica sicurezza; d) [della] stipulazione o approvazione di contratti e per la concessione di erogazioni a favore di chi esercita attività agricole o professionali, non organizzate in forma di impresa, nonché a favore di chi esercita attività artigianale in forma di impresa individuale e attività di lavoro autonomo anche intellettuale in forma individuale; e) [dei] provvedimenti, ivi inclusi quelli di erogazione, gli atti ed i contratti il cui valore complessivo non supera i 150.000 euro». La previsione delle lettere d) ed e) sono ulteriormente precisate dall'art. 83, co. 3-*bis* CAM, a mente del quale «la documentazione [...] è sempre prevista nelle ipotesi di concessione di terreni agricoli e zootecnici demaniali che ricadono nell'ambito dei regimi di sostegno previsti dalla politica agricola comune, a prescindere dal loro valore complessivo, nonché su tutti i terreni agricoli, a qualunque titolo acquisiti, che usufruiscono di fondi europei per un importo superiore a 25.000 euro o di fondi statali per un importo superiore a 5.000 euro». Recentemente, Cons. Stato, sez. III, 10 agosto 2020, n. 4979, ha precisato che il rilascio della documentazione antimafia per i provvedimenti il cui valore complessivo non supera i 150.000 euro, ancorché non obbligatorio, non è «vietato, ma semplicemente facoltativo, sicché il

All'interno dell'ampio ventaglio di situazioni giuridiche così definite, la normativa individua i rapporti e le soglie di valore economico oltre cui è richiesta l'acquisizione dell'informazione, consentendo, in negativo, di definire il perimetro d'azione dell'altra *species* provvedimentale, la comunicazione¹⁵.

Occorre precisare che la previsione dell'art. 89-*bis* CAM, figlia della novella intervenuta col D.Lgs. 13 ottobre 2014, n. 153, ha rafforzato enormemente la *vis expansiva* dell'informazione, attenuando la tradizionale dicotomia tra i due provvedimenti in esame; essa riconosce al Prefetto, infatti, la possibilità di rilasciarla in luogo della richiesta comunicazione qualora, in esito alle verifiche necessarie per la predisposizione di quest'ultima, venga accertata la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa. Una soluzione non avulsa da criticità che ha, di fatto, esteso gli effetti interdittivi dell'informazione a tutta l'area perimetrata dall'art. 67 CAM, ivi inclusi i titoli abilitativi necessari all'esercizio dell'attività imprenditoriale meramente privatistica¹⁶.

Prefetto, se richiesto, ben può legittimamente emettere un provvedimento interdittivo anche in relazione a detti atti». È da escludersi che la documentazione antimafia possa essere acquisita nei meri rapporti tra privati, in assenza di qualsiasi ancoraggio nell'amministrazione. In tal senso, M. Mazzamuto, *Interdittive prefettizie: rapporti tra privati, contagi e giusto procedimento*, in *Giur. it.*, 2020, 6, 1471 ss., a commento della sentenza Cons. Stato, sez. III, 20 gennaio 2020, n. 452.

¹⁵ Più specificamente, in materia di opere e lavori pubblici, servizi pubblici e pubbliche forniture, l'informazione antimafia deve essere acquisita qualora il loro valore sia superiore alle c.d. "soglie comunitarie", determinate dalla legge in attuazione delle direttive europee; per le concessioni di acque pubbliche o di beni demaniali per lo svolgimento di attività imprenditoriali, ovvero per la concessione di contributi, finanziamenti e agevolazioni su mutuo o altre erogazioni dello stesso tipo per lo svolgimento di attività imprenditoriali, la soglia sarà di € 150.000, la stessa prevista per l'autorizzazione di subcontratti, cessioni, cottimi, concernenti la realizzazione di opere o lavori pubblici o la prestazione di servizi o forniture pubbliche. Inoltre, ai sensi dall'art. 91, co 1-*bis* CAM, «l'informazione antimafia è sempre richiesta nelle ipotesi di concessione di terreni agricoli demaniali che ricadono nell'ambito dei regimi di sostegno previsti dalla politica agricola comune, a prescindere dal loro valore complessivo, nonché su tutti i terreni agricoli, a qualunque titolo acquisiti, che usufruiscono di fondi europei per un importo superiore a 25.000 euro».

Rimane fermo che l'art. 89-*bis* CAM riconosce al Ministero dell'Interno il potere di stipulare protocolli di legalità – o altre intese comunque denominate – capaci di estendere convenzionalmente il ricorso alla documentazione antimafia, e ciò al fine di prevenire e contrastare i fenomeni di criminalità organizzata. Sul tema F. Di Cristina, *Informative antimafia e protocollo di legalità: i rischi di ossificazione del sistema*, in F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (a cura di), *Diritto amministrativo e criminalità*, Atti del XVIII Convegno di Copanello 28-29 giugno 2013, 131 ss.; F. Saitta, *Informative antimafia e protocolli di legalità, tra vecchio e nuovo*, in *www.giustamm.it.*, 2014, 5; M. Mazzamuto, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in *www.giustamm.it.*, 2016, 3; G.M.F. Nitti, *Note sui protocolli di legalità, per la promozione di condotte etiche nei pubblici appalti*, su *www.federalismi.it.*, 2019, 2, 2. In ordine ai profili di compatibilità col diritto dell'UE del meccanismo di esclusione dalla procedura d'appalto dell'imprenditore che non ha sottoscritto gli obblighi derivanti da un protocollo di legalità, si veda G. Ferrari, L. Tarantino, *Osservatorio amministrativo. Alla Corte di Giustizia la valutazione dei protocolli di legalità*, in *Urb. app.*, 2014, 11, 1246, a commento dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale alla CGUE del CGA Sicilia, 12 settembre 2014, n. 534; la conseguente pronuncia della CGUE, sentenza 22 ottobre 2015, C-425/14, *Edilux* (ECLI:EU:C:2015:721), è stata annotata da C. Cravero, *Protocolli di legalità o Patti di Integrità: la compatibilità con il diritto UE della sanzione di esclusione automatica dell'operatore economico inadempiente*, in *Giur. it.*, 2016, 6, 1459 ss.

¹⁶ In ordine alla legittimità di siffatta soluzione legislativa è stata interrogata anche la Consulta che nella sentenza 18 gennaio 2018, n. 4 (ECLI:IT:COST:2018:4) ha ribadito come «[n]el contesto del d.lgs. n. 159 del

Dal punto di vista procedimentale, l'Amministrazione acquisisce la documentazione antimafia mediante la consultazione telematica della Banca dati nazionale unica (in seguito Banca dati)¹⁷, la cui disciplina è contenuta negli artt. 96 e s. CAM e nel DPCM 30 ottobre 2014, n. 193¹⁸. Nel caso in cui nulla risulti a carico dell'operatore economico il sistema emette immediatamente il provvedimento liberatorio; nell'ipotesi contraria, e cioè quando dalla consultazione della Banca dati emerge la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67 CAM o, nel solo caso dell'informazione, di un tentativo di

2011, e sulla base della legge delega n. 136 del 2010, nulla autorizza [...] a pensare che il tentativo di infiltrazione mafiosa, acclarato mediante l'informazione antimafia interdittiva, non debba precludere anche le attività di cui all'art. 67, oltre che i rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione, se così il legislatore ha stabilito [...] Non è perciò manifestamente irragionevole che [...] a fronte di un tentativo di infiltrazione mafiosa, il legislatore, rispetto agli elementi di allarme desunti dalla consultazione della banca dati, reagisca attraverso l'inibizione, sia delle attività contrattuali con la pubblica amministrazione, sia di quelle in senso lato autorizzatorie, prevedendo l'adozione di un'informazione antimafia interdittiva che produce gli effetti anche della comunicazione antimafia». Ancor prima, già Cons. Stato, sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565, aveva sostenuto le ragioni della novella legislativa, pur incorrendo nelle critiche di parte della dottrina, come nel caso di P. Tonnara, *Informativa antimafia e discrezionalità del prefetto*, in *Urb. app.*, 2017, 2, 223 ss. In senso critico anche F.G. Scoca, *Adeguatezza e proporzionalità nella lotta «anticipata» alla mafia*, in *Giur. cost.*, 2020, 2, 693; P. Marotta, P. Marotta, *op. cit.*, 30 ss.; R. Ursi, *La sicurezza pubblica*, Bologna, 2022, 306.

¹⁷ Ai sensi dell'art. 89 CAM, fuori dalle ipotesi in cui è richiesta l'informazione antimafia, nel caso di contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi o forniture dichiarati urgenti e con riguardo ai rinnovi di provvedimenti già disposti, l'amministrazione procedente è chiamata ad acquisire apposita dichiarazione con la quale l'operatore economico attesti che nei propri confronti non sussistono le cause di divieto, di decadenza o di sospensione di cui all'art. 67 CAM. Come si è già detto, la predetta dichiarazione è resa dall'interessato anche quando gli atti e i provvedimenti della Pubblica Amministrazione riguardano attività private sottoposte a regime autorizzatorio, che possono essere intraprese su segnalazione certificata di inizio attività, ovvero attività private sottoposte alla disciplina del silenzio-assenso. Allo stesso modo, l'autodichiarazione sarà acquisita in luogo della comunicazione antimafia nel caso di mancato funzionamento della Banca dati (art. 99-bis, co. 1 CAM). Sul ruolo dell'autodichiarazione nella disciplina della documentazione antimafia si rinvia alle riflessioni di M. Immordino, *Gli appalti pubblici tra documentazione antimafia ed esigenze di efficienza*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 2-3, 625 ss. Inoltre, a mente dell'art. 92, co. 3 CAM, nei casi di urgenza l'Amministrazione può procedere immediatamente in assenza dell'informazione antimafia, fermo restando che i contributi, i finanziamenti, le agevolazioni e le altre erogazioni di cui all'art. 67 CAM sono corrisposti sotto condizione risolutiva, si procede con la revoca delle autorizzazioni e delle concessioni, si recede dai contratti, «fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite». Si rammenta che ai sensi dell'art. 83, co. 2-bis CAM, l'iscrizione nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui all'art. 1, co. 52 e s. della L. 6 novembre 2012, n. 190 (le c.d. *white list*) equivale al rilascio dell'informazione antimafia. Per un approfondimento sul tema si rinvia a M. Immordino, *op. cit.*, soprattutto 654 ss.; V. Montaruli, *La white list nella documentazione antimafia*, in *www.diritto.it*, 20 novembre 2012; J. Buggea, *Le white list: strumento di prevenzione del fenomeno corruttivo e delle infiltrazioni del crimine organizzato nel settore degli appalti pubblici*, in *Nuove auton.*, 2014, 3, 675 ss.; D. Minelli, *“White list” e interdittive antimafia*, in *Urb. app.*, 2019, 5, 680 ss.

¹⁸ Per un approfondimento sul funzionamento della Banca dati nazionale unica si rinvia ad A. D'Alessandro, *La banca dati nazionale unica della documentazione antimafia: un nuovo strumento per le stazioni appaltanti*, in *Urb. app.*, 2015, 1-2, 30 ss.; N. Gullo, *Il regolamento per il funzionamento della banca dati nazionale unica della documentazione antimafia*, in *Gior. dir. amm.*, 2015, 4, 476 ss.; M. Mazzamuto, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, cit.

infiltrazione mafiosa, il Prefetto territorialmente competente¹⁹ dispone i controlli necessari e, se del caso, emette il provvedimento interdittivo nel rispetto dei termini imposti dalla normativa²⁰. Il medesimo *iter* verrà seguito qualora l'operatore economico controllato non risulti censito nella Banca dati.

Sul versante degli effetti, la comunicazione e l'informazione interdittive impediscono all'Amministrazione di stipulare, approvare o autorizzare contratti o subcontratti, ovvero di autorizzare, rilasciare o comunque consentire le concessioni e le erogazioni; essa procederà, inoltre, con la revoca delle autorizzazioni e delle concessioni, nonché con il recesso dai contratti già in esecuzione²¹. Si produce, in tal senso, un effetto riduttivo sulla sfera del privato, incidente, pur parzialmente e temporaneamente, sulla sua capacità giuridica²², così da ostacolarne la presenza nel mercato o provocarne la fattuale espulsione.

I due provvedimenti hanno un'efficacia limitata nel tempo, rispettivamente di sei mesi per la comunicazione e dodici per l'informazione, sebbene la giurisprudenza abbia avuto modo di precisare che «il decorso del termine [...] non produce *ex se* la perdita di efficacia del provvedimento interdittivo, il quale, una volta spirato il termine suindicato, dovrebbe considerarsi *tamquam non esset*, ma produce l'effetto (strumentale e procedimentale) di imporre all'Autorità prefet-

¹⁹ Ai sensi degli artt. 87, co. 2, e 90, co. 2 CAM, la competenza ricade sul Prefetto della provincia in cui le persone fisiche, le imprese, le associazioni o i consorzi risiedono o hanno la sede legale. Nel caso di società costituite all'estero, invece, sarà competente il Prefetto della provincia in cui è stabilita una sede secondaria con rappresentanza stabile nel territorio dello Stato ovvero, se manca quest'ultima, sarà competente il Prefetto della provincia in cui ha sede il soggetto che richiede la documentazione.

²⁰ Secondo l'art. 88, co. 4 CAM, «il prefetto rilascia la comunicazione antimafia entro trenta giorni dalla data della consultazione» della Banca dati. Analogo termine è individuato anche dall'art. 92, co. 2 CAM con riguardo all'informazione antimafia. Tuttavia, tale ultima disposizione precisa che «quando le verifiche disposte siano di particolare complessità, il prefetto ne dà comunicazione senza ritardo all'amministrazione interessata, e fornisce le informazioni acquisite nei successivi quarantacinque giorni».

²¹ La regola è sottoposta almeno a due ordini di eccezioni. Da un lato, l'art. 94, co. 3 CAM prevede che le amministrazioni non procedano alle revoche o ai recessi «nel caso in cui l'opera sia in corso di ultimazione ovvero, in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi»; dall'altro, si richiamano le previsioni dell'art. 32 del D.L. n. 90/2014 in tema di commissariamento e di misure di sostegno e monitoraggio delle imprese aggiudicatrici di opere pubbliche colpite da interdittive antimafia, di cui si dirà diffusamente nel prosieguo. Sul tema dei poteri pubblicitici che possono interessare la fase di esecuzione contrattuale si veda M. Mazzamuto, *Contratti pubblici di diritto privato*, in *Dir. econ.*, 2022, 2, 84 ss.

²² In Cons. Stato, ad. plen., 6 aprile 2018, n. 3, annotata da N. Gullo, *Interdittiva antimafia e crediti risarcitori*, in *Gior. dir. amm.*, 6, 2018, 766 ss., e da M. Mazzamuto, *Pagamento di imprese colpite da interdittiva antimafia e obbligatorietà delle misure anticorruzione*, in *Giur. it.*, 2019, 1, 157 ss., si legge che «il provvedimento di cd. "interdittiva antimafia" determina una particolare forma di incapacità giuridica, e dunque la insuscettività del soggetto (persona fisica o giuridica) che di esso è destinatario ad essere titolare di quelle situazioni giuridiche soggettive (diritti soggettivi, interessi legittimi) che determinino (sul proprio cd. lato esterno) rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione». Sul punto si rinvia anche a Cons. Stato, sez. IV, 20 luglio 2016, n. 3247. In dottrina, si vedano F. Figorilli, W. Giulietti, *Contributo allo studio della documentazione antimafia: aspetti sostanziali, procedurali e di tutela giurisdizionale*, in *www.federalismi.it*, 2021, 14, 60; E. Giardino, *Le interdittive antimafia tra finalità perseguite e garanzie affievolite*, in M. Immordino, N. Gullo (a cura di), *Diritto amministrativo e misure di prevenzione della criminalità organizzata*, Napoli, 2021, 184 ss.; P. Marotta, P. Marotta, *op. cit.*, 31.

tizia il riesame della vicenda complessiva, ergo dei sintomi di condizionamento dai quali era stato distillato il pericolo infiltrativo, ai fini dell'aggiornamento della originaria prognosi interdittiva [...] Ragionando diversamente, ovvero attribuendo al decorso del predetto termine [...] l'effetto automatico di "azzerrare" gli effetti interdittivi [...], si imporrebbe alla Prefettura – cui sarebbe precluso determinare, con la sua inerzia, lacune temporali nella frontiera che l'interdittiva erige all'accesso dell'impresa contaminata o contaminabile ai rapporti con la P.A. – di procedere costantemente (o, almeno, al decorso del termine annuale) alla verifica della persistenza dei presupposti per la protrazione del regime inibitorio, anche quando nessun elemento nuovo (tale, cioè, da giustificare la sua revisione) si sia verificato (o sia stato addotto dal soggetto interessato), con la conseguente ineluttabilità della sua conferma»²³. Dopotutto, in linea con questa impostazione ermeneutica, l'art. 86, co. 3 CAM impone ai legali rappresentanti degli organismi societari interessati dal controllo di comunicare al Prefetto ogni modifica riguardante l'assetto organizzativo della compagine, e ciò al fine di consentire all'Autorità di assumere tutte le conseguenti determinazioni anche, eventualmente, *in melius*.

2. *La "massima anticipazione della tutela" quale fondamento della dequotazione delle garanzie sostanziali, procedurali e giurisdizionali.*

La sommaria disamina appena conclusa ha descritto le due anime di un potere prefettizio vincolato, ove si limita a prendere atto dell'applicazione, in capo ai soggetti interessati dal controllo, di una misura di prevenzione personale giurisdizionale, e al contempo ampiamente discrezionale, nel momento in cui è chiamato ad accertare autonomamente l'esistenza di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa nell'impresa. Se la prima porzione di attribuzioni solleva poche questioni e perlopiù comuni a quelle proprie delle misure di cui agli artt. 4 e s. CAM, la seconda ha catalizzato lungamente le attenzioni della dottrina e della giurisprudenza e impegnerà le riflessioni delle prossime pagine.

È certo, infatti, che il problema dell'anticipazione della tutela, connaturato a gran parte degli strumenti giuridici di lotta alla criminalità organizzata²⁴, pone plurime e delicate questioni di temperamento tra valori costituzionalmente rilevanti, che paiono amplificarsi nella procedura diretta al rilascio dell'informazione antimafia, stante la sua mancata giurisdizionalizzazione formale e sostanziale.

²³ Cons. Stato, sez. III, 13 dicembre 2021, n. 8309.

²⁴ A. Longo, *La «massima anticipazione di tutela». Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali*, in *www.federalismi.it*, 2019, 19, 8 ss.

A muovere il disegno legislativo è l'esigenza di intercettare, già nel momento in cui principiano, le forme più opache e subdole dell'azione criminale, poiché «non può pensarsi che gli organi dello Stato contrastino con armi impari la pervasiva diffusione delle organizzazioni mafiose che hanno, nei sistemi globalizzati, vaste reti di collegamento e profitti criminali quale «ragione sociale» per tendere al controllo di interi territori»²⁵. Sicchè, a fronte di un provvedimento interdittivo che, come si è già osservato, è in grado di produrre effetti dirimenti su talune posizioni giuridiche individuali dotate delle più ampie guarentigie ordinamentali, come la libertà d'impresa e il diritto al lavoro²⁶, è dato riscontrare una profonda dequotazione di tutte le cautele sostanziali, procedurali e giurisdizionali chiamate a porre un freno all'azione dell'Autorità, e ciò, almeno in linea teorica, al fine di assicurare la reale operatività e l'esaltazione dell'efficacia dell'intervento preventivo.

Rilevanti momenti di tensione sorgono, innanzitutto, col principio di legalità dell'*agere* amministrativo, sacrificato in considerazione dello spiccato polimorfismo dell'azione criminale che mal si concilia con la rigida tipicità dei presupposti necessari per procedere all'adozione dell'interdittiva²⁷. In tal senso, l'attuale impianto normativo individua una serie di indici sintomatici da cui desumere forme di contiguità e connessioni tra l'impresa e la criminalità organizzata²⁸, che si limitano, tuttavia, ad attenuare la discrezionalità del Prefetto a cui è

²⁵ Cons. Stato, sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565. Dello stesso tenore anche Corte Cost., 26 marzo 2020, n. 57 (ECLI:IT:COST:2020:57), annotata da S.M. Sisto, *L'interdittiva antimafia supera (ancora una volta) le censure di illegittimità costituzionale*, in *Contratti stato enti pubb.*, 2020, 3, 108 ss., secondo cui dall'analisi socio-economica dell'agire mafioso «emerge un quadro preoccupante non solo per le dimensioni ma anche per le caratteristiche del fenomeno, e in particolare – e in primo luogo – per la sua pericolosità (rilevata anche da questa Corte: sentenza n. 4 del 2018). Difatti la forza intimidatoria del vincolo associativo e la mole ingente di capitali provenienti da attività illecite sono inevitabilmente destinate a tradursi in atti e comportamenti che inquinano e falsano il libero e naturale sviluppo dell'attività economica nei settori infiltrati, con grave *vulnus*, non solo per la concorrenza, ma per la stessa libertà e dignità umana. Le modalità, poi, di tale azione criminale non sono meno specifiche, perché [...] esse manifestano una grande “adattabilità alle circostanze”: variano, cioè, in relazione alle situazioni e alle problematiche locali, nonché alle modalità di penetrazione, e mutano in funzione delle stesse. È alla luce di questi dati che va valutata la scelta di affidare all'autorità amministrativa questa misura, che pure si caratterizza per la sua particolare gravità». Nella medesima direzione si è posta anche la Corte EDU nella sentenza 5 luglio 2001, Arcuri e altri c. Italia, ove è stato osservato che «[...] in Italy the problem of organised crime has reached a very disturbing level. The enormous profits made by these organisations from their unlawful activities give them a level of power which places in jeopardy the rule of law within the State. The means adopted to combat this economic power [...] may appear essential for the successful prosecution of the battle against the organisations in question».

²⁶ E. Giardino, *op. cit.*, 186 ss.

²⁷ Secondo Cons. Stato, sez. III, 19 giugno 2020, n. 3945, l'ancoraggio dell'informazione antimafia a soli elementi tipici «ne farebbe un provvedimento vincolato, fondato, sul versante opposto, su inammissibili automatismi o presunzioni *ex lege* e, come tale, non solo inadeguato rispetto alla specificità della singola vicenda, proprio in una materia dove massima deve essere l'efficacia adeguatrice di una norma elastica al caso concreto, ma deresponsabilizzante per la stessa autorità amministrativa».

²⁸ A mente degli artt. 84, co. 4 e 91, co. 6 CAM, il Prefetto può desumere la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa nell'impresa: «a) dai provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna anche non definitiva per taluni dei delitti di cui agli articoli 353, 353-bis, 603-bis,

comunque rimesso non solo il potere di valutare il peso che tali circostanze assumono nel caso di specie, ma di individuare la presenza di infiltrazioni mafiose anche mediante l'apprezzamento di indicatori rilevanti ma non tipizzati.

Nonostante il considerevole sforzo profuso dalla giurisprudenza nel tentativo di "tassativizzare" in via pretoria il novero degli indici sintomatici, qualificando come indizianti situazioni non esplicitamente previste dalla legge²⁹, rimangono ferme le perplessità in ordine alla compatibilità costituzionale³⁰ e convenzionale³¹ di un sistema nel quale l'applicazione di una misura non sanzionatoria, ma

629, 640-bis, 644, 648-bis, 648-ter del codice penale, dei delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale e di cui all'articolo 12-quinquies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306 convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356; b) dalla proposta o dal provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione; c) salvo che ricorra l'esimente di cui all'articolo 4 della legge 24 novembre 1981, n. 689, dall'omessa denuncia all'autorità giudiziaria dei reati di cui agli articoli 317 e 629 del codice penale, aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, da parte dei soggetti indicati nella lettera b) dell'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste; d) dagli accertamenti disposti dal prefetto anche avvalendosi dei poteri di accesso e di accertamento delegati dal Ministro dell'interno ai sensi del decreto-legge 6 settembre 1982, n. 629, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726, ovvero di quelli di cui all'articolo 93 del presente decreto; e) dagli accertamenti da effettuarsi in altra provincia a cura dei prefetti competenti su richiesta del prefetto procedente ai sensi della lettera d); f) dalle sostituzioni negli organi sociali, nella rappresentanza legale della società nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, effettuate da chiunque conviva stabilmente con i soggetti destinatari dei provvedimenti di cui alle lettere a) e b), con modalità che, per i tempi in cui vengono realizzati, il valore economico delle transazioni, il reddito dei soggetti coinvolti nonché le qualità professionali dei subentranti, denotino l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia». Ed ancora, dai «provvedimenti di condanna anche non definitiva per reati strumentali all'attività delle organizzazioni criminali unitamente a concreti elementi da cui risulti che l'attività d'impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata, nonché dall'accertamento delle violazioni degli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari di cui all'articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136, commesse con la condizione della reiterazione prevista dall'articolo 8-bis della legge 24 novembre 1981, n. 689».

²⁹ Merita di essere menzionata la pronuncia del Cons. Stato, 3 maggio 2016, n. 1743, poi richiamata anche da Cons. Stato, 5 settembre 2019, n. 6105 e da Corte Cost., 26 marzo 2020, n. 57, ove si precisa che «l'autorità prefettizia deve valutare [...] il rischio che l'attività di impresa possa essere oggetto di infiltrazione mafiosa, in modo concreto ed attuale, sulla base dei seguenti elementi: a) i provvedimenti 'sfavorevoli' del giudice penale; b) le sentenze di proscioglimento o di assoluzione; c) la proposta o il provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione previste dallo stesso d.lgs. n. 159 del 2011; d) i rapporti di parentela; e) i contatti o i rapporti di frequentazione, conoscenza, colleganza, amicizia; f) le vicende anomale nella formale struttura dell'impresa; g) le vicende anomale nella concreta gestione dell'impresa; h) la condivisione di un sistema di illegalità, volto ad ottenere i relativi 'benefici'; i) l'inserimento in un contesto di illegalità o di abusivismo, in assenza di iniziative volte al ripristino della legalità».

³⁰ Di recente, Corte Cost., 26 marzo 2020, n. 57, ha ritenuto infondate le censure sollevate in ordine all'incompatibilità della disciplina dell'informazione antimafia col principio di legalità sostanziale, che presiede all'esercizio di ogni attività amministrativa. Secondo la Corte, infatti, l'attento lavoro della giurisprudenza amministrativa ha permesso l'individuazione di un nucleo consolidato [...] di situazioni indiziarie, che sviluppano e completano le indicazioni legislative, costruendo un sistema di tassatività sostanziale».

³¹ Sono note le censure espresse nella sentenza della Corte EDU, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, sulle fattispecie di pericolosità c.d. "generica" contemplate dall'art. 1 CAM nell'ambito della disciplina delle misure di prevenzione giurisdizionali. Da subito la dottrina più attenta ha individuato le ricadute sistematiche di tale pronuncia anche con riferimento all'informazione antimafia. Sul punto si rinvia a G. Amarelli, *L'onda lunga della sentenza De Tommaso: ore contate per l'interdittiva antimafia 'generica' ex art. 84, co. 4, lett. d) ed*

pur sempre in grado di produrre dirompenti effetti restrittivi sulle sfere giuridiche dei destinatari, si svolge in un regime di carente prevedibilità, che non consente una sempre chiara e univoca qualificazione della locuzione normativa «tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate»³².

Si consideri, inoltre, che per garantire la massima anticipazione della soglia di prevenzione, la rilevanza del compendio degli elementi indiziari raccolti, ai fini dell'applicazione della misura di rigore, viene valutata sulla base di un ragionamento induttivo, di tipo probabilistico, che non richiede un livello di certezza oltre ogni ragionevole dubbio, ma implica una prognosi fondata sulla regola causale di origine civilistica del "più probabile che non"³³. In altre parole, non è richiesta, come nel caso dell'accertamento penale, l'insussistenza di qualsiasi altra alternativa, ma è sufficiente che la ricostruzione prefettizia sia maggiormente probabile rispetto a quelle teoricamente possibili³⁴. Un modello di ragionamento che cela il rischio di un ricorso sin troppo "disinvolto" all'interdittiva antimafia e che ha sollecitato le riflessioni critiche di parte della dottrina più garantista³⁵.

Sotto ad altro profilo, nemmeno il controllo giudiziale su tali provvedimenti amministrativi sembra essere in grado di garantire una tutela piena ed effettiva della gamma di posizioni giuridiche soggettive incise. Invero, all'ampia discrezionalità amministrativa e alla ridotta stringenza degli elementi necessari all'adozione

e), d. lgs. n. 159/2011?», in *Dir. pen. cont.*, 2017; Id., *Interdittive antimafia e «valori fondanti della democrazia»: il pericoloso equivoco da evitare*, in *www.giustiziainsieme.it*, 17 luglio 2020; P. Marotta, P. Marotta, *op. cit.*, 69 ss.

³² Più ampie riflessioni, *ex multis*, in M. Mazzamuto, *Lo scettro alla prefettocrazia: l'indefinita pervasività del sottosistema antimafia delle grandi opere e il caso emblematico della 'filiera'*, in *Dir. econ.*, 2013, 3, 619 ss.; Id., *Interdittive prefettizie: rapporti tra privati, contagi e giusto procedimento*, *cit.*, 1477 ss.; M. Noccelli, *Le informazioni antimafia tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2020; G. Amarelli, *Interdittive antimafia e valori fondanti della democrazia*, *cit.*; Id., *Le interdittive antimafia "generiche" tra interpretazione tassativizzante e dubbi di incostituzionalità*, in G. Amarelli, S. Sticchi Damiani (a cura di), *op. cit.*, 216 ss.; A. Amore, *Il deficit di tipicità delle interdittive antimafia*, in *Urb. app.*, 2020, 2, 251 ss.; G. D'Angelo, *Il tentativo di infiltrazione mafiosa ai fini dell'adozione dell'informazione interdittiva, tra garanzie procedurali, tassatività sostanziale e sindacato giurisdizionale*, in *Foro it.*, 2021, 10, 517 ss.; M. Renna, C. Micciché, *Appalti pubblici e prevenzione antimafia tra garanzie costituzionali ed europee*, in M. Immordino, N. Gullo (a cura di), *op. cit.*, 140 ss.

³³ Tra gli arresti giurisprudenziali più recenti si annoverano TAR Valle d'Aosta, sede di Aosta, sez. I, 11 gennaio 2022, n. 1; TAR Campania, sede di Napoli, sez. I, 2 febbraio 2021, n. 691; Cons. Stato, sez. III, 28 ottobre 2020, n. 6578; TAR Piemonte, sede di Torino, sez. I, 17 luglio 2020, n. 478. In dottrina, *ex multis*, M. Noccelli, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza amministrativa sul complesso sistema antimafia*, in *Foro amm.*, 2017, 12, 2530 ss.; M. Mazzamuto, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, *cit.*; F.G. Scoca, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata*, in *www.giustamm.it*, 2018, 6.

³⁴ Per un approfondimento F. Fracchia, M. Occhiena, *Il giudice amministrativo e l'inferenza logica: «più probabile che non» e «oltre», «rilevate probabilità» e «oltre ogni ragionevole dubbio». Paradigmi argomentativi e rilevanza dell'interesse pubblico*, in *Dir. econ.*, 2018, 3, 1143 ss.

³⁵ Sebbene riferite al differente istituto dello scioglimento dei consigli comunali e provinciali per mafia, si richiamano le interessanti riflessioni di F. D'Urzo, *Art 143 T.U.E.L. e adozione del provvedimento: perché non ambire al b.a.r.d.?*, in *Giur. it.*, 2016, 4, 950 ss.

dell'informazione segue, a mo' di corollario, un approccio giurisprudenziale restrittivo volto a confinare il sindacato sulle scelte prefettizie in una dimensione se non propriamente estrinseca, comunque inidonea a garantire un soddisfacente accesso cognitivo alle vicende fattuali rivelatrici del pericolo d'infiltrazione criminale³⁶.

In un quadro così strutturato, ove si fa evidente il disequilibrio nel rapporto tra autorità e libertà, il dibattito sul riconoscimento delle pretese partecipative del privato in sede procedimentale diviene il momento di massima sintesi delle costanti tensioni in cui vive la misura in esame. Se da un lato, infatti, l'intervento del soggetto sottoposto al controllo prefettizio appare inconciliabile con le esigenze legate all'urgenza, alla celerità e alla riservatezza dell'azione di prevenzione pubblica, dall'altro la salvaguardia del principio del giusto procedimento amministrativo, che innerva sempre più capillarmente l'ordinamento interno, non può non far ricadere l'attenzione sull'importanza del momento partecipativo tanto in chiave difensiva, quanto in chiave collaborativa.

Di questi profondi dissidi si sono nutrite decennali riflessioni dottrinali e giurisprudenziali³⁷, sino a che, col D.L. 6 novembre 2021, n. 152, convertito dalla L. 29 dicembre 2021, n. 233, il Legislatore ha ridisegnato la disciplina dell'informazione antimafia, così da donare un rinnovato spazio al contraddittorio tra l'Amministrazione precedente e l'operatore economico, che, come si dirà, era stato storicamente pretermesso. Quali siano i punti di forza e le criticità delle soluzioni normative recentemente introdotte è un interrogativo a cui si cercherà di rispondere nelle pagine che seguono; quello che può già osservarsi, invece, è l'assoluta dirompenza sistematica di una novella in grado di abbattere un tabù rimasto a lungo inscalfito nella giurisprudenza nazionale, rimarcando con vigore l'evoluzione in chiave collaborativa e partecipativa dei moduli operativi che caratterizzano il "diritto amministrativo dell'emergenza criminale"³⁸, anche loro ormai incapaci di resistere al richiamo delle sirene del buon procedimento amministrativo.

2.1. Le ragioni dell'inapplicabilità delle garanzie partecipative della L. n. 241/1990 al procedimento per il rilascio dell'informazione antimafia

Prima del D.L. n. 152/2021, la disciplina legislativa dell'informazione antimafia non prevedeva espressamente alcun istituto diretto alla partecipazione procedimentale del privato, fatta eccezione per la mera possibilità, peraltro rimessa alle discrezionali valutazioni del Prefetto, di audire l'interessato nel corso della fase

³⁶ Il punto sarà oggetto di un più diffuso approfondimento *infra*, par. 2.1.

³⁷ Del citato dibattito si darà atto *infra*, par. 2.1.

³⁸ La categoria è mutuata da N. Gullo, *Emergenza criminale e diritto amministrativo*, cit.

istruttoria (art. 93, co. 7 CAM). Tale circostanza ha alimentato un lungo e acceso dibattito in ordine all'opportunità di estendere anche alle misure di prevenzione amministrativa della criminalità organizzata le garanzie partecipative individuate dalla L. 7 agosto 1990, n. 241 (la c.d. Legge sul procedimento amministrativo, d'ora in avanti L.p.a.), e che si sostanziano, per ciò che qui interessa, nella comunicazione di avvio del procedimento (art. 7 cit.) e nel c.d. preavviso di rigetto (art. 10-*bis* cit.), atti che, ponendo il soggetto interessato a conoscenza della vicenda giuridica a suo carico, rendono possibile l'esercizio dei connessi diritti di accesso endoprocedimentale e di presentazione di memorie scritte e documenti (artt. 9 e 10-*bis* cit.)³⁹.

Sul punto si è andato formando un orientamento quasi granitico nella giurisprudenza amministrativa, secondo il quale, pur dovendosi riconoscere l'inequivocabile importanza del principio dell'*audi alteram partem*, la nota capacità dell'azione mafiosa di incidere esizialmente su beni della vita individuali e collettivi dal rilievo primario giustifica una ponderazione tra le contrapposte esigenze in campo che, proiettandosi nella direzione della massimizzazione dell'efficacia preventiva dell'intervento dell'Autorità, può comportare un'attenuazione, se non anche la totale eliminazione, del contraddittorio procedimentale⁴⁰.

Secondo questa linea ermeneutica, invero, sul Prefetto non ricadrebbe alcun obbligo di comunicazione agli interessati dell'avvio della procedura di controllo, e ciò in virtù delle «oggettive e intrinseche ragioni di urgenza»⁴¹ che, nel fondare una rilettura in termini cautelari del provvedimento interdittivo⁴², consentono di includerlo nel novero degli atti per cui è la stessa norma di legge a prevedere una deroga all'adempimento informativo di cui si discute⁴³. Per altro verso, sempre la stessa giurisprudenza amministrativa non ha mancato di sottolineare come i peculiari caratteri del fenomeno criminale e le finalità strettamente preventive dell'azione pubblica siano «del tutto incompatibili con le procedure

³⁹ Per un approfondimento, F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, V ed., Roma, 2012, 1272 ss.; F.G. Scoca, *Diritto amministrativo*, VI ed., Torino, 2019, 200 ss.; R. Garofoli, G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, XIII ed., Molfetta, 2019, 597 ss.; P. Chirulli, *La partecipazione al procedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, III ed., Milano, 2020, 291 ss.; E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, XXIII ed., Milano, 2021, 378 ss.

⁴⁰ Nella giurisprudenza più recente, TAR Lazio, sede di Roma, sez. I *ter*, 10 marzo 2022, n. 2776; TAR Calabria, sede di Catanzaro, sez. I, 17 novembre 2021, n. 2036; Cons. Stato, sez. III, 20 aprile 2021, n. 3182; sez. III, 20 aprile 2021, n. 3194.

⁴¹ Cons. Stato, sez. III, 28 ottobre 2016, n. 4555.

⁴² Si tratta di una lettura costantemente affermata in giurisprudenza, suggellata da Cons. Stato, ad. plen., 6 aprile 2018, n. 3. Tra le pronunce più recenti si annoverano, *ex multis*, CGA Sicilia, sez. giurisd., 3 giugno 2022, n. 667; Cons. Stato, sez. III, 3 maggio 2022, n. 3456; sez. V, 11 aprile 2022, n. 2712. In dottrina, invece, si sono sollevate parecchie voci contrarie, come si avrà modo di precisare meglio *infra*, par. 2.2.

⁴³ Ai sensi dell'art. 7, co. 1 L.p.a., è possibile omettere l'adempimento informativo «ove sussistano particolari esigenze di celerità del procedimento». Sul tema F. Caringella, *op. cit.*, 1277 ss.; F.G. Scoca, *Diritto amministrativo*, cit., 204 ss.; R. Garofoli, G. Ferrari, *op. cit.*, 602 ss.; P. Chirulli, *op. cit.*, 295 ss.; E. Casetta, *op. cit.*, 386 ss.

partecipative»⁴⁴, che richiederebbero una *discovery* anticipata già alla fase istruttoria di elementi e notizie spesso coperti da segreto investigativo e non di rado connessi a parallele indagini della magistratura inquirente, il cui disvelamento andrebbe a frustrare quell'«effetto sorpresa» in assenza del quale è difficile immaginare il mantenimento di adeguati livelli di efficacia in una misura diretta alla massima anticipazione della tutela⁴⁵.

Con riguardo, invece, al c.d. preavviso di rigetto, vi è da osservare come il procedimento per il rilascio dell'informazione antimafia non si avvia mai ad istanza della parte privata – condizione necessaria affinché operi l'istituto di cui all'art. 10-*bis* L.p.a. –, ma, quando non d'ufficio, su richiesta e impulso della parte pubblica, e cioè dei soggetti di cui all'art. 83, co. 1 e 2 CAM⁴⁶. Né è immaginabile un'applicazione estensiva dell'art. 3, co. 3 del D.P.C.M. 18 aprile 2013, che, nel disciplinare le modalità di iscrizione e di aggiornamento delle cc.dd. *white list*, prevede l'obbligo in capo alla Prefettura competente di comunicare all'operatore economico interessato – la cui istanza, in tale ipotesi, ha davvero avviato il procedimento – gli eventuali motivi ostativi all'accoglimento della domanda diretta all'inserimento nel relativo elenco. Sul punto, infatti, la giurisprudenza ha ribadito la sostanziale differenza tra i regimi procedurali dell'informazione antimafia e dell'istituto disciplinato nella legge anticorruzione, che si incrociano, sul piano degli esiti, soltanto in caso di iscrizione nella lista, con l'equipollenza tra iscrizione e liberatoria, mentre, in presenza del mancato inserimento, l'interdittiva dovrà comunque essere oggetto di un separato provvedimento prefettizio⁴⁷.

È evidente che un istituto così strutturato lasciava ai destinatari del provvedimento finale pochi spazi di coinvolgimento e perlopiù abbastanza angusti. Inve-

⁴⁴ Si veda ancora Cons. Stato, sez. III, 28 ottobre 2016, n. 4555, poi richiamata, *ex multis*, da Cons. Stato, sez. III, 30 novembre 2017, n. 5623 e da Cons. Stato, sez. III, 3 marzo 2020, n. 1576.

⁴⁵ Sul punto si rimanda a Cons. Stato, sez. III, 31 gennaio 2020, n. 820, annotata da R. Ruberto, *Sul contraddittorio procedimentale in materia di informazioni antimafia*, in *Giur. it.*, 3, 2020, 685 ss. La medesima pronuncia ha riformato la sentenza del TAR Lombardia, sede di Brescia, sez. I, 17 maggio 2019, n. 480, in cui il Collegio giudicante aveva sostenuto «che la comunicazione di avvio del procedimento e il preavviso di diniego sono adempimenti necessari anche in questa materia [e cioè nell'ambito del procedimento diretto al rilascio dell'informazione antimafia, ndr.], dovendo sempre essere garantito il pieno esercizio del diritto di difesa», salvo poi escludere la possibilità di annullare il provvedimento per soli vizi procedurali, avendo l'amministrazione «a disposizione la sanatoria processuale ex art. 21-*octies* comma 2 della legge 7 agosto 1990 n. 241, e può quindi replicare alle censure della parte ricorrente dimostrando che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato». A detta del giudice di seconde cure si tratta «di una motivazione doppiamente erronea non solo perché l'informazione antimafia non richiede la necessaria osservanza del contraddittorio procedimentale [...] ma anche perché l'applicazione dell'art. 21-*octies*, comma 2, della l. n. 241 del 1990 non è in nessun modo consentita all'informazione antimafia, provvedimento giammai vincolato, ma per sua stessa natura discrezionale».

⁴⁶ Sul punto ancora Cons. Stato, sez. III, 31 gennaio 2020, n. 820 e la relativa nota di R. Ruberto, *op. cit.*, 687-688.

⁴⁷ Sul tema M. Mazzamuto, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, cit., che richiama TAR Lazio, sede di Roma, sez. I *ter*, ordinanza 13 giugno 2014, n. 2691.

ro, sul piano endoprocedimentale si poneva esclusivamente la previsione, a cui si è già fatto cenno in apertura, dell'art. 93, co. 7 CAM, che rimette alla discrezionalità del Prefetto la possibilità di audire l'operatore economico nel corso della fase istruttoria; i restanti momenti di intervento rimanevano tutti circoscritti alla sede esoprocedimentale e dunque postuma al momento in cui l'atto amministrativo avesse già prodotto i suoi effetti, permanendo in capo al soggetto interessato due differenti facoltà: da un lato, il ricorso giurisdizionale avverso l'interdittiva, dall'altro, il potere di sollecitare l'organo competente a riesaminare l'eventuale permanenza delle condizioni necessarie al mantenimento della sua efficacia.

2.2. *L'esclusione delle cautele partecipative nel quadro delle tutele costituzionali e convenzionali*

Privato delle garanzie partecipative, il procedimento per il rilascio dell'informazione antimafia ha finito per vivere in un anacronismo sempre più spiccato all'interno di un contesto giuridico che, al contrario, si è via, via mosso verso l'esaltazione di una tendenziale equiordinazione relazionale tra Amministrazione e cittadino. Non vi è da stupirsi, pertanto, se, nella vigenza della pregressa disciplina, ci si sia lungamente interrogati sulla compatibilità dell'istituto in esame col sistema di cautele multilivello riservato alla gamma di posizioni giuridiche incise dall'azione prefettizia e che spaziano dai diritti di difesa, di iniziativa economica, al lavoro e ad una buona amministrazione, fino a ricadere sulla tutela della libertà personale e a limitare l'estrinsecazione di principi connaturati ad uno Stato di diritto, come nel caso della presunzione di innocenza.

In buona sostanza, può davvero l'esigenza di massima anticipazione delle tutele antimafia giustificare, sul piano costituzionale e convenzionale, l'originaria scelta legislativa, così come inquadrata dalla giurisprudenza maggioritaria, di annientare le garanzie partecipative endoprocedimentali?

Nel tentativo di fornire una risposta positiva al quesito, si è valorizzata la posizione di quella giurisprudenza che sembra aver negato valore costituzionale al principio del contraddittorio procedimentale⁴⁸, ribadendo che, sebbene dotato di inequivocabile importanza, esso non rappresenterebbe un valore assoluto o un bene in sé, ad ogni costo irrinunciabile e, perciò, slegato da qualsiasi percorso di contemperamento con altri interessi di rango primario, quanto, piutto-

⁴⁸ Di estremo interesse il giudizio di legittimità costituzionale che ha interessato, nella pronuncia della Corte cost. 30 aprile 2015, n. 71, l'art. 42-bis del D.P.R. 8 giugno 2011, n. 327, in cui la Consulta ha respinto la censura diretta a sostenere la violazione del principio del giusto procedimento, escludendone la rilevanza costituzionale. Sul punto si rinvia a R. Chieppa, R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, IV ed., 2018, 496.

sto, un principio «strumentale al buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.) e, in ultima analisi, al principio di legalità sostanziale (art. 3, comma secondo, Cost.), vero e più profondo fondamento del moderno diritto amministrativo»⁴⁹. Una lettura che, per certi versi, parrebbe condivisa anche dalla Corte di Giustizia dell'UE che non ha mancato di sottolineare come il diritto di difesa e al contraddittorio procedimentale non si configurino come prerogative assolute, ma possono soggiacere a restrizioni, a condizione che queste «rispondano effettivamente a obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti [...] garantiti»⁵⁰.

Così ragionando, allora, la deroga prevista nella materia della documentazione antimafia, giustificata da esigenze di massima anticipazione del momento dell'intervento dell'Autorità, veniva intesa come pienamente legittima, dal momento che, da un lato, la tutela dell'ordine pubblico, anche economico, e del buon andamento della P.A. integrano senza dubbio interessi pubblici di rilievo primario, mentre non mancavano essenziali momenti di "riequilibrio del sistema", rappresentati dalla previsione di una forma, pur eventuale, di contraddittorio endoprocedimentale all'art. 93, co. 7 CAM, dalla durata limitata nel tempo degli effetti dell'interdittiva e, soprattutto, dalla possibilità di sottoporre il provvedimento al taglio del Giudice amministrativo.

A ben vedere, tuttavia, gli argomenti appena addotti, lungi dallo sprigionare quell'effettiva efficacia mitigatrice a loro attribuita, hanno per certi versi confermato gli irragionevoli squilibri che costellavano la disciplina di un'informazione antimafia priva di qualsiasi reale momento partecipativo⁵¹.

Vanno osservati, innanzitutto, i limiti intrinseci a una forma di contraddittorio rimessa alla massima discrezionalità del Prefetto che poteva disporlo, ove lo ritenesse utile e «sulla base della documentazione e delle informazioni acquisite», invitando «i soggetti interessati a produrre, anche allegando elementi documenta-

⁴⁹ Cons. Stato, sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565. Sul punto si veda R. Ruberto, *op. cit.*, 685 ss.; L. Bordin, *Contraddittorio endoprocedimentale e interdittive antimafia: la questione rimessa alla Corte di Giustizia. E se il problema fosse altrove?*, in *www.federalismi.it*, 2020, 22, 56 ss.

⁵⁰ In questi termini CGUE, sentenza 9 novembre 2017, C-298/16, *Ispas*, § 16 (ECLI:EU:C:2017:843) richiamata in Cons. Stato, sez. III, 31 gennaio 2020, n. 820. La posizione è ribadita in altre pronunce, tra cui si rammentano CGUE, sentenza 26 settembre 2013, C-418/11, *Texdata Software* (ECLI:EU:C:2013:588), nonché CGUE, sentenza 3 luglio 2014, C-129/13 e C-130/13, *Kamino International Logistics e Datema Hellmann Worldwide Logistics* (ECLI:EU:C:2014:2041). Con specifico riguardo alla normativa nazionale in tema di prevenzione antimafia, in CGUE, sentenza 26 settembre 2019, C-63/18, *Vitali s.p.a.*, § 37 (ECLI:EU:C:2019:787) si precisa che «il contrasto al fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici costituisce un obiettivo che può giustificare una restrizione alle regole fondamentali e ai principi generali del TFUE che si applicano nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici» (il passaggio è richiamato ancora da Cons. Stato, sez. III, 31 gennaio 2020, n. 820).

⁵¹ F.G. Scoca, *Le interdittive antimafia*, cit.; M. Mazzamuto, *Interdittive prefettizie: rapporti tra privati, contagi e giusto procedimento*, cit., 1477 ss.; M. Renna, C. Micciché, *op. cit.*, 154 ss.

li, ogni informazione ritenuta utile»⁵², e ciò in una condizione di assoluta asimmetria informativa non essendo previamente posti a conoscenza degli esiti dell'istruttoria a cui era pervenuta l'Autorità. Insomma, l'istituto previsto dall'art. 93, co. 7 CAM appariva – e, nella sua forma officiosa, appare ancora oggi – più un potere di indagine prefettizio che un vero e proprio strumento partecipativo-difensivo.

D'altro canto, la temporaneità degli effetti dell'interdittiva rappresenta una garanzia per l'operatore economico parziale e non priva di criticità⁵³. Se è vero, infatti, che essa costituisce un perno fondamentale del sistema, costringendo l'Autorità a procedere con una costante rivalutazione della situazione infiltrativa, soggetta allo scorrere del tempo e alla mutevolezza delle circostanze che sopraggiungono⁵⁴, tuttavia non possono sottacersi tutti i limiti, in termini di pienezza ed effettività, di un riesame affidato allo stesso organo che ha emesso il provvedimento interdittivo, specie nel momento in cui l'imprenditore, a causa del mancato accesso ad atti istruttori coperti da segreto, non abbia un quadro completo degli addebiti contestatigli ai fini dell'adozione di eventuali misure di *selfcleaning*.

Oltretutto, il riesame dell'informazione rappresenta un rimedio postumo e potenzialmente tardivo, intervenendo dopo che il provvedimento abbia prodotto i suoi effetti interdittivi sull'azienda che si trova magari già in un avanzato stato di decozione⁵⁵. Non può ignorarsi, infatti, che, contrariamente alla ricostruzione più volte sostenuta in giurisprudenza, a mente della quale l'informazione antimafia ha natura cautelare⁵⁶, in realtà essa è in grado di produrre «effetti definitivi, conclusivi e dissolutori del rapporto giuridico tra l'impresa e la P.A., con riverberi assai durevoli nel tempo, se non addirittura permanenti, indelebili e inemendabili»⁵⁷.

L'ultimo passaggio argomentativo meritevole di attenzione attiene, invece, al presunto sostanziale recupero delle potestà difensive sacrificate in sede endoprocedimentale nel successivo – ed eventuale – momento del sindacato giurisdizionale sul provvedimento prefettizio. Invero, secondo una linea interpretativa sostenuta dalla più recente giurisprudenza, detto sindacato è «pieno ed effet-

⁵² Si tratta della formulazione dell'art. 93, co. 7 CAM prima della riforma intervenuta col D.L. n. 152/2021.

⁵³ A. Amore, *Luci e ombre del procedimento di aggiornamento in tema di interdittiva antimafia*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2021, 987 ss.

⁵⁴ M. Nocelli, *Le informazioni antimafia tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, cit., 9-10.

⁵⁵ Si può arrivare a produrre per l'impresa una sorta di "ergastolo occulto", specie se si considera che all'indomani dell'introduzione dell'art. 89-bis CAM è stata enormemente ampliata la pleora di situazione al cospetto delle quali le si può inibire qualsiasi attività economica. Sul punto si rinvia a M. Mazzamuto, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, cit., e a G. Amarelli, *Le interdittive antimafia generiche tra interpretazione tassivizzante e dubbi di incostituzionalità*, in G. Amarelli, S. Sticchi Damiani (a cura di), *op. cit.*, 207, richiamato anche in R. Ursi, *op. cit.*, 307.

⁵⁶ *Ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 1° settembre 2020, n. 3706; 9 settembre 2020, n. 5416; 6 maggio 2021, n. 3530; 25 ottobre 2021, n. 7165; 14 febbraio 2022, n. 1065.

⁵⁷ TAR Puglia, sede di Bari, sez. III, ordinanza del 13 gennaio 2020, n. 28.

tivo, in termini di *full jurisdiction*, anche secondo il diritto convenzionale, come ha riconosciuto la stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 57 del 26 marzo 2020⁵⁸, perché non solo investe, sul piano della c.d. tassatività sostanziale, l'esistenza di fatti indicatori di eventuale infiltrazione mafiosa, posti dall'autorità prefettizia a base del provvedimento interdittivo, ma sindaca anche, sul piano della c.d. tassatività processuale, la prognosi inferenziale circa la permeabilità mafiosa dell'impresa, nell'accezione, nuova e moderna, di una discrezionalità amministrativa declinata in questa delicata materia sotto l'aspetto del ragionamento probabilistico compiuto dall'amministrazione»⁵⁹.

Il richiamo operato dai Giudici interni alla nozione di "*full jurisdiction*" pone sul campo tutta una serie di questioni che attengono alla necessità o meno di estendere le garanzie individuate dall'art. 6 della Carta Europea dei Diritti dell'Uomo in tema di diritto a un equo processo anche al procedimento amministrativo diretto al rilascio dell'informazione antimafia⁶⁰. Si rende essenziale, sul punto, qualche breve precisazione.

Si rammenta, innanzitutto, che secondo una costante interpretazione offerta dalla Corte EDU, le cautele declinate dall'art. 6 cit. – entro cui può essere fatto rientrare il diritto al contraddittorio – devono trovare spazio in tutti i procedimenti diretti all'applicazione di una misura che, pur non essendo qualificata come "sanzione penale" nelle legislazioni nazionali, lo è sul piano sostanziale, e ciò alla luce di una concezione autonomistica di *matière pénal* che guarda non tanto al *nomen iuris*, quanto al grado e alla severità delle conseguenze che derivano dall'operatività dello strumento giuridico⁶¹.

Ora, se è vero che l'informazione antimafia è un provvedimento primariamente diretto alla prevenzione criminale e non al sanzionamento di condotte ille-

⁵⁸ Nella sentenza citata, la Corte costituzionale dà atto di come «l'equilibrata ponderazione dei contrapposti valori costituzionali in gioco [...] richiede alla prefettura una attenta valutazione di tali elementi, che devono offrire un quadro chiaro, completo e convincente del pericolo di infiltrazione mafiosa» e che «tale quadro deve emergere [...] da una motivazione accurata che nella specie assume una rilevanza affatto particolare. Infine, queste complesse valutazioni che [...] sono, sì, discrezionali, ma dalla forte componente tecnica, sono soggette ad un vaglio giurisdizionale pieno ed effettivo» in cui non ci si limita «ad un controllo "estrinseco" [...] e, pur dando il giusto rilievo alla motivazione» procede «ad un esame sostanziale degli elementi raccolti dal prefetto, verificandone la consistenza e la coerenza. Il risultato di questo impegno è la individuazione di un nucleo consolidato [...] di situazioni indiziarie, che sviluppano e completano le indicazioni legislative, costruendo un sistema di tassatività sostanziale».

⁵⁹ Cons. Stato, sez. III, 6 maggio 2020, n. 2854; 10 agosto 2020, n. 4979; 9 novembre 2021, n. 7445.

⁶⁰ In tema, *ex multis*, F. Goisis, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2014, 2, 2 ss.; Id., *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 2, 546 ss.; A. Carbone, *L'art. 6 CEDU e il giusto processo e procedimento amministrativo. Differenze applicative all'interno degli Stati europei*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 3; B. Giliberti (a cura di), *Il controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi*, Napoli, 2019.

⁶¹ In giurisprudenza, CEDU, 8 giugno 1976, *Engel e altri v. Paesi Bassi*; 21 febbraio 1984, *Öztürk v. Germania*; 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri v. Italia*.

cite, tuttavia è evidente come il perseguimento di tale obiettivo richieda comunque la predisposizione di interventi dell'Autorità capaci di incidere in maniera gravemente restrittiva sulle sfere giuridiche dei soggetti sottoposti al controllo. Tale profonda tensione, che innerva storicamente le misure di prevenzione – *a fortiori* quando non giurisdizionalizzate –, ha indotto parte della dottrina a ritenere essenziale, sul piano della compatibilità convenzionale, l'applicazione delle garanzie dell'art. 6 CEDU, talaltra ad escluderne l'operatività in considerazione dell'assoluta peculiarità dell'istituto che richiede e giustifica, almeno astrattamente, un articolato sistema di deroghe, senza che ciò si traduca in alcun modo nella riconduzione dell'istituto alla *matière pénale*⁶².

In questo quadro si pongono le riflessioni del Consiglio di Stato che, avvalendosi delle teorie dei Giudici di Strasburgo sulla “*full jurisdiction*”, ha inteso affermare il necessario riconoscimento all'operatore economico delle garanzie partecipativo-difensive perdute, e ciò non tramite la loro diretta implementazione nella procedura amministrativa, bensì in maniera mediata con la sottoposizione delle determinazioni dell'Autorità prefettizia a un controllo dinanzi a un “*judicial body that has [...] the power to quash in all respects, on questions of fact and law, the decision of the body below*”⁶³.

Sul punto, l'analisi dei repertori giurisprudenziali evidenzia una certa ritrosia da parte della giurisprudenza amministrativa a ritagliarsi, storicamente, uno spazio di intervento che, pur non potendo mai assumere natura sostitutiva delle determinazioni prefettizie, potesse comunque garantire una tutela piena ed effettiva delle posizioni giuridiche delle imprese interessate. Invero, la qualificazione del relativo potere amministrativo volto all'accertamento di eventuali infiltrazioni mafiose come (tecnico-)discrezionale⁶⁴ ha consentito di escludere la sussistenza di un

⁶² In tal senso, P. Marotta, P. Marotta, *op. cit.*, 61 e s.

⁶³ CEDU, *Schmautzer v. Austria*, 23 ottobre 1995.

⁶⁴ Si ricorre volutamente a un'espressione ambigua che dia atto delle oscillazioni registrate sia nella dottrina che nella giurisprudenza in ordine alla natura della discrezionalità prefettizia, come evidenziato anche da G. Sigismondi, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2015, 2, 712 ss. Si orientano nella direzione della “discrezionalità tecnica” P. Marotta, P. Marotta, *op. cit.*, 54 ss., e L. Bordin, *op. cit.*, 39, che richiamano Corte cost. 26 marzo 2020, n. 57 secondo cui «si afferma [...] nella giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, sezione terza, sentenze 30 gennaio 2019, n. 758 e 3 aprile 2019, n. 2211), che l'atto implica una valutazione tecnico-discrezionale dell'autorità prefettizia in ordine al pericolo di infiltrazione mafiosa». In senso opposto si pongono le riflessioni di A. Longo, *op. cit.*, e di R. Ruberto, *op. cit.*, che si allineano a quella parte della giurisprudenza che sembra propendere per la tesi della discrezionalità pura. Su tale ultimo punto si rinvia, *ex multis*, a Cons. Stato, sez. VI, 26 settembre 2011, n. 5366 e a Cons. Stato, sez. VI, 17 marzo 2010, n. 1559, ove, pur non venendo presa una posizione netta, vengono evocati vizi della funzione amministrativa tipici del potere discrezionale puro. Sul tema si registra la lettura offerta da F.G. Scoca, *Le interdittive antimafia*, cit., secondo cui «[...] in relazione ai poteri prefettizi e al loro esercizio, non viene affatto in gioco la nozione di discrezionalità. Si rammenti, infatti, che l'informazione antimafia consiste in una “attestazione”, ossia in un atto di conoscenza (o di giudizio), avente ad oggetto eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa nella *governance* delle imprese. La stessa regola del «più probabile che non», formulata e sostenuta dalla giurisprudenza consolidata, richiama concetti di prova, di dimostrazione, più o meno piena, se vogliamo di (ricerca

sindacato giurisdizionale intrinseco sulle valutazioni dell'amministrazione precedente⁶⁵, così confinando l'intervento del giudice alla declaratoria di illegittimità per eccesso di potere, sulla base dei vizi del travisamento dei fatti, dell'irragionevolezza e dell'illogicità⁶⁶.

Un approccio di *self restraint* che ha dovuto fare i conti con le più recenti aperture del Consiglio di Stato che, abbandonando la tradizionale dicotomia tra sindacato "forte" e sindacato "debole", evidenziano il ruolo di un'Autorità giudiziaria che deve «valutare la gravità del quadro indiziario [...] e il suo sindacato sull'esercizio del potere prefettizio, con un pieno accesso ai fatti rivelatori del pericolo, consente non solo di sindacare l'esistenza o meno di questi fatti, che devono essere gravi, precisi e concordanti, ma di apprezzare la ragionevolezza e la proporzionalità della prognosi inferenziale che l'autorità amministrativa trae da quei fatti secondo un criterio che, necessariamente, è probabilistico per la natura preventiva, e non sanzionatoria, della misura in esame»⁶⁷. È chiaro, tuttavia, che la prospettata opera di mutua integrazione tra procedimento e processo, a cui pure si è appellato il massimo Consesso amministrativo richiamando la nozione di *full jurisdiction*⁶⁸, richiede l'attento esame in giudizio delle allegazioni del privato in rapporto alle evidenze indiziarie e ai risultati inferenziali che da queste si ricavano, senza il *parterre* di limiti e restrizioni storicamente imposti al sindacato del Giudice⁶⁹.

della) verità ed esclude valutazioni genuinamente discrezionali, ossia di opportunità. La valutazione rimessa al Prefetto è certamente opinabile, soggettiva, ma non è discrezionale: attiene alla conoscenza dei fatti, alla determinazione del loro valore indiziario, alla prova (anche non piena) della possibilità che una impresa sia esposta a infiltrazioni da parte della criminalità organizzata. Il ricorso alla nozione di discrezionalità appare, quindi, come la giustificazione di un sindacato giurisdizionale debole, che non intende accertare autonomamente la sussistenza dei presupposti di fatto necessari per la legittimità dei provvedimenti impugnati».

⁶⁵ Per una ricostruzione, anche in chiave diacronica, dei limiti del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi connotati da discrezionalità pura e tecnica, capace di mettere in evidenza anche i profili di maggiore ambiguità, si rinvia a F. Caringella, *op. cit.*, 1139 ss.; F.G. Scoca, *Diritto amministrativo*, cit., 171 ss.; R. Garofoli, G. Ferrari, *op. cit.*, 779 ss.; E. Casetta, *op. cit.*, 327 ss.

⁶⁶ *Ex multis*, TAR Basilicata, sede di Potenza, sez. I, 10 febbraio 2021, n. 112; Cons. Stato, sez. III, 14 luglio 2020, n. 4542; 24 febbraio 2020, n. 1348; TAR Piemonte, sede di Torino, sez. I, 4 febbraio 2020, n. 106.

⁶⁷ Cons. Stato, sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758; 5 settembre 2019, n. 6105; 2 novembre 2020, n. 6740; 28 giugno 2022, n. 5375.

⁶⁸ Riecheggiano sullo sfondo le sempreverdi riflessioni di M. Nigro, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la Pubblica Amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, sui modelli di interazione tra processo e procedimento a cui si rinvia.

⁶⁹ Si guardi, ad esempio, alle riflessioni di A. Longo, *op. cit.*, 33 ss., che richiama «la regola giurisprudenziale dell'insindacabilità, mediante ricorso, della discordanza tra la valutazione positiva del Prefetto e alcune acquisizioni probatorie, anche laddove i "pareri", assunti mediante istruttoria delle Forze di polizia, non ravvisassero alcun elemento indiziario in fatto, circa l'infiltrazione mafiosa dell'impresa». Secondo Cons. Stato, sez. III, 13 settembre 2018, n. 5480, infatti, il vizio deve essere accertato con riferimento all'atto finale della sequenza amministrativa, giacché «l'attribuzione al Prefetto del compito di operare la *reductio ad unitatem* delle molteplici, e non necessariamente convergenti, acquisizioni istruttorie endoprocedimentali non consente [...] di ravvisare il vizio lamentato con riferimento ai segmenti intermedi e/o preparatori della complessiva sequenza procedimentale». Sul punto anche L. Bordin, *op. cit.*, 64.

Su altro versante, occorre sottolineare che nemmeno la Corte di Giustizia dell'UE ha fornito risposte chiare in ordine alla compatibilità della pregressa disciplina dell'informazione antimafia col diritto ad una buona amministrazione di cui all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (CDFUE)⁷⁰ e, più specificamente, col diritto ad essere ascoltati, ormai elevato a principio generale dell'ordinamento unionale⁷¹.

Ragionando diffusamente, per i giudici del Lussemburgo il contraddittorio deve essere garantito in qualsiasi procedimento che possa sfociare in un atto lesivo nei confronti di una persona, anche in mancanza di una norma espressa⁷², sebbene il suo ambito di applicazione sia variabile, assumendo un peso ancora maggiore tanto più ampi sono i margini di apprezzamento discrezionale dell'amministrazione⁷³ e tanto più elevato è il loro impatto sulle posizioni giuridiche del destinatario⁷⁴. E tuttavia, il diritto a partecipare al procedimento può subire limitazioni o essere del tutto escluso qualora da detta partecipazione derivino effetti potenzialmente dannosi al pieno perseguimento delle finalità stesse della procedura⁷⁵.

Rebus sic stantibus, se è certamente vero che i peculiari caratteri di una misura diretta alla prevenzione mafiosa sono in grado di giustificare l'imposizione di

⁷⁰ A commento dell'art. 41 CDFUE si vedano R. Bifulco, *Sub art. 41. Diritto ad una buona amministrazione*, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, 284 ss.; A. Zito, *Il "diritto ad una buona amministrazione" nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2002, 2-3, 425 ss.; D.U. Galetta, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2005, 3-4, 819 ss.; C. Celone, *Il diritto alla buona amministrazione tra ordinamento europeo ed italiano*, in *Dir. econ.*, 2016, 3, 669 ss.; P. Piva, *Spiegazione relativa all'articolo 41 – Diritto ad una buona amministrazione*, in R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2017, 753 ss. Per un approfondimento sul ruolo gradualmente acquisito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE nel sistema delle fonti del diritto unionale e, dunque, interno, si rinvia a L. Daniele, *Diritto dell'Unione Europea*, V ed., Milano, 2014, 193 ss.

⁷¹ D.U. Galetta, *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE)*, in M. Piero (a cura di), *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti tributari*, Milano, 2019, 7-8.

⁷² Il punto è già chiarito da una costante e risalente giurisprudenza, tra cui CGUE, sentenza 13 febbraio 1979, causa C-85/76, *Hoffmann-La Roche* (ECLI:EU:C:1979:36); sentenza 10 luglio 1986, causa C-234/84, *Mewra* (ECLI:EU:C:1986:302); sentenza 10 luglio 1986, causa C-40/85, *Boch* (ECLI:EU:C:1986:305); sentenza 29 giugno 1994, causa C-135/92, *Fiskano* (ECLI:EU:C:1994:267).

⁷³ CGUE, sentenza 21 novembre 1991, C-269/90, *Bundesfinanzhof* (ECLI:EU:C:1991:438).

⁷⁴ CGUE, sentenza 28 maggio 1980, C-33/79 e C-75/79, *Kühner* (ECLI:EU:C:1980:139).

⁷⁵ Sempre D.U. Galetta, *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi*, cit., 10 ss., richiama, a titolo di esempio, proprio il caso dei procedimenti di controllo, rinviando alle risalenti conclusioni dell'avvocato generale Jean-Pierre Warner, del 30 aprile 1980, rese in CGUE, sentenza 26 giugno 1980, C-136/79, *National Panasonic* (ECLI:EU:C:1980:119): «il principio secondo il quale la persona i cui diritti possono essere pregiudicati da un provvedimento amministrativo ha il diritto di essere sentita dall'autorità competente è un principio generale, soggetto ad eccezioni. [...] Ritengo comunque che una delle eccezioni si abbia nel caso in cui il riconoscimento del diritto in questioni implichi o possa implicare il fallimento dello scopo del provvedimento amministrativo».

limiti alle ordinarie garanzie partecipative, l'intrinseca debolezza di tutti i "punti di riequilibrio" richiamati dalla giurisprudenza (*i.e.* temporaneità del provvedimento e sindacato giurisdizionale pieno ed effettivo) ha fondato le sollecitazioni rivolte dal TAR Puglia, in sede di rinvio pregiudiziale, ai Giudici europei con la dibattuta ordinanza del 13 gennaio 2020⁷⁶.

Sollecitazioni, tuttavia, non colte dalla Corte che, con una pronuncia che ha destato non poche perplessità⁷⁷, ha dichiarato la manifesta irricevibilità della domanda pregiudiziale con un plesso motivazionale che, dequotando pericolosamente il valore del (principio generale al) diritto ad essere ascoltati dall'amministrazione, ha tracciato un profondo iato con le premesse di natura generale tese a mettere in evidenza la portata nevralgica del contraddittorio endoprocedimentale nel quadro della protezione del diritto di difesa di ogni cittadino. In tal senso, le argomentazioni addotte dalla Corte di Giustizia hanno finito per riproporre una serie di interrogativi su cui la dottrina più attenta aveva già avuto modo di sollevare dubbi e incertezze⁷⁸.

Il *core* delle riflessioni dei Giudici del Lussemburgo è rappresentato dall'artificioso distinguo a cui viene sottoposto il diritto di essere ascoltati, qualificato dapprima come vero e proprio diritto tutelato dall'art. 41 della CDFUE e poi come principio generale dell'ordinamento dell'UE. Ebbene, nel caso del procedimento diretto al rilascio dell'informazione antimafia, l'art. 41 della Carta non sarebbe invocabile stante il proprio tenore letterale che lo renderebbe operativo nei soli casi di amministrazione unionale diretta⁷⁹; al contempo, la Corte esclude la possibilità di sindacare la coerenza del provvedimento interdittivo coi principi generali del diritto dell'UE, e ciò a causa della presunta inesistenza di un nesso

⁷⁶ Si tratta della più volte citata ordinanza del TAR Puglia, sede di Bari, sez. III, 13 gennaio 2020, n. 28, che ha sollecitato le riflessioni della dottrina, ad esempio in L. Murgolo, *Un rinvio pregiudiziale in materia di interdittiva antimafia: quando il giudice amministrativo minus dixit quam voluit (et minus voluit quam dixit)*, in *www.giustamm.it*, 2020, 1; C. Trappolini, *Al vaglio della Corte di Giustizia l'informativa antimafia*, in *Gior. dir. amm.*, 2020, 4, 537 ss.; L. Bordin, *op. cit.*, 34 ss.; F. Figorilli, W. Giulietti, *op. cit.*, 81 ss.; L. Filieri, *Note sul principio del giusto procedimento amministrativo nella materia della documentazione antimafia*, in *Nuove auton.*, 2021, 2, 485 ss.

⁷⁷ CGUE, ordinanza 28 maggio 2020, causa C-17/20 (ECLI:EU:C:2020:409). In chiave critica ancora F. Figorilli, W. Giulietti, *op. cit.*, 85 ss.

⁷⁸ Sul tema, D.U. Galetta, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie*, cit., 831 ss.; Id., *Riflessioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE sul diritto a una buona amministrazione, anche alla luce di alcune recenti pronunce della Corte di Giustizia*, in *Dir. un. eur.*, 2013, 1, 133 ss.; Id., *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi*, cit., 16 ss.; C. Celone, *op. cit.*, 699 ss.

⁷⁹ A mente dell'art. 41, par. 1 della CDFUE «Ogni persona ha diritto a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione».

che faccia rientrare la procedura preventiva in esame nell'alveo della c.d. amministrazione unionale indiretta⁸⁰.

Una ricostruzione, a ben vedere, doppiamente incongrua: da un lato, infatti, limitando l'ambito di applicazione dell'art. 41, par. 2, lett. a) della CDFUE, si crea un sistema differenziato di protezione a seconda che si tratti di un caso di amministrazione unionale diretta o indiretta, capace di generare irragionevoli sperequazioni, oltre che un abbassamento degli *standard* di protezione di uno dei diritti fondamentali nella definizione dell'assetto dei poteri all'interno di uno Stato democratico di diritto⁸¹; dall'altro, si esclude – incomprensibilmente – la riconducibilità dei provvedimenti interdittivi prefettizi alla materia della tutela del mercato e della concorrenza, che rappresenta, com'è noto, la competenza attorno a cui si è sviluppato – e si sviluppa ancora oggi – l'intero percorso di integrazione europea.

Un'occasione persa, pertanto, che pare però aver lasciato degli strascichi nella giurisprudenza interna, che di lì a poco delinea un percorso differente e in parte antitetico rispetto a quello per lungo tempo tracciato, volgendo un monito al Legislatore con l'auspicio di un «quantomeno parziale recupero delle garanzie procedurali [...] in tutte quelle ipotesi in cui la permeabilità mafiosa appaia alquanto dubbia, incerta, e presenti, per così dire, delle zone grigie o interstiziali, rispetto alle quali l'apporto procedimentale del soggetto potrebbe fornire utili elementi a chiarire alla stessa autorità procedente la natura dei rapporti tra il soggetto e le dinamiche, spesso ambigue e fluide, del mondo criminale»⁸².

3. *Le novità introdotte dal D.L. n. 152/2021: la prevenzione antimafia "partecipata"*

Alle timide aperture della giurisprudenza e alle pressanti perplessità della dottrina sembra aver dato finalmente seguito il legislatore che, col più volte menzionato D.L. n. 152/2021, ha modificato in più parti la disciplina giuridica relativa all'informazione antimafia, attuando un'articolata opera di bilanciamen-

⁸⁰ Secondo l'art. 94, lett. c) del Regolamento di procedura della Corte di Giustizia UE, «[...] la domanda di pronuncia pregiudiziale contiene: [...] c) l'illustrazione dei motivi che hanno indotto il giudice del rinvio a interrogarsi sull'interpretazione o sulla validità di determinate disposizioni del diritto dell'Unione, nonché il collegamento che esso stabilisce tra dette disposizioni e la normativa nazionale applicabile alla causa principale».

⁸¹ D.U. Galetta, *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi*, cit., 28, sottolinea, inoltre, come «[...] resterebbe fuori da questa distinzione fra amministrazione diretta ed amministrazione indiretta tutta quell'ampia casistica riconducibile al fenomeno della c.d. amministrazione comunitaria mista/congiunta, che si caratterizza per un'interazione continua fra amministrazioni nazionali e amministrazioni UE, la quale rende di per sé impossibile segmentare artificialmente le garanzie procedurali [...]».

⁸² Cons. Stato, sez. III, 10 agosto 2020, n. 4979.

to tra le contrapposte esigenze della prevenzione criminale e del giusto procedimento amministrativo.

Merita qualche preliminare riflessione l'analisi della *sedes* dell'intervento normativo, e cioè un decreto-legge in cui, al fianco di una serie di disposizioni pensate esclusivamente per dare attuazione al Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), il cui campo d'azione è dunque limitato nel tempo e nell'oggetto, si pongono le previsioni "a regime" operanti nel settore della prevenzione amministrativa antimafia, che sono applicabili, al contrario, a tutti i procedimenti. Può così dirsi che l'elaborazione e l'esecuzione delle politiche economiche di ripresa post-pandemica abbiano rappresentato l'occasione per un ripensamento sistematico dell'armamentario di cui si discute, nella consapevolezza dell'enorme valore della posta in gioco. Se è vero, come la storia insegna, che la stagione di poderosi investimenti pubblici che si è aperta è destinata ad attirare gli appetiti delle mafie, sollecitate dall'intenzione di accaparrarsi le ingenti risorse disponibili, allora si comprende agevolmente la *voluntas legis* sottesa a una riforma che senza voler «implicare arretramenti dei presìdi e dei meccanismi preventivi antimafia, che vengono revisionati nella prospettiva di affinarli e consolidarli [...] mira ad evitare un sacrificio del diritto di difesa e della libertà di impresa» così abbattendo quelle criticità capaci «di esporre la normativa italiana al rischio di collisioni con il diritto eurounitario»⁸³.

Sul piano dei contenuti, l'art. 48 del D.L. cit., pur ribadendo il già menzionato potere di audizione rimesso alle discrezionali valutazioni dell'autorità amministrativa⁸⁴, amplia le garanzie partecipative riconosciute all'operatore economico nell'ambito della procedura diretta al rilascio dell'informazione antimafia introducendo:

- a) l'obbligo in capo al Prefetto, intenzionato ad adottare il provvedimento interdittivo ovvero una delle nuove misure di prevenzione collaborativa previste dall'art. 94-*bis* CAM, di notificare al soggetto interessato una sorta di "preavviso di interdittiva"⁸⁵ propedeutico all'avvio di un'obbligatoria fase endoprocedimentale in contraddittorio⁸⁶;
- b) un'espressa ipotesi di *self cleaning* esercitabile dall'impresa controllata nel periodo che intercorre tra la ricezione del c.d. preavviso di interdittiva e la conclusione della procedura in contraddittorio⁸⁷.

⁸³ Le parti in corsivo sono tratte dal DDL «Conversione in legge del decreto-legge 6 novembre 2021, n. 152, recante disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose» (A.C. 3354 – XVIII Legislatura), 56.

⁸⁴ Cfr. art. 48, co. 1, lett. b) cit. che modifica l'art. 93, co. 7 CAM.

⁸⁵ L'espressione è tratta dal DDL di conversione cit.

⁸⁶ Cfr. art. 48, co. 1, lett. a), punto 2), che sostituisce l'art. 92, co. 2-*bis* CAM.

⁸⁷ Cfr. art. 48, co. 1, lett. a), punto 2), che introduce l'art. 92, co. 2-*quater* CAM.

Ma le recenti riforme sembrano essere andate oltre al mero ampliamento delle garanzie partecipative endoprocedimentali, mediante l'introduzione di nuove misure di prevenzione collaborativa che, sottoforma di subprocedimento di controllo, sono dirette al ripristino della legalità nelle compagini interessate da forme di agevolazione occasionale della criminalità organizzata, e tutto ciò prima che il Prefetto debba assumere la determinazione conclusiva – liberatoria o interdittiva – nella procedura principale. La cifra essenziale di tale strumentario, come si vedrà, è da ricercarsi proprio nella spiccata dimensione cooperativa e di coinvolgimento del soggetto interessato in cui la P.A. è chiamata a esercitare le proprie *potestates*, così superando qualsiasi logica di intervento strettamente verticistico, in linea con le attuali tendenze evolutive degli strumenti di prevenzione amministrativa della criminalità.

3.1. *La nuova fase endoprocedimentale in contraddittorio: i momenti di discrezionalità prefettizia*

Come si è già detto, uno dei punti nevralgici della riforma è rappresentato dalla nuova formulazione dell'art. 92, co. 2-*bis* CAM, a mente del quale nel caso in cui, sulla base degli esiti delle verifiche effettuate, l'autorità prefettizia ritenga sussistenti i presupposti per l'adozione dell'informazione antimafia interdittiva ovvero per procedere all'applicazione delle misure di cui all'art. 94-*bis* cit., deve darne tempestiva comunicazione al soggetto interessato, indicando gli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa che sono stati riscontrati. Con tale comunicazione è assegnato un termine non superiore a venti giorni in cui l'operatore economico può presentare osservazioni scritte, eventualmente corredate da documenti, nonché richiedere di essere audito.

Tale meccanismo – evidentemente costruito secondo le logiche del c.d. preavviso di rigetto, di cui all'art. 10-*bis* della L. n. 241/1990 – soggiace a una serie di limitazioni rimesse, ancora una volta, alla discrezionale ponderazione del Prefetto, e che attengono alla scelta sull'*an* e sul *quomodo* dell'adempimento informativo⁸⁸. La disposizione, infatti, prevede la possibilità di omettere la comunicazione nel caso in cui ricorrano particolari esigenze di celerità del procedimento, nonché di preterire quegli elementi informativi il cui disvelamento sia idoneo a pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri accertamenti finalizzati alla prevenzione criminale.

⁸⁸ N. Durante, *Il contraddittorio nel procedimento di rilascio d'informazione antimafia*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2022, 1.

Va subito notato come la previsione di siffatte eccezioni, quantunque frutto del comprensibile sforzo perpetrato dal legislatore nel tentativo di giungere a un difficile bilanciamento tra le contrapposte esigenze in campo, presti il fianco ad alcuni rilievi critici che, se confermati, rischiano di frenare la reale portata innovatrice della nuova disciplina. È evidente, infatti, che la soluzione normativa adottata abbia rimesso alla prassi applicativa, così come eventualmente modellata dalle pronunce giurisdizionali che dovessero interessarla, un compito centrale nell'effettiva trasformazione del contraddittorio da eccezione a regola procedimentale, e ciò nel momento in cui viene consentito al Prefetto di non adempiere al precetto normativo qualora ricorra un'ipotesi che egli ritiene di motivata urgenza, ovvero gli viene accordata la possibilità di attenuare la reale portata informativa del preavviso di interdittiva, fino a poterlo rendere potenzialmente privo di qualsiasi utilità, nel caso in cui l'istruttoria posta a fondamento del provvedimento risulti essere composta – anche integralmente – da elementi che egli ritiene non disvelabili. Ciò che intende dirsi è che entrambe le ipotesi sono in grado di acquisire una portata più o meno espansiva, con le conseguenti ricadute sul piano della partecipazione procedimentale del privato, a seconda dell'approccio che presiede alla relativa ermeneusi⁸⁹.

A voler scendere più nel dettaglio, la celerità procedimentale, fondamento della prima delle due deroghe al principio del contraddittorio, è stata storicamente qualificata dalla giurisprudenza come carattere naturale delle misure di prevenzione antimafia⁹⁰. Tuttavia, appare evidente che l'adozione *inaudita altera parte* di un'informazione interdittiva, sovvertendo il rapporto deroga–eccezione posto oggi in sede legislativa, non può affatto fondarsi sul richiamo alle generiche peculiarità dell'istituto, ma richiede, piuttosto, un impianto motivazionale capace di illustrare compiutamente che l'eventuale «adempimento dell'obbligo comunicativo avrebbe potuto seriamente compromettere il soddisfacimento dell'interesse pubblico cui il provvedimento è rivolto»⁹¹. Se è vero, pertanto, che l'*iter* per il rilascio dell'informazione risponde a logiche di celerità – circostanza confermata dalla serrata disciplina dei termini procedimentali⁹² –, è altrettanto vero che, nel rinnovato impianto normativo, tali esigenze non devono normalmente intendersi come confliggenti rispetto all'istituto partecipativo di cui si discorre – anch'esso

⁸⁹ A. Maugeri, *Prevenire il condizionamento criminale dell'economia: dal modello ablatorio al controllo terapeutico delle aziende*, in *Dir. pen. cont.*, 2022, 1, 165 ss.

⁹⁰ In questa direzione, *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 7 dicembre 2021, n. 8178; TAR Umbria, sede di Perugia, sez. I, 5 dicembre 2017, n. 747, ove si riferisce espressamente che si tratta di «procedimenti intrinsecamente caratterizzati da profili di urgenza».

⁹¹ N. Durante, *op. cit.*, 2.

⁹² Cfr. art. 92, co. 2 CAM, di cui si è già detto *supra*, par. 1.

sottoposto, peraltro, a un serrato regime temporale⁹³ –, tranne che non si riscontrino delle ragioni qualificate idonee a giustificare l'omissione.

Ancor più problematica si presenta la seconda ipotesi derogatoria, che, come visto, rimette al Prefetto la possibilità di non disvelare nel preavviso di interdittiva tutti gli elementi istruttori posti a fondamento del provvedimento, qualora da ciò possa derivare un effettivo pregiudizio ad altri procedimenti amministrativi, ad eventuali attività processuali pendenti o, ancor più in generale, a qualunque accertamento diretto al contrasto delle mafie. È stato osservato, infatti, che il perimetro degli atti non ostensibili individuati dall'art. 92, co. 2-*bis* cit. non coincide affatto con quello degli atti coperti da segreto investigativo, a mente dell'art. 329 c.p.p., risultando di certo molto più ampio⁹⁴. È così offerta all'Autorità un'arma potentissima che, se mal utilizzata, potrebbe trasformarsi da strumento atto a tutelare l'integrità del complessivo sistema di contrasto alla criminalità organizzata, che, nella sua operatività spesso sinergica, comporta la continua circolazione di informazioni nell'ambito di differenti procedure, a meccanismo atto a svilire la reale capacità partecipativa endoprocedimentale del privato. Anche in questo caso, pertanto, il mancato disvelamento di uno o più elementi istruttori deve trovare il suo fondamento in ragioni concrete e attuali che rendano la secretazione del dato informativo l'unica strada possibile per proteggere la tenuta di altra procedura – amministrativa o giurisdizionale – che, in caso contrario, risulterebbe irrimediabilmente lesa.

L'auspicio è che la linea di esercizio delle potestà discrezionali riconosciute all'Autorità rispetti la *ratio* dell'intervento novellatorio, così dando massima preminenza al *favor participationis*, pur nella consapevolezza che esigenze di maggiore celerità o di protezione dell'integrità del complessivo sistema di contrasto alle mafie possono rappresentare un argine, quando la piena estrinsecazione delle garanzie partecipative finisca per provocare un grave e irrimediabile pregiudizio agli interessi ad esse sottesi.

3.2. *Le (asimmetriche) potestà partecipative del privato*

L'art. 92, co. 2-*bis* CAM individua due differenti forme di confronto tra il privato e l'Autorità prefettizia: la prima cartolare e necessaria, realizzabile mediante la presentazione di osservazioni e documenti entro venti giorni dalla notificazione del preavviso di interdittiva; la seconda orale ed eventuale, nell'ambito di un'audizione che, se richiesta dall'operatore economico nel termine anzidetto, può essere concessa dal Prefetto purché nel rispetto dei sessanta giorni entro cui

⁹³ Cfr. art. 92, co. 2-*bis* CAM.

⁹⁴ N. Durante, *op. cit.*, 2 ss.

deve concludersi la procedura in contraddittorio. Inoltre, sebbene non espressamente menzionata, non vi è ragione per ritenersi preclusa la facoltà di eccesso endoprocedimentale ai documenti amministrativi, che anzi dovrebbe giocare un ruolo essenziale per garantire la piena esplicazione delle finalità difensive e cooperative sottese alla partecipazione del soggetto interessato.

Deve subito notarsi, tuttavia, che la conservazione dei caratteri preventivi a cui è informata la disciplina dell'informazione antimafia è forse del tutto incompatibile con l'implementazione di un sistema di potestà partecipative che, sul piano del rapporto tra P.A. e privato, sia analogo a quello ricostruito nella L. n. 241/1990.

Invero, nell'istituto in esame, il contraddittorio tra imprenditore e Amministrazione procedente vive in una dimensione di asimmetria informativa e procedurale integralmente appannaggio del soggetto pubblico, come confermato da plurime circostanze. Innanzitutto, occorre osservare come l'intervento dell'operatore economico interessato dal controllo sia postergato in una fase in cui il Prefetto, avendo chiuso le indagini, ha già maturato un proprio convincimento del tutto sfavorevole al proposto, circostanza che già da sola rende complessa l'opera difensiva e che risulta ulteriormente aggravata tanto dalla brevità dei termini entro cui l'imprenditore può addurre elementi a discarico⁹⁵, quanto dalla possibilità riconosciuta all'autorità di falcidiare la relativa *discovery* probatoria. D'altro canto, la stessa audizione del privato è sostanzialmente condizionata nell'*an* dalle discrezionali valutazioni dell'autorità amministrativa che *può* disporla officiosamente o accogliere l'eventuale istanza «sulla base della documentazione e delle informazioni acquisite nel corso dell'accesso», purché, ancora una volta, non sussistano esigenze di celerità o di limitazione nel disvelamento delle informazioni che consiglino di omettere questo momento partecipativo.

Qualche ulteriore riflessione merita anche il coordinamento tra la disciplina della nuova fase in contraddittorio e l'istituto dell'accesso endoprocedimentale, a cui, com'è noto, si estende la regolamentazione contemplata dagli artt. 22 e s. della Legge sul procedimento amministrativo.

Sul piano sostanziale deve valorizzarsi quella giurisprudenza che ha riconosciuto una graduale maggiore accessibilità ai documenti che hanno condotto all'adozione del provvedimento interdittivo, transitando da approcci fortemente restrittivi, secondo cui l'accesso deve «intendersi limitato alla sola informativa antimafia e non agli atti istruttori che l'hanno preceduta», specie se coperti da segreto⁹⁶,

⁹⁵ A evidenziare tali criticità già all'indomani dell'entrata in vigore della riforma è stato l'Osservatorio misure patrimoniali e di prevenzione dell'Unione delle camere penali italiane, *Modifiche legislative presentate dal governo in materia di interdittive antimafia e controllo giudiziario la posizione dell'osservatorio misure patrimoniali*, 29 ottobre 2021, 3-4. Le riflessioni sono poi state riprese anche in D. Albanese, *Le modifiche del d.l. 152/2021 al 'codice antimafia': maggiori garanzie nel procedimento di rilascio dell'interdittiva antimafia e nuove misure di 'prevenzione collaborativa'*, in *Sistema pen.*, 12 gennaio 2022.

⁹⁶ Si veda, sul punto, TAR Campania, sede di Napoli, sez. VI, 20 febbraio 2014, n. 1098.

a letture, ormai maggioritarie, in base alle quali è da «ritenersi illegittimo il diniego di accesso a tutta la documentazione connessa all’informativa antimafia, qualora non sia motivato in ordine alle concrete ragioni che impediscono la divulgazione di tale documentazione, dovendo l’Amministrazione motivare circa l’esistenza di eventuali e concrete ragioni di eccezionale prevalenza dell’esigenza di riservatezza su quella della tutela in giudizio dei diritti e degli interessi della parte ricorrente»⁹⁷.

Ma a sollevare le maggiori perplessità è, sul versante procedurale, la lettura “a sistema” dei termini contemplati dagli artt. 92, co. 2-*bis* CAM e 25, co. 4 L.p.a. Deve osservarsi, infatti, come la finestra temporale riconosciuta all’imprenditore per prendere parte al procedimento amministrativo antimafia sia più piccola rispetto a quella, di trenta giorni, che l’ordinamento mette a disposizione della P.A. per evadere l’istanza di accesso prima che si formi il silenzio rigetto. Ciò crea un evidente *vulnus* capace di svilire l’effettiva utilità dell’accesso endoprocedimentale, nella direzione in cui, potendo legittimamente l’autorità prefettizia ostendere gli atti richiesti una volta terminata la fase in contraddittorio, al soggetto interessato non rimarrà che far valere le ulteriori pretese maturate in seguito al tardivo ampliamento cognitivo o, se possibile, nell’ambito di un’eventuale audizione, oppure “fuori” dal procedimento amministrativo e, dunque, nella opportuna sede giurisdizionale⁹⁸.

Si fa evidente, pertanto, la necessità di garantire un maggior coordinamento legislativo, che potrebbe realizzarsi prevedendo la sospensione del termine di cui all’art. 92, co. 2-*bis* CAM in pendenza della domanda per l’accesso documentale, oppure introducendo una disciplina *ad hoc* derogatoria, perlomeno sul versante dei termini, a quella prevista dagli artt. 22 e s. della L. n. 241/1990.

3.3. *L’ipotesi di self-cleaning dell’art. 92, co. 2-quater CAM*

Le novità normative intervenute col D.L. n. 152/2021 conferiscono al contributo partecipativo-difensivo del proposto una duplice connotazione. Invero, la conoscenza anticipata dell’impianto indiziario elaborato dall’autorità controllante consente al soggetto interessato non soltanto di minarne la tenuta mediante la

⁹⁷ TAR Lazio, sede di Roma, sez. I, 2 aprile 2021, n. 3973. Più risalente Cons. Stato, sez. III, 27 marzo 2012, n. 1788, che conferma la lettura promossa dal giudice di primo grado, secondo cui l’accesso deve «essere escluso per tutte le parti della documentazione in possesso dell’amministrazione coperte da segreto istruttorio, in quanto afferenti a indagini preliminari o procedimenti penali in corso, oppure se e nella misura in cui vengano coinvolti, a qualunque titolo, terzi soggetti interessati dalle informative di polizia di sicurezza, ovvero, ancora, nel caso vengano adottati specifici motivi ostativi riconducibili ad imprescindibili esigenze di tutela di accertamenti in corso di svolgimento di polizia di sicurezza e di contrasto alla delinquenza organizzata». In dottrina, M. Mazzamuto, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, cit., 59, e F. Figorilli, W. Giuliotti, *op. cit.*, 80.

⁹⁸ Sul punto, N. Durante, *op. cit.*, 3.

produzione di documenti e osservazioni, ma persino di intervenire proattivamente al fine di modificare la realtà fattuale ricostruita dal Prefetto, e ciò sempre nelle more dell'adozione del provvedimento conclusivo.

In tal senso, l'art. 92, co. 2-*quater* CAM prevede che, nel periodo tra la ricezione del preavviso di interdittiva e la fine della procedura in contraddittorio, qualsiasi variazione degli assetti organizzativi, gestionali e patrimoniali della compagine interessata dal controllo *può* essere oggetto di valutazione ai fini dell'adozione dell'informazione antimafia⁹⁹. A voler fare un parallelo con la disciplina degli appalti pubblici, si viene a introdurre una particolare ipotesi di *self cleaning* che consente all'imprenditore di adottare, eventualmente d'intesa con l'organo procedente, misure idonee atte ad eliminare tutte quelle condizioni che espongono l'impresa al rischio di infiltrazione criminale.

Il grande merito della recente riforma è, dunque, quello di aver elevato il *self cleaning* da strumento utilizzabile soltanto per ottenere l'aggiornamento di un'interdittiva già emanata, com'era in passato¹⁰⁰, a meccanismo che opera in sede endoprocedimentale, così da permettere all'operatore economico di ripristinare in autonomia una situazione di piena legalità senza mai subire gli effetti restrittivi dell'informazione¹⁰¹.

È da osservarsi, tuttavia, come il tenore letterale della disposizione in esame si presti anche ad una differente tesi ermeneutica. La disposizione, infatti, prevede che le vicende organizzative e gestionali che, per ipotesi, interessano l'impresa possono essere «oggetto di valutazione ai fini dell'adozione dell'informazione interdittiva antimafia», escludendosi, letteralmente, che le si possa porre a fondamento di un'informazione liberatoria o dell'applicazione di una misura di prevenzione collaborativa. In tal senso, i nuovi rilievi possono rappresentare, tutt'al più, una causa di aggravamento della posizione del proposto, giammai l'assunzione di misure di *self cleaning*¹⁰².

È, comunque, da ritenersi preferibile il primo dei due approcci interpretativi, apparendo più in linea con la *ratio* complessiva della riforma nel momento in cui favorisce il recupero e la sopravvivenza dell'impresa sottoposta al tentativo d'infiltrazione mafiosa, relegando il provvedimento interdittivo al ruolo di *extre-*

⁹⁹ Tra le ipotesi espressamente citate dall'art. 92, co. 2-*quater* vi rientrano «[...] il cambiamento di sede, di denominazione, della ragione o dell'oggetto sociale, della composizione degli organi di amministrazione, direzione e vigilanza, la sostituzione degli organi sociali, della rappresentanza legale della società nonché della titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, il compimento di fusioni o altre trasformazioni [...]».

¹⁰⁰ Si rinvia alle riflessioni di cui *supra*, par. 1.

¹⁰¹ M. Vulcano, *Le modifiche del decreto legge n. 152/2021 al codice antimafia: il legislatore punta sulla prevenzione amministrativa e sulla compliance 231 ma non risolve i nodi del controllo giudiziario*, in *Giur. pen. web*, 2021, 11, 8.

¹⁰² A sostegno di questa lettura A. Maugeri, *op. cit.*, 167. Critico, invece, N. Durante, *op. cit.*, 5-6.

*ma ratio*¹⁰³. Dopotutto, se le modificazioni degli assetti gestionali e organizzativi della compagine, intervenute in seguito alla notificazione del preavviso di interdittiva, dovessero risultare il frutto di un'artata opera della criminalità organizzata diretta ad evitare l'applicazione dell'informazione antimafia, l'Autorità controllante sarebbe pur sempre in condizione di considerarle come elementi sintomatici della presenza criminale, e ciò non sulla base della nuova formulazione dell'art. 92, co. 2-*quater* CAM (che così sarebbe privato di qualsiasi valenza innovativa), bensì in relazione a un approdo normativo¹⁰⁴ e giurisprudenziale¹⁰⁵ preesistente alla riforma. D'altro canto, non può sottacersi l'assoluta irragionevolezza di una soluzione normativa che vieti al Prefetto di valutare le sopravvenienze "migliorative" afferenti all'assetto dell'azienda interessata, obbligandolo comunque all'adozione del provvedimento interdittivo.

Ammissa, pertanto, la possibilità di un *self cleaning* "preventivo", occorre interrogarsi sulle condizioni sostanziali che devono sussistere affinché esso operi. La questione, su cui ha già avuto modo di ragionare la giurisprudenza¹⁰⁶, è estremamente complessa se solo si considera la straordinaria pervasività, il polimorfismo e la capacità di mimesi del fenomeno mafioso, che richiedono di verificare con attenzione non tanto lo scopo soggettivamente perseguito dall'imprendi-

¹⁰³ Sul punto, N. Durante, *op. cit.*, 4; P. Amovilli, *Brevi note in tema di riforma delle interdittive antimafia contenuta nel d.l. 6 novembre 2021, n. 152, convertito dalla l. 29 dicembre 2021, n. 233 per l'attuazione del PNRR*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2021, 5-6.

¹⁰⁴ L'art. 84, co. 2 CAM, nel delineare le situazioni da cui possono desumersi i tentativi di infiltrazione mafiosa nell'impresa, alla lettera f) richiama espressamente le «sostituzioni negli organi sociali, nella rappresentanza legale della società nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, effettuate da chiunque conviva stabilmente con i soggetti destinatari dei provvedimenti di cui alle lettere a) e b), con modalità che, per i tempi in cui vengono realizzati, il valore economico delle transazioni, il reddito dei soggetti coinvolti nonché le qualità professionali dei subentranti, denotino l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia».

¹⁰⁵ Nella già menzionata pronuncia del Cons. Stato, 3 maggio 2016, n. 1743, i Giudici di Palazzo Spada hanno individuato, tra gli elementi da cui è possibile desumere il rischio di una forma di infiltrazione mafiosa, tanto «le vicende anomale nella formale struttura dell'impresa», da intendersi come «le sostituzioni negli organi sociali, nella rappresentanza legale della società, nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, effettuate da chiunque conviva con soggetti destinatari di provvedimenti [...], realizzate con modalità che, per i tempi in cui vengono realizzati, il valore economico delle transazioni, il reddito dei soggetti e le qualità dei subentranti, «denotino l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia», quanto «le vicende anomale nella concreta gestione dell'impresa», e cioè «scissioni, fusioni, affitti di azienda o anche solo di ramo di azienda, acquisti di pacchetti azionari o di quote societarie da parte di soggetti, italiani o esteri, al di sopra di ogni sospetto, spostamenti di sede, legale od operativa, in zone apparentemente 'franche' dall'influsso mafioso; aumenti di capitale sociale finalizzati a garantire il controllo della società sempre da parte degli stessi soggetti, patti parasociali, rimozione o dimissioni di sindaci o controllori sgraditi; walzer di cariche sociali tra i medesimi soggetti, partecipazioni in altre società colpite da interdittiva antimafia, gestione di diverse società, operanti in settori diversi, ma tutte riconducibili alla medesima governance e spostamenti degli stessi soggetti dalle cariche sociali dell'una o dell'altra, etc.».

¹⁰⁶ Tra le pronunce più recenti si rammentano TAR Calabria, sede di Reggio Calabria, sez. I, 19 marzo 2019, n. 173 e Cons. Stato, sez. III, 19 giugno 2020, n. 3945, annotata da C. Filicetti, *Self cleaning e interdittiva antimafia*, in *www.giustiziainsieme.it*, 9 luglio 2020.

tore nel momento dell'adozione delle misure correttive, quanto la loro effettiva idoneità a recidere quei collegamenti e quelle cointeressenze con le associazioni criminali che fondano il preavviso di interdittiva¹⁰⁷. È necessario, in altre parole, ovviare al rischio, evidentemente esistente, che il *self cleaning* rappresenti esclusivamente un «tentativo di eludere i rigori della certificazione antimafia»¹⁰⁸.

Tali approdi, del tutto condivisibili, inducono a prospettare un ricorso all'istituto che interessi soprattutto quelle situazioni di infiltrazione occasionale o, comunque, facilmente isolabile, stante la sua scarsa pervasività nelle dinamiche aziendali. Si rammenta, infatti, che l'intervento correttivo, oltre a dover essere risolutivo, deve anche realizzarsi prima della fine della procedura in contraddittorio, che ha una durata massima di sessanta giorni. Il *self cleaning* finisce così per rappresentare l'intervento minimo e meno invasivo nel *parterre* di soluzioni preventive delineato dal nuovo assetto normativo, ove l'interdittiva occupa un ruolo sempre più residuale e si allarga lo spazio rimesso ad interventi informati alle logiche della cooperazione attiva tra P.A. e privato.

3.4. *Le misure amministrative di prevenzione collaborativa e il rapporto con gli altri strumenti non ablatori di sostegno e monitoraggio di impresa*

Si è già anticipato che la valorizzazione del ruolo partecipativo del privato nella novellata disciplina giuridica dell'informazione antimafia è stata realizzata non soltanto mediante l'introduzione delle ipotesi già passate in rassegna di contraddittorio obbligatorio e *self cleaning*, ma anche tramite la creazione di un subprocedimento di controllo – comunque connesso a quello principale – in cui il rapporto tra privato e Amministrazione assume caratteri fortemente cooperativi.

Nella specie, una volta rilevate situazioni di agevolazione mafiosa occasionale, il Prefetto, sempre in ossequio alle logiche di *extrema ratio* che oggi presidiano – o, perlomeno, dovrebbero presidiare – all'adozione del provvedimento interdittivo, è chiamato a prescrivere all'impresa interessata l'osservanza di misu-

¹⁰⁷ C. Filicetti, *op. cit.*

¹⁰⁸ TAR Calabria, sede di Reggio Calabria, sez. I, 19 marzo 2019, n. 173. Secondo Cons. Stato, sez. III, 6 maggio 2020, n. 2854, «la conoscenza dell'imminente o probabile adozione di un provvedimento antimafia, acquisita in sede procedimentale» potrebbe indurre le associazioni mafiose a «ricorrere a tecniche elusive delle norme in materia» come «le sostituzioni degli organi sociali, nella rappresentanza legale della società nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie [...] Si tratta di tecniche frequenti nella prassi e ben note all'esperienza giurisprudenziale dello stesso Consiglio di Stato, il quale riscontra forme sempre nuove con le quali le associazioni a delinquere di stampo mafioso, di fronte al "pericolo" dell'imminente informazione antimafia di cui abbiano avuto notizia, reagiscono mutando assetti societari, intestazioni di quote e di azioni, cariche sociali, soggetti prestanome, ma cercando di controllare comunque i soggetti economici che fungono da schermo, anche grazie alla distinta e rinnovata personalità giuridica, nei rapporti con le pubbliche amministrazioni».

re finalizzate al suo riallineamento ad un contesto imprenditoriale lecito. Si tende, così, a gradualizzare e proporzionare l'azione dell'Autorità pubblica, consentendole di intervenire in chiave "conservativa" – senza, dunque, espellere l'impresa dal mercato – al fine di esplorare, attraverso il dispiegamento dei poteri individuati dalla normativa, la possibilità di salvaguardare l'azienda incisa da situazioni di permeabilità mafiosa che non presentano, tuttavia, un grado di pervasività nell'organizzazione e nella gestione della compagine tale da richiedere immediatamente un intervento interdittivo¹⁰⁹. Si mira, così, a recuperare i profili di competitività aziendale non inquinata, tramite un intervento dell'Autorità amministrativa «asseverato da migliori conoscenze delle condizioni operative della singola impresa»¹¹⁰.

A tal fine, nell'impostazione dell'art. 94-*bis* CAM, l'Amministrazione procedente può richiedere all'impresa adempimenti di natura organizzativa, informativa e gestionale. Sotto al primo versante, potrebbe ritenersi necessaria l'implementazione dei protocolli rientranti nel modello organizzativo e di gestione di impresa definito dal D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, diretto, com'è noto, alla riduzione del rischio di commissione di illeciti penali. Al contempo, l'impresa potrebbe essere chiamata a informare il gruppo interforze, istituito presso la Prefettura territorialmente competente, di tutta una serie di operazioni che spaziano dai contratti di associazione in partecipazione stipulati, ai finanziamenti erogati da parte dei soci o di terzi, fino ad includere gli atti di disposizione, di acquisto o di pagamento effettuati, gli atti di pagamento ricevuti, gli incarichi professionali conferiti, di amministrazione o di gestione fiduciaria ricevuti a condizione che siano dotati di un non trascurabile rilievo economico. Da ultimo, il monitoraggio potrebbe essere agevolato obbligando l'impresa a utilizzare un conto corrente dedicato per tutti i predetti atti di pagamento, riscossione e finanziamento.

La stessa normativa prevede, in aggiunta, che l'autorità competente possa procedere alla nomina di un numero massimo di tre esperti chiamati ad espletare una funzione di supporto nell'attuazione delle misure.

La durata di questo subprocedimento preventivo-collaborativo si estende da un minimo di sei a un massimo di dodici mesi, terminati i quali il Prefetto chiude l'*iter* principale mediante il rilascio di un'informazione antimafia liberatoria, ove accertati il venir meno dell'agevolazione occasionale e l'assenza di altri tentativi di infiltrazione mafiosa, ovvero, in caso contrario, procede all'adozione dello speculare atto interdittivo.

¹⁰⁹ F. Gatto, *Le nuove frontiere della Legislazione Antimafia alla luce del D.L. 6 novembre 2021, n. 152*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2022, 11.

¹¹⁰ M. Vulcano, *op. cit.*, 11-12.

Va osservato come la prevenzione collaborativa rappresenti una nuova e più avanzata frontiera che si inserisce all'interno di un panorama già ricco di strumenti, amministrativi e giurisdizionali, coi quali il legislatore ha provato a fornire risposte differenziate all'annosa questione afferente al trattamento da riservare alle imprese soggette a infiltrazioni criminali. Già da tempo, infatti, si è registrato un incremento nel numero degli strumenti giuridici che, non rispondendo a logiche né ablatorie né interruttive, mirano al recupero dell'azienda contaminata tramite un intervento dell'autorità pubblica che non si sostituisce alla *governance* preesistente, ma vi collabora riconoscendole, di fatto, un essenziale ruolo proattivo¹¹¹.

In questa direzione, l'art. 32 del D.L. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni dalla L. 11 agosto 2014, n. 114, ha previsto un complesso sistema di misure di gestione, sostegno e monitoraggio di impresa che sono oggi espressamente richiamate, nell'ottica di un miglior coordinamento normativo, dall'art. 92, co. 2-ter, lett. b) CAM¹¹², nella parte in cui dispone che il Prefetto, adottata l'informazione interdittiva, debba comunque verificare la sussistenza delle condizioni per la loro applicazione¹¹³. Più specificamente, sussistendo «l'urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto ovvero dell'accordo contrattuale, ovvero la sua prosecuzione al fine di garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali, nonché per la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici»¹¹⁴, l'autorità amministrativa, sentito il Presidente dell'ANAC, non procede ordinariamente con recessi e revoche, ma è posta nelle condizioni, tra l'altro¹¹⁵, di ordinare la rinnovazione degli organi sociali, qualora si ritenga, secondo un giudizio prognostico, che i tentativi di infiltrazione criminale siano suscettibili di essere eli-

¹¹¹ A differenti logiche ablatorie rispondono tanto l'amministrazione giudiziaria che interessa le imprese sottoposte alle misure di prevenzione patrimoniale del sequestro e della confisca (artt. 35 e s. CAM), tanto il controllo giudiziario delle aziende dell'art. 34-bis CAM.

¹¹² Così come riformato dall'art. 48, co. 1, lett. a), punto 2), del D.L. n. 152/2021.

¹¹³ Per un approfondimento sul tema si rinvia a S. Sticchi Damiani, *I nuovi poteri dell'Autorità Anticorruzione*, in AA.Vv., *Libro dell'anno del Diritto 2015* – Treccani, 2015; A. Maltoni, *Nuove forme di intervento pubblico nella gestione di imprese private: presupposti e limiti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 4, 1079 ss.; F. Nugnes, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione d'impresa in caso di corruzione negli appalti pubblici. Principali aspetti critici dell'istituto*, in *Dir. econ.*, 2017, 1, 37 ss.; C. Benettazzo, *I nuovi poteri "regolatori" e di precontenzioso dell'ANAC nel sistema europeo delle Autorità indipendenti*, in *www.federalismi.it*, 2018, 5, 35 ss.; A. Maltoni, *Commissariamento di imprese limitatamente a singoli contratti pubblici, tutela della concorrenza nella fase di esecuzione contrattuale e Protocolli di legalità*, in *Dir. econ.*, 2018, 2, 443 ss.; J. Colamendici, *Il commissariamento: estirpare le infiltrazioni criminali salvaguardando libertà d'impresa e diritti dei lavoratori*, in *www.giustiziaviale.com*, 2019, 6.

¹¹⁴ Art. 32, co. 10 del D.L. 24 giugno 2014, n. 90.

¹¹⁵ Il menzionato art. 32 del D.L. n. 90/2014 riconosce all'autorità controllante anche il potere di «ordinare alla stazione appaltante che i pagamenti all'operatore economico [...] siano disposti al netto dell'utile derivante dalla conclusione del contratto, quantificato nel 10 per cento del corrispettivo, da accantonare [...] in un apposito fondo», nonché di «provvedere direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa anche limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto ovvero dell'accordo contrattuale o della concessione», e ciò tramite la nomina di uno o più amministratori.

minati attraverso l'allontanamento di singoli soggetti dalla titolarità degli stessi, ovvero di disporre una forma di *tutorship* tramite la nomina di esperti incaricati di fornire all'impresa indicazioni di carattere organizzativo e gestionale, con compiti, per l'appunto, di sostegno e monitoraggio¹¹⁶. Una gamma di misure che pur essendo geneticamente connesse con l'opera pubblica "incriminata" in base ad un criterio di contestualità o di contiguità temporale, sono preordinate, attraverso un momento di revisione virtuosa e di verifica del modello organizzativo e gestionale, a garantire la legalità dell'operato aziendale nel suo complesso, trascendendo, dunque, le sorti del singolo contratto¹¹⁷.

Appare più complesso e ricco di ricadute pratiche, invece, il coordinamento tra le nuove misure di prevenzione collaborativa previste dall'art. 94-*bis* CAM e il controllo giudiziario delle aziende introdotto dalla L. 17 ottobre 2017, n. 161¹¹⁸. È noto come tale ultimo strumento consista in una forma di "vigilanza prescrittiva"¹¹⁹ dell'impresa, rimessa al Tribunale competente per l'applicazione delle misure di prevenzione, che può essere attivata ogniqualvolta, all'esito degli accertamenti compiuti per verificare la sussistenza di pericoli di infiltrazione mafiosa, sia stata riscontrata una forma di agevolazione occasionale.

Dinanzi a tale circostanza, la normativa in commento prospetta due possibili alternative, non del tutto sovrapponibili sul piano dei presupposti e della *ratio*. Da un lato¹²⁰, le sorti dell'istituto sono affidate esclusivamente ai poteri dell'Autorità giudiziaria, che può disporre la misura, su proposta di un altro soggetto pubblico e previa verifica della sussistenza di un pericolo concreto di infiltrazioni mafiose e della sua occasionalità nelle dinamiche aziendali. L'altra ipotesi normativa¹²¹, invece, riconosce direttamente all'amministratore dell'attività produttiva la possibilità di chiedere l'applicazione del controllo giudiziario, e ciò al fine di "stemperare" gli effetti di un'informazione antimafia interdittiva adottata nei suoi confronti dal Prefetto e sottoposta a ricorso giurisdizionale ancora pendente. In questo caso, al Tribunale competente spetta la verifica dell'occasionalità delle

¹¹⁶ L'Autorità nazionale anticorruzione precisa, nelle linee guida dell'8 luglio 2020 – *Disposizioni per la disciplina del procedimento preordinato alla proposta del Presidente dell'A.N.A.C. di applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio, ai sensi dell'art. 32 del d.l. 90/2014*, 10, che «la misura del sostegno e monitoraggio è applicabile nel caso in cui le vicende giudiziarie abbiano coinvolto soggetti diversi dai componenti degli organi sociali dell'impresa ovvero i fatti [...] rivelino un minor grado di compromissione e di rischio per l'operatore economico».

¹¹⁷ In questi termini si esprime ancora l'ANAC nelle linee guida cit.

¹¹⁸ L'art. 11, co. 1 della L. 17 ottobre 2017, n. 161 ha introdotto l'art. 34-*bis* CAM – «Controllo giudiziario delle aziende». Sul tema F. Vergine, *Sub 34-bis – Controllo giudiziario delle aziende*, in G. Spangher, A. Marandola, *op. cit.*, 177 ss.

¹¹⁹ L'espressione è mutuata dalla relazione conclusiva della Commissione ministeriale incaricata di elaborare una proposta di interventi in materia di criminalità organizzata, istituita con D.M. 10 giugno 2013 e presieduta dal professore Giovanni Fiandaca, con riferimento, in quel contesto, al c.d. "controllo giudiziario".

¹²⁰ Art. 34-*bis*, co. 1 CAM.

¹²¹ Art. 34-*bis*, co. 6 CAM.

condotte, ma non anche del pericolo di inquinamento, già oggetto delle determinazioni dell'organo prefettizio¹²².

Sul piano dei contenuti, il controllo giudiziario produce una sorta di “messa alla prova” dell'operatore economico¹²³, potendosi sostanziare o nella nomina di un giudice e di un amministratore delegati che hanno il compito di assumere qualsiasi iniziativa finalizzata a prevenire specificamente il rischio di tentativi di condizionamento criminale, nonché di monitorare il corretto decorso dell'attività di controllo, o, ma nel solo caso del controllo giudiziario officioso, può tradursi nella prescrizione all'impresa di una serie di adempimenti comunicativi¹²⁴. Le misure sono applicabili per un periodo che va da uno a tre anni.

Il sistema così delineato e che vede, da una parte, la misura di prevenzione giudiziaria di cui all'art. 34-*bis* CAM e, dall'altra, la misura di prevenzione amministrativa ex art. 94-*bis* CAM, appare estremamente articolato, specialmente a causa della – apparente – sovrapposizione dei relativi presupposti applicativi, essendo tutte dirette ad intercettare forme di *agevolazione occasionale* della criminalità organizzata.

Nulla questio con riferimento al rapporto tra il controllo giudiziario volontario e la prevenzione collaborativa, trattandosi di strumenti che, pur avendo la medesima direzione teleologica (*i.e.* evitare che sull'impresa ricadano gli effetti di un'interdittiva antimafia), sono destinati ad operare in momenti affatto differenti. Come si è già osservato, infatti, il controllo giudiziario volontario presuppone l'avvenuto rilascio di un'informazione interdittiva, mentre le misure di prevenzione collaborativa vengono disposte dal Prefetto prima – e per evitare – di giungere all'adozione della menzionata misura di rigore.

È meno netto, invece, il distinguo tra il controllo giudiziario su istanza di parte pubblica e gli strumenti preventivi dell'art. 94-*bis* CAM. Se è vero, infatti, che in entrambi i casi le Autorità competenti – rispettivamente il Tribunale e il Prefetto – devono riscontrare l'esistenza di condotte d'impresa atte ad agevolare occasionalmente la criminalità organizzata, tuttavia, la misura di prevenzione amministrativa richiede che tale agevolazione sia sintomatica di «tentativi di

¹²² In tal senso sembra essersi orientata C. Cass., sez. II, 28 gennaio 2021, n. 9122, annotata da G. Amarelli, *La Cassazione riduce i presupposti applicativi del controllo giudiziario volontario ed i poteri cognitivi del giudice ordinario*, in *Sistema pen.*, 10 marzo 2021.

¹²³ V. Gaeta, *Il controllo giudiziario a richiesta dell'impresa e il compito del giudice ordinario*, in *www.giustiziainsieme.it*, 16 luglio 2021.

¹²⁴ Ai sensi dell'art. 34-*bis*, co. 2, lett. a), col provvedimento che dispone il controllo giudiziario delle aziende il Tribunale «può imporre nei confronti di chi ha la proprietà, l'uso o l'amministrazione dei beni e delle aziende [...] l'obbligo di comunicare al questore e al nucleo di polizia tributaria del luogo di dimora abituale, ovvero del luogo in cui si trovano i beni se si tratta di residenti all'estero, ovvero della sede legale se si tratta di un'impresa, gli atti di disposizione, di acquisto o di pagamento effettuati, gli atti di pagamento ricevuti, gli incarichi professionali, di amministrazione o di gestione fiduciaria ricevuti e gli altri atti o contratti indicati dal tribunale, di valore non inferiore a euro 7.000 o del valore superiore stabilito dal tribunale in relazione al reddito della persona o al patrimonio e al volume d'affari dell'impresa. Tale obbligo deve essere assolto entro dieci giorni dal compimento dell'atto e comunque entro il 31 gennaio di ogni anno per gli atti posti in essere nell'anno precedente».

infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate»¹²⁵, che è cosa ben diversa e più blanda rispetto al «pericolo concreto di infiltrazioni mafiose idonee a condizionarne l'attività» di cui all'art. 34-*bis* CAM¹²⁶. Vi è, pertanto, un'effettiva gradualizzazione tra le due tipologie di intervento, destinate a intercettare forme di condizionamento caratterizzate da un diverso «livello di gravità». Una circostanza confermata anche dal dato normativo nella parte in cui prevede che, nelle more dell'esecuzione della prevenzione collaborativa, il Tribunale possa procedere con l'applicazione del controllo giudiziario, purché nelle forme del comma 2, lett. b) dell'art. ult. cit., a cui segue la cessazione delle misure precedentemente attuate¹²⁷.

È indubbio che in questo panorama si assiste all'allargamento delle *potestates* del Prefetto, oggi chiamato anche a scegliere e attuare misure tipiche di gestione aziendale che, in origine, il legislatore aveva provato a proiettare in una dimensione di piena giurisdizionalizzazione. Un cambio di rotta che, nell'ottica di un ideale riequilibrio del sistema, ha affiancato alla riduzione dell'ambito di operatività del controllo giudiziario, l'ampliamento delle garanzie interne al procedimento diretto al rilascio dell'informazione antimafia e che può condurre all'adozione delle misure di prevenzione collaborativa.

Tuttavia, tale ultimo accorgimento comporta solo un parziale superamento delle criticità che attanagliano storicamente l'informazione prefettizia. Si pensi, ad esempio, ai profili riguardanti l'ampiezza dei margini di discrezionalità del relativo potere dell'autorità amministrativa, nonché la scarsa tassatività dei presupposti applicativi. Ciò posto, rimane fermo il rischio, lamentato da parte della dottrina¹²⁸, di svuotare di significato l'impulso fornito dalla misura disciplinata dall'art. 34-*bis* CAM, finendo così per contenere l'efficacia espansiva di una peculiare giurisdizione ordinaria che si sviluppa *a latere* di quella amministrativa e che consente al Tribunale, col proprio sindacato, di mitigare le conseguenze negative che potrebbero derivare dall'esercizio dei poteri di prevenzione prefettizia, che registrano ancora momenti di profonda tensione costituzionale.

¹²⁵ Si richiama l'art. 84, co. 3 CAM.

¹²⁶ N. Durante, *op. cit.*, 7. L'A. si spinge oltre, affermando che «sarebbe stato preferibile che, come presupposto per la misura di prevenzione collaborativa, il legislatore, più che richiamare il dato di fatto della "occasionalità dell'infiltrazione", avesse richiamato l'elemento, di tipo logico, della prognosi favorevole sulla riuscita del controllo».

¹²⁷ Si tratta del combinato disposto tra l'art. 34-*bis*, co. 1 e 94-*bis*, co. 3 CAM. Critica nei confronti di questa soluzione normativa M. Vulcano, *op. cit.*, 11, secondo cui si tratta di «un "controllo amministrativo" che, in caso di esito positivo, anticipa e sostituisce il controllo giudiziario, e in caso di insuccesso ne ritarda o ne rende solo eventuale l'applicazione».

¹²⁸ D. Brancia, *Il crepuscolo del controllo giudiziario delle aziende. Riflessioni sulle modifiche al testo unico antimafia: dal controllo preventivo al dovere di contraddittorio nel rilascio delle informazioni interdittive*, in *Archivio nuova proc. pen.*, 2022, 2, 103.

4. *Conclusioni*

Il *restyling* dell'informazione antimafia, muovendosi verso il rafforzamento della dimensione partecipativa nel contrasto alle mafie, ha confermato – rafforzandola – la decennale tendenza evolutiva che caratterizza lo strumentario amministrativo di prevenzione della criminalità, composto da misure giuridiche che, pur nella loro eterogeneità, sono legate da un *iter* genetico e di sviluppo tendenzialmente uniforme.

In tal senso, esse nascono in quei momenti in cui l'*escalation* dell'azione criminale, capace di convogliare sensibilmente le paure della collettività, diviene opportunità decisionale per l'Organo legislativo che, spinto dalla pressante richiesta di ordine e controllo, fornisce risposte tese a rafforzare il ruolo dello Stato come “fattore di sicurezza”, non solo inasprendo i presidi penal-repressivi preesistenti, ma creando nuovi meccanismi – che spesso trascendono dal diritto penale – diretti ad una sempre più spiccata anticipazione del momento dell'intervento dell'Autorità, in base a presupposti operativi che rispondono a logiche di prevenzione del rischio e presunzione di pericolosità. Tutto ciò col diretto coinvolgimento, sul piano soggettivo, non solo degli organi giurisdizionali ma anche dell'Amministrazione che, proprio per la sua capacità d'azione mediante il ricorso a moduli estremamente rapidi e snelli, ha assistito al graduale allargamento delle proprie *potestates* nel settore ordinamentale della prevenzione criminale.

L'originaria configurazione di questi “nuovi” poteri ricalca i modelli di intervento tipici del diritto di polizia, essendo riconosciuta all'Autorità la possibilità di disporre misure ad efficacia ablatoria/interruttiva, col coinvolgimento solo marginale – quando non del tutto assente – del soggetto interessato. Ne sono un esempio la natura dell'intervento pubblico – esclusivamente dissolutorio – diretto a intercettare forme di condizionamento mafioso nei consigli comunali e provinciali; le finalità meramente ablatorie che per lungo tempo hanno orientato le politiche di gestione e destinazione delle aziende sottratte alla criminalità organizzata; il trattamento giuridico riservato alle imprese infiltrate dalla mafia o comunque protagoniste di vicende corruttive capaci di minarne l'affidabilità morale, in origine proiettato alla loro semplice esclusione dal mercato; le politiche di sicurezza urbana, che hanno vissuto una prima stagione all'insegna del rafforzamento delle prerogative di polizia in mano all'Autorità comunale.

Si tratta, a ben vedere, di strumenti pensati per fronteggiare situazioni emergenziali (mafia, corruzione, insicurezza nelle città) la cui cifra essenziale, però, non è la provvisorietà o eccezionalità, bensì la loro endemica capacità di aggredire beni e valori fondamentali. Sicché, l'armamentario giuridico in esame ha subito un graduale percorso di stabilizzazione che, da un lato, ne ha richiesto una

maggior armonizzazione col dettato costituzionale e convenzionale, dall'altro ha condotto all'individuazione di soluzioni innovative maggiormente efficaci.

Plurime, poi, appaiono le refluenze di sistema prodotte da questo consolidamento. Innanzitutto, si assiste a una marginalizzazione dei modelli operativi ablatori e interruttivi a cui vengono affiancati nuovi istituti utili a modulare le conseguenze dell'intervento pubblico che, guardando agli specifici caratteri dell'emergenza da fronteggiare, assicurano il perseguimento anche di interessi diversi dalla mera tutela dell'ordine pubblico. In secondo luogo, si mira frequentemente alla reinclusione sociale, politica ed economica del soggetto autore o vittima dell'evento criminale, e ciò all'esito di un percorso in cui il compito dell'Autorità non è quello di ostracizzarlo o annientarlo, quanto di fornirgli gli strumenti utili alla prosecuzione della propria opera nella legalità. Da ultimo, si osserva una rinnovata attenzione proprio al diretto coinvolgimento del privato, non più semplice destinatario delle misure, ma attore protagonista nella definizione e nella realizzazione dei percorsi di contrasto alla criminalità.

Qualche esempio potrebbe risultare illuminante.

Si è già dato atto *supra*¹²⁹ dell'art. 32 del D.L. n. 90/2014, che nel quadro della prevenzione dei fenomeni corruttivi e di infiltrazione mafiosa nelle concessioni e negli appalti pubblici, ha previsto il potere in capo al Presidente dell'ANAC e al Prefetto territorialmente competente, di disporre misure di controllo, sostegno e monitoraggio nei confronti di quelle imprese rese responsabili di condotte anomale sintomatiche di circostanze illecite o anche criminali, di modo da consentire loro di portare a termine l'esecuzione dell'opera, del servizio o della fornitura di cui sono aggiudicatarie, seppure previo commissariamento o sotto la stretta vigilanza collaborativa del soggetto pubblico col quale l'imprenditore definisce le strategie organizzative e gestionali dirette al ripristino della legalità. Si tratta di un *parterre* di soluzioni normative che mentre si preoccupano di proteggere la sicurezza pubblica, curano la gamma di interessi economici e sociali che ruotano attorno al completamento dell'opera e, ove possibile, consentono il recupero della legalità nell'impresa senza mai estrometterla dal mercato.

Non può sottacersi, dopotutto, che proprio la mancata espulsione consente sia una più agevole conservazione dei livelli occupazionali dell'azienda, sia una sostanziale riduzione degli impatti negativi, pur esistenti, che il suo allontanamento potrebbe produrre sui preesistenti equilibri del mercato (si pensi, ad esempio, alle ricadute economiche sulle imprese che ne costituiscono l'indotto). Si tratta di interessi la cui tutela è guardata con grande attenzione tanto dalle già osservate misure del controllo giudiziario e della prevenzione collaborativa, quanto dall'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche e

¹²⁹ Cfr. par. 3.4., a cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici sul tema.

delle aziende di cui all'art. 34 CAM che, pur comportando, a differenza delle prime due, la temporanea ablazione della compagine interessata, si caratterizza per un intervento pubblico che mira a bonificarne gli assetti organizzativi e gestionali prima della "riconsegna" al suo originario titolare.

Anche la disciplina afferente alla gestione e alla destinazione dei beni sottratti alla criminalità organizzata ha vissuto un lungo percorso di evoluzione rispetto alle logiche esclusivamente ablatorie che animavano la legge "Rognoni-La Torre", ove ci si preoccupava di determinare gli strumenti giuridici preordinati all'aggressione dei patrimoni delle cosche, senza nulla precisare in ordine alle vicende successive alla loro confisca. Invece, l'attuale normativa ha finito per creare un modello gestionale polivalente che prova a contemperare interessi pubblici differenti (conservazione dei posti di lavoro; mantenimento dei livelli di produttività aziendale) pur non perdendo di vista l'obiettivo centrale, e cioè evitare che il bene ritorni – anche indirettamente – nella disponibilità del proposto¹³⁰.

Risultano paradigmatiche anche le vicende che hanno interessato il diritto della sicurezza urbana che, superata una prima fase caratterizzata dalla predisposizione di interventi di tipo "reattivo" improntati al rafforzamento del ruolo dell'Autorità¹³¹, è poi transitato verso modelli "proattivi" in cui il contrasto al disagio, al disordine e alla criminalità locali viene condotto in chiave preventiva mediante politiche integrate e capaci di coinvolgere differenti livelli di governo, dallo Stato al Terzo Settore. Si punta, così, al miglioramento delle condizioni di vita dei cittadini, all'inclusione sociale, all'incremento delle condizioni di vivibilità delle città, nella convinzione che proprio tramite tali azioni si possa giungere al ridimensionamento dei fenomeni criminali¹³².

Si rammentano, infine, le turbolente circostanze che hanno interessato l'istituto dello scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni e condizionamenti mafiosi di cui all'art. 143 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267¹³³,

¹³⁰ Per un ampio approfondimento si vedano, *ex multis*, N. Gullo, *Il procedimento amministrativo di destinazione dei beni confiscati alla mafia: aspetti problematici della normativa vigente e prospettive di riforma*, ne *Foro It.*, 2003, 2, 72 ss.; Id., *La destinazione dei beni confiscati nel codice antimafia tra tutela e valorizzazione*, in *Dir. econ.*, 2014, 1, 55 ss.; Id., *Emergenza criminale e diritto amministrativo*, cit.; M. Mazzamuto, *Gestione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati tra giurisdizione e amministrazione*, in *Giur. it.*, 2013, 2, 477 ss.; F. Manganaro, *Gestione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 4, 1033 ss.

¹³¹ Sul tema dei poteri dei poteri rimessi al Sindaco dopo le rilevanti riforme in materia del 2008 e il susseguente intervento della Consulta si rinvia a M. Vaccarella, *Il potere di ordinanza sindacale per la sicurezza urbana e l'incolumità pubblica*, Napoli, 2012.

¹³² Si rinvia a R. Selmini (a cura di), *La sicurezza urbana*, Bologna, 2004; G. Pighi, *Sicurezza urbana integrata e sistema punitivo*, Torino, 2019.

¹³³ Sul tema, V. Mete, *Fuori dal comune. Lo scioglimento delle amministrazioni locali per infiltrazioni mafiose*, Acireale-Roma, 2009; V. Montaruli, *Lo scioglimento degli organi elettivi negli enti locali per infiltrazioni della criminalità organizzata*, Napoli, 2014; S. Melorio (a cura di), *Lo scioglimento dei Comuni per mafia. Analisi e proposte*, Milano, 2019.

ove, a seguito delle novelle apportate dal D.L. 4 ottobre 2018, n. 113 (convertito con modificazioni dalla L. 1° dicembre 2018, n. 132), era stato previsto un nuovo potere in capo al Prefetto, insignito della possibilità, qualora ne ricorresse le condizioni di legge, di non procedere con l'applicazione della misura ablatoria ma di avviare, col diretto coinvolgimento degli organi politici in carica, un percorso di *tutorship* finalizzato all'estirpazione di tutte le componenti disfunzionali riscontrate nell'ente¹³⁴. Una disposizione, quella appena passata in rassegna, poi dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Consulta¹³⁵, ma non per una forma di incompatibilità *ex se* della soluzione normativa adottata, quanto per le modalità di definizione dei suoi presupposti applicativi, gravemente irrispettosi del principio di legalità dell'azione amministrativa e di quello di autonomia degli enti territoriali¹³⁶.

In generale, sembra muoversi sullo sfondo di ciascuno strumento l'obiettivo di una maggiore democratizzazione dell'azione di prevenzione criminale che, spinta esclusivamente dal bisogno di sicurezza pubblica, ha storicamente assunto connotati scarsamente intellegibili agli occhi dei soggetti colpiti dagli effetti dei relativi provvedimenti, facendo apparire l'Amministrazione come un corpo estraneo, autoritario e privilegiato. Al contrario, il ricorso a modelli che tengono d'occhio la pluralità di interessi in gioco consente, innanzitutto, di differenziare i poteri in mano all'Amministrazione procedente che può calibrare il proprio intervento in base alle specifiche condizioni dell'emergenza da fronteggiare, senza ricorrere a soluzioni che per la loro irragionevolezza e sproporzionalità potrebbero divenire pericolose e delegittimanti¹³⁷; al contempo, non può sottacersi come il maggiore coinvolgimento del destinatario della misura lo renda, almeno in parte, *faber fortunae suae*, così riducendo lo iato con l'Amministrazione procedente.

In questo quadro, la recente riscrittura dell'informazione antimafia mediante la trasposizione di tecniche giuridiche già presenti altrove, rompendo vigorosamente con le ferree preclusioni del passato, ha fornito una risposta positiva a chi si è già interrogato sulla reale esistenza di una disciplina tendenzialmente comune al "diritto amministrativo dell'emergenza criminale", da considerare come un

¹³⁴ La novella è stata oggetto delle riflessioni di M. Magri, *Lo scioglimento dei comuni per mafia dopo il "decreto sicurezza"*, in *Gior. dir. amm.*, 2019, 3, 349 ss.

¹³⁵ Corte cost. 20 giugno 2019, n. 195 (ECLI:IT:COST:2019:195).

¹³⁶ La Corte precisa, infatti, «che rimane ovviamente nella discrezionalità del legislatore riformulare la norma in termini compatibili con il principio di legalità dell'azione amministrativa e con la garanzia di autonomia costituzionalmente garantita di cui godono gli enti locali territoriali».

¹³⁷ Sia consentito il richiamo a F. Giacalone, *La tenuta dell'assetto democratico nella lotta alla criminalità organizzata: riflessioni sullo scioglimento dei Consigli comunali e provinciali conseguente a fenomeni di infiltrazione e condizionamento mafioso*, in M. Immordino, N. Gullo (a cura di), *op. cit.*, soprattutto 248 ss.

nuovo settore ordinamentale informato a paradigmi giuridici differenti rispetto al più tradizionale diritto di polizia, di cui pure rappresenta una “*torsione*”¹³⁸.

Si va così definendo una categoria normativa che oltre a offrire una chiave di lettura unitaria dei più recenti sviluppi ordinamentali in tema di prevenzione criminale, fornisce spunti, *de iure condendo*, verso l’elaborazione di nuove tecniche preventivo-criminali la cui maggiore efficacia transita proprio dalla capacità di soddisfare una pluralità di interessi diversi dalla tutela della sicurezza pubblica, ma coesenziali alla sua piena realizzazione.

¹³⁸ N. Gullo, *Emergenza criminale e diritto amministrativo*, cit., 134 ss.

Il nuovo volto dell'informazione antimafia dopo le novelle del D.L. n. 152/2021: verso la definitiva consacrazione del "diritto amministrativo dell'emergenza criminale"?

Dopo aver delineato i caratteri essenziali dell'informazione antimafia, il presente contributo mira a determinare quale sia il ruolo partecipativo-procedimentale riconosciuto alle imprese controllate, specie in seguito alle novelle che hanno interessato l'istituto alla fine del 2021. In un percorso tra ieri e oggi ci si interrogherà sui punti di forza e sulle criticità dell'attuale assetto normativo, che pare seguire l'itinerario tracciato dalle più recenti politiche di prevenzione criminale, che limitano il ricorso a moduli operativi ablatori e interruttivi per affiancarvi nuovi strumenti che mirano alla reinclusione sociale, politica ed economica del soggetto coinvolto nella vicenda criminale, tramite l'esaltazione di momenti di cooperazione con l'Autorità pubblica.

The new face of the anti-mafia information after the changes of Law Decree no. 152/2021: towards the definitive consecration of the "administrative law of criminal emergency"?

After outlining the essential features of the anti-mafia information, the present contribution aims to determine the participatory-procedural role recognised to the controlled companies, especially following the changes that affected the measure at the end of 2021. In a journey between yesterday and today, we will examine the strengths and issues of the current legal framework, which seems to follow the path traced by the most recent policies of mafia-crime prevention, which limit the use of ablatory and interruptive measures, in order to add new tools aimed at the social, political and economic re-inclusion of the subject involved in the criminal affair, through the enhancement of moments of cooperation with the public authority.

Le concentrazioni tra istituti di credito nei periodi di crisi economico-finanziarie: esempi del passato e previsioni future

Leopoldo Esposito

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le fusioni *cross-border*. – 3. La riforma della direttiva (UE) 2017/1132, direttiva (UE) 2019/2121: verso un diritto societario europeo. – 4. Libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi bancari. – 5. Le fusioni bancarie dopo la crisi del 2007, un possibile strumento risolutivo della crisi?. – 6. La disciplina delle fusioni transfrontaliere degli istituti di credito nel diritto italiano. – 7. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato: poteri e sanzioni nel settore del credito. – 8. Le concentrazioni bancarie all'interno dell'Unione europea, tra stabilità e efficienza. – 9. Le concentrazioni bancarie in costanza di crisi sanitaria. – 10. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Fino a qualche decennio fa, la diffusione delle operazioni straordinarie, ed in particolare delle fusioni transfrontaliere, era limitata da un duplice ordine di ragioni. Per un verso la ridotta dimensione delle imprese e la capacità di adattamento di queste ultime alle esigenze del mercato fungevano da deterrente a qualsiasi fenomeno di tipo aggregativo; per altro verso, la competizione economica tra le stesse impediva logicamente la realizzazione di operazioni di concentrazione.

Ad oggi, le mutate condizioni del mercato internazionale e della realtà economica hanno creato l'ambiente ideale per il fiorire di nuove opportunità di fusioni, al punto tale da ritenerle uno strumento fondamentale per l'aumento della redditività delle imprese.

L'indagine si propone, quindi, di verificare gli effetti positivi (e negativi) delle fusioni transfrontaliere in generale, e gli effetti delle stesse sulla redditività degli istituti di credito in particolare, ovvero dell'analisi dei benefici generati da una concentrazione bancaria sui mercati finanziari in costanza di crisi economiche.

Ciò premesso, il lavoro sarà suddiviso in tre parti. Nella prima parte sarà analizzato il concetto di fusione e la normativa sulle fusioni societarie *cross-border* con particolare riferimento alla riforma del diritto societario di cui alla direttiva (UE) 2019/2121, nonché dei principi di diritto che regolano questa attività. Ci si riferisce in particolare al principio di libertà di stabilimento delle imprese, espressa, ai fini del presente lavoro, nelle fusioni transfrontaliere. Nella seconda parte, si analizzerà la legislazione bancaria relativa alla disciplina delle fusioni bancarie e dei meccanismi di vigilanza sulle concentrazioni bancarie. In questa sezione del contributo sarà presente un *focus* in particolare prima sulla disciplina europea, e successivamente su quella nazionale.

Infine, nella terza parte, si tenterà di valutare l'impatto delle fusioni bancarie durante le crisi economiche, siano esse scatenate da uno *shock* finanziario (*recitius*: crisi del 2007), ovvero da una crisi economica derivata da un elemento esogeno (*i.e.* un'emergenza sanitaria).

2. *La normativa delle fusioni cross-border*

Al fine di percorrere gli itinerari lungo i quali si muove la disciplina delle fusioni transfrontaliere, è opportuno definire il concetto di fusione. Snichelotto definisce la fusione come «la compenetrazione in un'unica organizzazione sociale di più organizzazioni autonome»¹. La fusione è sostanzialmente un atto negoziale a formazione progressiva, poiché la sua istituzione segue un percorso tecnico-giuridico e una certa durata nel tempo; in altre parole, si può dire che la fusione consista nella unificazione di due o più società in una sola entità. Essa si realizza principalmente con due differenti modalità: con la costituzione di una nuova società, che prende il posto di tutte le altre che in essa si fondono (fusione in senso stretto); o mediante assorbimento in una società preesistente di una o più altre società (fusione per incorporazione)². Quest'ultima è la forma di fusione più diffusa nella pratica. Realizzando una fusione in senso stretto, le società coinvolte perdono la loro personalità giuridica e si estinguono confluendo in un nuovo soggetto. Contemporaneamente, vengono fatte annullare le singole azioni o quote appartenenti ai soci delle partecipanti all'operazione e, in una fase successiva, vengono sostituiti-

¹ M. Snichelotto, A. Pegoraro, *Le operazioni di M&A come strumento di vantaggio competitivo*, in *RiVi-sta*, 2009, 88. Si veda anche F. Riganti, *Fusione per incorporazione e recesso del socio*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2017, 2421 e A. Busani, F. Urbani, *Operazioni straordinarie: la fusione*, in *Le Società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 2018, 354-372.

² In questo senso cfr. N. Gasperoni, *La trasformazione delle società*, Milano, 1952, 258.

te con partecipazioni societarie proporzionali al valore delle precedenti partecipazioni sulla base del rapporto di cambio³.

La fusione è quindi volta alla realizzazione, non già di una mera operazione di concentrazione, quanto piuttosto di «un vero e proprio riposizionamento della società»⁴. Attraverso un'operazione straordinaria, taluni soggetti, quali i soci della società, ovvero investitori esterni, si proiettano verso il rilancio della stessa.

Tra il novero delle fusioni, rientrano in larga misura le fusioni transfrontaliere, consistenti in operazioni con le quali le società possono sottoporsi alle norme di un ordinamento diverso da quello di appartenenza per il tramite dell'incorporazione in una società straniera. Le fusioni transfrontaliere che vedono coinvolte società italiane si realizzano generalmente attraverso due modelli principali.

Un primo modello prevede l'integrazione della società, preceduta dalla costituzione di una diversa società per azioni olandese⁵ (*Naamloze Vennootschap*) con socio unico, seguita poi da una fusione transfrontaliera inversa della controllante italiana nella controllata di diritto olandese. Uno schema diverso di fusione invece consiste nella incorporazione di una società emittente di diritto italiano, nella propria controllata totalitaria di diritto inglese, di nuova costituzione, con parallela realizzazione di un'altra fusione (quest'ultima regolata dalle leggi dello Stato del Delaware⁶) di una società veicolo – interamente controllata dal veicolo di diritto inglese di cui sopra – in un'emittente azioni quotate di diritto statunitense. Conseguentemente a tale operazione, l'emittente statunitense è interamente controllata dal veicolo inglese⁷, assegnando agli azionisti dell'emittente statunitense partecipazioni di tale veicolo destinato alla successiva quotazione su due mercati esteri⁸.

³ L. Albertini, *Trasferimento del marchio e operazioni societarie straordinarie (trasformazione, fusione, scissione)*, in *Contratto e impresa*, 2012, 912.

⁴ P. Marchetti, *Le fusioni transfrontaliere del gruppo Fiat - Chrysler*, in *Rivista delle Società*, 2014, 1124.

⁵ Un esempio tipico di questo tipo di fusioni sono le fusioni FIAT-Chrysler e Mediaset. Questa tecnica di fusione ha il vantaggio della semplice determinazione del rapporto di cambio, aprendo inoltre la possibilità per gli azionisti della controllante italiana di accedere alla maggioranza di voto che il diritto olandese conosce e che lo statuto della società risultante dalla fusione prevede.

⁶ Sui motivi e vantaggi dell'incorporazione delle società, nello Stato del Delaware vi è fitta dottrina. In particolare si veda W.J. Carney, G.B. Sheperd, *The mystery of Delaware law's continuing success*, *Emory Law and Economics Research Paper*, 2008, 28 «one of the principal advantages of incorporating in Delaware is its court system» e si confronti anche, D.G. Kaouris, *Is Delaware Still a Haven for Incorporation?*, in *The Delaware Journal of corporate law*, 1995, 965.

⁷ Si ricorda che precedentemente nel veicolo inglese si era fusa l'emittente italiana.

⁸ La legittimazione delle fusioni transfrontaliere, nel diritto dell'Unione europea, trova le sue radici in un principio più risalente, ossia nella libertà di circolazione, riconosciuta a livello comunitario. Il diritto alla mobilità era stato sancito già dall'articolo 293 del Trattato che istituisce la Comunità Europea, secondo il quale «Gli Stati membri avvieranno fra loro, per quanto occorra, negoziati intesi a garantire, a favore dei loro cittadini [...] il reciproco riconoscimento delle società a mente dell'articolo 48, comma secondo, il mantenimento della personalità giuridica in caso di trasferimento della sede da un paese a un altro e la possibilità di fusione di società soggette a legislazioni nazionali diverse» così G. Petrelli, *Lo stabilimento delle società comunitarie in Italia*, in *Rivista del notariato*, 2004, 346. L'articolo 293 TCE è una norma programmatica che ha richiesto la stesura di accordi tra gli Stati per garantire la realizzazione della libertà di movimento. Tra i vari obiettivi, il legi-

La partecipazione alle fusioni transfrontaliere rende possibile l'incontro di due interessi convergenti, consistenti in primo luogo nell'adeguamento dell'impresa all'evoluzione del mercato⁹ e, in secondo luogo, nella ricerca di una convergenza dell'impresa al contesto europeo¹⁰.

slatore europeo aveva quello della realizzazione di un mercato unico, dando vita ad uno spazio all'interno del quale le persone potessero circolare e le merci potessero essere liberamente scambiate. All'articolo 49 TFUE è sancita la libertà di esercizio da parte di ogni cittadino degli Stati membri, di attività economiche autonome, per la cui definizione si fa riferimento ad un'interessante Sentenza della Corte del 20 novembre 2001, Causa C-268/99 *Aldona Malgorzata Jany e altri contro Staatssecretaris Van Justitie*, disponibile al link <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A61999CJ0268>, con la quale la Corte di Giustizia ha individuato le condizioni che devono essere soddisfatte per l'esercizio del diritto di stabilimento, che sono: 1) assenza di vincoli di subordinazione; 2) svolgimento dell'attività sotto la propria responsabilità, con conseguente assunzione del rischio di successo o di fallimento dell'attività; e 3) percezione diretta del corrispettivo pagato per lo svolgimento dell'attività e corrispettivo idoneo a retribuire integralmente l'attività svolta. La libertà di stabilimento include inoltre la libertà di costituire e gestire imprese alle stesse condizioni stabilite per i cittadini dello Stato membro "ospitante", fatte salve le disposizioni in materia di circolazione dei capitali. In particolare, l'articolo in questione riconosce due forme di esercizio del diritto di stabilimento. Il diritto di stabilimento che è quello che si realizza nel caso in cui una società decida di «lasciare il proprio Stato membro di origine per stabilirsi – al fine di svolgervi permanentemente un'attività economica – in un altro Stato membro alle medesime condizioni previste per [...] le persone giuridiche di quest'ultimo Stato» cessando contestualmente la medesima attività in quello d'origine, sul punto si confronti R. Torino, *Diritto di stabilimento delle società e trasferimento transnazionale della sede. Profili di diritto europeo e italiano*, Atti del seminario "Aspetti di interesse notarile nel diritto dell'Unione europea", Viterbo, 2011, 10, al link https://d1wqxtds1xze7.cloudfront.net/15611095/Diritto_di_stabilimento_e_trasferimento_transnazionale_della_sede._Profili_di_diritto_europeo_e_italiano-with-cover-page-v2.pdf?Expires=1636486968&Signature=XzP0Jcpfd92he3Mnh91hp9xhGOM5TK7ZR DfHBykLEpOp9rt3v5WfssLgwJb7kaYfjYDXYYkq01HY6c46CMPiOs4ZX0NS2NfKa7u8pu-8brKFrW1P-qySlIgaWm8J0vxh2Jj3VoHAg40kQy91ic94gNML26uVmUW5PhtCMJd5Fmo2EHAdJNijYog6LteEYyEIPEn4ynPA1cPDUCGrL7D0whEk4bz-o0xckZ8bng9PzscBAoNanCOAatvwzMG0WbH2f5O1bLGr-uGEX HBbSFu-4vP8Mgl1AhVraXD1jcvz3GVTj5deDJ6WNUF10zdUGDov3JMFS-dHoy65XnLRxn8hNqw__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA.

⁹ Un'impresa nazionale può adeguarsi agli sviluppi e all'evoluzione del mercato in diversi modi. Uno di questi è ad esempio aprendo una sede secondaria in altri Stati membri dell'Unione europea, quest'ultima attività resa possibile dal riconoscimento del diritto di stabilimento secondario. Il diritto di stabilimento secondario è quello che viene esercitato «allorquando la società, pur continuando a svolgere la propria attività economica nel territorio dello Stato d'origine, inizia a compiere detta attività economica anche nel territorio di un altro Stato membro, aprendo o istituendo in detto Stato filiali (ossia società controllate) ovvero agenzie, succursali o sedi secondarie ossia forme di stabilimento funzionali allo svolgimento in via permanente dell'attività economica». Per circoscrivere la definizione di libertà di stabilimento si può fare riferimento a talune pronunce della Suprema Corte di Cassazione; la Corte degli Ermellini ritiene che si ha sede secondaria con rappresentanza stabile nel caso di esistenza in Italia di un'azienda o di uno stabilimento o comunque di un nucleo imprenditoriale organicamente collegato con la sede principale all'estero, che sia dotato di una certa autonomia amministrativa e la cui gestione sia affidata ad un soggetto abilitato ad agire in nome e per conto della società estera con carattere di discontinuità (cfr. Cass. n. 3041/1960, n. 341/1969 e n. 762/1969 al link <https://www.foroplus.it>) «Non è sufficiente per realizzare la sede secondaria, l'esistenza di un'agenzia generale che pure svolga un'attività di carattere costitutivo nell'interesse e per conto della società straniera. Lo svolgimento presso una sede diversa da quella principale di attività meramente ausiliarie o accessorie non comporta, di norma, l'insorgere di una sede secondaria» (cfr. anche Trib. Milano, sent. 26.4.1984; Trib. Roma, sent. 5.2.1986 al link <https://www.foroplus.it>).

¹⁰ Così M. Saggiocca, *Appunti in tema di fusione transfrontaliera: tra nuove frontiere in ambito europeo e vecchie tutele dei creditori sociali*, in *Rivista delle società*, 2019, 1074.

3. *La riforma della direttiva (UE) 2017/1132, direttiva (UE) 2019/2121: verso un diritto societario europeo*

I modelli di fusione transfrontaliera poc' anzi menzionati forniscono lo spunto per talune riflessioni sulla nuova disciplina organica in materia, che prende il nome di *Company Law Package*¹¹. Il diritto societario europeo, infatti, è stato oggetto di molti aggiornamenti negli ultimi decenni; in questo senso, la direttiva (UE) 2019/2121¹² si pone in linea con il percorso di riforma già avviato dal legislatore europeo¹³. L'obiettivo della norma è quello di riformare la direttiva (UE) 2017/1132¹⁴ in quanto «la valutazione di queste disposizioni [...] ha mostrato che tali norme devono essere modificate»¹⁵, al fine di «garantire un controllo della legittimità delle operazioni transfrontaliere prima che queste prendano effetto, al fine

¹¹ Sul punto J. Schmidt, *Cross-border Mergers, Divisions and Conversions: Accomplishments and Deficits of the Company Law Package*, in *European Company and Financial Law Review*, 2019, 222-272.

¹² La direttiva è stata oggetto di lavoro del Parlamento e del Consiglio dell'Unione europea sin da poco dopo l'entrata in vigore della direttiva (UE) 2017/1132. Il 25 Aprile 2018 la Commissione Europea ha pubblicato una proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio Europeo in tema di trasformazioni, fusioni e scissioni transfrontaliere. La direttiva (UE) 2019/2121 riporta molti passaggi già affrontati con la proposta di riforma *COM (2018) 241, 2018/0114* nel cui preambolo viene riconosciuto come strumento indispensabile alla crescita delle aziende, e del mercato unico, la fusione transfrontaliera, che pertanto merita di essere oggetto di semplificazione per agevolarne la diffusione e l'utilizzo, si parla di opportunità. Nella proposta di riforma era inoltre previsto che la stessa seguiva l'ottica di «sets safeguards against fraud and abuse such as mandatory identification control, rules on disqualified directors and a possibility for Member States to require the involvement of a person or body in the process, such as notaries or lawyers». Come sarà dimostrato nel proseguito del lavoro, gran parte degli obiettivi della riforma sono stati poi realizzati.

¹³ Si precisa inoltre che la direttiva dovrà essere recepita dagli Stati membri entro 36 mesi dalla sua entrata in vigore.

¹⁴ Pubblicata in Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea il 30 giugno 2017. Deve precisarsi che la direttiva (UE) 2017/1132 è una direttiva "contenitore", in quanto la stessa aveva raccolto in un testo unico europeo le direttive preesistenti, tra cui: la Prima direttiva in materia societaria del 9 marzo 1968 in materia di pubblicità, obblighi e nullità delle società di capitali (poi confluita nella direttiva (CE) 2009/101 ed poi nella direttiva (UE) 2017/1132; la Seconda direttiva del 13 dicembre 1976 che disciplina la costituzione delle società per azioni e la salvaguardia e le modificazioni del capitale sociale, modificata nel 2006, poi confluita nella direttiva (UE) 2012/30 ed successivamente nella direttiva (UE) 2017/1132; la Terza e la Sesta direttiva, rispettivamente del 9 ottobre 1978 e del 17 dicembre 1982 in materia di fusione e scissione di società per azioni, poi trasfuse nella direttiva (UE) 2011/35, quanto alle fusioni, e poi nella direttiva (UE) 2017/1132; la Quarta e la Settima direttiva, del 25 luglio 1978 e del 13 giugno 1983, in materia i conti annuali e consolidati delle società di capitali ora trasfuse nella direttiva (UE) 2013/34; l'Ottava direttiva del 10 aprile 1984 in materia di revisione legale dei conti, abrogata dalla direttiva (CE) 2006/43; la Decima direttiva, in materia di fusione transfrontaliera, direttiva (CE) 2005/56 poi trasfusa nella direttiva (UE) 2017/1132; l'Undicesima direttiva del 21 dicembre 1989 in materia di pubblicità delle succursali delle società di altri paesi UE confluita nella direttiva (UE) 2017/1132; la Dodicesima direttiva in materia di società a responsabilità limitata unipersonale poi confluita nella direttiva (CE) 2009/102; le direttiva in materia di informazione societaria tra cui la direttiva (CE) n. 2004/109, la direttiva (CE) 2003/71 in materia di prospetto per l'offerta pubblica o l'ammissione alla negoziazione poi sostituita dal regolamento UE n. 2017/1129, la direttiva (CE) n. 2003/6 in materia di abusi di mercato poi sostituita dal regolamento (UE) n. 2014/596; la direttiva in materia di OPA del 21 aprile 2004; la direttiva (CE) 2007/36, modificata da ultimo con la direttiva (UE) 2017/828 relativa all'esercizio di alcuni diritti degli azionisti delle società quotate.

¹⁵ Considerando n. 1 della direttiva (UE) 2019/2121.

di fornire certezza del diritto»¹⁶. Con la direttiva (UE) 2019/2121, il Parlamento ed il Consiglio europeo intendono, attraverso l'armonizzazione della legislazione in materia¹⁷, consolidare le basi, già predisposte con la direttiva (UE) 2017/1132, per la creazione di un diritto societario europeo omogeneo, in grado di promuovere in termini di massima effettività la libertà di stabilimento¹⁸ e garantire la libertà d'impresa¹⁹, come sancito dall'articolo 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In particolare, la direttiva in analisi ambisce a contemperare l'interesse alla protezione dei diritti fondamentali con altri obiettivi, quali l'integrazione europea e la protezione sociale di cui agli articoli 3 TUE e 9 TFUE, nonché la promozione del dialogo sociale di cui agli articoli 150 e 151 TFUE.

L'obiettivo della direttiva (UE) 2019/2121 è rinvenibile nella sistematizzazione della normativa europea in materia di diritto societario. Da un lato infatti abroga la direttiva (UE) 2017/1132, e dall'altro introduce, per la prima volta, un regime armonizzato per le trasformazioni e scissioni transfrontaliere, seppure, quanto alle seconde, solo ove attuate attraverso la costituzione di una o più Newco²⁰. In tal modo, il legislatore europeo pare abbia posto le basi per il superamento dell'incertezza e la frammentazione delle regole in materia di operazioni straordinarie transfrontaliere che, in alcuni casi, hanno costituito un limite alla definizione dell'operazione e, in altri casi, hanno determinato un eccessivo aggravio dei costi e dei tempi delle stesse, in definitiva ostacolando la libertà di stabilimento garantita a livello europeo.

Di fondamentale rilevanza è in questo senso soprattutto il progetto di armonizzazione della disciplina sulle operazioni straordinarie, con il quale la direttiva (UE) 2019/2121 intende attribuire particolare attenzione anche al coordinamento delle informazioni e delle garanzie a tutela di soci²¹ e dei terzi.

¹⁶ Considerando n. 10 della direttiva (UE) 2019/2121.

¹⁷ Per un'analisi comparata sullo sviluppo della libertà di stabilimento, si veda E.M. Kieninger, *The Legal Framework of Regulatory Competition Based on Company Mobility: EU and US Compared*, in *German Law Journal*, 2005, 641.

¹⁸ Per una raccolta degli orientamenti della giurisprudenza comunitaria in materia di libertà di stabilimento si rimanda a M. Colangelo, *Da Centros a Inspire Art. Libertà d'impresa e competizione regolamentare nella più recente giurisprudenza comunitaria*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2003, 1220.

¹⁹ Tra le sentenze comunitarie più importanti in materia di libertà di stabilimento, *inter alia*, Sevic C-411/03 (cfr. P. Behrens, "A. Court of Justice-Case C-411/03, SEVIC Systems AG, Judgment of the Grand Chamber of the Court of Justice of 13 December 2005, [2005] ECR I-10805.", in *Common Market Law Review*, 2006, 1669); Cartesio C-210/06; VALE, C-378/10; e Polbud, C-106/16.

²⁰ A tal proposito è ancora più chiaro l'*animus* della direttiva, che è appunto quello di recepire i dettami della sentenza del 25 ottobre 2017, Polbud Wykonawstwo, C-106/16 (ECLI:EU:C:2017:804) in materia di libertà di stabilimento, così come era già avvenuto con la direttiva (CE) 2005/56 in materia di fusioni transfrontaliere.

²¹ M. Ventoruzzo, *Cross-border Mergers, Change of Applicable Corporate Laws and Protection of Dissenting Shareholders: Withdrawal Rights under Italian Law*, in *Bocconi Legal Studies Research Paper*, 2007, 22.

Con la direttiva (UE) 2019/2121, il legislatore europeo – in continuità con il percorso di riforma già avviato con la direttiva (UE) 2017/1132 – ha posto le basi per uniformare il diritto societario europeo, al fine di garantire sintonia alle operazioni transfrontaliere tra i gruppi societari appartenenti a uno dei 27 Stati membri che, in assenza di una disciplina uniforme, verrebbero applicati in maniera disomogenea, sia con riferimento alle società stabilite all'interno di ciascuno Stato membro, sia a quelle straniere che si approssimano all'ingresso nel territorio di un Paese diverso.

La direttiva (UE) 2019/2121 si divide sostanzialmente in tre parti, tutte con lo scopo di modificare la direttiva (UE) 2017/1132. La prima parte (dall'articolo 86-*bis* all'articolo 86-*unvicies*) afferisce all'introduzione della disciplina delle trasformazioni nella direttiva (UE) 2017/1132; la seconda parte (dall'articolo 127 all'articolo 127-*bis*) invece riguarda la sostituzione della vecchia disciplina del certificato preliminare alla fusione. Infine, la terza parte tratta della modifica al regime di pubblicità delle fusioni (dall'articolo 160 all'articolo 160-*duovicies*).

Ai fini del presente lavoro, la sezione della direttiva (UE) 2019/2121 di nostro interesse è quella che attiene alle fusioni e alle relative semplificazioni introdotte. In quest'ottica si segnala, ad esempio, l'articolo 86-*sexies*, comma 4, che dispone l'accelerazione della procedura di fusione mediante la rinuncia alla presentazione delle relazioni per i soci e per i lavoratori nel caso in cui gli azionisti siano d'accordo ovvero, nel caso in cui la società, o una delle sue controllate, non abbia lavoratori subordinati dipendenti.

La norma introduce, inoltre, la possibilità per i lavoratori e per i soci di rinunciare alle relazioni: in tal caso a questi sarà garantita un'adeguata conoscenza del progetto di fusione e, nel caso di rinuncia, sarà garantita una più celere definizione dell'operazione²². A tutela dei soci è prevista anche un'ulteriore disposizione, consistente nella legittimazione di questi ad adire l'autorità competente, o l'organismo incaricato dalla norma nazionale, ove si siano espressi contro il trasferimento della sede societaria all'estero e ritengano inadeguata la liquidazione offerta²³ da quest'ultima²⁴.

²² Ed invero sul punto la direttiva, se confrontata con il diritto nazionale, ha ben poco di innovativo. Il diritto di recesso del socio in costanza del trasferimento della sede sociale all'estero è disciplinato dall'articolo 2437, comma 1, lettera c) del Codice Civile, cfr. anche F. Capotorti, *Il trasferimento di sede di una società da uno Stato all'altro*, in *Il Foro Italiano*, 1958, 209-210, S. Bernasconi, *Il trasferimento all'estero della (sola) sede statutaria delle società di fronte alla Corte di giustizia: la sentenza Polbud*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2018, 635.

²³ Trattasi di una interessante novità che l'articolo 126-*bis*, all'ultimo periodo del paragrafo 6, rimetta agli Stati membri la scelta se disporre che il rapporto di cambio delle azioni stabilito dalla decisione dell'autorità competente che accolga il ricorso di uno o più soci che abbiano contestato il rapporto di cambio «si applichi a qualsiasi socio della società partecipante alla fusione», acquisendo in tal modo efficacia *erga omnes*.

²⁴ Per completezza, occorre precisare che, anche questa previsione, non consiste di una novità per l'ordinamento giuridico nazionale che, ai sensi dell'articolo 2501-*ter* Codice Civile, prevede la fissazione da par-

Ancora, con l'obiettivo di arginare le fusioni transfrontaliere che sottendono intenti fraudolenti o abusivi, la direttiva (UE) 2019/2121 ha introdotto il limite al rilascio del certificato preliminare di fusione. Infatti, è previsto un *diniego di tale certificato*²⁵ qualora le autorità competenti degli Stati membri verifichino che la fusione è realizzata «per scopi abusivi o fraudolenti, comportando la o essendo diretta all'evasione o all'elusione del diritto dell'Unione o nazionale, ovvero per scopi criminali»²⁶.

Con la direttiva (UE) 2019/2121 si è tentato inoltre di “digitalizzare” il procedimento di fusione. L'obiettivo è quello di incoraggiare l'uso di strumenti e processi digitali nel diritto societario europeo, attribuendo agli Stati membri l'onere di «garantire che lo svolgimento di alcune fasi procedurali, vale a dire la pubblicazione del progetto, la richiesta del certificato preliminare, nonché la presentazione di tutte le informazioni e i documenti ai fini del controllo della legalità dell'operazione transfrontaliera da parte dello Stato membro di destinazione», e che il processo di fusione «possa essere ultimato integralmente per via telematica, senza che i richiedenti debbano comparire di persona dinanzi a un'autorità competente negli Stati membri»²⁷.

Quanto alla tutela dei creditori (anteriori alla fusione transfrontaliera), la direttiva (UE) 2019/2121 rimette agli Stati membri il compito di provvedere alla protezione di questi ultimi qualora non si ritengano soddisfatti dalle garanzie offerte nel progetto di fusione²⁸.

Se con la direttiva (UE) 2017/1132 erano state poste le tanto agognate basi per lo sviluppo di un diritto societario uniforme a livello europeo, la direttiva (UE) 2019/2121 è *senz'altro* uno strumento utile per l'ulteriore consolidamento che si muove verso questa direzione.

Ciò premesso, se da un lato è apprezzabile lo sforzo compiuto dal legislatore europeo nel tentativo di cristallizzare la normativa in materia di operazioni straordinarie, da un altro lato occorre evidenziare che l'ampio spazio autorizzativo lasciato in capo agli ordinamenti nazionali rischia di nascondere un eccesso di potere discrezionale delle singole autorità dei Paesi membri. Tale rischio è particolarmente evidente nel caso in cui venga negato il rilascio del certificato in pre-

te dell'organo amministrativo del rapporto di cambio delle azioni/quote ovvero di un adeguato conguaglio in denaro in costanza di un progetto di fusione.

²⁵ La norma era già stata prevista nella proposta di riforma in quanto anche precedentemente foraggiata in talune Risoluzioni del Parlamento, per tutte si veda Risoluzione del Parlamento europeo del 2 febbraio 2012 recante raccomandazioni alla Commissione su una 14^a direttiva di diritto societario in materia di trasferimenti transfrontalieri di sedi di società (2011/2046(INI)).

²⁶ Articolo 86-*quaterdecies*, comma 8.

²⁷ Considerando 41 della direttiva (UE) 2019/2121.

²⁸ Questa previsione è parzialmente già prevista nell'ordinamento giuridico italiano, precisamente all'articolo 2503 Codice Civile.

senza di un mero sospetto di operazione fraudolenta²⁹; se così fosse, la verifica di compatibilità dell'operazione con il diritto alla libertà di stabilimento sembrerebbe essere rimessa interamente ai diritti societari nazionali, allontanandosi dallo spirito di integrazione sotteso alla direttiva. La verifica dei parametri interpretativi, in un primo momento affidata all'indagine della Corte di Giustizia (si veda ad esempio la pronuncia sul caso *Polbud*³⁰), oggi impone³¹ agli Stati membri di prestare un controllo amministrativo o giudiziario³² volto ad impedire riorganizzazioni societarie transfrontaliere, che siano giudicate dallo Stato membro originario, finalizzate a "scopi abusivi e fraudolenti".

In considerazione del fatto che la nozione di abuso richiama per sua natura una fattispecie "in bianco", vi è da domandarsi se davvero fosse necessario operare una così ampia delega a favore degli Stati membri. Il rischio è che in futuro talune disposizioni nazionali, formalmente in attuazione della clausola di protezione prevista dalla direttiva (UE) 2019/2121, impediscano alla Corte di Giustizia di considerare le suddette norme in violazione del diritto primario europeo. Così operando si rischierebbe di soggiogare il diritto europeo alla politica (più o meno restrittiva in tema di operazioni transfrontaliere) nazionale di ogni Stato membro. In questo senso, la riforma deve leggersi anche in accoglimento delle richieste della Commissione europea che, in passato, in merito alla mobilità transfrontaliera nell'Unione europea, ha ritenuto non «garantite alle imprese le condizioni ottimali in termini di un quadro giuridico chiaro, prevedibile e appropriato che possa incrementare l'attività economica, in particolare per le PMI, come riconosciuto dalla strategia per il mercato unico del 2015»³³.

Meritano alcune riflessioni anche le relazioni che devono essere predisposte ad opera di un esperto indipendente in costanza di trasformazione³⁴. Si prevede l'obbligo di un progetto di trasformazione transfrontaliera e di due relazioni destinate agli azionisti e ai lavoratori sulle conseguenze dell'operazione. Inoltre, le medie e grandi imprese devono domandare all'autorità competente la nomina di

²⁹ Articolo 86-*quaterdecies*, paragrafo 8 per la trasformazione transfrontaliera; articolo 127, paragrafo 8 per la fusione transfrontaliera; articolo 160-*quaterdecies*, paragrafo 8 per la scissione transfrontaliera.

³⁰ La Corte di giustizia dell'Unione europea ha ritenuto che la libertà di stabilimento sancita dall'articolo 49 del TFUE implicasse il diritto, per le società stabilite in uno Stato membro, di trasferire la propria sede in un altro Stato membro mediante una trasformazione transfrontaliera, senza perdere la propria personalità giuridica. In particolare, si veda la sentenza *Polbud*.

³¹ L'imposizione *de quo* è peraltro un ulteriore passo rispetto al dettato della Corte di Giustizia che invece precedentemente ha meramente legittimato il diritto alla libertà di stabilimento.

³² La scelta è rimessa a ciascuno Stato membro così come previsto dall'articolo 86-*quaterdecies*, paragrafo 1.

³³ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni "Migliorare il mercato unico: maggiori opportunità per i cittadini e per le imprese", COM (2015) 550.

³⁴ Articolo 86-*quinqüies* della direttiva (UE) 2019/2121.

un esperto indipendente che esamini l'adeguatezza del progetto di trasformazione e le relazioni elaborate dall'impresa (articolo 86-*septies*). La relazione summenzionata, presentata per iscritto, è alla base della valutazione dell'autorità competente in merito al rischio di abusi precedentemente citati. La relazione ad opera dell'esperto indipendente rappresenta un ulteriore aggravio di costi nella realizzazione delle fusioni, andando quindi contro quella che è la *ratio* della norma, la relazione dell'esperto ha infatti un contenuto complesso e in questo senso appare un rallentamento più che una semplificazione.

La relazione dovrebbe essere inoltre uno degli strumenti che l'autorità competente deve utilizzare per la valutazione della legalità della trasformazione transfrontaliera. All'articolo 86-*octies* è dunque previsto il controllo delle autorità in due possibili fasi: la prima, limitata ad un mese, nella quale l'autorità competente valuterrebbe la legalità della trasformazione transfrontaliera, quindi rispetto delle condizioni della direttiva e della legislazione nazionale, dove in sostanza si controlla l'eventuale "artificiosità" della proposta. Al termine di questo periodo, se il controllo ha esito positivo, l'autorità rilascia il certificato preliminare alla trasformazione. In caso contrario, e quindi qualora il controllo *de quo* abbia avuto esito negativo, viene rifiutato il rilascio del certificato; in alternativa, qualora ci siano fondati timori per ritenere che la trasformazione sottenda fini illeciti, o sia essa stessa illecita, l'autorità comunica all'impresa che intende procedere a un esame approfondito per quanto riguarda l'esistenza di un abuso; successivamente, entro due mesi, l'esame deve essere concluso e deve essere presa una decisione definitiva sulla bontà dell'operazione³⁵.

In realtà anche questa novità mal si concilia con la volontà fortemente esplicitata nel preambolo della proposta di riforma³⁶ di semplificare le operazioni straordinarie transfrontaliere. Ammesso che le imprese riescano ad ottenere una valutazione positiva dell'esperto indipendente per la fusione da realizzarsi, non è escluso un rigetto da parte dell'autorità competente; oltre a ciò, l'eventuale periodo di approfondimento (2 mesi) determina senz'altro un rallentamento sui tempi totali di realizzazione dell'operazione. Il certificato che eventualmente la società ottiene è peraltro un preliminare, che *nulla osta* possa essere rigettato dall'autorità del paese entrante. In sostanza il legislatore europeo sembra che abbia mancato l'obiettivo (accelerare il procedimento di fusione) in questa prima fase dei lavori.

³⁵ Il controllo in realtà non termina in questa fase. Ottenuto il certificato in questione, lo stesso deve essere trasmesso all'autorità competente dello Stato membro di destinazione che, verificato il rispetto della normativa nazionale, provvede ad iscrivere la società nel registro delle imprese nazionale, dopo che la stessa ha provveduto alla cancellazione dal registro dello Stato di provenienza. Tutti i contatti tra i registri dovranno essere effettuati attraverso il sistema di interconnessione dei registri delle imprese (articolo 86-*octies*).

³⁶ *Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 per quanto riguarda le trasformazioni, le fusioni e le scissioni transfrontaliere* - COM (2018) 241, 2018/0114.

Inoltre, occorre sottolineare ancora una volta il rischio che la procedura di pre-certificazione da parte dell'autorità competente di ogni Stato membro possa essere subordinata ad una forte ingerenza politica. Nulla vieta che un governo particolarmente stringente decida di limitare, attraverso decisioni arbitrarie sulla "fattibilità" dell'operazione, la fuoriuscita di aziende verso altri Stati membri.

La valutazione finale sulla direttiva (UE) 2019/2121 è per la maggiore negativa per la parte in cui si predilige un controllo *ex ante* della legittimità della trasformazione, mentre è esclusa qualsivoglia valutazione *ex post*³⁷ sulla stessa. Pur essendo vero che un controllo a posteriori potrebbe creare ancora maggiori rallentamenti se determinasse la nullità dell'intera operazione, sembrerebbe comunque un'opzione migliore rispetto a quella prevista dalla direttiva (UE) 2019/2121 nella misura in cui nel caso di frode, oltretutto di abuso dello strumento al solo fine di elusione fiscale, non sono previsti strumenti risolutivi del problema.

Attese quindi le analisi svolte sulle novità introdotte in materia di fusioni transfrontaliere, il proseguo della trattazione sarà incentrato sulla relativa disciplina in materia di concentrazioni bancarie. In particolare, si tenterà di verificare le peculiarità che caratterizzano le operazioni di fusione ove le stesse riguardino istituti di credito. Per tale ragione sarà preliminarmente fornito un breve approfondimento del quadro normativo vigente che regola l'operatività dei servizi bancari, per poi verificare quali siano le peculiarità che caratterizzano le concentrazioni bancarie rispetto alle fusioni tra società di capitali. Il lavoro, come anticipato, culminerà poi con un giudizio prognostico sull'impatto che eventi straordinari ed esogeni (*i.e.* pandemie) rispetto all'attività svolta dagli istituti di credito, potranno avere nel futuro più prossimo sulle concentrazioni bancarie.

4. *Libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi bancari*

In Europa (e in Italia³⁸) il settore finanziario a partire dalla metà degli anni Ottanta³⁹ è stato interessato da considerevoli misure regolamentari. Le disposizioni che disciplinano l'autorizzazione all'attività, l'acquisizione di partecipazioni qualificate, l'esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione di ser-

³⁷ Non è possibile dichiarare la nullità della trasformazione che abbia precedentemente ricevuto i *nulla osta* delle autorità competenti, Articolo 86-*unvicies* «Non può essere pronunciata la nullità della trasformazione transfrontaliera che ha acquistato efficacia nel rispetto delle procedure previste in recepimento della presente direttiva».

³⁸ D. Focarelli, F. Panetta, *La trasformazione del sistema bancario italiano e i suoi effetti sulle imprese e sui risparmiatori*, in *Banche e Banchieri*, 2002, 342.

³⁹ F. Panetta, D. Focarelli, C. Salleo, *Determinanti e conseguenze delle acquisizioni e fusioni bancarie in Italia: un'analisi empirica, 1984-1996*, in *Banca Impresa Società*, 1999, 75.

vizi, i poteri in materia delle autorità di vigilanza dello Stato membro d'origine e di quello ospitante e le disposizioni che disciplinano il capitale iniziale e la revisione prudenziale degli enti creditizi e delle imprese di investimento⁴⁰ sono state più volte modificate nel corso degli anni e, da ultimo, le direttive (CE) 2006/48/ e (CE) 2006/49 sono state integrate nella direttiva (UE) 2013/36⁴¹, nonché nel regolamento n. 575 del 26 giugno 2013 del Parlamento e del Consiglio europeo.

Precedentemente la direttiva (CE) 2006/48, relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi ed all'esercizio della stessa, e la direttiva (CE) 2006/49, sull'adeguatezza patrimoniale delle imprese di investimento e degli enti creditizi, avevano sostituito la prima direttiva bancaria (77/778/CEE) e la seconda direttiva bancaria (89/646/CEE). Con la prima direttiva bancaria⁴² è stato introdotto per la prima volta in Europa il principio della libertà di stabilimento delle imprese bancarie; con la seconda direttiva bancaria⁴³ è stato, invece, sancito il principio del mutuo riconoscimento delle autorizzazioni (*home country control*) e delle competenze di vigilanza dello Stato di origine.

La direttiva (UE) 2013/36 costituisce il quadro normativo della disciplina delle attività bancarie, in particolare in materia di vigilanza e sulle norme prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento. L'obiettivo ultimo della norma era quello di avvicinarsi quanto più possibile all'Unione bancaria (anche) attraverso il meccanismo di vigilanza unico che costituisca l'origine di un percorso diretto alla stabilità economico-finanziaria. Tale direttiva attribuisce dunque centralità al principio di mutuo riconoscimento, così come disposto dal considerando n. 10, dal quale si evince che gli enti creditizi autorizzati nel loro Stato membro d'origine dovrebbero poter esercitare in tutta l'Unione tutte o parte delle attività che figurano nell'elenco delle attività soggette al mutuo riconoscimento, tramite lo stabilimento di succursali o mediante prestazione di servizi.

⁴⁰ Considerando n. 2 direttiva (UE) 2013/36 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013.

⁴¹ La direttiva (UE) 2013/36 è attualmente in vigore e sarà oggetto di analisi del presente lavoro.

⁴² G. Bracchi, D. Masciandaro, *Banche e geografia. Nuove mappe produttive e metamorfosi del credito*, in *Bancaria Editrice*, Roma, 2006, 61.

⁴³ G. Bracchi, D. Masciandaro, op. cit., 62. La seconda direttiva bancaria stabilisce che ogni istituto creditizio autorizzato in un Paese dell'Unione europea può aprire sportelli e offrire servizi finanziari transfrontalieri all'interno dell'Ue previa autorizzazione della propria autorità nazionale (passaporto unico). Il controllo sulla solvibilità spetta all'autorità dello Stato di origine e si estende agli sportelli esteri e alle filiali (anche estere) da consolidare per ragioni di vigilanza. Lo Stato ospite può intervenire solo per tutelare il "pubblico interesse", o per ragioni inerenti alla politica monetaria e la liquidità (*home-country control*). L'apertura di filiali all'estero segue le stesse condizioni del Paese di origine, ma è soggetta alla vigilanza del Paese ospite (che per le filiali è di "origine").

Il titolo V della direttiva (UE) 2013/36 contiene le disposizioni relative alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi⁴⁴, definendo in primo

⁴⁴ La libertà di stabilimento si concretizza anche attraverso il trasferimento della sede sociale. Si precisa che esistono diversi tipi di trasferimento, consistenti nel: *i*) trasferimento della sede legale, dove per sede legale si deve intendere il luogo in cui all'atto costitutivo essa risulta avere il centro dei propri affari; *ii*) trasferimento della sede amministrativa, luogo da cui derivano le decisioni inerenti all'attività imprenditoriale svolta, il "centro degli affari"; in queste ultime si trovano gli uffici dell'impresa, nella quale vengono svolte le attività politiche e gestionali, il concetto di "centro degli affari" invero può essere ricondotto al mero luogo di notifica della corrispondenza legale e la sede legale può essere anche una casella postale; *iii*) trasferimento della sede dell'attività principale, cioè del luogo in cui viene svolta, in via principale, la concreta attività imprenditoriale; e *iv*) trasferimento di sedi secondarie all'estero, strutture imprenditoriali che costituiscono parte integrante della sede principale e che sono dotate di un elevato grado di autonomia operativa e gestionale. Il consenso di un ordinamento al trasferimento di una società è subordinato al principio di collegamento territoriale che quello stesso Stato adotta. Dal collegamento dipende sia il riconoscimento stesso delle società nell'ambito di quell'ordinamento, che la relativa legge applicabile (cd. *lex societatis*). A livello internazionale la materia è caratterizzata da una profonda divisione tra la c.d. teoria della sede effettiva (*Sitztheorie*) e la cd. teoria della costituzione o incorporazione (*Gründungstheorie*). Diversi sono i contesti storici e le esigenze politiche che hanno dato origine a tali regole di diritto internazionale-privatistico. La *Gründungstheorie*, ha origine in Inghilterra, dove i giudici inglesi del XIX secolo mossi da intenti di natura puramente imperialistica, si preoccupano di estendere l'applicazione del diritto inglese dell'impresa anche ai Paesi lontani ove operavano le società incorporate in patria. Con la *Gründungstheorie* si consentiva infatti la penetrazione in sempre nuovi territori del diritto e delle imprese inglesi, indipendentemente dal fatto che il territorio di operatività appartenesse alla corona. La *Sitztheorie*, invece trova origine in Francia, verso la metà del XIX secolo, e sostiene lo scopo di impedire la fuga delle società francesi verso l'Inghilterra o il Belgio, così F. M. Mucciarelli, *Libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra ordinamenti societari*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2000, 6, 557, mentre per una panoramica dei sistemi adottati nei vari Stati europei, si veda H. Wymeersch, *Il trasferimento della sede della società nel diritto societario europeo*, in *Rivista delle Società*, 2003, 729 ss. Secondo la teoria della sede reale o effettiva le società sono collegate al luogo in cui è situata la loro sede effettiva. Questi ordinamenti seguono la tesi per la quale le società devono avere un legame reale con lo Stato del cui sistema giuridico richiedono l'applicazione. Se per ipotesi tale legame venisse meno, perché ad esempio una società trasferisce la sua sede effettiva, a questa non è più permesso "qualificarsi" secondo il diritto dell'ordinamento di origine, ma sarà necessario un procedimento di "riqualificazione" nello Stato in cui si colloca la relativa sede effettiva. I Paesi che sposano questa teoria non riconoscono gli enti privi di collegamenti territoriali nello Stato e, pertanto, negano il riconoscimento delle società che appartengono a giurisdizioni diverse rispetto a quella in cui è stabilita la sede reale. Il trasferimento della sede societaria è poi soggetto ad un duplice controllo, sia da parte dell'ordinamento dello Stato d'origine, che di quello in cui la società vuole effettuare il trasferimento di sede. Gli ordinamenti devono verificare l'ammissibilità del trasferimento, oltre che i termini, le condizioni e le conseguenze, che il suddetto atto comporta. Durante la realizzazione di questa attività di verifica deve essere rispettato un principio fondamentale per il quale gli Stati membri devono evitare discriminazioni nei confronti di coloro che intendano esercitare la loro attività economica negli stati ospitanti. In questo senso è di fondamentale importanza la famosa sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, Gebhardĭ, C-55/94 Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'ordine degli avvocati e procuratori di Milano in Raccolta C. Giustizia UE 1995, I-04165. La Corte in questa occasione ha adottato una interpretazione estensiva del diritto di stabilimento ritenendo che ogni misura – anche non discriminatoria – che renda difficoltoso l'accesso al mercato o comporti una restrizione alla libera circolazione delle persone può configurare una violazione dell'articolo 49 TFUE. Una violazione può crearsi anche qualora le limitazioni o le restrizioni messe in atto dagli Stati membri riguardino le modalità di esercizio delle attività economiche, i termini e le condizioni del loro esercizio. In ogni caso per gli Stati membri è comunque riconosciuta la facoltà di limitare il diritto di stabilimento; tale che *ex* articolo 52, comma 1, TFUE qualora ricorrano esigenze di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o sanità pubblica e solamente quando queste esigenze soddisfino quattro condizioni: *a*) la limitazione deve applicarsi nello stesso modo sia ai cittadini che agli stranieri cittadini di altri Stati membri (la misura non deve dar luogo a ingiustificate discriminazioni); *b*) devono essere presenti "motivi imperativi di interesse pubblico", i quali ricorreranno qualora sussista una minaccia grave ed effettiva ad un interesse fondamentale della collettività (il quale non necessariamente deve avere natura fiscale

luogo gli enti creditizi ed enti finanziari, i parametri per l'esercizio del diritto di stabilimento degli enti creditizi e indicando i criteri a tutela della libera prestazione dei servizi.

Tali disposizioni consentono alle banche europee, a seguito dell'autorizzazione da parte dell'Autorità di Vigilanza del proprio Paese d'origine, di erogare i servizi ammessi al mutuo riconoscimento al di fuori del mercato domestico in qualsiasi altro Stato dell'Unione europea, consentendogli di stabilire succursali o anche sfruttando i benefici dell'accesso da remoto⁴⁵. In tal modo, l'esercizio del diritto di stabilimento comporta un duplice vantaggio a favore delle banche che, da un lato estendono l'area della loro attività, e dall'altro lato, riducono i costi del personale⁴⁶, attraverso la riallocazione delle risorse.

5. *Le concentrazioni bancarie all'interno dell'Unione europea, tra stabilità e efficienza*

Nei rapporti bancari e finanziari un ruolo rilevante è ricoperto dal diritto dell'Unione europea. L'integrazione economica europea si è avuta anche e soprattutto grazie alle numerose direttive comunitarie che hanno tracciato il percorso del cambiamento al quale gli Stati membri hanno dovuto adeguarsi. Tra le intenzioni principali del legislatore europeo vi è certamente quella dell'allineamento dei sistemi finanziari, oltre che il rispetto dei principi che garantiscano la sana e prudente gestione, la libera competitività, nonché l'adozione di forme organizzative conformi allo sviluppo del settore. Le fusioni e incorporazioni⁴⁷ *cross-border* nell'Unione europea, soprattutto negli ultimi anni, possono essere equiparate ad operazioni di tipo domestico, tenuto conto della sostanziale omogeneità dei

od economica); c) deve essere adatto a raggiungere lo scopo prefissato; d) la limitazione posta in essere deve essere adeguata e non sproporzionata rispetto all'obiettivo che si vuole garantire. Infine, l'articolo 54 TFUE stabilisce che il diritto di stabilimento può essere beneficiato solo dalle società costituite in conformità con la legislazione di uno degli Stati membri e che le stesse abbiano la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale in uno Stato membro dell'Unione europea. Il primo requisito è soddisfatto solo a seguito dell'esame delle singole normative nazionali ed in particolare per gli elementi ritenuti essenziali per la costituzione delle società. Per ciò che attiene invece al criterio della conformità della società con la legislazione di uno Stato membro, lo stesso è soddisfatto ogniqualvolta la società abbia la propria sede sociale, amministrativa o la dell'attività principale, in uno degli Stati membri.

⁴⁵ Il *remote banking*, o attività bancaria a distanza, non è uno specifico canale distributivo, ma l'insieme degli strumenti alternativi che possono essere utilizzati dalle banche per offrire i propri servizi.

⁴⁶ A. Landi, *Dimensioni, costi e profitti delle banche italiane*, Bologna, 1990, 67.

⁴⁷ G. Schiavon, *Fusione per incorporazione, cessione d'azienda bancaria e azione revocatoria fallimentare* Nota a Trib. Milano 8 giugno 2000, n. 7032 Trib. Milano 29 gennaio 2001, n. 1011 in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2001, 999-1016.

sistemi bancari europei e delle normative che li regolamentano⁴⁸. Inoltre, l'intenzione del legislatore di condurre le banche e tutti gli intermediari finanziari verso un'operatività che oltrepassasse i confini nazionali era stata già evidenziata nel c.d. "rapporto Lamfalussy"⁴⁹.

Le concentrazioni bancarie, come già detto, consentono agli istituti di credito di raggiungere maggiore stabilità, ma allo stesso tempo comportano la riduzione di specializzazione dell'attività bancaria, da intendersi nel senso della limitazione dell'offerta sul mercato di prodotti bancari e finanziari. Si consideri inoltre che, minore offerta implica minore concorrenza tra le banche e, tendenzialmente, servizi minori e costi più alti per i destinatari dell'offerta. Più in generale però, i benefici delle concentrazioni bancarie all'interno dell'Unione europea sono superiori agli svantaggi per diverse ragioni⁵⁰.

Innanzitutto, si osserva come l'aumento di concentrazioni sul territorio europeo ha determinato la diminuzione del rischio di crisi bancarie⁵¹. In secondo luogo, in un mercato con tanta diversificazione in termini di offerta bancaria, i guadagni sono più bassi e l'istituto di credito è costretto a diminuire i prezzi per competere con la concorrenza, cosa che non si verifica in un mercato con meno operatori. La terza ragione trova spiegazione nei costi delle fusioni transfrontaliere; infatti, per quanto un'operazione transfrontaliera abbia dei costi ingenti per la sua realizzazione, la stessa garantisce benefici significativi soprattutto nei periodi di crisi nazionale. Avendo diversificato il portafoglio clienti, una banca estera che opera in uno Stato membro in crisi, soffrirà costi proporzionati al relati-

⁴⁸ Anche la politica monetaria comune e i requisiti espressi dal Patto di Stabilità e di Crescita rappresentano dei fattori che rendono similari i Paesi appartenenti all'Unione europea. Il Patto di Stabilità e di Crescita è stato stipulato nel 1997, a correzione ed integrazione del precedente Trattato di Maastricht del 1992. Esso prevede per gli Stati aderenti l'obbligo di possedere una situazione di bilancio con saldo a pareggio o positivo nel medio-termine e di adottare tutte le misure e le manovre necessarie per il raggiungimento degli obiettivi dei programmi di stabilità o convergenza.

⁴⁹ Il rapporto Lamfalussy, *i.e. Final Report of the Committee of Wise Men on the Regulation of European Securities Markets*, è stato approvato dal Consiglio Europeo di Stoccolma il 23 marzo 2001, per approfondimenti in questo senso, per tutti A.M. Carozzi, *Il metodo Lamfalussy: regole e vigilanza del mercato finanziario europeo: opportunità, limiti, nuove soluzioni*, *Bancaria Editrice*, 2007, 12.

⁵⁰ In questo senso si è espressa anche Margrethe Vestager ritenendo che le fusioni possano essere, ancor di più nei periodi di crisi economica, uno strumento utile per la ripartenza del mercato europeo, a condizione che siano tenute le «*EU merger rules up to date*» ovvero stabilendo dei parametri sempre aggiornati oltre i quali occorre richiedere il benessere dell'Unione europea per realizzare operazioni straordinarie, così M. Vestager, *The future of EU merger control*, 11 settembre 2020 al link https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/future-eu-merger-control_en.

⁵¹ In questo senso, E. Montanaro, M. Tonveronachi, *I processi di concentrazione nella gestione delle crisi bancarie. Il caso italiano, 1992-2004*, in *Banca impresa società*, 2006, 315-340, e B. Raganelli, *Crisi bancarie e giustizia europea*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2016, 439-460, nonché D. Morgan, P. Strahan, *Foreign bank entry and business volatility: Evidence from US states and other countries*, in *Working Papers Central Bank of Chile*, 2003, 229.

vo investimento⁵². Un'altra ragione del perché i benefici siano superiori ai costi di una fusione *cross-border* in Europa, consiste del fatto che i costi che una banca deve sopportare ingrandendosi all'estero non sono strettamente collegati alla sua dislocazione territoriale; in altre parole, il costo non è *per se* derivato dal fatto che la fusione sia transfrontaliera, ma dal semplice fatto che è cresciuta la dimensione dell'istituto di credito.

Le concentrazioni bancarie all'interno dell'Unione europea sono oggetto di stringente controllo delle autorità di vigilanza al fine di evitare che gli accordi tra le imprese possano «pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno»⁵³, gli accordi restrittivi della concorrenza dunque trovano la loro spiegazione nel divieto di «sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo»⁵⁴. Le norme citate non erano però sufficienti a garantire la libera concorrenza tra le imprese nel mercato europeo, tanto che il legislatore ha adottato il regolamento (CEE) n. 4064, del Consiglio, del 21 dicembre 1989, sul controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese, poi sostituito con il nuovo regolamento (CE) n. 139, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese («Regolamento comunitario sulle concentrazioni»). La nozione di concentrazione è rinvenibile nel regolamento *de quo* all'articolo 3⁵⁵, secondo cui si ha un'operazione di concentrazione quando «due o più imprese precedentemente indipendenti procedono ad una fusione; oppure b) quando: una o più persone che già detengono il controllo di almeno un'impresa o una o più imprese, acquisiscono direttamente o indirettamente, sia tramite acquisto di partecipazioni nel capitale o di elementi del patrimonio, sia tramite contratto o qualsiasi altro mezzo, il controllo dell'insieme o di parti di una o più altre imprese». I paragrafi successivi dell'articolo 3 precisano in cosa consiste il controllo di un'impresa su un'altra, ossia della «possibilità di esercitare un'influenza determinante sull'attività di un'impresa», ovvero quando la creazione di un'impresa comune (*rectius: joint-venture*) costituisce una concentrazione, quando tale entità «esercita stabilmente tutte le funzioni di una entità economica autonoma». La procedura di controllo prevista nel regolamento si applica solo alle concentrazioni che presentano una dimensione comunitaria tale che le concentrazioni

⁵² Supponendo ad esempio che una banca italiana abbia investito in Francia, Spagna e Grecia, in costanza della crisi sul territorio ellenico, continuerà a guadagnare in Francia e Spagna.

⁵³ Articolo 101 TFUE.

⁵⁴ Articolo 102 TFUE.

⁵⁵ Il considerando 20 del regolamento precisa che è conveniente «definire la nozione di concentrazione in modo da coprire le operazioni che producono una modifica duratura del controllo delle imprese interessate e pertanto nella struttura del mercato».

che si pongono al di sotto della soglia di rilevanza comunitaria sono sottoposte al controllo delle autorità nazionali garanti della concorrenza, in applicazione della relativa legislazione in materia⁵⁶. Nel rispetto del principio della barriera unica⁵⁷, gli Stati membri non possono applicare la propria legislazione nazionale in materia di concorrenza delle concentrazioni di dimensione comunitaria⁵⁸. L'articolo 9 dispone invece un'eccezione a tale soluzione, prevedendo la possibilità che la Commissione decida, su richiesta dello Stato membro interessato, il rinvio alle competenti autorità nazionali di un caso di concentrazione che riguardi un mercato interno allo Stato membro richiedente che presenti le caratteristiche di un mercato distinto e non costituisca una parte sostanziale del mercato europeo; si tratta quindi di un'ipotesi di rinvio in cui l'autorità nazionale applicherà al caso la propria legislazione nazionale. Lo stesso procedimento, a parti inverse, è disciplinato dall'articolo 22, che parla invece di rinvio alla Commissione. Questo può avvenire successivamente alla richiesta di uno o più Stati membri interessati, ove la concentrazione, anche se non raggiunga la soglia comunitaria, pregiudichi il commercio tra Stati membri ovvero comprometta in maniera significativa la concorrenza nel territorio di uno Stato membro. I criteri per stabilire se una concentrazione abbia una dimensione comunitaria fanno riferimento al fatturato delle imprese coinvolte (si segnala peraltro che i parametri sono stati abbassati nel tempo, determinando un'estensione del campo d'applicazione della disciplina dell'Unione)⁵⁹. L'articolo 1 del regolamento sulle concentrazioni stabilisce i criteri di applicazione del regolamento, che inizialmente dava rilievo soltanto al fatturato realizzato dalle imprese oggetto di concentrazione nell'intera Unione, mentre successivamente è stato stabilito di prendere in considerazione anche il fatturato, tanto totale, quanto individuale, realizzato in un numero significativo di Stati membri (almeno 3)⁶⁰. In sostanza le operazioni di concentrazione non sono ammesse se non sono compatibili con il mercato comune. La compatibilità con il mercato comune si ricava dall'articolo 2, paragrafi 2 e 3, del regolamento sulle concentrazioni. Si noti innanzitutto che rispetto al corrispondente articolo

⁵⁶ L. Daniele, *Diritto del mercato unico europeo. Cittadinanza, libertà di circolazione, aiuti di Stato*, Milano, 2012, 351.

⁵⁷ Sul principio della barriera unica si consulti A. Bernardi, C. Grandi, *Il diritto della concorrenza nella esperienza italiana. Profili penali e penal-amministrativi*, in *Annuario Università Ferrara, Scienze Giuridiche*, 2001, 22 ss.

⁵⁸ Articolo 21 regolamento comunitario sulle concentrazioni.

⁵⁹ Inoltre, il considerando n. 10 del regolamento comunitario sulle concentrazioni chiarisce che «Si dovrebbe considerare che una concentrazione abbia dimensione comunitaria quando il fatturato totale delle imprese interessate supera determinate soglie, e ciò indipendentemente dal fatto che le imprese che attuano la concentrazione abbiano o no nella Comunità la loro sede o il loro campo principale di attività, qualora vi svolgano attività sostanziali».

⁶⁰ Modifica introdotta con il regolamento (CE) n. 97/1310, del Consiglio, del 30 giugno 1997, che modifica il regolamento (CEE) n. 4064/89 relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese.

del regolamento (CE) n. 4064/1989, il punto focale non è più la nozione di posizione dominante, ma rileva il concetto di “ostacolo significativo alla concorrenza”. In sostanza non è più sufficiente che l’operazione non crei ovvero rafforzi una posizione dominante, ma occorre dimostrare che la concentrazione non ostacoli in modo significativo la concorrenza.

Per ciò che attiene il controllo sulle concentrazioni, questo spetta alla Commissione; pertanto, le operazioni di concentrazione vanno notificate preventivamente alla Commissione, così che la Commissione esamini formalmente la concentrazione. Constatato che non sussistono seri dubbi sulla bontà dell’operazione, la Commissione dichiara con decisione la compatibilità della concentrazione con il mercato comune. In caso contrario viene avviata la procedura di esame formale⁶¹, che termina con esito positivo o negativo. Le operazioni di concentrazione soggette ad obbligo di sospensione, non possono essere realizzate prima di essere notificate alla Commissione, né prima di essere dichiarate compatibili con il mercato comune ovvero, in alternativa, prima che siano decorsi invano i termini sopra richiamati. Nel caso in cui non venga rispettato l’obbligo di sospensione, la Commissione ai sensi dell’articolo 8, paragrafo 4, con decisione, può ordinare la separazione delle imprese, la cessazione del controllo o ogni altra misura utile. La Commissione ha inoltre il potere di adottare misure provvisorie idonee a ripristinare o mantenere una concorrenza effettiva. Ai sensi degli articoli 14 e 15, la Commissione può comminare ammende e penalità di mora⁶², il cui ammontare (dell’ammenda) varia dal tipo e dalla gravità dell’infrazione⁶³.

A seguito di una consultazione pubblica terminata il 1° ottobre 2020, e al fine di agevolare le fusioni transfrontaliere tra istituti di credito, il 12 gennaio 2021 la Banca Centrale Europea ha pubblicato la guida sul sistema di vigilanza

⁶¹ In ogni caso la decisione deve essere presa entro 25 giorni lavorativi, decorsi i quali la concentrazione «è ritenuta essere dichiarata compatibile con il mercato comune» articolo 10, paragrafi 1 e 6 del regolamento sulle concentrazioni.

⁶² La peculiarità consiste del fatto che possono essere sanzionati soltanto i comportamenti commessi “intenzionalmente o con negligenza”.

⁶³ Tra la vasta giurisprudenza in materia di concentrazioni, si segnalano per importanza le sentenze del 3 luglio 2014, causa C-84/13 P, *Electrabel*, sulle sanzioni inflitte in caso di violazione dell’obbligo di sospensione, 15 febbraio 2005, causa C-12/03 P, *Tetra Laval*, sulla portata del controllo *ex ante* affidato alla Commissione, 9 settembre 2008, causa T-212/03, *My Travel*, e 6 luglio 2010, causa T-342/07, *Ryanair*, sugli impegni che le imprese interessate possono offrire per ottenere una decisione di compatibilità della concentrazione, 25 settembre 2003, causa C-170/02 P, *Schlüsselverlag J.S. Moser GmbH - Medienhäuser - Medianet*, sui limiti temporali entro cui la Commissione deve svolgere il proprio esame, 10 luglio 2008, causa C-413/06 P, *Bertelsmann*, sulla portata del sindacato giurisdizionale svolto dal Tribunale e dalla Corte sulle decisioni della Commissione, 21 novembre 1991, causa C-269/90, *Technische Universität München*, e sentenza 7 maggio 2009, causa T-151/05, *NVV*, sulle garanzie che spettano alle parti nel corso del procedimento di esame da parte della Commissione, e 16 luglio 2009, C-440/07 P, *Shneider Electric*, sulla responsabilità extracontrattuale della Commissione derivante dall’annullamento di decisioni che dichiarano l’incompatibilità di una concentrazione con il mercato comune.

per il consolidamento (*Guide on the supervisory approach to consolidation in the banking sector*)⁶⁴.

La guida si rivolge principalmente agli istituti di credito soggetti al Meccanismo di Vigilanza Unico (MVU), ma i principi ivi contenuti sono applicabili su base “*case-by-case*” anche alle altre concentrazioni non afferenti queste banche. La guida ha sostanzialmente l’obiettivo di delineare la procedura per realizzare le concentrazioni bancarie, ovvero di catalogare la relativa disciplina, a dimostrazione del fatto che l’Unione europea le considera strumenti utili sotto più fronti. Nel documento sono identificate tre fasi principali che caratterizzano l’operazione. La fase comunicativa durante la quale le parti interessate sono invitate ad ottenere riscontro dalla BCE in merito alla fattibilità dell’operazione. La fase successiva è l’*application phase* nella quale a seguito di una richiesta formale la BCE fornisce un riscontro positivo o negativo in merito alla concentrazione. Infine, vi è la fase di implementazione, nella quale la BCE si premurerà di monitorare il soggetto risultante della fusione e, in particolare, di controllare il rispetto del *business plan*.

Con la guida in questione vengono riordinati i passaggi necessari per procedere ad una concentrazione bancaria *cross-border* in modo tale da rendere più agevole l’intero processo e consentire che l’entità derivante dalla fusione rispetti tutti i parametri prudenziali richiesti tale che la “*business combination*” *post* fusione sia sostenibile al momento della fusione e lo possa essere anche all’esito della stessa.

6. *La disciplina delle fusioni transfrontaliere degli istituti di credito nell’ordinamento giuridico italiano*

Il sistema bancario italiano si contraddistingue per la cospicua presenza di istituti di credito, nonché per la loro differenziazione in termini di dimensione e forma giuridica. In Italia operano principalmente quattro⁶⁵ grandi gruppi bancari affiancati da settanta gruppi medio piccoli e seicento istituti bancari non appartenenti a nessun gruppo⁶⁶. Si è ravvisato peraltro, negli ultimi anni, un notevole

⁶⁴ Disponibile al link <https://www.bankingsupervision.europa.eu/about/esfs/html/index.it.html>.

⁶⁵ La Banca d’Italia ha identificato, per il 2020, i gruppi bancari UniCredit, Intesa Sanpaolo, Banco BPM e Monte dei Paschi di Siena come istituzioni a rilevanza sistemica nazionale (*Other Systemically Important Institutions*, O-SII) autorizzate in Italia. Rispetto allo scorso anno il gruppo Monte dei Paschi di Siena è tornato a essere identificato come O-SII. La valutazione ha coinvolto tutti i gruppi bancari e le banche non facenti parte di un gruppo bancario operanti in Italia. L’identificazione ha preso in considerazione, per ciascuna banca/gruppo bancario, il contributo dei quattro profili (dimensione, importanza per l’economia italiana, complessità e interconnessione con il sistema finanziario) indicati dalle linee guida dell’EBA, statistiche disponibili *online* [https://www.bancaditalia.it/compiti/stabilita-finanziaria/politica-macroprudenziale/comunicato-gruppi-risist/index.html#:~:text=La%20Banca%20d'Italia%20ha,%20DSII\)%20autorizzate%20in%20Italia](https://www.bancaditalia.it/compiti/stabilita-finanziaria/politica-macroprudenziale/comunicato-gruppi-risist/index.html#:~:text=La%20Banca%20d'Italia%20ha,%20DSII)%20autorizzate%20in%20Italia).

⁶⁶ Per gli Albi, elenchi e gruppo si rimanda a <https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/albi-elenchi/>.

le consolidamento del sistema bancario nazionale anche attraverso la riduzione dei gruppi bancari operanti nel territorio. Tale processo di rafforzamento ha permesso di migliorare l'efficienza del settore bancario italiano accentrando i servizi generali e realizzando un risparmio sui costi di gestione, che ha generato un miglioramento delle *performance* delle banche ed aumentato il loro potere di mercato, così da poter competere con i più grandi istituti di credito europei⁶⁷.

La normativa italiana delle fusioni bancarie è contenuta nel Testo Unico Bancario agli articoli 56 e 57 per la parte generale e, nel dettaglio, all'articolo 31 per le banche popolari, e all'articolo 36 per le banche di credito cooperativo. L'articolo 57, comma 1, T.U.B. in applicazione del principio generale previsto dal precedente articolo 56 in ordine a tutte le modifiche statutarie, sottopone le operazioni di fusione e di scissione a cui partecipano le banche all'esame della Banca d'Italia, che le autorizza quando non siano in contrasto con il criterio di sana e prudente gestione. Esulano dall'ambito applicativo dell'articolo 57 T.U.B. le operazioni di concentrazione, in particolare quelle realizzate mediante l'acquisizione, da parte di una banca, di partecipazioni di controllo di un'altra banca, che sono soggette ai controlli sugli assetti proprietari. L'autorizzazione costituisce condizione per l'iscrizione nel registro delle imprese del progetto di fusione o di scissione, cui fanno seguito la pubblicazione dello stesso, l'approvazione da parte di ciascuna delle società interessate e, infine, trascorso il termine abbreviato⁶⁸ per l'eventuale opposizione dei creditori, la realizzazione dell'operazione. Al fine del rilascio dell'autorizzazione alla fusione, la Banca d'Italia considera tanto la capacità di rispettare le regole prudenziali in materia di adeguatezza patrimoniale, di concentrazione dei rischi, di trasformazione della scadenza, quanto l'adeguatezza della struttura organizzativa alle nuove dimensioni, con riguardo al sistema dei controlli interni e all'integrazione dei flussi informativi nonché il livello dei costi, sia fissi, che per il personale. Nel rilascio dell'autorizzazione alle fusio-

⁶⁷ I motivi che spingono gli istituti di credito alla concentrazione sono, come accennato, i più disparati. Da un lato sussistono motivazioni economico-aziendali, quali la ricerca di maggiore efficienza, diversificazione dei rischi, accrescimento del potere di mercato, nonché salvataggio di intermediari a rischio. Dall'altro lato, vi sono motivazioni extraziendali, riconducibili a finalità e interesse del *management* aziendale; tra queste vi sono motivazioni opportunistiche e private dei managers, finalità protettive/difensive, emulazione. Per un approfondimento sul punto cfr. A. Resti, a cura di, *Le fusioni bancarie. La lezione dell'esperienza: effetti, opportunità e rischi*, in *Bancaria Editrice*, Roma, 2006, 15.

⁶⁸ Deve segnalarsi che la riduzione a 15 giorni del termine per l'opposizione dei creditori, disposta dal comma 3 dell'articolo 57 T.U.B., non costituisce l'unica deroga al normale regime previsto dal codice civile per le operazioni di fusione e scissione. Il comma 4 dell'articolo 57 T.U.B. prevede che i privilegi e le garanzie a favore di banche incorporate da altre banche, di banche partecipanti a fusioni comportanti costituzione di nuove banche e di banche scisse conservano la loro validità ed il loro grado senza necessità di alcuna formalità o annotazione in favore, rispettivamente, della banca incorporante, della banca risultante dalla fusione e della banca beneficiaria del trasferimento per scissione, R. Costi, F. Vella, *Commentario breve al testo unico bancario*, Padova, 2019, nonché F. Capriglione, *Commentario al Testo Unico delle Leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 2018.

ni a cui partecipano banche caratterizzate da aspetti problematici, la Banca d'Italia può anche consentire, per limitati periodi di tempo, deroghe a singole regole di vigilanza prudenziale.

Più in generale, il processo di concentrazione del polo bancario italiano è stato realizzato seguendo tre diverse strategie: *i)* con la creazione di una nuova *holding* per gli apporti di capitale fatti dalle banche partecipanti, evitando così di modificare l'autonomia giuridica delle banche conferenti, consistenti nelle operazioni in cui una banca (acquirente) acquista la maggioranza assoluta del capitale con diritto di voto di un'altra banca (acquisita) ma senza assorbirla, consentendo alle due banche, all'esito dell'operazione di concentrazione, di svolgere separatamente la propria attività, presumibilmente in modo coordinato; *ii)* fusione di più banche con la creazione di una nuova banca, ovvero le operazioni in cui una banca (banca incorporante) assorbe un'altra banca (banca incorporata), formando all'esito dell'operazione una singola entità; e *iii)* acquisizione di banche da parte di altri istituti o gruppi bancari.

6.1. *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato: poteri e sanzioni nel settore del credito*

La competenza in materia di vigilanza bancaria è stata modificata con l'articolo 19, comma 11, della legge 262/2005⁶⁹, che ha trasferito all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato la competenza a conoscere le intese, le concentrazioni⁷⁰ e gli abusi di posizione dominante⁷¹ nel settore bancario. Con questa importante modifica, seppur a rilento, sono aumentate nel tempo le sanzio-

⁶⁹ Legge n. 262 del 28 dicembre 2005, Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari. Prima di tale riforma, a norma dell'articolo 20, comma 2, legge n. 287/90, il relativo potere era attribuito alla "competente autorità di vigilanza", *i.e.* Banca d'Italia.

⁷⁰ S. Mezzacapo, *Promozione e tutela della concorrenza bancaria dopo la "legge sul risparmio"* (n. 262 del 2005), in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2007, 48-72.

⁷¹ Per la valutazione degli indici di posizione dominante «Nel corso del 2016, l'Autorità ha tendenzialmente confermato i propri orientamenti in tema di individuazione degli indici di valutazione della costituzione ovvero rafforzamento di una posizione dominante, nonché di idoneità dell'operazione ad eliminare ovvero ridurre, in maniera sostanziale e durevole, la concorrenza nei mercati rilevanti individuati, secondo i parametri previsti dall'art. 6, 1. *antitrust*» così S. Dell'Atti, *Le operazioni di concentrazione (anno 2016)*, in *Concorrenza e Mercato*, 2017, 315.

ni irrogate dall'AGCM, sia per quantità, che per importi⁷², che hanno imposto un adeguamento al complesso normativo anche da parte delle grandi imprese⁷³.

Diversi sono i poteri che vengono attribuiti all'Autorità in relazione all'esito dell'istruttoria sulle concentrazioni⁷⁴ e che possono consistere, tra gli altri, in un provvedimento di divieto, una decisione di archiviazione, un provvedimento che autorizza una concentrazione altrimenti vietata, un provvedimento che prescrive le misure necessarie affinché vengano ripristinate le condizioni di concorrenza effettiva nei confronti di concentrazioni già realizzate, o un'ordinanza di ingiunzione che ordina l'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie. Oltre ai poteri summenzionati, il decreto-legge 2006, n. 223 ha esteso le competenze dell'Autorità, introducendo l'articolo 14-*bis*, sulle misure cautelari, integrando i poteri dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, affidando all'AGCM un importante nuovo strumento di intervento volto a prevenire, piuttosto che a sanzionare, eventuali illeciti; il comma 2-*bis* all'articolo 15, che prevede i casi in cui la sanzione amministrativa pecuniaria può non essere applicata o ridotta; e, infine, l'articolo 14-*ter* che dispone una procedura alternativa per l'accertamento dell'infrazione. Il 15 febbraio del 2006 l'Autorità ha poi provveduto ad approvare, in via definitiva, il provvedimento sulle procedure di clemenza⁷⁵, di cui hanno la possibilità di beneficiare tutte le imprese che collaborano con l'*antitrust* per individuare i casi di maggior rilievo di accordi restrittivi che danneggiano o minacciano la concorrenza, in particolar modo quelle violazioni contrassegnate da peculiari difficoltà di accertamento (questo procedimento è assimilabile alla "*moral suasion*" che caratterizzava il rapporto tra Banca d'Italia e i soggetti vigilati⁷⁶).

⁷² Dall'ultima relazione annuale disponibile in merito all'attività svolta dall'AGCM, si apprende che «Nel 2018 l'Autorità ha portato a termine 7 procedimenti istruttori in materia di abusi di posizione dominante. In 4 casi il procedimento si è concluso con l'accertamento della violazione del divieto di abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 102 TFUE. In due casi l'Autorità ha concluso il procedimento istruttorio con una decisione ai sensi dell'art. 14-*ter*, comma 1, della l. 287/1990 con la quale ha accettato, rendendoli obbligatori, gli impegni presentati dall'impresa» inoltre, per quanto riguarda le statistiche sulle concentrazioni analizzate si legge che «Nel corso del 2018, i casi di operazioni di concentrazione esaminati sono stati 73. In 6 casi l'Autorità ha avviato un'istruttoria ai sensi dell'art. 16 della l. 287/1990. In particolare, in 4 casi ha autorizzato l'operazione di concentrazione subordinatamente all'adozione di alcune misure correttive, in un caso l'Autorità ha modificato le misure precedentemente imposte, mentre in un caso ha autorizzato l'operazione di concentrazione senza condizioni» disponibile https://www.agcm.it/dotcmsdoc/relazioni-annuali/relazioneannuale2018/Relazione_annuale_2019.pdf.

⁷³ F. Ghezzi, G. Olivieri, *Diritto antitrust*, Torino, 2013, 439.

⁷⁴ E. Bani, *Concentrazioni bancarie e tutela della concorrenza*, Padova, 2007, 67.

⁷⁵ Come si legge nella Relazione Annuale sull'attività svolta – 2013, al link https://www.agcm.it/dotcmsDOC/relazioni-annuali/relazioneannuale2012/Cap2_4_2013.pdf «Il legislatore italiano ha provveduto ad adeguare l'ordinamento interno alle previsioni del regolamento CE n. 1/2003, così ulteriormente avvicinando la posizione delle imprese coinvolte in procedimenti *antitrust* davanti all'Autorità italiana a quella delle imprese chiamate a difendersi di fronte alla Commissione europea».

⁷⁶ C. Leone, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, Milano, 2012, 44.

Nel suddetto contesto strutturale, il trasferimento di competenze in materia di concorrenza bancaria dalla Banca d'Italia all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha avuto un impatto più forte sul piano della vigilanza delle intese rispetto a quello della vigilanza sulle concentrazioni, dato che, prima della riforma, si sono registrate posizioni contrastanti tra le due Autorità⁷⁷, che si sono se non assopite, quanto meno ridotte successivamente alle riforme citate.

7. *Le fusioni bancarie dopo la crisi del 2007, un possibile strumento risolutivo della crisi?*

Gli istituti di credito sono stati investiti da numerosi cambiamenti negli ultimi decenni⁷⁸ in termini di regolazione, globalizzazione, consolidamento e privatizzazione, oltre che oggetto di crisi finanziarie. Tali processi di riforma, peraltro, non sono casuali, ma derivano da una spinta dei governi verso le banche domestiche che, con l'aumento della concorrenza, hanno dovuto necessariamente rivedere la loro offerta e adeguarsi ai *c.d. market standards*⁷⁹. È opportuno considerare come, tuttavia, la *deregulation* non apporti necessariamente benefici al mercato in quanto, talvolta, potrebbe indurre gli istituti di credito ad adottare politiche di eccessivo *risk-taking*, che potrebbero terminare con il collasso del sistema finanziario e conseguenti crisi bancarie⁸⁰.

Le operazioni straordinarie, e in particolare le fusioni e acquisizioni, nel settore bancario, in alcuni paesi, sono state spesso guidate dalle crisi economiche⁸¹ e

⁷⁷ Tra le divergenze tra autorità possiamo ricordare la vicenda delle NUB oggetto di un importante provvedimento nel 1994 (n. 12 del 3 dicembre 1994) che portò la Banca d'Italia a prendere posizione contro le intese bancarie, ma anche a "salvare" il più possibile le "indicazioni" che l'ABI rivolse alle proprie associate.

⁷⁸ P. Mottura, *Banche: strategie, organizzazione e concentrazioni*, EGEA spa, 2011, 95.

⁷⁹ In questo senso si veda Batiz-Lazo, *Strategic alliances and competitive edge: Insights from Spanish and UK banking histories*, in *Business History*, 2004, 46, 1, 23-56.

⁸⁰ J. Crotty, *Structural causes of the global financial crisis: a critical assessment of the "new financial architecture"* in *Cambridge Journal of Economics*, 2009, 563-580, secondo cui «*The current financial system is riddled with perverse incentives that induce key personnel in virtually all important financial institutions – including commercial and investment banks, hedge and private equity funds, insurance companies and mutual and pension funds – to take excessive risk when financial markets are buoyant*». Si ritiene corretta la lettura fornita sul "comportamento" tenuto dagli istituti finanziari nei mercati in espansione, dove questi ultimi, talvolta sono interessati a correre il rischio economico in cambio di un maggiore profitto ma, altre volte, decidono di investire in attività con grosso rischio economico in quanto è lo stesso mercato in espansione che sottintende un rischio maggiore e non offre invece investimenti più solidi.

⁸¹ Sul ruolo e l'importanza dei governi «*governments often play important roles in constraining or encouraging cross-border consolidation activity by changing the explicit or implicit regulatory or supervisory limits on consolidation, by directly approving or disapproving individual M&As, or by providing M&A assistance during periods of financial crisis*» A.N. Berger, R. DeYoung, H. Genay, F. Udell, *Globalization of financial institutions: Evidence from cross-border banking performance*, in *Brookings Papers on Financial Services*, 2000, 23-120.

talvolta sono state addirittura sostenute dai governi⁸² in quanto ritenute uno strumento utile per la stabilizzazione del mercato. Sussiste peraltro una considerevole differenza in termini di quantità di concentrazioni bancarie tra i paesi sviluppati e i paesi in via di sviluppo⁸³, ma con una costante: la riduzione delle operazioni di fusioni bancarie a livello globale in costanza di crisi economiche⁸⁴. In particolare, durante la crisi del 2007 i paesi dell'eurozona sono stati colpiti duramente, evidenziando la debolezza strutturale del settore bancario negli Stati membri⁸⁵.

A contrario, rispetto alla crisi del 2007, remore degli impatti negativi subiti dal mercato, il legislatore europeo ha adottato con relativa celerità talune misure per contrastare la crisi economica determinata dalla pandemia da Covid-19⁸⁶. In questo scenario assume rilevanza specifica il nuovo regolamento (UE) n. 873/2020 approvato dal Parlamento Europeo⁸⁷, su proposta della Commissione Europea, con l'obiettivo di fornire uno strumento di intervento⁸⁸ diretto e a supporto dell'e-

⁸² Un esempio in questo senso è quello della crisi delle banche Scandinave degli anni Novanta, cfr. T. O. Sigurjonsson, M.W. Mixa, *Learning from the "worst Behaved": Iceland's financial crisis and the Nordic comparison*, in *Thunderbird International Business Review*, 2011, 209-223. Altro caso di "assistenza" dello Stato è quello della c.d. Legge Amato, che fece della concentrazione uno dei suoi obiettivi primari per rafforzare il mercato creditizio italiano. Ed invero, operando sulla struttura e sul patrimonio delle banche partecipanti, fusione e scissione sottostavano al vaglio della Autorità di Vigilanza, che le autorizzava «quando non contrastino con il criterio di una sana e prudente gestione». Si avverte in questo periodo l'inizio del controllo dello Stato sulle operazioni straordinarie. Funzione, criterio ed oggetto del controllo amministrativo si colgono solo muovendo dalla scelta di vertice del testo unico di fare della società per azioni (e della società cooperativa per azioni a r.l.) il modulo organizzativo tipico per l'esercizio di una attività bancaria, così M. Maugeri, *Fusioni e scissioni di società per azioni bancarie*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 1998, 18.

⁸³ In particolare, nei mesi successivi alla crisi "Lehman Brothers" si sono viste notevoli differenze tra i paesi sviluppati e non sviluppati dettate soprattutto dalla disponibilità di capitali «*We find that banks with more shareholder-friendly boards performed worse during that period. In contrast, banks with more Tier 1 capital, more deposits, and more loans performed better*» così, A. Beltratti, R.M. Stulz, *Why did some banks perform better during the credit crisis? A cross-country study of the impact of governance and regulation*, in *Cambridge, MA: National Bureau of Economic Research, NBER working paper serie*, 2009, 21.

⁸⁴ La tendenza opposta (nel senso di un aumento di operazioni bancarie straordinarie) è stata invece osservata nel Regno Unito e negli Stati Uniti dove, il più grande fallimento bancario della storia, Washington Mutual nel settembre 2008 e l'acquisto di Bear Stearns da parte di JP Morgan Chase nel marzo 2008, hanno causato il *credit crunch* e la conseguente crisi bancaria mondiale, così M. Dooley, M. Hutchison, *Transmission of the US subprime crisis to emerging markets: Evidence on the decoupling/re-coupling hypothesis*, in *Journal of International Money and Finance*, 28, 1331-1349.

⁸⁵ M.R. Arezki, B. Candelon, Sy Manr, *Sovereign rating news and financial markets spillovers: Evidence from the European debt crisis*, in *IMF Working Papers*, 2011, 22.

⁸⁶ Si segnala tra le altre un pacchetto di misure realizzate a sostegno delle banche europee, *Coronavirus response: Banking Package to facilitate bank lending- Supporting households and businesses in the EU*, al link https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_20_757.

⁸⁷ Il testo è stato approvato in prima lettura con la risoluzione legislativa finale del Parlamento europeo del 18 giugno 2020.

⁸⁸ Così come anche sostenuto dal parlamentare J. Fernández, relatore della proposta approvata dal Parlamento europeo, «*The CRR quick fix' gives temporary capital relief to banks so they can lend to the real economy at a time of great need for companies*».

conomia reale⁸⁹. Il regolamento (UE) 873/2020, in particolare, ha modificato i regolamenti (UE) 575/2013 (c.d. CRR) e il regolamento (UE) 876/2019 (c.d. CRR2) in risposta all'emergenza sanitaria legata alla diffusione del Covid-19. Le modifiche introdotte sono volte ad aumentare la capacità del sistema bancario europeo di mitigare l'impatto economico della pandemia, di sostenere e incoraggiare la ripresa e di mantenere uniforme il quadro della vigilanza prudenziale. Questo tipo di intervento dell'Unione europea ha sostanzialmente l'obiettivo di regolare lo *status* di sottocapitalizzazione generale degli istituti di credito nonché di tentare indirettamente di arginare i danni economici causati dalla pandemia.

Osservando l'andamento delle concentrazioni durante la crisi del 2007, si utilizzano quale riferimento i dati empirici forniti dal *World Bank Financial Development and Structure Dataset*⁹⁰ sulle fusioni tra istituti di credito antecedentemente e successivamente la crisi, in modo da rinvenire eventuali uniformità tra le due crisi economiche oggetto di analisi. Innanzitutto, la riduzione dei *deal* conclusi, sia nel settore bancario, che in altri settori⁹¹. Inoltre, come accennato, sussiste un'evidente differenza tra i paesi in via di sviluppo e i paesi sviluppati⁹², tale che il valore delle operazioni concluse nei mercati emergenti è quasi triplicato (da 7.9 bilioni di dollari nel 2000-2006 a 22 bilioni di dollari nel 2007-2013), mentre le operazioni di *M&A* nei mercati più sviluppati si sono ridotte a circa la metà. Coerentemente con questo *trend*, nel periodo *post* crisi, si sono addirittura quadruplicate le acquisizioni bancarie nei mercati sviluppati realizzate da istituti di credito appartenenti a mercati emergenti⁹³, con una crescita esponenziale sia nel volume, che nel valore degli affari. Parimenti, la media delle operazioni

⁸⁹ Il regolamento (UE) n. 2020/873 ha diverse finalità, tra le altre si segnala: *i*) la valutazione dell'impatto delle perdite attese su crediti ed impatto sui fondi propri dell'istituto di credito; *ii*) la copertura minima delle perdite sulle esposizioni deteriorate garantite o assicurate da agenzie per il credito all'esportazione; *iii*) le misure di agevolazione a favore delle esposizioni verso amministrazioni pubbliche e in titoli di Stato; e *iv*) il trattamento prudenziale favorevole rispetto a, *inter alia*, taluni prestiti erogati a pensionati e lavoratori dipendenti, piccole e medie imprese. Il regolamento (UE) n. 2020/873, tra l'altro, prevede misure di flessibilità che erano già contenute nel regolamento (UE) n. 2013/575 e ampiamente richiamate nella recente Comunicazione interpretativa della Commissione del 28 aprile 2020 sull'applicazione dei quadri contabili e prudenziali per agevolare i prestiti bancari nell'UE. L'obiettivo del regolamento (UE) n. 2020/873 consiste di: *i*) supportare le risorse degli Stati Membri; *ii*) garantire una maggiore capacità di finanziamento dell'economia reale; e *iii*) facilitare l'erogazione di prestiti bancari nell'Unione nel grave contesto determinato dalla pandemia di Covid-19.

⁹⁰ Le statistiche in questione sono disponibili *online* <https://www.worldbank.org/en/publication/gfdr/data/financial-structure-database>.

⁹¹ *United Nations Conference on Trade and Development*, 2009. *World investment report: Transnational corporations, agricultural production and development*, New York-Geneva, al link <https://unctad.org/en/Docs/wir2009en.pdf>.

⁹² Per una classifica aggiornata che differenzia i mercati emergenti, dai mercati già sviluppati, al link <https://www.msci.com/market-classification>.

⁹³ In questo senso «*the value of transactions from EM banks acquiring developed-market banks has quadrupled, from \$1.1 billion to \$4.8 billion. Moreover, this is the only category where both the value and volume of deals has increased*» così R. Rao Nicholson, J. Salaber, *Impact of the Financial Crisis on Cross-Border Mergers and Acquisitions and Concentration in the Global Banking Industry*, in *Thunderbird international business review*, 2016, 161.

di acquisizione realizzate da istituti appartenenti a paesi sviluppati verso paesi in via di sviluppo, si è ridotta da 664 milioni di dollari a 430 milioni di dollari; la conseguenza di tale mutamento si deve, evidentemente, ad una progressiva affermazione, nel periodo in questione, delle banche dei paesi emergenti quali *leader* nelle acquisizioni⁹⁴.

I cambiamenti più rilevanti hanno poi riguardato i paesi dell'Europa occidentale, dove le banche commerciali si sono ridotte da 6000 (nel 2001) a 3500 (nel 2005), per poi risalire a 5769 (nel 2009), a seguito, da un lato, del processo di integrazione e di consolidamento di istituti di credito a livello nazionale, e dall'altro lato, all'ingresso di banche straniere nei mercati nazionali. Si consideri inoltre che una percentuale minoritaria della riduzione degli istituti di credito summenzionata deve attribuirsi all'uscita dal mercato di alcune banche.

Più in generale, nel periodo successivo alla crisi del 2007, l'aumento delle concentrazioni bancarie nei paesi in via di sviluppo ha avuto conseguenze significative; nel breve periodo l'aumento delle concentrazioni bancarie ha ridotto (o quasi del tutto eliminato) la concorrenza, in considerazione del fatto che le banche nei sistemi economici con un elevato numero di concentrazioni bancarie godono di maggiore potere negoziale, che consente di aumentare i loro profitti⁹⁵; nel lungo periodo invece si evidenzia che qualora i processi di consolidamento siano guidati da crisi finanziarie, le operazioni straordinarie diminuiranno nel breve periodo successivo.

In altri termini, la crisi finanziaria iniziata negli Stati Uniti, diffusasi velocemente in tutti i paesi sviluppati⁹⁶, ha generato cambiamenti significativi nel mercato delle concentrazioni bancarie, inducendo le banche ad investire a livello regionale piuttosto che globale⁹⁷. A conferma di quanto già detto rispetto all'andamento delle concentrazioni nei paesi in via di sviluppo, meritano di essere segna-

⁹⁴ J. Goddard, P. Molyneux, T. Zhou, *Bank mergers and acquisitions in emerging markets: Evidence from Asia and Latin America*, in *European Journal of Finance*, 2012, 419-438.

⁹⁵ T. Beck, A. Demirgüç Kunt, R. Levine, *Bank concentration, competition, and crises: First results*, in *Journal of Banking & Finance*, 2006, 1581.

⁹⁶ La stessa Commissione Europea ha riconosciuto la forte integrazione dei mercati, tanto da affermare «Data l'integrazione dei mercati finanziari internazionali e il rischio di contagio delle crisi finanziarie, si rende necessario un forte impegno da parte dell'Unione a livello globale» considerando n. 7 regolamento (UE) n. 2010/1092.

⁹⁷ «For example, we find that in East Asia and the Pacific, 84% of the total value was concentrated in this region. Similarly, in East Europe/Central Asia, we observe that 83% of the deals were intraregional. Thus, in these EMs, the focus of the acquiring banks is linked to regional consolidation and gaining market power in neighboring countries» R. Rao Nicholson, J. Salaber, op. cit., 165.

late gli acquisti di una banca Svizzera⁹⁸ da parte di Brazilian Grupo Safra ovvero l'acquisizione di Austrian Volksbank International da parte di una banca Russa⁹⁹.

Evidenziati i dati empirici sulle fusioni bancarie in costanza della crisi economica, occorre valutarne i vantaggi. Una spinta alle aggregazioni bancarie, come detto, proviene talvolta dai governi stessi. Questi tenderanno a incoraggiare gli intermediari bancari economicamente e finanziariamente sani ad acquistare le banche che versano in situazioni di difficoltà, tenuto conto della probabilità di queste ultime a risollevarsi dalla temporanea fase di dissesto, sfruttando le migliori capacità gestionali, oltre che il maggiore capitale disponibile, delle banche acquirenti. È importante evidenziare che, generalmente, in seguito ad una concentrazione, il nuovo soggetto giuridico che ne deriva tende ad assumere una dimensione maggiore rispetto a quella antecedente all'operazione, consentendogli di ottenere, da parte delle autorità di vigilanza, maggiori garanzie in caso di un eventuale futuro momento di difficoltà. In buona sostanza, le banche derivate da un processo di consolidamento, per effetto della maggiore soglia dimensionale raggiunta, vengono considerate "*too big to fail*", troppo grandi¹⁰⁰ cioè per essere lasciate fallire in caso di crisi, dal momento che il rischio sistemico, superato un certo livello, tende a crescere con la dimensione della banca stessa.

In taluni casi, inoltre, le operazioni *cross-border* vengono realizzate con la finalità di razionalizzare e semplificare le funzioni amministrative e gestionali oltre che con il desiderio di ottenere una quota di mercato internazionale con relativo abbassamento dei costi di esercizio¹⁰¹.

8. *Le concentrazioni bancarie in costanza di crisi sanitaria*

Descritti gli effetti positivi e negativi generati dalle concentrazioni bancarie, si tenterà di verificare se, e come, negli anni a venire le concentrazioni aumenteranno o diminuiranno (determinando eventualmente effetti positivi o negativi sul mercato finanziario) con la diffusione della crisi pandemica da Covid-19. Le operazioni straordinarie tradizionalmente sono determinate da diversi fattori, *in primis* dalla stabilità dell'economia; difatti le acquisizioni sono rette da un rischio

⁹⁸ L'acquisto di Bank Sarasin per 1.13 bilioni di dollari completato nel novembre 2011, seguita poi nel 2013 da una fusione tra Bank Sarasin e Bank J. Safra, https://www.jsafrasarasin.com/internet/com/media_release_28.01.2013.pdf.

⁹⁹ Sberbank of Russia ha acquisito Volksbank International AG nel febbraio 2012.

¹⁰⁰ A. Demodaran, *Finanza Aziendale*, Milano, 2001, 15.

¹⁰¹ R. Vander Vennt, R. Gropp, *Cross-border Mergers in European Banking and efficiency*, in *Foreign direct investment in the real and financial sector of industrial countries*, Berlin-Heidelberg, 2002, 295.

economico calcolato e basato sulle valutazioni prospettiche dei possibili utili della *acquirenda* società¹⁰².

Nell'incertezza economica più totale che caratterizza i tempi moderni, ovvero in una fase in cui le previsioni sono aleatorie, diventa ancora più complesso pronosticare eventuali concentrazioni societarie e, in particolare, concentrazioni bancarie¹⁰³. La crisi economica causata dalla diffusione della pandemia che almeno a livello globale non sembra diminuire¹⁰⁴ e del cui virus si conosce ancora poco¹⁰⁵. Inoltre, il problema maggiore della crisi economica del 2020-2022 è che, se confrontata con la crisi del 2007, ha una differenza sostanziale: non si conosce ancora la sua durata, né tantomeno quando questa possa terminare. Evidentemente quest'ultimo dato (l'incertezza) inciderà su ogni pronostico.

Atteso quindi che si tratta di due crisi economiche (quella del 2007 e quella del 2020) che hanno cause diverse, si può pacificamente affermare che hanno una caratteristica comune: la diffusione globale. Ebbene, la crisi "Lehman Brothers" pur originata negli Stati Uniti si è propagata in tutto il mondo¹⁰⁶, generando grosse perdite economiche così come anche la crisi attuale. Tanto è rilevante la diffusione della crisi a livello globale che, nello stato pandemico attuale, l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) ha dichiarato che «*global GDP growth is projected to slow from 2.9% in 2019 to 2.4% this year, before picking up to around 3.14 per cent in 2021 as the effects of the coronavirus fade and output gradually recovers*»¹⁰⁷, tale che lo scenario prospettato per i mesi a

¹⁰² O.A. Romanenko, *Caratteristiche Fusioni e Acquisizioni Valutazione*, in *Italian Science Review*, 2015, 163-166.

¹⁰³ Le statistiche per i prossimi mesi, e il prossimo anno 2021, sono piuttosto negative, sia per ripresa dei consumi, che degli investimenti, in questo senso si veda un recente comunicato di giugno 2020 da parte dell'ISTAT, *Comunicato stampa le prospettive per l'economia italiana nel 2020-2021*, disponibile <https://www.istat.it/it/archivio/243906>.

¹⁰⁴ Prescindendo dal mutamento del virus e dalla diversa aggressività dello stesso, tecnicismi che esulano dallo *scope* del presente lavoro, e per i quali si rimanda per tutti a J. Sun, W.T. He, L. Wang, A. Lai, X. Ji, X. Zhai, M. Veit, *COVID-19: epidemiology, evolution, and cross-disciplinary perspectives*, in *Trends in Molecular Medicine*, 2020, 1.

¹⁰⁵ «*Based on what is known about other coronaviruses, experts believe COVID-19 primarily spreads from person-to-person through close contact (approximately 6 ft) by respiratory droplets [4,8,14,23,27]. Transmission of the virus through contaminated surfaces or fomites with subsequent contact with the eyes, nose, or mouth may also occur [14,23,27]. Patients are felt to be at highest risk of spreading the illness when they are most symptomatic*» S. Chavez-B. Long, A. Koyfman, A. Liang, *Coronavirus Disease (COVID-19): A primer for emergency physicians*, in *The American Journal of Emergency Medicine*, disponibile [https://www.ajemjournal.com/article/S0735-6757\(20\)30178-9/fulltext](https://www.ajemjournal.com/article/S0735-6757(20)30178-9/fulltext).

¹⁰⁶ Così come già affermato «*In a financially integrated world, however, where large shares of assets are traded on international markets, the contagion effects were more pronounced and more immediate. In reality, the crisis spread through many channels, most of them closely connected to cross-border financial and banking linkages*» F. Allen, *Cross-Border Banking in Europe: Implications for Financial Stability and Macroeconomic Policies*, London, CEPR - Centre for Economic Policy Research, 2011, 3.

¹⁰⁷ *Evaluating the initial impact of COVID-19 containment measures on economic activity*, giugno 2020, disponibile <http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/evaluating-the-initial-impact-of-covid-19-con>

seguire era di riduzione costante della crescita a livello globale. Salvo che successivamente, atteso l'arrivo dei vaccini e la ripartenza a livello globale, le affermazioni di cui sopra sono state superate, così come si legge nel report del Fondo Monetario Internazionale, *WORLD ECONOMIC OUTLOOK Recovery During a Pandemic Health Concerns, Supply Disruptions, and Price Pressures* «*The global economy is projected to grow 5.9 percent in 2021 and 4.9 percent in 2022, 0.1 percentage point lower for 2021 than in the July forecast*».

Ebbene, volgendo lo sguardo alla crisi del 2007, si evince che le concentrazioni bancarie hanno avuto un effetto sistemico negativo «*the acute banking crises in several countries were, in part, the result of over-concentrated bank operations*», tanto che se al contrario le banche fossero state caratterizzate da una maggiore diversificazione «*property crashes might have been more easily absorbed*»¹⁰⁸. Da questa prospettiva si può trarre un'importante lezione di politica economica consistente nell'obiettivo, da un lato, di ridurre l'esposizione comune delle banche ad un rischio reale (crisi economica globale), e dall'altro, di costruire un sistema bancario europeo (e internazionale?) più stabile, al fine di evitare che la crisi pandemica ed economica si riveli ancora più dannosa della precedente. Si è potuto pertanto apprezzare che, durante la crisi Lehman Brothers, le banche centrali si sono ben coordinate per affrontare i problemi di liquidità dei mercati finanziari internazionali¹⁰⁹, mentre a livello regolamentare è mancata la coesione necessaria soprattutto in materia di diritto fallimentare¹¹⁰. Ciò che è emerso inoltre durante la crisi del decennio passato è la mancanza di un quadro normativo che disciplinasse le fusioni bancarie *cross-border*, lacuna che, almeno teoricamente, è stata colmata, da ultimo, dalla direttiva (UE) 2019/2121 (direttiva che però, come precedentemente analizzato, sconta talune lacune e opacità).

Ebbene in considerazione della diversità delle crisi economiche oggetto del presente studio, sembra opportuno ipotizzare soluzioni diverse, con caratteri comuni. Essendo evidenti gli effetti sistemici che le diffusioni delle concentrazioni bancarie determinano a livello globale, consistenti soprattutto in trascinamenti delle crisi a catena, deve auspicarsi in costanza di questa crisi pandemica, una risposta coordinata ed equilibrata tra le istituzioni europee.

Ciò premesso, sembra quasi imprevedibile pronosticare come agiranno gli operatori bancari durante la crisi, ovvero stabilire se le concentrazioni bancarie

tainment-measures-on-economic-activity-b1f6b68b/.

¹⁰⁸ F. Allen, op. cit., 30.

¹⁰⁹ Una risposta simile in questo senso c'è stata durante la crisi in corso ad opera dell'Unione europea, che ha presentato «la proposta relativa a un piano di ripresa di ampio respiro» in *Il momento dell'Europa: riparare e preparare per la prossima generazione*, 27 maggio 2020, disponibile https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/ip_20_940.

¹¹⁰ Questo *gap* regolamentare è stato poi parzialmente colmato con il regolamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 maggio 2015 relativo alle procedure di insolvenza.

aumenteranno o diminuiranno, anche se da ultimo, qualche segnale di assorbimento, pare essere già arrivato, almeno a livello nazionale¹¹¹. Invero, a favorire le operazioni di concentrazione nei prossimi mesi, saranno le valutazioni ancora basse (in media un rapporto tra prezzo delle azioni e patrimonio netto tangibile di 0,4 volte), alti *badwill* (differenza tra valore del patrimonio e prezzo), la componente *Dta* (attività fiscali differite) e il bisogno di sfruttare sinergie nell'attuale contesto di bassi tassi e di incombente recessione. Pur non essendo però prevedibile valutare se le fusioni aumenteranno, sulla base dell'analisi della crisi precedente, e dei risultati ottenuti fino al terzo trimestre 2021¹¹², sembrerebbe ipotizzabile un aumento delle concentrazioni nel periodo *post*-crisi soprattutto da parte dei paesi in via di sviluppo verso i paesi più sviluppati. Questo comportamento, infatti, potrebbe generare una maggiore diversificazione del rischio nei paesi più deboli e, maggiore concorrenza nei paesi più forti, tendendo a riequilibrare i mercati finanziari internazionali.

Sembra ragionevole ritenere infatti che, sulla base della somiglianza di diffusione globale delle due crisi oggetto di confronto, gli operatori bancari si comporteranno tendenzialmente allo stesso modo. Unico punto di domanda resta semmai la valutazione sul lungo termine; la crisi sanitaria, infatti, se allo stato attuale sembra rallentare sul territorio nazionale, nel resto del mondo continua ad espandersi e, fintantoché non ci sarà una stabilità sanitaria, non si ritiene possibile fare previsioni attendibili.

9. Conclusioni

Il mercato bancario italiano ed europeo è stato protagonista di un periodo di forti innovazioni e cambiamenti a partire dagli anni Novanta. L'elevato numero di processi di concentrazione messi in atto dagli operatori ha determinato delle modifiche profonde nella struttura dei sistemi bancari: questi fenomeni aggregativi sono stati una conseguenza diretta dei processi di globalizzazione, di *deregu-*

¹¹¹ A seguito di una OPS del gruppo Intesa Sanpaolo su UBI Banca, per la quale vi è stata un'istruttoria dall'AGCM, C12287 - *Avviata istruttoria in relazione all'operazione di concentrazione Intesa Sanpaolo - UBI*, al link <https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2020/5/C12287>, in data 12 aprile 2021 si è realizzata la fusione per incorporazione di UBI nel Gruppo Intesa. Si segnala che il gruppo nell'ultimo decennio si è molto ingrandito, *inter alia*, con la fusione, proprio nel 2007 tra Banca Intesa e Sanpaolo IMI. Sembrerebbe quasi una tendenza del gruppo quella di cogliere l'occasione del momento di crisi per allargarsi sul mercato.

¹¹² «The momentum for consolidation “shows no signs of slowing down” and is set to continue in 2022, Scope Ratings said, adding that the focus would likely still be with domestic deals, which would take “the lion’s share of activity” despite a supervisory push for cross-border deals. For Jumabhoy, domestic and regional consolidation could even escalate in the short-to-medium term» disponibile al link <https://www.spglobal.com/marketintelligence/en/news-insights/blog/qa-streamlining-analytics-for-tcfd-reporting>.

lation e delle grandi innovazioni nel campo della tecnologia, che hanno permesso alle banche europee di raggiungere dimensioni consistenti e, allo stesso tempo, di sviluppare canali di distribuzione di carattere internazionale. Infatti, si è potuto apprezzare che non sempre le operazioni di *M&A* hanno generato un miglioramento dell'ambiente competitivo, ed anzi talvolta hanno determinato condizioni di instabilità a livello di sistema. In questo senso infatti c'è chi si è espresso negativamente rispetto alle concentrazioni, sostenendo che «la concentrazione, accompagnata dalla continua ricerca di assetti dimensionali adatti ad operare in un mercato reso senza frontiere dal progresso della tecnologica, delle informazioni e della comunicazione, da “mito” – perlomeno questo è stato per il sistema bancario italiano – sembra si sia trasformata in un “incubo”, tanto da spingere verso l'individuazione di disincentivi alla crescita dimensionale, che il “buon senso” fa ormai ritenere opportuni e indispensabili»¹¹³.

Occorre precisare però che, considerando la complessità del fenomeno, non possono essere dettate regole generali: dagli studi analizzati è emerso che le operazioni di concentrazione bancaria devono essere prese in considerazione singolarmente, analizzandone caso per caso sia gli obiettivi, sia i risultati, che possono produrre nel mercato creditizio e finanziario. Si evidenzia infatti che, alla base delle operazioni di fusione transfrontaliera, siano esse di società di capitali, siano esse di banche, vi possono essere le più disparate motivazioni, talvolta meramente di carattere economico, e quindi che mirano al miglioramento delle *performance* aziendali e all'arricchimento degli azionisti; in altri casi invece le motivazioni sono di carattere completamente estraneo al mondo aziendale, come il prestigio o l'aumento di possibilità di carriera del *management* aziendale. Osservando invece gli effetti che il fenomeno delle concentrazioni bancarie può provocare a livello sistemico, la dottrina ha evidenziato la tendenza alla diminuzione degli operatori, con il conseguente aumento della loro quota di mercato. Visto il contesto generale, i fenomeni di concentrazione all'interno del mercato italiano hanno ricoperto un ruolo fondamentale nel lento e graduale processo di evoluzione del sistema bancario nazionale. Prima degli anni Novanta la stringente normativa in materia di concentrazioni impediva alle banche di espandersi e di aumentare la propria dimensione, causando una rilevante disparità nel confronto con le grandi banche europee. Con l'introduzione del T.U.B. le banche italiane hanno però iniziato a intraprendere strategie di crescita esterna anche nei confronti di operatori non domestici.

Dalla fine del 2007 a causa della crisi economico-finanziaria è stata ridimensionata questa tendenza all'aumento delle concentrazioni bancarie. La stessa concezione delle operazioni straordinarie è cambiata significativamente, tanto che le

¹¹³ Così A. Brozzetti, *Concentrazione bancaria: da mito a incubo? Il ruolo della regolamentazione rispetto alla forma del gruppo*, in Belli-Corvese, a cura di, Mazzini, Pisa, 2011, 18.

Autorità di vigilanza hanno dovuto introdurre limitazioni e disincentivi al conseguimento di dimensioni eccessive, in modo da tutelare il sistema bancario e la relativa clientela. Ad oggi, quindi, il fattore dimensionale non è sempre considerato come elemento positivo per il mercato, soprattutto quando non presidiato e controllato da organi di vigilanza¹¹⁴. Peraltro, è emerso congiuntamente il problema del *too big to save*¹¹⁵, inerente al salvataggio degli intermediari e delle banche di grandi e grandissime dimensioni attraverso fondi pubblici.

Emerge quindi, in conclusione, che i *leitmotiv* delle concentrazioni tra istituti di credito possono essere diversi e, talvolta, provenire anche da fattori esogeni rispetto all'opportunità imprenditoriale fine a sé stessa. Come visto, infatti, in alcuni casi sono gli stessi interventi delle Autorità di vigilanza che suggeriscono, e favoriscono, ovvero disincentivano, a seconda dell'esigenza dei mercati, l'incorporazione degli istituti di credito in difficoltà. Diversamente accade per le incorporazioni, e più in generale per tutti i tipi di operazioni straordinarie, che coinvolgono società di capitali diverse dalle banche. Queste, infatti, trovano la loro unica, o quasi unica, *ratio* nella scelta dell'imprenditore di acquisire, o incorporare, realtà diverse, solo al fine di aumentare i propri profitti, e prescindono dal fatto che la società Target, per il caso della pura acquisizione, sia *in bonis*. Inoltre, si evidenziano delle differenze di tipo sostanziale tra le concentrazioni bancarie e quelle tra istituti di credito nei periodi di crisi. Infatti, come visto le fusioni bancarie aumentano esponenzialmente, almeno nei paesi sviluppati, nei periodi *post* crisi, in accoglimento all'esigenza di stabilizzazione dei mercati globali. Diversamente invece le fusioni tra società di capitali sono maggiori numericamente nei periodi di crisi economica, anche in considerazione del fatto che le realtà di più piccole dimensioni, che subiscono maggiori danni economici durante i periodi di dissesto economico, costituiscono dei bersagli appetibili per i grandi operatori del mercato. Queste differenze sostanziali tra le concentrazioni bancarie e le concentrazioni tra (altre) società di capitali, giustificano quindi sia la differente regolazione, che è più stringente per le prime, che i diversi risultati che si ottengono all'esito delle stesse. Come anche costituiscono il motivo delle principali differenze sussistenti nei risultati delle operazioni straordinarie transfrontaliere che

¹¹⁴ Salvo le dovute eccezioni, quali ad esempio le modifiche che hanno riguardato la normativa delle banche popolari e le banche di credito cooperativo. Si ricordano infatti le innovative riforme del 2015, le cui innovazioni si collocano nell'ambito della nuova disciplina comunitaria in materia di regolamentazione e vigilanza bancaria. L'Unione Europea ha introdotto una serie di strumenti per gestire e superare le crisi bancarie. La riforma delle banche popolari, in tale contesto, mira a realizzare una profonda razionalizzazione delle forme organizzative dell'impresa bancaria. Assume rilievo la necessità di assicurare che le società bancarie, quale che sia il modello organizzativo adottato, possano rispondere prontamente ad esigenze di rafforzamento patrimoniale e capitalizzazione, così M. Micossi, *ASSONIME, CIRCOLARE N. 32 DEL 24 NOVEMBRE 2015 La riforma delle banche popolari*, in *Rivista del Notariato*, 2015, 1120.

¹¹⁵ F. Allen, op. cit., 44.

coinvolgono questi diversi tipi di società durante le crisi economiche, siano essere derivanti dai mercati, sia da eventi straordinari.

La crisi globale in occasione della pandemia ha fatto sostanzialmente emergere le grandi debolezze dei sistemi creditizi e finanziari a livello internazionale, innescando processi di rivisitazione e rielaborazione delle normative, che hanno coinvolto e coinvolgeranno in futuro anche l'istituto delle concentrazioni bancarie transfrontaliere.

Si auspica che, nonostante l'aumento delle concentrazioni pronosticato durante la crisi sanitaria da Covid-19, con gli opportuni controlli sui gruppi bancari rilevanti, possano essere raggiunti risultati positivi, non solo per gli istituti di credito, ma anche per la relativa clientela e i lavoratori delle imprese.

Le concentrazioni tra istituti di credito nei periodi di crisi economico-finanziarie: esempi del passato e previsioni future

Lo studio delle fusioni transfrontaliere è costante oggetto di approfondimento del diritto societario moderno, anche in considerazione dello sviluppo economico della comunità internazionale che ha, in parte, determinato l'aumento negli ultimi decenni delle concentrazioni cross-border (dove per concentrazioni si intendono le fusioni, le incorporazioni, le cessioni delle attività e passività, nonché l'acquisizione di pacchetti azionari di controllo).

L'obiettivo del presente lavoro consiste innanzitutto nel descrivere l'evoluzione in materia di fusioni societarie registrata fino ad oggi, con focus sulla disciplina delle fusioni bancarie, sia europee che italiane, ovvero dello studio della relativa normativa. L'analisi trae origine dal principio della libertà di stabilimento e della declinazione dello stesso nel riconoscimento delle fusioni transfrontaliere quale mezzo per la relativa realizzazione. Saranno poi oggetto di verifica i risultati prodotti da un'operazione di concentrazione bancaria in termini di rendimento ed efficienza dei grandi gruppi.

Da ultimo, attraverso lo studio e l'analisi degli effetti prodotti dalla crisi economica del 2007, si tenterà di verificare l'impatto delle concentrazioni (in particolare quelle bancarie) in costanza di una crisi economica generata da una pandemia.

Mergers cross-border and banks concentration in economic and financial crisis periods: examples from the past and future prospects

The study of cross-border mergers is a recurrent focus of modern corporate law, partly in view of the international economic development, leading to an increase in cross-border mergers in recent decades (whereby mergers include mergers, incorporations, transfers of assets and liabilities, and control share acquisitions). The aim of this paper is initially to describe the evolution of corporate mergers to date, with a focus on the regulation of bank mergers, both European and Italian, or the study of the relevant legislation. It starts from the principle of freedom of establishment and its application to the recognition of cross-border mergers. Following that, the article moves towards the verification of the results produced by a banking concentration transaction in terms of the performance and efficiency of large groups. Finally, through the study and analysis of the effects of the 2007 economic crisis, the paper will attempt to verify the effects of mergers (especially banking mergers) during an economic crisis caused by a pandemic.

Le incertezze dell'istruttoria nella decisione amministrativa algoritmica

Giovanni Pasceri

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'architettura dei sistemi di intelligenza artificiale. – 3. Coscienza e razionalità della rete neurale artificiale. – 3.1. La conoscenza imperfetta dell'apparenza. – 3.2. Discrezionalità e arbitrarietà. – 3.3. L'incertezza della matematica. – 3.4. I limiti del ragionamento artificiale. – 3.4.1. Il linguaggio: il principio di esprimibilità. – 3.4.2. Il limite logico: il sistema numerico binario. – 3.4.3. L'emergentismo biologico. – 4. La decisione amministrativa algoritmica. – 4.1. La continua attività di scelta. – 4.2. Il criterio di scelta del processo decisionale automatizzato. – 4.2.1. Valutazione di interessi e ragionevolezza della decisione. – 4.2.2. Implicazioni etico-giuridiche. – 5. L'orientamento della giustizia amministrativa. – 5.1. L'iniziale impostazione restrittiva: il riconoscimento della limitatezza dell'inferenza algoritmica. – 5.2. L'utilizzazione del procedimento informatico nell'attività amministrativa vincolata. – 5.3. La convinta apertura all'utilizzo dell'algoritmo anche per le decisioni avente natura discrezionale. – 5.4. La riaffermazione dei principi espressi dalle pronunce gemelle. – 5.5. L'approdo della giurisprudenza amministrativa. – 6. Conclusioni.

1. *Premessa*

Gli applicativi informatici in grado di acquisire, ordinare ed elaborare dati, capaci di adottare una decisione “razionale”, sono oggetto di studio della scienza che si occupa del trattamento automatizzato dell'informazione. L'intelligenza artificiale è la scienza informatica che analizza i processi teorici e tecnici per costruire modelli computazionali in grado di emulare l'intelligenza umana.

2. *L'architettura dei sistemi di intelligenza artificiale*

I sistemi di intelligenza artificiale si basano su quattro fondamenti principali: *a)* la rete neurale; *b)* l'algoritmo; *c)* *data mining*; *d)* l'addestramento della rete neurale.

La rete neurale artificiale è l'unità di processamento, graficamente rappresentata da un numero di neuroni artificiali (detti nodi) tra loro collegati, in modo non lineare, a formare un reticolo geografico. Come quella biologica, la rete neurale artificiale è un modello dinamico che si attiva a seconda della gamma e dell'entità degli impulsi elettronici che riceve.

Per eseguire il processo computazionale occorre che la rete sia dotata di istruzioni chiare e non equivoche, facilmente eseguibili dal sistema informatico, così da giungere a un risultato "utile" (*output*) rispetto ai dati e alle informazioni acquisite (*input*)¹. L'algoritmo, risolvendosi nella descrizione di operazioni matematiche², non è brevettabile sicché i produttori ricorrono, per la tutela delle informazioni produttive, al segreto industriale³.

¹ L'algoritmo è una sequenza finita di operazioni matematiche scomposta ai minimi termini. Costituiscono caratteristiche tipiche dell'algoritmo le seguenti proprietà: *i)* atomicità (il procedimento matematico non può essere ulteriormente scomposto); *ii)* non ambiguità (ogni passo deve essere univocamente interpretato dall'agente intelligente e dall'uomo); *iii)* finitezza (deve essere composto da un numero finito di operazioni e di dati *input*); *iv)* terminazione (le operazioni di calcolo devono avere un tempo finito); *v)* effettività (il risultato *output* deve essere univoco anche se inesatto o scorretto).

² Ai sensi degli artt. 52 della Convenzione sul brevetto europeo e 45 del Codice della proprietà industriale la rappresentazione del processo algoritmico non può essere brevettata in quanto si risolve in un insieme di comandi e azioni. Solo i codici di programma e di *database* possono essere tutelati, ai sensi della legge 22 aprile 1941, n. 633, in quanto risultato della creazione intellettuale dell'autore. Il *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*, noto come "Accordo Trips", promosso dall'Organizzazione mondiale del commercio -adottato a Marrakech il 15 aprile 1994 e ratificato dall'Italia con legge 29 dicembre 1994, n. 747 -, ha definito gli *standard* omogenei per ottenere la medesima tutela brevettuale in tutti gli Stati aderenti alla convenzione. L'accordo, pur confermando la non brevettabilità dell'algoritmo (in quanto riconducibile ad un mero procedimento matematico), ha riconosciuto la tutela brevettuale del *software* qualora costituisca una "invenzione" che: *a)* proponga la soluzione a problemi tecnici ottimizzandone la gestione delle risorse; *b)* controlli un procedimento di produzione; *c)* attui un procedimento di automazione o realizzi un metodo di elaborazione di dati che rappresentano entità fisiche. In questo modo, il trattato internazionale di Marrakech ha consentito agli Stati aderenti alla Convenzione sul brevetto europeo (c.d. CBE) di interpretare con minor rigore l'articolo 52 della predetta convenzione qualora il *software* proponga una soluzione in grado di risolvere, in maniera inventiva, un problema tecnico. È utile ricordare, in ultimo, che il considerando 2) della direttiva 2009/24/CE, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore, con riferimento alla brevettabilità del processo algoritmico, si è limitata ad affermare, esclusivamente, il ruolo fondamentale assunto dalla tecnologia per lo sviluppo industriale della Comunità senza, però, aprire un varco alla protezione brevettuale del metodo matematico. Del pari la proposta di direttiva europea relativa alla brevettabilità delle invenzioni attuate per mezzo di elaboratori elettronici, presentata nel 2002, non è mai stata approvata. Per questo, i produttori tendono, inevitabilmente, a proteggere il processo algoritmico come segreto industriale. La circostanza che l'algoritmo non sia conoscibile, per esigenze aziendali, costituisce un elemento di "opacità" del processo algoritmico in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale circa la conoscibilità *ex ante* del modello di processamento.

³ Sono invece brevettabili, in taluni casi, le invenzioni attuate a mezzo di elaboratore elettronico o anche *software* che contribuiscano alla soluzione di problemi tecnici o costituiscano un'attività inventiva (basata sul-

Se la rete neurale costituisce il telaio del sistema e l'algoritmo la meccanica della rete neurale, gli applicativi informatici, da soli, rappresenterebbero un contenitore privo di contenuti.

Il vero fulcro dell'intelligenza artificiale sono le informazioni che vengono fornite in fase di sviluppo dell'applicativo o altrimenti acquisite dal sistema⁴.

Il processo computazionale, sfruttando la tecnica di analisi statistica chiamata *data mining*, permette di aggregare i dati appresi per modelli e di identificare similitudini o relazioni nascoste nelle informazioni acquisite. Tale tecnica consente di trasformare i dati c.d. grezzi in conoscenza pratica, ovvero trarre un'informazione utile da un insieme eterogeneo di dati⁵.

I modelli predittivi ricercano, nei dati storici e negli andamenti ricorrenti, informazioni analitiche capaci di formulare previsioni su eventi, comportamenti o *trend* futuri.

la c.d. *problem solution approach*). La CBE non ha mai definito cosa si intende con il termine "computer implemented invention" e gli Stati aderenti evitano di definire nel proprio ordinamento il termine che potrebbe essere restrittivo rispetto al progresso scientifico. L'originario art. 52 della convenzione CBE vietava la brevettabilità di scoperte, teorie scientifiche e metodi matematici nonché i programmi per elaboratori. La prima decisione che ha ammesso la brevettabilità di un'invenzione realizzata attraverso l'elaboratore elettronico è stata adottata nell'ambito del procedimento c.d. *Vicom/Computer – Related Invention*. Il programma alterava, attraverso un algoritmo, un'immagine sul monitor. La domanda di brevetto inizialmente fu rigettata per poi essere accolta in quanto venne ritenuto che l'oggetto della privativa era riconducibile allo stato della tecnica e non frutto dell'esecuzione di un procedimento tecnico. Un secondo caso che ha aperto la strada alla brevettabilità del sistema informatico è quello *Koch & Sterzel/X-Ray Apparatus*. L'invenzione aveva ad oggetto un metodo per l'elaborazione digitale delle immagini radiologiche. Anche tale domanda fu accolta in seconda istanza in base alla considerazione che in questo caso è il programma a controllare l'operare dell'apparecchiatura alterando il suo funzionamento. La questione è stata ulteriormente valutata nel caso *Ibm/Text Processing* ove l'oggetto del brevetto riguardava un metodo per l'individuazione e la sostituzione di termini utilizzando un dizionario governato dall'*hardware*. La Camera dei Ricorsi ha ammesso la domanda in base al fatto che la presenza del carattere tecnico è riconducibile al fatto che allo stato dell'arte tale elemento non appare evidente agli occhi del tecnico medio del ramo. Le aperture delle Camere di Ricorso dell'UEB hanno scalfito il tradizionale approccio europeo in tema di invenzioni attuate a mezzo di elaboratore elettronico. Tale orientamento ha contribuito all'abbandono del c.d. *contribution approach* scindendo il carattere tecnico dal contributo tecnico e allo stesso tempo a favorito l'avvicinamento tra le convenzioni internazionali Trips e CBE.

⁴ Le informazioni che nutriranno il sistema devono essere: *i*) reali; *ii*) oggettive; *iii*) valide, *iv*) validate scientificamente; *v*) qualitativamente e quantitativamente idonee a comprendere tutti i casi prevedibili e prevenibili; *vi*) intellegibili; *vii*) complete; *viii*) accurate; *ix*) corrette; *x*) coerenti; *xi*) trasparenti; *xii*) verificabili.

⁵ La nozione di intelligenza artificiale è un concetto generico in cui rientrano tutti gli applicativi che in qualche modo mostrano di compiere funzioni o svolgere azioni simili a quelle umane. Questi sistemi operano mediante modelli decisionali preimpostati sicché l'addestramento degli applicativi non è supervisionato, in quanto il risultato è tratto dal processo di calcolo in base a un rapporto di verosimiglianza tra dati. Il *machine learning* è una branca dell'intelligenza artificiale che si concentra nell'utilizzo di algoritmi che vengono addestrati per effettuare classificazioni più complesse o compiere previsioni utilizzando tecniche statistiche che consentono all'applicazione di migliorare le proprie prestazioni attraverso "l'esperienza". In tale modello l'algoritmo è indirizzato a individuare nei dati input caratteristiche simili in modo automatico in modo che ogni volta in cui esistono, nei dati storici, analoghe similitudini, l'applicativo associa la particolarità del dato storico al risultato atteso ma incerto in quanto non precedentemente verificato. Nell'ambito del *machine learning* si distingue il *deep learning* che è, a sua volta, un sottoinsieme dell'apprendimento automatico. Tale modello è composto da sistemi che consentono all'applicativo di eseguire sessioni di apprendimento profondo migliorando le proprie *performance* in modo automatico.

L'intelligenza artificiale, propriamente intesa, necessita di un *training* di addestramento affinché il sistema informatico apprenda dalle informazioni acquisite, così migliorando le sue *performance*.

Nell'ambito dei sistemi di apprendimento si distinguono sostanzialmente tre tipi di modello. Nell'apprendimento non supervisionato, l'agente intelligente riceve solo dati *input* senza sapere quale è l'*output* atteso dall'operatore. Il sistema è portato a estrapolare caratteristiche che i dati presentano (come avviene nel c.d. *clustering*). L'apprendimento supervisionato, invece, richiede che all'agente intelligente venga fornito un *set* di dati con relativi *output* attesi dall'addestratore. Il sistema è spinto a relazionare i dati in base alla correlazione *input-output*. L'apprendimento per rinforzo stimola l'applicativo "intelligente" a correlare le informazioni acquisite e adottare, in un ambiente mutevole o dinamico, una decisione coerente rispetto alle circostanze del caso⁶. La tecnica di apprendimento consente di realizzare agenti intelligenti in grado di compiere azioni per conseguire determinati obiettivi interagendo con l'ambiente esterno.

3. *Coscienza e razionalità della rete neurale artificiale*

3.1. *La conoscenza imprecisa dell'apparenza*

Dall'intuizione di Alan Turing, pioniere dell'informatica "neurale", si è registrata un'accelerazione dello sviluppo delle innovazioni tecnologiche. L'intelligenza artificiale, per definizione, è capace di elaborare un gran numero di dati senza, però, acquisire consapevolezza del suo fare⁷. L'ampliamento della potenza dell'applicativo informatico determinerà una maggiore capacità di calcolo, ma non anche un corrispondente incremento della capacità d'intendimento. Il risultato prodotto dalla tecnologia, che definiamo intelligente, è frutto di un processo

⁶ All'acquisizione di dati *input*, l'agente intelligente tenta di risolvere il problema autonomamente. Se la correlazione è esatta l'addestratore premia l'agente, diversamente lo indirizza verso la soluzione corretta. In questo modo l'agente intelligente è portato, nel tempo, a riuscire a valutare dati *input* mutevoli e dinamici (come nel caso della chirurgia, della guida autonoma etc.). Questo modello, definito apprendimento automatico, si distingue dai sistemi di apprendimento *machine learning* in quanto sfrutta i progressi computazionali in grado di apprendere modelli complessi attraverso una enorme quantità di dati. La caratteristica tipica del *deep learning* è quella di sfruttare la potenza di calcolo associandola alla logica proposizionale, in modo da creare delle gerarchie che possono rendere l'agente intelligente più o meno autosufficiente. «Allo stato, i tentativi di creare un apprendimento basato sul *deep learning* sono stati – però – del tutto insoddisfacenti tant'è che il professore Fei-Fei Li, docente di *computer science* all'Università di Stanford, ha affermato che «il *deep learning* di oggi non sarà sufficiente per ottenere una vera I.A. simil-umana», in questo modo: S. Hénin, *AI, Intelligenza Artificiale tra incubo e sogno*, Milano, 2019, 119.

⁷ In questo senso M. Solmavico, *Intelligenza Artificiale*, in *Scienza & Vita*, fasc. 8, Milano, cit., 5.

matematico che valorizza un rapporto di correlazione dei dati storici sfruttando il calcolo delle probabilità delle preposizioni logiche.

Ne consegue che la scienza che studia l'intelligenza artificiale non intende sviluppare applicativi in grado di possedere una coscienza⁸, ma, più semplicemente, mira a realizzare dispositivi che emulano quanto gli esseri umani svolgono correttamente, anche se in tempi più ampi e con un maggior impegno. Il vantaggio dell'intelligenza artificiale, dunque, è quello di sfruttare la straordinaria potenza di calcolo per avvicinarsi, impiegando elaborati metodi statistici, al valore verità tra due simboli posizionali che rappresentano il sistema numerico binario (noto come "in base 2" ovvero "0 e 1").

Per fare questa operazione, l'applicativo tenta di superare il modello deduttivo tipico della matematica booleana sfruttando l'inferenza statistica sviluppata da Bayes. Il metodo bayesiano compie un'inferenza induttiva il cui limite è insito nello stesso concetto di eventualità.

Un sistema neurale artificiale è capace di acquisire, analizzare ed elaborare un gran numero d'informazioni così da realizzare correlazioni che, ancorché adeguate, sono frutto di un modello inferenziale deduttivo-sillogistico o, comunque, induttivo-probabilistico. In altri termini, il limite della rete neurale artificiale è insito nella stessa struttura del modello neurale artificiale che impone una scelta tra valori numerici. Il percorso computazionale è costretto a imboccare una delle due vie imposte dal linguaggio informatico.

Sintetizzando, il sistema neurale artificiale si basa sul modello matematico binario che utilizza solo due simboli (0 e 1) per rappresentare un insieme infinito di soluzioni. La funzione di trasferimento -ovvero l'impulso che mette in relazione i nodi neurali dei diversi strati della rete- non consente all'applicativo di scegliere "valori indefiniti", ma solo valori pre-definiti (tutto-niente, 0-1) frutto della categorizzazione matematica⁹. L'inferenza bayesiana consente solo di definire un valore prossimo al valore verità sfocandolo (quasi tutto o quasi niente, verosimilmente 0 o verosimilmente 1).

L'opzione adottata dal singolo nodo, a sua volta, costituirà un dato *input* etichettato per una nuova elaborazione artificiale.

Nelle etichette – però – non c'è evoluzione.

Le definizioni riducono, tolgono, declinano ma non aggiungono un proprio valore.

Nel sistema neurale biologico ogni scelta è ponderata. Ogni decisione è frutto della conoscenza, ma anche d'intuizione. La capacità di astrarre il pensie-

⁸ Così si è espresso il Ministero dello sviluppo economico, *Strategia Nazionale per l'Intelligenza Artificiale*, Roma, luglio 2019.

⁹ La categorizzazione è un processo mediante il quale una moltitudine di dati e di informazioni sono riconosciuti per classi e raggruppati in categorie o insiemi.

ro consente all'uomo di «adattare il proprio pensiero e condotta di fronte a condizioni e situazioni nuove»¹⁰. L'intelligenza umana non ha solo capacità logico-analitica ma anche logico-sintetica in quanto in grado di strutturare e organizzare i dati percepiti in modo intuitivo, creativo e cosciente.

La capacità di sintesi dell'uomo consente di affrontare, in modo coerente, situazioni impreviste o problemi sconosciuti.

Nella vita di tutti i giorni non tutto è bianco o tutto nero.

Esistono scale di grigi. Valutazioni giuridiche. Contrapposizioni di interessi.

Per le ragioni accennate, l'agente intelligente è incapace di valutare concetti astratti come l'opportunità amministrativa, la ragionevolezza ovvero graduare valori non difficilmente circoscrivibili¹¹.

Al contrario, l'istruttoria amministrativa è ricca di incertezze: l'amministrazione non assembla elementi oggettivi precostituiti, ma valuta, prudentemente, plurime circostanze, naturalmente eterogenee, nonché differenti interessi, pubblici e privati, per giungere ad adottare una decisione argomentata.

3.2. *Discrezionalità e arbitrarietà*

Il diritto appartiene alle scienze argomentative le quali non tollerano l'arbitrarietà delle soluzioni, poiché esigono un ragionamento situato¹².

Una soluzione probabilistica equivale a una non scelta o, comunque, a una scelta relativa ed equivoca. La naturale conseguenza è il venir meno della certezza del diritto e con essa l'affidamento che la collettività ripone nei confronti della pubblica amministrazione. Se l'arbitrarietà poggia su un piano di discrezionalità non autorizzata, l'amministrazione in senso sostanziale, intesa alla cura concreta degli interessi pubblici, diversamente, si contraddistingue per operare scelte argomentate¹³. A tale scopo, il potere amministrativo è configurato come una capacità speciale, conferita dalla legge alla singola autorità amministrativa¹⁴, sicché, gli atti giuridici finalizzati alla cura in concreto dell'interesse pubblico, sono normalmente imperativi, in quanto lo scopo ultimo perseguito dall'amministra-

¹⁰ R. Canestrari, A. Godino, *Introduzione alla psicologia generale*, Milano, 2002, 98, richiamando la definizione di "intelligenza operazionale" offerta dallo psicologo William Stern.

¹¹ Una interessante lettura sulla computazione della tutela costituzionale di diritti A. Simoncini, *Il linguaggio dell'intelligenza artificiale e la tutela costituzionale dei diritti*, in *Rivista AIC*, 2023, 2.

¹² Il ragionamento situato necessita che l'interprete giunga, facendo leva su procedimenti inferenziali, a una conclusione argomentata. Lo scopo della logica giuridica è quello di argomentare la validità circa la ragionevolezza dell'argomentazione giuridica posto che, a differenza della logica formale, la logica giuridica è condizionata da numerosi variabili, frammentari ed eterogenei, che si presentano in un determinato contesto.

¹³ In questo senso V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1994, 349.

¹⁴ Ivi, 350.

zione è quello collettivo. Per tale ragione, al terzo, portatore di un interesse legittimo, non è concesso di agire per la soddisfazione di un proprio interesse sostanziale, come avviene nel diritto soggettivo, ma può limitarsi a esercitare il proprio diritto a partecipare al procedimento amministrativo ovvero di contestare l'atto amministrativo ritenuto pregiudizievole al suo interesse.

La discrezionalità amministrativa, dunque, non è strumento di legittimazione per scelte arbitrarie o irragionevoli, in quanto le attività non sono mai libere ma vincolate nel fine poiché «necessariamente intese alla cura di interessi altrui e segnatamente di interessi pubblici cioè pertinenti alla collettività»¹⁵.

Per l'effetto, qualsiasi manifestazione del potere amministrativo è suscettibile di controllo da parte della competente giurisdizione per verificare la conformità alla normativa, anche sotto il profilo della logicità e della ragionevolezza¹⁶.

Riconoscere all'agente intelligente la possibilità di adottare una decisione evinta dalla logica algoritmica significa ammettere che il "valore verità" risponderà, sempre, a un valore approssimativo (e dunque arbitrario) in quanto l'*output* si incentra sull'indeterminatezza della scienza dei numeri.

L'*output* è frutto di una "percezione", capace di fornire solamente un'informazione indiretta del mondo esterno e non la sua realtà fisica. In merito, Albert Einstein, già nel 1934, nei lavori preparatori allo studio della teoria della relatività ha affermato che «nella misura in cui le leggi della matematica si riferiscono alla realtà, non sono certe. E nella misura in cui sono certe, non si riferiscono alla realtà»¹⁷.

La scelta amministrativa non si sostanzia solo di sapere scientifico o di rilevanza statistica, ma di vari elementi concreti difficilmente definibili nel modello binario. La rilevanza statistica e la rilevanza giuridica non sono, quasi mai, coincidenti. Anzi, risultati statisticamente significativi possono essere giuridicamente

¹⁵ Ivi, 36. Per un approfondimento perseguimento degli scopi prefissati dalla legge e il sacrificio degli interessi confliggenti: cfr. A. Sandulli, *Eccesso di potere e controllo di proporzionalità*. Profili comparati, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, 2, 347; A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, 116, 319-320; D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale dell'azione amministrativa*, Milano, 1998, 171-172, 177.

¹⁶ Nel merito amministrativo confluiscono le scelte decisionali finalizzate alla cura degli interessi affidati all'amministrazione interessata che, se disattese, costituiscono un esercizio arbitrario del potere amministrativo. Per tali ragioni, la cura in concreto degli interessi della collettività deve essere trasparente e imparziale in modo che la scelta dell'amministrazione sia sempre valutabile *ex post* seguendo il ragionamento giustificativo che consente di ripercorrere a ritroso l'iter logico utilizzato per esercitare il potere amministrativo. Cfr. G. Morbidelli, *Il principio di ragionevolezza nel procedimento amministrativo*, in *Scritti in onore di G. Guarino*, vol. III, Padova, 1998, 97, il quale afferma che «la ragionevolezza ingloba anche il principio di aderenza e adeguatezza alla situazione e ai fini proposti [...] con il quale si vuole significare il migliore proporzionamento al fine stabilito dell'attività». Un ulteriore interessante approfondimento G. Terracciano, *L'AI intelligenza amministrativa e sindacato giurisdizionale*, in *Amminist@tivamente*, 2002, 2.

¹⁷ A. Einstein, *Idee e opinioni*, Milano, 1965, 221.

inconferenti; così elementi statisticamente poco significativi possono comunicare una serie d'informazioni giuridiche particolarmente utili all'interprete¹⁸.

La scelta amministrativa impostata sul principio di mera possibilità o sulla probabilità statistica, basandosi su un rapporto statistico, è, *in re ipsa*, contraria alla norma che definisce il fine e il modello pubblicistico che la pubblica amministrazione deve perseguire.

Il limite dell'inferenza algoritmica è connaturale al rapporto aleatorio fra il numero di eventi favorevoli e il numero di eventi contrari che si presentano, astrattamente, tutti equi-probabili. In merito osserva Ferrajoli che, in realtà, l'inferenza bayesiana altro non è che una deduzione mascherata erroneamente definita induttiva, non avendo la capacità di generalizzare il caso¹⁹.

La decisione amministrativa non può poggiare su queste fragili fondamenta. L'arbitrarietà della decisione amministrativa algoritmica e l'assenza di una argomentazione logico-giuridica incidono negativamente sul diritto di difesa, costituzionalmente tutelato dall'art. 24, in quanto compromettono «la possibilità [del] privato di agire in giudizio contestando l'iter logico giuridico seguito dall'amministrazione»²⁰ per giungere alla decisione.

3.3. *L'incertezza della matematica*

L'affidamento al sapere matematico come modello formale della conoscenza è stato messo in dubbio dal matematico Bertrand Russell il quale, con il suo "paradosso", ha determinato la crisi delle tradizionali qualità di cui godeva la matematica e, allo stesso tempo, ha dimostrato la relatività del sistema matematico rispetto al mondo reale e con esso il crollo della logica matematica.

Russel sostiene che l'incoerenza è intrinseca nella logica matematica. Per dimostrare l'incertezza della scienza dei numeri lo scienziato ricorre all'esempio degli insiemi. L'analisi è, oggi, conosciuta come il "paradosso di Russel" che può essere così sintetizzato: «L'insieme di tutti gli insiemi che non appartengono a sé stessi appartiene a sé stesso se e solo se non appartiene a sé stesso».

La proposizione è una "antinomia" in quanto auto-contraddittoria sia nel caso che fosse vera, sia nel caso che risultasse falsa. Allo stesso tempo è un paradosso in quanto esprime una conclusione logica. Esistono insiemi che contengo-

¹⁸ Anche l'inferenza bayesiana, pur tentando di superare il criterio probabilistico booleano, presenta insidie significative poiché, detto metodo, desume a priori un dato sconosciuto ma supposto come vero.

¹⁹ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, 1991, 111.

²⁰ A. Di Martino, *L'amministrazione per algoritmi e i pericoli del cambiamento in atto*, in *Il diritto dell'economia*, 66, 2020, 103, fasc. 3, 624, il quale richiama l'orientamento espresso dal TAR Lazio, Roma, Sez. III-bis, 10 settembre 2018, n. 9227.

no sé stessi come elementi (come ad esempio l'insieme di tutti i concetti astratti è a sua volta un concetto astratto) e allo stesso tempo esistono insiemi che non contengono sé stessi come elementi (si pensi ad esempio all'insieme di tutti i numeri reali, che a sua volta non costituisce un numero reale).

In altri termini, alcune classi sembrano essere membri di sé stesse, mentre altre non lo sono.

La classe di tutte le classi è essa stessa una classe, ma non può essere membro di sé stessa, sì che l'insieme è un membro di sé stesso se, e solo, non incluso in sé stesso²¹.

Il paradosso di Russel mette in crisi la teoria della matematica logicistica.

Tradizionalmente si ipotizzava che qualsiasi insieme, adeguatamente definito, poteva essere utilizzato per determinare una classe, fidandosi della certezza della logica matematica. Gli studi compiuti da Russel hanno dimostrato la contraddittorietà insita nella logica matematica e nella "teoria dei tipi" utilizzata per progettare e realizzare i linguaggi di programmazione.

«La classe complessiva che stiamo considerando, che deve comprendere tutto, deve anche comprendere sé stessa come uno dei suoi membri. In altre parole, se esiste una qualcosa come "tutto", allora "tutto" è qualcosa ed è un membro della classe "tutto". Ma normalmente una classe non è membro di sé stessa. L'umanità, ad esempio, non è un uomo. Formiamo ora l'insieme di tutte le classi che non sono membri di sé stesse. Questa è una classe: è un membro di sé stessa o no? Se lo è, è una di quelle classi che non sono membri di sé stesse, cioè non è un membro di sé stessa. Se non lo è, non è una di quelle classi che non sono membri di sé stesse, quindi è un membro di sé stessa. Quindi delle due ipotesi – che sia, e che non sia, un membro di sé stesso – ciascuna implica la sua contraddittoria. Questa è una contraddizione»²².

In seguito al paradosso di Russel si svilupparono numerosi studi che hanno provato che la scienza dei numeri, rispetto a quanto tradizionalmente si credesse, non possiede i requisiti di uniformità, costanza e ripetitività²³.

²¹ Alcuni insiemi, come gli insiemi di tutte le non-tazze da tè, sono membri di sé stessi. Altri insiemi, come l'insieme di tutte le tazze da tè, sono membri di sé stessi. Definiamo, poi, l'insieme di tutti gli insiemi che non sono membri di sé stessi "A". Nel caso in cui A è un membro di sé stesso per definizione non può essere un membro di sé stesso (contraddizione); se invece A non è un membro di sé stesso discende che deve essere un membro di sé stesso (antinomia).

²² B. Russel, *Introduction to Mathematical Philosophy*, Londra-New York, 1919, 136.

²³ Tali proprietà costituivano i caposaldi della matematica tradizionale la quale era ritenuta a) certa (in quanto un'operazione ancorché diversamente articolata darà sempre il medesimo risultato); b) obiettiva (per cui i risultati delle proposizioni, postulati o assiomi matematici sono sempre veri e, conseguentemente, nel tempo, ripetibili); c) rigorosa (riuscendo a comprendere tutti i procedimenti matematici in un linguaggio rigoroso, preciso e primario, non travisabile). Sull'incertezza della matematica cfr. M. Kline, *Matematica. La perdita della certezza*, Milano 1985; R. Ferrentino, *Su alcuni paradossi della teoria degli insiemi*, in *Working Paper 3.161*, Università di Salerno, 2005.

Se, dunque, i fondamenti della matematica, che governano il funzionamento dell'applicativo intelligente, sono contraddittori, come affermato da Bertrand Russell, è lecito domandarsi se il frutto della sua computazione può ritenersi immune da criticità proprie della logica matematica.

Il matematico Morris Kline, a tal proposito, studiando la coerenza del sapere matematico scrisse: «[...] La matematica è un corpo di conoscenza. Essa non contiene però la verità. [...] Non soltanto nella matematica non c'è nulla di vero, ma taluni teoremi accettati in alcuni settori contraddicono altri teoremi in altri settori. Ad esempio, alcuni teoremi stabiliti in geometrie create nel corso dell'Ottocento contraddicono quelli dimostrati da Euclide nel suo sviluppo della geometria. Benché priva di verità, la matematica ha conferito all'uomo uno straordinario potere sulla natura. [...]»²⁴ frutto della capacità di astrarre il pensiero ovvero di andare oltre le definizioni.

Se ciò è vero, nel caso in cui l'agente intelligente fosse in grado di definire logicamente il "sapere" elaborerebbe dati linguistici-informatici logici (*input*) il cui risultato (*output*) seppur valido, sarebbe, comunque, illogico o contraddittorio.

3.4. *I limiti del ragionamento artificiale*

Lo sviluppo dell'intelligenza artificiale presenta tre principali ostacoli che comprimono la capacità decisionale dell'agente intelligente.

3.4.1. *Il linguaggio: il principio di esprimibilità*

Un primo limite è rappresentato dall'incapacità del linguaggio matematico di superare gli schemi categorizzanti che esso stesso crea.

L'informatica appartiene, per sua intima natura, alla scienza del linguaggio. Tale linguaggio definisce l'insieme delle istruzioni che un calcolatore riesce a compiere.

Il linguaggio informatico risponde alla "imprecisa" teoria degli insiemi e alla logica delle proposizioni²⁵.

²⁴ M. Kline, *La matematica nella cultura occidentale*, Milano, 1976, 21. Per un approfondimento sul tema: M. Li Calzi, *La matematica dell'incertezza. Raccontare la matematica*, Bologna, 2016; I. Stewart, *I dadi giocano a Dio? La matematica dell'incertezza*, Torino, 2020; B. Codenotti, G. Resta, *La logica dell'incertezza. Incontri ravvicinati con i paradossi della probabilità*, Milano, 2022.

²⁵ H. Dreyfus, *Che cosa non possono fare i computer? I limiti dell'intelligenza artificiale*, Roma, 1988, 44 ss.

John Searle, studiando la teoria degli atti linguistici di Austin, concluse che la computazione è costituita da una serie di operazioni puramente sintattiche che si realizzano mediante la manipolazione di simboli. Al contrario, la mente, secondo lo studioso, compie un apprezzamento dialettico-sistematico che va oltre la semplice elaborazione di quei simboli²⁶.

L'uomo, nel pensare, tratteggia concetti che non riproducono solo rappresentazioni convenzionali ma astrazioni piene di significato.

L'indagine sull'intenzionalità e sulla coscienza umana ha condotto Searle a teorizzare l'esperimento della stanza cinese. Il *test* prevede che un soggetto, che non conosce la lingua cinese, riuscirà a stabilire un'associazione logica tra logogrammi. La circostanza che il soggetto sia capace di associare i caratteri dell'alfabeto cinese, ricavando qualche regola linguistica, non dimostra che lo stesso avrà imparato la lingua. L'uomo, chiuso nella stanza, compirà un'elaborazione sintattica senza governare la semantica²⁷.

La programmazione linguistica-informatica si contrappone al principio di esprimibilità che consente all'uomo di servirsi di un linguaggio più ampio, ricco di neologismi, accezioni, modi di dire, o insidie illocutive tipiche del linguaggio pragmatico, sarcastico, paradossale, etc. Ciò significa che, affinché possa realizzarsi una corrispondenza tra forza illocutiva (atto del dire) e contenuto proposizionale perlocutivo (comprensione concreta del linguaggio), occorre una chiave di lettura detta illocuzione proposizionale (mediata da molteplici fattori: culturali, ambientali, sociali, economici, etc.)²⁸ che l'applicativo non possiede: «La sola manipolazione dei simboli non basta di per sé a garantire l'intelligenza, la percezione, la comprensione e il pensiero, perché tale manipolazione non ammette a questi simboli alcun significato. Se un computer è, per definizione, un dispositivo che manipola simboli formali le cui uniche caratteristiche sono formali e sintattiche, la mente è qualcosa di più della manipolazione di simboli formali poiché ha dei contenuti. [...] La computazione non è altro che un processo matematico astratto che esiste relativamente agli interpreti coscienti, di conseguenza gli stati computazionali non possono essere scoperti all'interno di un sistema fisico, ma vengono assegnati al sistema»²⁹.

²⁶ J. Searle, *La mente è un programma?*, in *Le Scienze*, 1990, 23, 259, 16-21.

²⁷ Allo stesso modo «[...] tutti i calcolatori (e non solo nell'IA): [...] eseguono operazioni sintattiche [...]. La semantica si arresta, per così dire, all'ingresso del messaggio nel calcolatore, e viene restituita al messaggio da chi lo riceve all'uscita» in questo modo P. Mello, *Intelligenza artificiale*, in *Documentazione interdisciplinare di scienza e fede*, Pontificia Università della Santa Croce, 2002, disponibile online su www.difs.org.

²⁸ La locuzione è l'enunciato o la struttura della frase e delle singole parole, che a loro volta possono avere diverse modalità comunicative. L'illocuzione è l'intenzione comunicativa dell'interlocutore ovvero il concetto che si intende esprimere (che a sua volta può avere diverse allocuzioni ovvero intenzioni comunicative). La perlocuzione è la comprensione, ovvero la percezione che l'interlocutore trae dalla comunicazione ascoltata.

²⁹ R. Rocco, *Umano versus non-umano. Implicazioni etiche di una soggettività artificiale*, Lecce, 2015, 89-91.

L'agente intelligente, al pari del soggetto della stanza cinese, agirà senza avere una vera consapevolezza del suo *facere*³⁰. Padroneggerà la sintassi, ma non comprenderà la semantica. Opererà senza intendere.

3.4.2. *Il limite logico: il sistema numerico binario*

All'aumento delle capacità di calcolo non segue una maggiore ragionevolezza dell'intelligenza artificiale. La funzione di trasferimento, che trasmette il dato pesato al successivo neurone, non è in grado di superare il sistema binario.

Se l'epistemologia algoritmica trova il suo limite nel linguaggio e nel rapporto sillogistico ovvero nel calcolo probabilistico, l'euristica incoraggia la ricerca di nuovi sviluppi teorici, sostiene nuove scoperte empiriche, sviluppa l'immaginazione e, con essa, l'invenzione di nuove tecnologie.

La potenza di calcolo di un applicativo informatico che è, naturalmente, riduttivo. L'«algoritmo, quale sequenza finita di istruzioni, rappresenta l'invalidabile confine allo sviluppo dell'intelligenza artificiale»³¹. Allo stesso tempo, l'agente intelligente non può aumentare «la sua "coscienza" [potenziando] il numero dei suoi componenti elementari (i transistor), [poiché la consapevolezza del suo agire] non può superare quella di un transistor»³².

L'approccio euristico, proprio dell'uomo, consente di trovare la soluzione all'imprevisto affidandosi all'intuito, alle circostanze e alle condizioni ambientali, così conseguendo nuova conoscenza.

3.4.3. *L'emergentismo biologico*

Il terzo limite, direttamente correlato ai precedenti, riguarda l'assenza del naturalismo biologico, che sostanzia il discernimento come fenomeno emergente dell'organismo vivente che codifica le informazioni acquisite nel proprio genoma.

L'agente intelligente, a differenza dell'uomo, non possiede la proprietà emergente del cervello e, dunque, è incapace di reagire in modo cosciente e con-

³⁰ Per un approfondimento: J. Searle, *Il mistero della coscienza*, Milano, 1998.

³¹ G. Pasceri, *La predittività delle decisioni. La funzione giurisdizionale e la responsabilità delle parti nell'utilizzo dell'intelligenza artificiale*, Milano, 2022, 38.

³² Cfr. F. Faggin, *Sarà possibile fare un computer consapevole?*, in *Mondo Digitale - Rassegna critica del settore ICT*, 2015, XIV, 61, 1 e 13, rinvenibile in <http://disf.org/files/compu-ter-consapevole-faggin.pdf>.

sapevole agli imprevisti³³, poiché, in un sistema logico-matematico, il problema è risolvibile solo se, e in quanto, prevedibile e calcolabile.

Al contrario, nell'uomo, «La proprietà emergente del cervello [...] consente all'uomo di rispondere – in modo istintivo e adeguato –, all'imprevisto e all'inaspettato, sollecitando un livello di evoluzione del sistema intellettuale superiore, insito e primordiale»³⁴.

Lo sviluppo del naturalismo biologico e la conseguente stratificazione della coscienza è frutto dell'intima esigenza del cervello di voler apprendere, capire, avere nuove prospettive, guardare oltre l'immediato; un interesse innato che gli psicologi chiamano interesse motivazionale³⁵.

4. *La decisione amministrativa algoritmica*

4.1. *La continua attività di scelta*

Il potere amministrativo, inteso come cura in concreto dell'interesse collettivo (amministrazione in senso sostanziale), è affidato dalla legge all'articolazione amministrativa deputata a tale scopo (amministrazione in senso organizzativo).

La pubblica amministrazione, nell'esercizio del suo potere amministrativo, è investita di ampie facoltà decisionali in relazione agli interessi (pubblici, diffusi, collettivi, privati) coinvolti nell'azione amministrativa. Normalmente, l'amministrazione, nel perseguire l'interesse pubblico, è vincolata al rispetto di regole preordinate intese a garantire che la sua azione sia attuata in modo ragionevole, prudente ed equilibrato, nonché adeguatamente argomentata. Per questo, l'esercizio dell'attività pubblica si estrinseca attraverso un'attività giuridica che di regola si realizza attraverso moduli di diritto pubblico. I compiti affidati all'amministrazione attiva riguardano: *i*) l'attività deliberativa (quando esercita il potere decisionale); *ii*) l'attività esecutiva (quando svolge l'attuazione di precedenti decisioni); *iii*) l'attività consultiva (nel caso esprime una valutazione prestata sotto forma di pareri, obbligatori o facoltativi, vincolanti o meno); *iv*) attività di controllo.

³³ Cfr. D. Keats Citron, F. Pasquale, *The scored society, due process for automated predictions*, in *Washington Law Review*, vol. 89, 2014, 1 ss.

³⁴ Per un approfondimento del tema G. Pasceri, *La predittività delle decisioni. La funzione giurisdizionale e la responsabilità delle parti nell'utilizzo dell'intelligenza artificiale*, cit., 50.

³⁵ A. Turing, *On Computable Numbers, with an Application to the Entscheidungsproblem*, in *Proceedings of the London Mathematical Society*, 1936-37, vol. 42, 230-265. La macchina è in grado di risolvere qualsiasi problema matematico codificato da un algoritmo, ma non ha capacità di pensiero o attitudini creative. Cfr. anche S. Lavington, *A History of Manchester Computers*, ed. II., The British Computer Society, 1998, 7 ss.

lo (nell'ipotesi in cui compie una «attività di controllo [...] volta a sindacare [...] l'operato degli agenti cui sono demandati i compiti di amministrazione attiva»³⁶).

«Tra le distinzioni che tradizionalmente si fanno dell'attività amministrativa, una delle più importanti è quella [...] tra amministrazione attiva, consultiva e di controllo [...]. Ineriscono alla prima specie tutte le attività mediante le quali l'amministrazione agisce operativamente in vista della realizzazione degli obiettivi concreti assegnati all'azione amministrativa»³⁷.

Le attività affidate dalla legge alla pubblica amministrazione importano una scelta.

L'amministrazione, per attuare la finalità pubblica a cui è preposta, seleziona in modo speculativo valori (cui l'interesse è la manifestazione soggettiva) ed esprime un giudizio sugli elementi presi in considerazione, e, alla fine, adotta una decisione argomentata conforme alla legge.

Ogni decisione, momento conclusivo di un atto deliberativo, implica una valutazione³⁸.

La scelta amministrativa è, dunque, sempre frutto di un apprezzamento³⁹; di una valutazione logico-giuridica; di un ragionamento situato.

L'attività amministrativa generalmente incontra interessi che si contrappongono a quello pubblico. Nel conflitto tra interessi non prevale necessariamente quello perseguito dall'amministrazione. È proprio l'istruttoria amministrativa il luogo in cui comporre i diversi interessi in vista del fine pubblico⁴⁰.

La ragionevolezza e la proporzionalità della comprensione degli interessi secondari, in relazione all'interesse pubblico perseguito, sono soggette a controllo e sinda-

³⁶ A.M. Sandulli, *Diritto amministrativo*, XV ed., vol. 1, Napoli, 1989, 591, 638, ricorda che tra le attività amministrative rientrano anche quelle miste che si connotano per il fatto che, in queste, manca l'attività istruttoria, nonché le attività di iniziativa e di proposta adottate dalla pubblica amministrazione. Le attività miste vengono definite amministrative solo in quanto qualificate dal loro effetto: dare certezza pubblica ad un fatto. L'attività mista ha carattere strumentale in quanto non è propria ed esclusiva del campo di azione della pubblica amministrazione e, soprattutto, non assegnano una scelta alla pubblica amministrazione (tra queste rientrano le attività di notificazione, pubblicazione, certificazione etc.).

³⁷ Ivi, 589.

³⁸ In questo senso: F. Follieri, *Decisione e potere nell'atto amministrativo vincolato*, in *PA – Persona e Amministrazione*, 2017, 1, 135 ss.

³⁹ «[...] Secondo chi ritiene che l'atto vincolato non sia una decisione e dunque non sia un provvedimento amministrativo, la decisione di adottare un atto vincolato è superflua o inutile: l'amministrazione non ha altre possibilità oltre a quella di adottare l'atto con il contenuto predeterminato dall'ordinamento, al ricorrere dei presupposti. [...] Anche l'atto vincolato è dunque esercizio del potere amministrativo, è un provvedimento amministrativo al pari di quello discrezionale e può essere legittimo/illegittimo (non solo lecito/illecito)», in questo modo: F. Follieri, *Decisione e potere nell'atto amministrativo vincolato*, cit., 111 e 112.

⁴⁰ Una interessante analisi sul prudentemente apprezzamento degli interessi privati e secondari A. Crosetti, F. Fracchia (a cura di), *Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, prospettive ed esperienze*, Milano, 2002.

cabili ogni qual volta dalla motivazione non si possa escludere che la scelta dell'amministrazione è riconducibile al mero arbitrio ovvero ad una scelta non ponderata⁴¹.

Con la motivazione del provvedimento amministrativo viene palesato l'*iter* logico seguito dall'Amministrazione per giungere a una determinata scelta in modo da rendere trasparente e sindacabile, in termini di ragionevolezza, l'attività amministrativa⁴².

Riguardo alla natura, la decisione amministrativa è, normalmente, una decisione discrezionale, salvo i rari casi di decisioni vincolate⁴³.

La decisione amministrativa discrezionale solo apparentemente si contrappone alla decisione vincolata, posto che la scelta dell'amministrazione è sempre frutto di un giudizio⁴⁴. «Dire è vincolato nel fine (o nei fini) a proposito dell'esercizio del potere, presuppone che si tratta di un agire non interamente vincolato, e anche parzialmente libero. Tenuto conto [...] che l'amministrazione nel suo agire è comunque tenuta al rispetto (rigido) della normativa di legge, dobbiamo considerare che al di là delle prescrizioni di tale normativa, esiste un ambito lasciato alla determinazione dell'autorità che è parzialmente libero e nello stesso tempo parzialmente vincolato»⁴⁵.

La dottrina, in merito, ha evidenziato l'inopportunità di usare il termine doveroso come sinonimo di vincolatività od obligatorietà, posto che il potere pubblico è naturalmente connotato dalla doverosità, (che è esso stesso riflesso del principio di legalità). «Non si discute, qui, quindi, di doverosità del "contenitore", potremmo dire (il provvedimento inteso quale manifestazione del potere diretto alla cura dell'interesse pubblico), bensì, di obligatorietà del suo "contenuto" (e, quindi, della necessità che quel contenitore venga riempito con quel determinato, specifico, quid)»⁴⁶ «da intendersi come doverosità rispetto al come decidere»⁴⁷.

La pubblica amministrazione, anche in caso di esercizio di una attività vincolata, esige, comunque, la selezione e la valutazione di fatti, degli interessi e dei valori capaci di riempire il contenitore che la legge gli impone di colmare di

⁴¹ M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, relazione alla "Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola", 2-6, rinvenibile all'indirizzo http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf.

⁴² Cfr. il tema dell'obbligo di motivazione della decisione amministrativa algoritmica affrontato da R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020.

⁴³ Proprio per questo si è gradualmente ampliato il potere di controllo del giudice amministrativo afferma S. Cassarino, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Milano, 1990, 4.

⁴⁴ Tra le decisioni vincolate rientrano le autorizzazioni le quali postulano, per il loro rilascio, l'accertamento dei requisiti e dei presupposti, soggettivi e oggettivi, richiesti dalla legge.

⁴⁵ V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 387.

⁴⁶ N. Posterato, *Sulla possibile configurazione di un'autotutela doverosa (anche alla luce del codice dei contratti pubblici e della Adunanza Plenaria n. 8 del 2017)*, in *Federalismi.it*, 25 ottobre 2017.

⁴⁷ N. Posterato, *Sui rapporti tra dovere di provvedere e annullamento d'ufficio come potere doveroso*, in *Federalismi.it*, 8 marzo 2017.

contenuti. L'amministrazione non può limitarsi a recepire acriticamente ciò che appare doveroso⁴⁸ ma di scegliere ciò che è utile per perseguire l'interesse pubblico. L'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea qualifica il concetto di buona amministrazione non più come "principio" ma come "diritto" dell'interessato e della collettività a esigere un'attività amministrativa trasparente, ragionevole, logica e coerente⁴⁹.

Dalla discrezionalità amministrativa si distingue la discrezionalità tecnica.

La discrezionalità tecnica, pur non implicando, generalmente, valutazioni e ponderazione di interessi, impone alla pubblica amministrazione di esaminare i fatti o delle questioni di diritto facendo ricorso a cognizioni tecniche e scientifiche di carattere specialistico.

Un'attività speculativa che afferma il primato dell'indagine teoretica.

A tal proposito, un'autorevole dottrina ha ritenuto che la «discrezionalità tecnica non ha proprio nulla di discrezionale, e che chiamandosi così per un errore storico della dottrina, l'errore potrebbe anche essere corretto [...]»⁵⁰. La discre-

⁴⁸ «Pur se non è condivisibile [...] ritenere che il potere vincolato non sia un vero e proprio potere è indubbio che, in questi casi, l'intermediazione dell'azione amministrativa, ai fini dell'applicazione della norma, assume valenza di minore rilevanza» così V. Lopilato, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. I, parte generale, Torino, 2021, 4.

⁴⁹ Per un approfondimento: G. Tuzet *Dover decidere. Diritto, incertezza e ragionamento*, Roma, 2010; V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, cit.

⁵⁰ Cfr. M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, 37 afferma senza mezzi termini: «La contrapposizione tra sindacato forte e sindacato debole è stata superata dalla giurisprudenza amministrativa secondo cui il controllo giurisdizionale, "al di là dell'ormai sclerotizzata antinomia sindacato forte/sindacato debole, deve attestarsi sulla linea di un controllo che, senza ingerirsi nelle scelte discrezionali della Pubblica autorità, assicuri la legalità sostanziale del suo agire, per la sua intrinseca coerenza anche e soprattutto in materie connotate da un elevato tecnicismo" (Consiglio St., Sez. III, 25 marzo 2013, n. 1645), senza, cioè, poter far luogo a sostituzione di valutazioni in presenza di interessi "la cui cura è dalla legge espressamente delegata ad un certo organo amministrativo, sicché ammettere che il giudice possa auto-attribuirseli rappresenterebbe quanto meno una violazione delle competenze, se non addirittura del principio di separazione tra i poteri dello Stato" (Consiglio di Stato, Sez. VI, 13 settembre 2012 n. 4872). Oggi, in sintesi, posto che il ricorso a criteri di valutazione tecnica, in qualsiasi campo, non offre sempre risposte univoche, ma costituisce un apprezzamento non privo di un certo grado di opinabilità, il sindacato del giudice amministrativo, essendo pur sempre un sindacato di legittimità e non di merito, è limitato al riscontro del vizio di illegittimità per violazione delle regole procedurali e di quello di eccesso di potere per manifesta illogicità, irrazionalità, irragionevolezza, arbitrarietà ovvero se fondato su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti. Così, ad esempio, Consiglio di Stato, Sez. V, 17 aprile 2020, n. 2442, afferma che "le valutazioni delle offerte tecniche da parte delle Commissioni di gara sono espressione di discrezionalità tecnica e, come tali, sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo poi che non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie, ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti". In giurisprudenza si richiama il Consiglio di Stato, Sez. I, Adunanza di sezione del 4 novembre 2020, parere n. 01958/2020 il quale osserva che la valutazione tecnica resta sempre una decisione adottata in seguito all'accertamento e alla valutazione di fatti. Il sindacato giurisdizionale riguarda, dunque, non solo la completa acquisizione dei fatti, ma anche la corretta applicazione delle regole della scienza e della tecnica che non appartengono al mondo del diritto. Nella medesima direzione anche F. Salvia, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 687 secondo cui: «Gli autori che all'inizio del secolo si occuparono per primi delle valutazioni tecniche nell'ambito dell'attività amministrativa – pur nella diversità delle teorizzazioni – accreditarono il convincimento della riconducibilità dei giudizi tecnici al *genus della discrezionalità*».

zionalità tecnica implica sempre una valutazione del contesto che si consegue attraverso un momento conoscitivo.

In altre parole, la discrezionalità tecnica si riferisce al criterio della scoperta che implica sempre un giudizio. La discrezionalità tecnica si collega ai diversi casi di applicazione delle regole tecniche, a loro volta frutto di scienze inesatte. Le conclusioni a cui si giunge, sovente, sono opinabili in quanto l'applicazione della norma tecnica non sempre giunge a un risultato univoco (si pensi, ad esempio, al caso della valutazione di un bene). In tali casi, anzi, deve ritenersi più marcato l'obbligo di motivare la propria decisione in modo da consentire il vaglio e il sindacato della scelta esercitata dalla pubblica amministrazione.

4.2. Il criterio di scelta del processo decisionale automatizzato

4.2.1. Valutazione di interessi e ragionevolezza della decisione

Tutte le attività amministrative, anche se doverose, presuppongono sempre una valutazione che non si limita al solo dato normativo ma importa principi generali che riguardano un apprezzamento di valore, come la ragionevolezza, l'opportunità, la coerenza su cui si incentra il potere di controllo del giudice amministrativo. L'individuazione dell'interesse pubblico concreto nel quale si esprime la scelta avviene secondo criteri di ragionevolezza, coerenza, buon senso, consideratezza, equilibrio, prudenza, sensatezza, imparzialità, opportunità e proporzionalità.

4.2.2. Implicazioni etico-giuridiche

Alla luce dei principi consolidati, la dottrina e la giurisprudenza amministrativa hanno incominciato a domandarsi se l'applicativo informatico, e più in generale l'algoritmo che governa la decisione "intelligente", può acquisire un ruolo strumentale-decisionale rispetto al tradizionale ruolo servente-deduttivo che un comune applicativo informatico svolge.

La problematica è stata affrontata dalla dottrina che intravede, nell'utilizzo del programma informatico, ricadute giuridiche capaci di mettere in crisi la certezza del diritto a causa *a)* dell'opacità manifestata dagli applicativi intelligenti, *b)* dell'incoerenza tra inferenza euristica e inferenza algoritmica; *c)* dalla difficoltà di adottare una scelta nel delicato equilibrio dell'attività amministrativa discrezionale; *d)* dalla crisi della fiducia che il cittadino deve riporre nella pubblica ammi-

nistrazione⁵¹; e) dalla contrazione dei diritti dell'interessato; f) dal pericolo di una riduzione dell'ampiezza del sindacato spettante al giudice amministrativo⁵².

I limiti degli applicativi del procedimento automatizzato non hanno solo risvolti strettamente giuridici conseguenti all'indeterminatezza dei presupposti da accertare, alla valorizzazione di concetti giuridici astratti o al carattere discrezionale della decisione amministrativa, ma riguardano una sfera più ampia che caratterizza, in modo positivo o negativo, valori connessi all'agire umano.

Ogni decisione è una scelta. Ogni scelta è la risultante di ciò che è bene e ciò che è male; di ciò che è giusto o sbagliato, lecito o illecito, opportuno o sconveniente.

Osserva correttamente Gallone che è la stessa legge sul procedimento amministrativo a compiere una "riserva di umanità" laddove la pubblica amministrazione, nell'esercizio del potere amministrativo, è obbligata a dialogare con il cittadino prevedendo un unico interlocutore, un "volto umano" incarnato dal responsabile del procedimento⁵³; un soggetto a cui rivolgere le proprie istanze non più distante e indistinto ma prossimo e riconoscibile.

Solo così possono dirsi, secondo l'autore, assicurate le garanzie procedurali disposte dagli artt. 2, 6, 7, 8, 9, e 10 della l. n. 241/90 e il "principio personalistico" che trova fondamento negli artt. 28 e 56 della Costituzione⁵⁴ e nell'art. 5, comma 3, della l. n. 241/90⁵⁵.

⁵¹ Principio desunto dagli artt. 28, 97, 98, art. 1 della l. n. 241/90 e art. 4, comma 2, del d.Lgs. n. 165 del 2001. In particolare il ruolo "etico" del dipendente pubblico è richiamato dall'art. 54 della Costituzione il quale sancisce che «Tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi. I cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore, prestando giuramento nei casi stabiliti dalla legge» così richiamando un dovere rafforzato dell'obbligo di gestire con disciplina e onore il fine pubblico. I termini disciplina e onore esprimono i valori di chi concorre a garantire legittimamente la cura in concreto degli interessi pubblici. Ciò comporta che i cittadini possono guardare all'amministrazione con fiducia, in quanto il suo operato gode della presunzione di legalità e imparzialità.

⁵² Cfr. M. Timo, *Algoritmo e potere amministrativo: una convivenza difficile?*, in *Amministr@tivamente*, 2021, 4. Un profilo critico su sistemi a "alto rischio" cfr. D. Iacovelli, M. Fontana, *Nuove sfide della tecnologia e gestione dei rischi nella proposta di regolamento europeo sull'intelligenza artificiale: set di training, algoritmi e qualificazione dei dati. Profili critici*, in *Il diritto dell'economia*, 68, 2022, 109, fasc. 3, 106-138; R. Rolli, M. D'Ambrosio, *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*, 67, 2021, 106, fasc. 3, affrontano il tema per cui è l'uomo a doversi servire della macchina e non il contrario.

⁵³ L'art. 4 della legge n. 241/1990, proprio per favorire la personalizzazione della pubblica amministrazione, le impone di «determinare per ciascun tipo di procedimento relativo ad atti di loro competenza l'unità organizzativa responsabile della istruttoria e di ogni altro adempimento procedimentale, nonché dell'adozione del provvedimento finale». La funzione principale del responsabile è proprio quella di iniziare e condurre il procedimento in trasparenza e imparzialità.

⁵⁴ G. Gallone, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, Milano, 2023, 108.

⁵⁵ L'amministrazione, in questo modo, non è più un soggetto distante e indistinto ma prossimo e riconoscibile.

L'avvicinamento del cittadino alla pubblica amministrazione, inoltre, è stato favorito dall'introduzione dell'art. 10-*bis* della legge 11 febbraio 2005, n. 15 il quale offre al privato maggiori garanzie partecipative al procedimento amministrativo, in modo che si instauri un rapporto di fiducia e collaborazione tra amministrazione e la collettività amministrata.

Attraverso il preavviso di rigetto, l'amministrazione rende edotto l'interessato delle sorti delle proprie istanze, indicando le motivazioni ostative al loro accoglimento, affinché questi possa esaminarle e fornire adeguate controdeduzioni in modo che l'amministrazione possa rivalutarle e, nel caso, pervenire a una diversa conclusione.

La legge n. 15/2015, modificando l'art. 6 della l. n. 241/90, ha inteso rafforzare il ruolo del responsabile del procedimento disponendo che il dirigente a cui compete l'adozione del provvedimento finale, se diverso, di non discostarsi, senza una specifica motivazione, dalle risultanze dell'istruttoria compiuta dal responsabile dell'istruttoria. La norma valorizza la correlazione tra le risultanze istruttorie e la decisione adottata nell'ottica di garantire l'omogeneità valutativa dell'azione amministrativa⁵⁶.

Il percorso verso la personalizzazione dell'amministrazione e la valorizzazione delle competenze del responsabile del procedimento, nella prospettiva di favorire una maggiore efficienza amministrativa e scoraggiare il fenomeno della deresponsabilizzazione amministrativa, è stato realizzato dal d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, rubricato Codice dei contratti pubblici, il quale, all'art. 31, identifica il responsabile unico del procedimento il quale gestisce tutte le fasi procedurali inerenti i contratti pubblici dalla progettazione, all'affidamento sino all'esecuzione dell'opera. Il d.lgs. n. 50/2016 rafforza la figura del responsabile amministrativo che assume un ruolo sempre più qualificato nei complessi e articolati processi decisionali della pubblica amministrazione moderna; una professionalità che implica competenze di carattere tecnico, economico-finanziario, amministrativo, organizzativo e legale, in modo da assicurare efficienza, efficacia ed economicità dell'azione pubblica e, soprattutto, correttezza dell'azione amministrativa.

Una funzione articolata e antropica che consente al cittadino di guardare alla gestione pubblica con fiducia, mentre «[...] l'“impersonalità” e la carenza di “capacità valutazionali” dell'algoritmo sono ostative al principio “ineludibile”

⁵⁶ Solo i fatti e gli interessi acquisiti nel procedimento costituiscono gli elementi di diritto sui quali si fonda la decisione amministrativa in cui vengono valorizzate le argomentazioni giuridiche a supporto dell'atto adottato, nonché l'*iter* logico seguito per giungere alla decisione. Sul punto si richiama la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 2014 la quale ricorda che la motivazione rappresenta l'essenza stessa del buon andamento amministrativo in quanto conseguente al potere amministrativo che la legge concede per la cura in concreto dell'interesse pubblico.

di interlocuzione personale tanto che a fronte di un'attività totalmente automatizzata si registrerebbe la radicale assenza di un procedimento amministrativo»⁵⁷.

La devoluzione della decisione all'applicativo informatico autorizza il cittadino a guardare all'amministrazione come un burocrate che spersonalizza l'uomo in burattino⁵⁸, contribuendo ad aggravare la «grave crisi di legittimazione che già affligge le istituzioni pubbliche»⁵⁹.

La riserva di umanità come diritto del cittadino a una decisione umana, aggiunge Gallone, comincia a farsi largo anche a livello unionale sulla spinta del principio fissato dall'art. 42 della Carta Europea dei Diritti Fondamentali "*Right to a good administration*" che ha sancito il passaggio "*from need to right to know*" ovvero "*dal bisogno di sapere al diritto di sapere*", come ricorda la legge "*Freedom of Information Act*" (c.d. FOIA), sulla libertà di informazione adottata nel 2000 dal Governo Inglese. In Italia la normativa sul "*diritto di sapere*", seguendo l'esempio inglese, è stata varata con d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, parte integrante del processo di riforma della pubblica amministrazione definito dalla l. 7 agosto 2015, n. 2014, ha introdotto l'accesso civico generalizzato in modo da garantire a chiunque il diritto di accedere ai dati e ai documenti posseduti dalle pubbliche amministrazioni anche fuori dai casi del diritto di accesso riservato all'interessato al procedimento amministrativo ai sensi dell'art. 22 della l. 7 agosto 1990, n. 241. La normativa FOIA, introdotta anche nell'ordinamento italiano, riconosce la libertà di accedere alle informazioni in possesso delle pubbliche amministrazioni come diritto fondamentale, in quanto è interesse della società civile avere una compiuta e consapevole conoscenza delle informazioni possedute dalla pubblica amministrazione.

La Commissione europea il 26 gennaio 2022 – che reca la proposta al Parlamento europeo e al Consiglio di sottoscrivere una dichiarazione sui diritti e i principi ispiratori della trasformazione digitale nell'U.E –, proprio sul punto, richiama la necessità di mettere le persone al centro della trasformazione digitale così da garantire la libertà di scelta dell'individuo sull'utilizzo di algoritmi decisionali riguardanti la sua persona⁶⁰.

⁵⁷ Ivi, 109.

⁵⁸ M. Monteduro, *Il funzionario persona e l'organo: nodi di un problema*, in *PA Persona e amministrazione*, 2021, 1, 79.

⁵⁹ G. Gallone, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, Milano, cit. 87.

⁶⁰ Ivi, 68. Il tema è stato affrontato, in una visione antropocentrica, anche Commissione europea per l'efficienza della giustizia (CEPEJ), *Possible introduction of a mechanism for certifying artificial intelligence tools and services in the sphere of justice and the judiciary: Feasibility Study*, CEPEJ(2020)15Rev, 2020, 5 ss.; artt. 41, 42, e 47 della Carta con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU); artt. 4, 13 e 42 e Considerando 71 del Regolamento UE 2016/679.

Una visione dell'innovazione tecnologica antropocentrica⁶¹ al servizio, prima che dell'amministrazione, della collettività.

5. *L'orientamento della giustizia amministrativa*

5.1. *L'iniziale impostazione restrittiva: il riconoscimento della limitatezza dell'inferenza algoritmica*

Le decisioni prese dall'agente intelligente possono comportare seri problemi legali alla responsabilità della pubblica amministrazione per le decisioni adottate⁶² quando siano frutto di una discrezionalità non autorizzata⁶³.

Il nodo della questione è se l'amministrazione, impiegando meccanismi decisionali automatizzati sia in grado di garantire la ragionevolezza, la logicità e la coerenza del suo agire.

Il tema è stato affrontato dal T.A.R. Lazio, Sez. III-*bis*, con le sentenze nn. 9224-9230 del 10 settembre 2018, il quale, richiamando il Codice dell'amministrazione digitale⁶⁴ e il Regolamento UE 2016/679⁶⁵, ha stabilito che la decisione amministrativa è illegittima quando la scelta compiuta sia stata intrapresa in assenza di qualsivoglia intervento umano, senza garantire all'interessato di parte-

⁶¹ Recentemente il TAR Campania, Napoli, con sentenza 14 novembre 2022, n. 7003 muovendo dall'assunto della generale ammissibilità della c.d. decisione algoritmica ricorda la funzione servente rispetto al ruolo del funzionario pubblico e al sindacato del giudice.

⁶² Cfr. *European Civil Law Rules In Robotics, Study for the Juri committee*, Directorate-General for Internal Policies, Policy Department C: Citizens' rights and constitutional affairs, 2016, 16 ss. secondo cui «[...] i sostenitori dell'opzione della personalità giuridica hanno una visione fantasiosa del robot, ispirato ai romanzi di fantascienza e al cinema. Questi concepiscono il robot come una vera creazione artificiale pensante, un alter ego dell'umanità. Viene perciò considerato inappropriato non solo riconoscere l'esistenza di una persona elettronica, ma addirittura la creazione di una personalità giuridica di questo genere. Il rischio non sarebbe soltanto quello di assegnare diritti e obblighi a uno strumento, ma anche quello di abbattere i confini tra uomo e macchina, confondendo la linea tra il vivente e l'inerte, tra l'umano e il disumano. Inoltre, secondo la relazione, creando un nuovo tipo di persona verrebbe trasmesso un segnale che potrebbe non solo riacendere la paura degli esseri artificiali [...]. Assegnare lo status di persona a un non vivente, ad una entità non cosciente, sarebbe quindi un errore poiché alla fine l'umanità verrebbe retrocessa al grado di una macchina. [...]».

⁶³ N.F. Akburakci, *Yapay Zekânın İdarenin Takdir Yetkisi ve Karar Alma Mekanizmalarına Etkisi - The Effect of Artificial Intelligence on Administrative Discretion and Decision - Making Mechanisms*, in *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, İstanbul Üniversitesi Yayinevi, v. 20, p. 77-97.

⁶⁴ D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82.

⁶⁵ Regolamento UE 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE adottato il 27 aprile 2016. L'art. 22 del Regolamento UE 2016/679 stabilisce che «l'interessato ha diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato» nel caso quest'ultimo «produca effetti che lo riguardano» ovvero «incida in modo analogo significativamente sulla persona».

cupare al provvedimento amministrativo o di conoscere la regola tecnica dell'algoritmo⁶⁶ per esercitare i propri diritti oppositivi.

Più esplicitamente, in tema di valutazione amministrativa, il T.A.R. Lazio, Sez. III *bis*, con sentenza 13 settembre 2019 n. 10964, ha affermato, in modo netto, che «L'algoritmo, quantunque, preimpostato in guisa da tener conto di posizioni personali, di titoli e punteggi, giammai può assicurare la salvaguardia delle garanzie procedurali che gli artt. 2, 6, 7, 8, 9, 10 della legge 7.8.1990 n. 241 hanno apprestato, tra l'altro in recepimento di un inveterato percorso giurisprudenziale e dottrinario», in quanto frutto di un modello che si incentra su elementi probabilistici e, dunque, su categorie precostituite. Secondo il Giudice «Ad essere inoltre vulnerato non è solo il canone di trasparenza e di partecipazione procedimentale, ma anche l'obbligo di motivazione delle decisioni amministrative, con il risultato di una frustrazione anche delle correlate garanzie processuali che declinano sul versante del diritto di azione e difesa in giudizio di cui all'art. 24 Cost., diritto che risulta compromesso tutte le volte in cui l'assenza della motivazione non permette inizialmente all'interessato e successivamente, su impulso di questi, al Giudice, di percepire l'iter logico-giuridico seguito dall'amministrazione per giungere ad un determinato approdo provvedimentale [...]».

Tale *modus operandi* viola il diritto dell'interessato di partecipare *ex ante* al procedimento, ai sensi degli artt. 7, 10 e 22 della legge n. 241/90, nonché contrasta con quanto prescritto dall'art. 13 del Regolamento UE 2016/679, che riconosce all'interessato il diritto di ricevere un'adeguata informazione circa la “logica applicata all'apparecchiatura” qualora i suoi dati siano trattati mediante un “processo decisionale automatizzato”, nonché ottenere una motivazione della decisione *ex art.* 3 della l. 241/90.

Il Collegio, nella sentenza n. 10964/2019, ha ritenuto che «le procedure informatiche, finanche ove pervengano al loro maggior grado di precisione e addirittura alla perfezione, non possano mai soppiantare, sostituendola davvero appieno, l'attività cognitiva, acquisitiva e di giudizio che solo un'istruttoria affidata ad un funzionario persona fisica è in grado di svolgere e che pertanto, al fine di assicurare l'osservanza degli istituti di partecipazione, di interlocuzione procedimentale, di acquisizione degli apporti collaborativi del privato e degli interessi coinvolti nel procedimento, deve seguitare ad essere il dominus del procedi-

⁶⁶ Nel caso di specie, il Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, nell'intento di scongiurare l'arbitrarietà e garantire una maggiore trasparenza e celerità dell'azione amministrativa, aveva affidato ad una società privata la costruzione di un applicativo “intelligente” affinché assegnasse il punteggio ottenuto dal docente per l'assegnazione della sede. Il risultato è stato che la scelta adottata dagli applicativi destinava, in relazione al punteggio posseduto, gli interessati in province più lontane rispetto a quelle preferite, senza peraltro giustificare la propria decisione. Gli interessati impugnavano l'esito, dimostrando che l'applicativo intelligente aveva disatteso i principi amministrativi, nonché le ragioni per cui era stato utilizzato.

mento stesso, all'uopo dominando le stesse procedure informatiche predisposte in funzione servente e alle quali va dunque riservato tutt'oggi un ruolo strumentale e meramente ausiliario in seno al procedimento amministrativo e giammai dominante o surrogatorio dell'attività dell'uomo; ostando alla deleteria prospettiva orwelliana di dismissione delle redini della funzione istruttoria e di abdicazione a quella provvedimentale, il presidio costituito dal baluardo dei valori costituzionali scolpiti negli artt. 3, 24, 97 della Costituzione oltre che all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo».

Una preoccupazione sentita anche dalla Commissione europea che, con la Comunicazione adottata in data 19 febbraio 2020 (c.d. *White Paper on Artificial Intelligence – A European approach to excellence and trust*), ha rammentato l'esigenza che il processo algoritmico venga sempre governato dal "soggetto" su cui ricade la relativa responsabilità.

5.2. *L'utilizzazione del procedimento informatico nell'attività amministrativa vincolata*

Il Consiglio di Stato, dopo l'iniziale orientamento dei tribunali amministrativi regionali, giunge alla conclusione che l'algoritmo può essere assunto come elemento di valutazione dalla pubblica amministrazione, in quanto la regola tecnica che lo governa è «costruita dall'uomo e non dalla macchina», e, dunque, soggiace ai principi generali dell'attività amministrativa⁶⁷.

La sentenza dell'8 aprile 2019, n. 2270 del Consiglio di Stato suppone che la regola tecnica sia in grado di assicurare la salvaguardia delle garanzie procedurali senza soffermarsi se l'opzione valutativa prodotta dall'applicativo -impennata su raffronti semantici- sia effettivamente in grado di superare la soglia dell'inferenza deduttiva. Un *leitmotiv*, è stato osservato, presente nei provvedimenti delle «Corti supreme che, sempre di più, indulgono nella tentazione di voler essere loro a dire l'ultima parola sulle questioni più tecnicamente e talora ideologicamente/eticamente complesse»⁶⁸.

L'inferenza deduttiva non comporta alcun incremento del sapere scientifico in quanto trae una certa conclusione da una serie di premesse più generiche, dentro cui quella conclusione è implicita. In questo caso l'applicativo non sta "sce-

⁶⁷ Sulla qualità dell'"atto amministrativo informatico" si veda M. Timo, *Algoritmo e potere amministrativo*, in *Il diritto dell'economia*, 66, 101, cit. In merito cfr. E. Cocchiara, *Procedimento amministrativo e "buon algoritmo"*, in *Amminist@tivamente*, 2020, 3.

⁶⁸ D.U. Galetta, *L'azione amministrativa e il suo sindacato: brevi riflessioni, in epoca di algoritmi e crisi*, in *Questione e Giustizia*, 2021, 1, 230.

gliendo”, ma si limita a ricavare una “conclusione tipizzata” tratta da un ragionamento formale prodotto da regole inferenziali probabilistiche.

La logica algoritmica, basata sulla statistica bayesiana, predicherà sempre la «conoscenza imprecisa dell'apparenza»⁶⁹. Per questo, l'applicativo informatico non è in grado di risolvere un problema tra variabili indefinite. A differenza dei raffronti geometrici o degli accostamenti semantici, «i valori non sono insegnabili dalla cattedra, perché il loro universo è contraddittorio agli occhi della scienza. Questa, nella sua più alta espressione, si deve limitare a saggiare l'intima coerenza delle nostre posizioni pratiche e i loro logici risultati. Ma in ogni caso è impossibile risolvere scientificamente tra “l'antagonismo tra le posizioni ultime in generali rispetto alla vita”»⁷⁰.

L'esercizio del potere amministrativo si giustifica se e nella misura in cui compone conflitti d'interessi. Il decisore, scegliendo, esercita naturalmente un potere discrezionale che è intimamente riconducibile all'apprezzamento delle questioni di fatto e di diritto compiuto nel corso dell'istruttoria.

Per scegliere, d'altro canto, occorre che si presentino due o più possibili alternative.

Se ciò è vero, poco condivisibile è l'affermazione espressa dal Consiglio di Stato secondo cui «l'utilità di tale modalità operativa di gestione dell'interesse pubblico è particolarmente evidente con riferimento a procedure seriali o standardizzate, implicanti l'elaborazione di ingenti quantità di istanze e caratterizzate dall'acquisizione di dati certi ed oggettivamente comprovabili e dall'assenza di ogni apprezzamento discrezionale».

L'esercizio del potere amministrativo, anche nelle attività vincolate, non è mai un'attività amministrativa massiva in quanto presuppone l'evidenza di stati che qualificano una questione diversa dall'altra, e che impongono una decisione differente anche tra casi apparentemente simili. L'attività vincolata presenta necessariamente margini di giudizio posto che, diversamente, la decisione del necessario è inutile e, la scelta dell'impossibile, è irrazionale⁷¹.

«Chi ritiene che l'atto vincolato non sia una decisione e dunque non sia un provvedimento amministrativo [in quanto] l'amministrazione non ha altre possibilità oltre quella di adottare l'atto con il contenuto predeterminato [...] al ricorrere dei presupposti [...] confonde la necessità, la possibilità e l'impossibilità con l'ob-

⁶⁹ G. Pasceri, *La predittività delle decisioni. La funzione giurisdizionale e la responsabilità delle parti nell'utilizzo dell'intelligenza artificiale*, cit., 25. Il tema, in chiave sociologica, è affrontato da L. Avitabile, *Introduzione al libro di B. Romano, Algoritmi al potere: calcolo, giudizio, pensiero*, Torino, 2018.

⁷⁰ F. Viola, *Conflitti d'identità e conflitti di valori*, in *Ars interpretandi*, 10, Roma, 2005, 81, richiamando il politeismo dei valori tracciato dal filosofo Max Weber.

⁷¹ In questo senso si è espressa G. Marchianò, *La legalità algoritmica nella giurisprudenza amministrativa*, in *Il diritto dell'economia*, 66, 2020, 103, fasc. 3, 229 ss. Cfr. F. Follieri, *Decisione e potere nell'atto amministrativo vincolato*, cit., 111.

bligato, il permesso e il divieto⁷²». Anche quando la norma vincola l'azione amministrativa in maniera conforme alla disposizione, l'amministrazione è sempre libera di decidere «se disporre un certo effetto in una determinata situazione e quale effetto disporre»⁷³. L'attività amministrativa, nel comporre principi, valori e interessi contrapposti, definisce i presupposti che legittimano l'emanazione del provvedimento e le conseguenze giuridiche che conseguono alla deliberazione amministrativa. Al contrario, riconducendo nell'attività amministrativa «procedure seriali o standardizzate», prive di giuridico apprezzamento, si riconosce alla pubblica amministrazione un ruolo superfluo, non necessario, inutile⁷⁴. Dunque, se così è, mancando la routinarietà, viene meno l'utilità della valutazione algoritmica.

5.3. *La convinta apertura all'utilizzo dell'algoritmo anche per le decisioni avente natura discrezionale*

La sesta sezione del Consiglio di Stato, dopo essersi pronunciata sulla possibilità di utilizzare l'algoritmo per le attività vincolate⁷⁵, nello stesso anno, con le sentenze emesse il 6 dicembre 2019, nn. 8472, 8473, 8474 accoglie la tesi secondo cui gli algoritmi possano essere impiegati anche per le decisioni discrezionali, in quanto «promettono di diventare lo strumento attraverso il quale correggere le storture e le imperfezioni che caratterizzano tipicamente i processi cognitivi e le scelte compiute dagli esseri umani»⁷⁶.

Secondo il Consiglio di Stato, le decisioni prese dall'algoritmo assumono un'aura di neutralità, frutto di asettici calcoli razionali, basati su dati, rispondenti ai canoni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa richiamati dall'art. 1 della legge n. 241/90. Allo stesso tempo, il Collegio non nega la difficoltà a ottenere la necessaria trasparenza che deve presiedere l'attività amministrativa, sì che il meccanismo attraverso il quale si realizza la decisione algoritmica deve essere conoscibile secondo una declinazione «rafforzata» del principio di trasparenza.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ In questo senso: V. Ottaviano, *Merito (diritto amministrativo)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. X, Torino, 1964, 577. Id., *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *Ann. dir. comp.*, XXII, 1948, 308; V. Visone, *La ridefinizione del potere della pubblica amministrazione a seguito della sentenza di annullamento*, in *Cammino Diritto*, 09 dicembre 2021, 5-6; cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 10 dicembre 2007, n. 2007. Cfr. A. Di Martino, *L'amministrazione per algoritmi e i pericoli del cambiamento in atto*, in *Il diritto dell'economia*, cit. 605.

⁷⁵ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270.

⁷⁶ Le sentenze, come è stato correttamente ricordato, si scontrano con il principio dell'intangibilità della discrezionalità amministrativa sancito dalla Cass. civ., Sez. I, 28 dicembre 2000, n. 16204 per cui le procedure automatizzate sono applicabili solo agli atti amministrativi che non necessitano di valutazioni discrezionali o di particolari motivazioni correlate alla particolarità della fattispecie oggetto di valutazione. In questo senso: A. Di Martino, *L'amministrazione per algoritmi e i pericoli del cambiamento in atto*, in *Il diritto dell'economia*, cit., 605.

A fronte dei declinati principi, espressi dal Collegio, occorre valutare se l'utilizzo dell'applicativo intelligente, fuori dai casi della cosiddetta "attività neutra"⁷⁷, possa effettivamente garantire l'efficienza, l'economicità e la correttezza dell'esercizio del potere amministrativo.

A sostegno del *favor* riservato al processo decisionale algoritmico il Collegio richiama il Regolamento europeo sulla protezione dei dati n. 679/2016, la Carta sulla robotica e la Carta europea dei diritti.

Il richiamo al Regolamento europeo sulla protezione dei dati pare, però, inconferente rispetto alla circostanza che l'applicativo informatico sia capace di adottare una decisione amministrativa (anche) di natura discrezionale⁷⁸. La Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 n. 237, chiamata Carta sulla robotica, priva di contenuto normativo, offre solo un quadro immaginifico della realtà scientifica supponendo che l'attuale tecnologia sia già in grado «*di prendere decisioni e metterle in atto nel mondo esterno, indipendentemente da un controllo o un'influenza esterna*»⁷⁹.

Le conclusioni a cui perviene il Consiglio di Stato erano già state smentite dalla Commissione per gli affari legali e parlamentari che, nel documento *European Civil Law Rules in Robotics*, metteva in guardia le istituzioni europee dall'intravedere nell'innovazione tecnologica «un alter ego dell'umanità [...], confondendo la linea tra il vivente e l'inerte, [...] l'umano e il disumano»⁸⁰. Riconoscere la capacità cognitiva a «una entità non cosciente, sarebbe [...] un errore poiché alla fine l'umanità verrebbe retrocessa al grado di una macchina»⁸¹.

Se il procedimento amministrativo informatico è già una realtà, così come sembra volersi sostenere, è lecito domandarsi quante amministrazioni e quanti giudici possiedono – realmente – le competenze per decifrare l'algoritmo senza dover ricorrere a esperti o, in caso di sindacato, a una consulenza tecnica d'ufficio⁸².

⁷⁷ Cfr. A.M. Sandulli, *Diritto amministrativo*, cit., 591.

⁷⁸ La norma impone l'obbligo di dare, preventivamente, un'adeguata informazione all'interessato circa l'esistenza di processi decisionali informatizzati e le modalità applicate al trattamento dei dati che lo riguardano, il divieto di adottare una decisione totalmente automatizzata e prevedere misure atte ad assicurare la protezione dei dati ma nulla dice circa la possibilità che l'agente intelligente possa adottare scegliendo districandosi tra concetti astratti, valori e principi amministrativi.

⁷⁹ Una presa di posizione subito corretta dalla Comunicazione COM(2018) 237 FINAL 25 aprile 2018 e successivamente dalla Comunicazione COM(2020) 65 final 19.02.2020 della Commissione Europea (*white paper*) e dalla ultima bozza di Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica alcuni atti legislativi dell'unione (AI Act) del 2023.

⁸⁰ Cfr. *European Civil Law Rules in Robotics, Study for the Juri committee*, Directorate-General for Internal Policies, Policy Department C: Citizens' rights and constitutional affairs, 2016, 16 ss.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Paradossalmente è la stessa sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 5 dicembre 2019, n. 881 a ribadire che la "caratterizzazione multidisciplinare" dell'algoritmo (costruzione che certo non richiede solo competenze giuridiche, ma tecniche, informatiche, statistiche, amministrative) per cui è necessario che "formula tecnica", rappresentata dall'algoritmo, sia corredata da spiegazioni che la traducano in "regola giuridica".

In caso di risposta negativa, è lecito sollevare dubbi circa l'economicità dell'azione amministrativa informatizzata⁸³.

A tal proposito Di Martino, in modo acuto, osserva che l'esternalizzazione della programmazione algoritmica dell'agente intelligente, utilizzato come "atto amministrativo informatico", da un'amministrazione con bassa alfabetizzazione digitale, è di per sé antieconomico, frappone un muro tra collettività e amministratore e, allo stesso tempo, realizza una "accezione abdicativa" della funzione amministrativa⁸⁴.

Quanto al principio di trasparenza rafforzata, richiamato dal Consiglio, è opportuno soffermarsi sull'opacità dei risultati restituiti dall'applicativo informatico (c.d. *black box*), nonché sui pregiudizi algoritmici (c.d. *biases*)⁸⁵.

L'evento definito *black box* è presente in tutti i sistemi di intelligenza artificiale.

La *black box* può definirsi come il sistema di intelligenza artificiale in cui gli *input* e le relative operazioni computazionali non sono visibili all'utente: si conosce l'algoritmo ma non il modo in cui lo stesso giungerà al risultato aggiustando i pesi "neuronali" – così creando un modello computazionale nuovo e diverso da quello ideato dal produttore –, né è possibile predefinire come, nel processo decisionale, gli algoritmi di apprendimento automatizzato interiorizzano le varie informazioni⁸⁶.

⁸³ A. Di Martino, *L'amministrazione per algoritmi e i pericoli del cambiamento in atto*, in *Il diritto dell'economia*, cit., 605 e 630.

⁸⁴ A maggior ragione l'economicità viene meno se, come è, sussiste l'obbligo per il responsabile del procedimento di dover ri-valutare la correttezza e la legittimità della decisione dell'algoritmo, ai sensi dell'art. 11 della l. 241/90.

⁸⁵ Cfr. M. Interlandi, *Ma siamo davvero sicuri che l'intelligenza artificiale sia più efficiente di quella umana? Spunti di riflessione sulla decisione amministrativa algoritmica rispetto alle garanzie personali ai rischi possibili discriminazioni (cd bias) di minacce per la democrazia*, disponibile online in IRPA, rinvenibile all'indirizzo web www.irpa.eu, 30 novembre 2021. Una analisi del tema G. Pasceri, *La black box: stereotipi e pregiudizi della decisione algoritmica*, in *Cyberspazio e Diritto*, 2023, vol. 24, 1, pp. 29-50.

⁸⁶ Y. Bathaee, *The artificial intelligence black box and the failure of intent and causation*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, 2018, vol. 31, 2, 901. «[...] Nell'intelligenza artificiale è proprio la logica ad essere strutturalmente non conoscibile. Ignota per definizione. Rendere conoscibile l'algoritmo non necessariamente svela o non necessariamente consente di svelare la correttezza della decisione [...] la correttezza della decisione potrebbe essere conoscibile solo da soggetti che presentino una particolare qualificazione tecnica, una platea ristretta di pochi eletti, con la conseguenza, come più volte sottolineato dalla dottrina, di creare una generazione di tecnocrati che governano il mondo. Un rischio per la tenuta democratica che, per la sua gravità, merita spazi e approfondimenti diversi da quelli che mi sono concessi da questa relazione. [...] A tacere delle numerose esclusioni dall'applicazione individuate dalla norma, non sembra che anche questo elemento sia in grado di dare protezione adeguata. È assolutamente fondamentale, si afferma, che sia possibile un intervento umano che possa correggere eventuali errori della macchina» in questo modo: C. Di Michele, *Intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: sfide concrete e prospettive future*, in *Il Diritto Amministrativo*, 2023, XV, 2.

Il fenomeno sopra descritto è strettamente collegato ai *biases*⁸⁷ in quanto il sistema computazionale “intelligente” è naturalmente incline all’alterazione del dato.

L’opacità dell’applicativo non riguarda (tanto) la capacità di ripercorrere a ritroso la computazione, ma si riferisce all’impossibilità d’identificare nel risultato i *biases* se non quando si presentano in modo così significativo da poter essere apprezzati⁸⁸. «L’evento definito *black box* è presente in tutti i sistemi di intelligenza artificiale di tipo *machine learning*. La *black box* può definirsi come il sistema di intelligenza artificiale in cui gli input e le relative operazioni computazionali non sono visibili all’utente: si conosce l’algoritmo ma non il modo in cui lo stesso giungerà al risultato aggiustando i pesi “neuronali” (creando un modello computazionale nuovo e diverso da quello ideato dal produttore), né è possibile predefinire come, nel processo decisionale, gli algoritmi di apprendimento automatizzato interiorizzano le varie informazioni»⁸⁹. Tanto maggiore l’applicativo sarà capace di avvicinarsi al valore verità, tanto più opache saranno le operazioni computazionali che consentiranno all’agente intelligente di modificare i pesi sinaptici⁹⁰.

È proprio nell’incapacità dell’applicativo di discernere, valutare e distinguere⁹¹ che si annida il “pregiudizio cognitivo” del sistema informatico.

⁸⁷ Errori, discriminazioni o pregiudizi introdotti volontariamente (per mascherare una responsabilità o favorire un determinato interesse) o anche involontariamente (dal produttore e/o dall’addestratore). I *biases* sono correlati all’elaborazione computazionale determinata dalla modificazione dei pesi, autonomamente effettuata dalla rete neurale, nell’ipotesi in cui il *deep learning* venga sviluppato adeguatamente.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ Y. Bathaee, *The artificial intelligence black box and the failure of intent and causation*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, 2018, v. 31, 2, 901.

⁹⁰ *Ibidem*. In questo modo anche G. Lo Sapio, *La black box: l’esplicabilità delle scelte algoritmiche quale garanzia di buona amministrazione*, in *Federalismi.it*, 30 giugno 2021.

⁹¹ Negli Stati Uniti d’America in cui l’impiego di sistemi “intelligenti” predittivi è adoperato con una certa stabilità, già nel 1972, il giudice Marvin Frankel, nel saggio *Criminal Sentences: Law without Order* ha evidenziato che le decisioni algoritmiche sono incontrollabili e rovinose in quanto creano evidenti *biases* discriminatori (cfr. M. Frankel, *Criminal Sentences: Law without Order*, New York, 1972, 5 ss. La definizione utilizzata da Frankel è adottata anche dalla Suprema Corte degli Stati Uniti nel caso *Jason Pepper v/s United States*, sent. n. 09-6822). Il caso che ha portato a conoscenza dell’opinione pubblica l’opacità dei sistemi informatici predittivi basati su reti neurali artificiali è stato quello di Eric L. Loomis. Dopo la condanna Loomis ha sostenuto il diritto ad avere una “sentenza personalizzata” e ricevere una condanna basata su informazioni valutate dall’uomo in modo da scongiurare i pregiudizi storici (*biases*) dell’applicativo utilizzato. La Corte Suprema del Wisconsin, confermando la sentenza del tribunale, ha affermato che secondo il diritto dello Stato rientra nella discrezionalità dei tribunali utilizzare o meno applicativi informatici per le decisioni (cfr. S. Carrer, *Se l’amicus curiae è un algoritmo: il chiacchierato caso Loomis alla Corte Suprema del Wisconsin*, in *Giurisprudenza penale web*, 2019, 4). In seguito alle varie singolarità delle decisioni l’organizzazione *non profit* Pro-Publica ha avviato uno studio sull’equità delle scale definite dall’algoritmo maggiormente utilizzato in America, concludendo che la sua accuratezza non supera la soglia del 61%, oltre a contenere numerosi e rilevanti *biases* razziali. (Per un approfondimento cfr. *Principles for Algorithmic Transparency and Accountability*, rinvenibile all’indirizzo https://www.acm.org/binaries/content/assets/publicpolicy/2017_joint_statement_algorithms.pdf). In Francia, una delle prime nazioni intenzionata a sviluppare applicativi intelligenti, la sperimentazione non ha raggiunto risultati soddisfacenti circa la spiegazione della decisione che si è palesata inutilizzabile. Al contrario, è compito dell’amministrazione corredare la decisione adottata di una motivazione frutto di un’analisi attenta e particolareggiata dei dati contingenti il fine pubblico che si intende perseguire e delle norme di legge applicabili. «La sperimentazione

L'esistenza di *biases*, insiti nel sistema algoritmo, a sfavore di determinate comunità, sono stati accertati anche fuori dal campo strettamente giuridico.

Due esempi interessanti, entrambi in campo sanitario, sono riportati in un saggio di Elisa Strickland.

Nel primo caso, l'algoritmo utilizzato in un centro medico per identificare i pazienti più bisognosi di cure si è dimostrato focalizzato verso i pazienti bianchi (*racial biases*), nel senso che i pazienti afro-americani dovevano raggiungere una soglia di malattia più alta per essere accettati. L'algoritmo funzionava correttamente e in realtà il colore della pelle del paziente non era nemmeno incluso come variabile nella predizione. Il difetto era radicato nella veridicità dei dati *input*: la predizione delle spese mediche di ciascun paziente nell'anno successivo basata su dati storici ha determinato un favore verso i pazienti bianchi i quali, avendo speso di più in passato, risultavano generalmente più bisognosi di cure dei pazienti neri.

Nel secondo caso, l'algoritmo doveva permettere di accelerare il processo di dimissione dall'ospedale nell'arco delle 48 ore successive (c.d. *day hospital*). A parità di ogni altra condizione, risultava una percentuale molto più alta di dimissioni a favore di pazienti residenti nei quartieri più ricchi, perché, storicamente, questi avevano un tempo minore di permanenza nella struttura ospedaliera⁹².

I *software* hanno pregiudizi proprio come gli esseri umani in quanto acquisiscono il dato in modo acritico⁹³. Oltremodo, «La neutralità degli algoritmi è un mito, in quanto i loro creatori, consciamente o meno, riversano in essi i loro sistemi di valori»⁹⁴.

Per questo, gli algoritmi decisionali relativi alle scienze argomentative non sono più precisi degli esseri umani e, soprattutto, non possono spiegare le ragioni della loro decisione.

5.4. *La riaffermazione dei principi già espressi dalle pronunce gemelle*

La sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 04 febbraio 2020, n. 881 prosegue nel solco tracciato dal Collegio nelle tre precedenti pronunce. Il provvedimento ricorda la difficile composizione della declinazione rafforzata del principio

concreta di *Prédicte*, svolta nel 2017, dalle Corti d'appello di Rennes e Douai, è risultata inefficiente in quanto restituiva esiti contraddittori, inadeguati e aberranti», cfr. Cepej, *Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi*, Strasburgo, 2018, 30-31.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ Cfr. R. Smith, *Opening the lid on criminal sentence software*, in *Duke Today*, 19 luglio 2017, rinvenibile all'indirizzo web <https://today.ducke.edu>.

⁹⁴ Cepej, *Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi*, cit., 39. Sul tema illuminante è lo studio di A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, 2019, 1, in cui si evidenzia che la scelta o l'esclusione di alcuni dati, di per sé, condizionano il risultato della decisione amministrativa.

di trasparenza nell'ambito del processo decisionale algoritmico, i cui «meccanismi di funzionamento [dei sistemi informatici] sono difficilmente comprensibili»⁹⁵. La pronuncia, come le precedenti, sostiene che «l'utilizzo di una procedura informatica che conduca direttamente alla decisione finale non deve essere stigmatizzata, ma anzi, in linea di massima, incoraggiata [poiché] l'assenza di intervento umano in un'attività di mera classificazione automatica di istanze numerose, secondo regole predeterminate (che sono, queste sì, elaborate dall'uomo), e l'affidamento di tale attività a un efficiente elaboratore elettronico appaiono come doverose declinazioni dell'art. 97 Cost. coerenti con l'attuale evoluzione tecnologica». Tale affermazione sembra voler favorire l'«Idea pericolosa [...], che nasconde anche un meccanismo di probatio diabolica (ora per allora) ai danni di una p.a. costretta ad adottare decisioni in contesti via via più complessi e dove le certezze matematiche stanno, in verità, a zero!»⁹⁶.

Il vero problema è che, a furia di crederci, il giurista si comporta come il tacchino induttivista raccontato da Russel che basa le sue certezze su un pregiudizio ontologico⁹⁷.

C'è da chiedersi, allora, se la fuga in avanti del Consiglio di Stato non sia una provocazione per mettere in luce i pericoli e le responsabilità in cui l'amministrazione pubblica incorre nell'adottare decisioni amministrative algoritmiche in contrasto con lo statuto della decisione informatizzata definito dal Consiglio di Stato⁹⁸.

5.5. *L'approdo della giurisprudenza amministrativa*

Il Consiglio di Stato – pur riconoscendo la possibilità di utilizzare un algoritmo, nell'ambito del procedimento amministrativo e la necessità della piena cono-

⁹⁵ N. Muciaccia, *Algoritmi e procedimento amministrativo decisionale: alcuni recenti arresti della giustizia amministrativa*, in *Federalismi.it*, fasc. 10, 15 aprile 2020.

⁹⁶ D.U. Galetta, *L'azione amministrativa e il suo sindacato: brevi riflessioni, in epoca di algoritmi e crisi*, cit., 231. In merito, si richiama l'approccio critico circa la creazione della “regola algoritmica” da parte della giurisprudenza amministrativa R. Ferrara, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. amm.*, 2019, 4, 773 ss.; D.U. Galetta, *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie: brevi riflessioni, anche alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali in materia*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2020, 3, 501 ss. Cfr. E. Galoppa, *L'uso degli algoritmi nel processo penale ed amministrativo: analisi e confronto dei rispettivi metodi applicativi alla luce degli arresti giurisprudenziali in materia*, in *Amministr@tivamente*, 2022, 1, analizza i rischi insiti della decisione automatizzata ricordando il pensiero di Carnelutti: «il diritto è “materia ribelle ai numeri”. La giustizia necessita di una dimensione dialettica, di un confronto in cui l'elemento umano non è sostituibile dalla macchina, di una valutazione, anche alla luce del proprio pensiero umano e della propria sensibilità, delle sfumature varie e complesse della realtà, che un algoritmo non è certamente programmato per cogliere. La preoccupazione è che venga gradualmente archiviato il diritto nel suo essere diritto “umano”, sostituito da valutazioni impersonali e frutto di calcoli statistici».

⁹⁷ B. Russel, *I problemi della filosofia*, Milano, 1988, 75

⁹⁸ Cfr. M. Timo, *Algoritmo e potere amministrativo*, in *Il diritto dell'economia*, cit., 768-775.

scibilità a monte della regola tecnica, utilizzata imputare la responsabilità della decisione all'organo titolare del potere⁹⁹ – con la sentenza 25 novembre 2021, n. 7891, per la prima volta, distingue l'applicativo deduttivo automatizzato (che utilizza la rete neurale artificiale) dall'intelligenza artificiale vera e propria (che mira a emulare la sensatezza umana sfruttando l'inferenza induttivo bayesiana).

Nello specifico, il Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi sulla procedura nazionale di una gara d'appalto per la fornitura di *pacemaker* di alta gamma, ha sottolineato che l'elevato grado di efficiente automazione non è necessariamente corrispondente con il concetto di "autonomia" a cui aspira l'intelligenza artificiale¹⁰⁰. I sistemi informatici o tecnologici, sono inevitabilmente associati al concetto di automazione, cioè a sistemi di azione e controllo che riducono l'intervento umano ma non lo eliminano. «Cosa diversa è l'intelligenza artificiale. In questo caso l'algoritmo contempla meccanismi di machine learning e crea un sistema che non si limita solo ad applicare le regole software e i parametri preimpostati (come fa invece l'algoritmo "tradizionale") ma, al contrario, elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico»¹⁰¹.

Il Collegio, in altri termini, ha voluto distinguere ciò che è da ciò che si vorrebbe.

⁹⁹ È pacifico in ambito scientifico che la computazione algoritmica e le sue regole di funzionamento sfuggono anche agli stessi programmatori del sistema con la conseguenza che il frutto dell'elaborazione algoritmica è, naturalmente, opaca.

¹⁰⁰ Il Consiglio di Stato nel motivare il provvedimento riprende le considerazioni del giudice di primo grado il quale ha precisato che l'algoritmo altro non è che una semplice sequenza finita d'istruzioni, ben definite e non ambigue, così da poter essere eseguite meccanicamente e tali da produrre un determinato risultato. «Non-dimeno osserva che la nozione [ndr. di algoritmo], quando è applicata a sistemi tecnologici, è ineludibilmente collegata al concetto di automazione ossia a sistemi di azione e controllo idonei a ridurre l'intervento umano. Il grado e la frequenza dell'intervento umano dipendono dalla complessità e dall'accuratezza dell'algoritmo che la macchina è chiamata a processare. Cosa diversa, invece, è l'intelligenza artificiale [vera e propria]. In questo caso l'algoritmo contempla meccanismi di *machine learning* e crea un sistema che non si limita solo ad applicare le regole software e i parametri preimpostati (come fa invece l'algoritmo "tradizionale") ma, al contrario, elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico. [...] il Consiglio di Stato nella sentenza in argomento lascia intendere come i confini fra sistemi informatici ed intelligenti rischiano di diventare molto labili, ma mentre la distinzione è evidente in presenza di un algoritmo probabilistico proprio della *machine learning*, la questione diventa molto più complessa in presenza di un algoritmo deterministico proprio dell'intelligenza artificiale debole» così: M. Iaselli, *Consiglio di Stato: quando si può parlare di intelligenza artificiale?* Palazzo Spada affronta una delicata questione tecnica sulla nozione di algoritmo, che assume notevole importanza anche per le necessarie conseguenze di carattere giuridico (sentenza n. 7891/2021), in www.altalex.it, 10.12.2021.

¹⁰¹ Consiglio di Stato, Sez. III, 25 novembre 2021, n. 789.

6. Conclusioni

I modelli computazionali algoritmici basati su reti neurali definiscono la “conoscenza imprecisa dell'apparenza”, per cui il “valore verità” è sempre un valore incerto in quanto probabile.

L'algoritmo, concentrandosi nella ricerca della soluzione di casi classificati come simili, trasforma il precedente in una meccanicistica scelta amministrativa, senza offrire una razionalità alla decisione¹⁰².

La scelta algoritmica, schematizzando le argomentative della *ratio decidendi* di un elevato numero di provvedimenti amministrativi, tipizza l'azione amministrativa, che, diversamente, dovrebbe caratterizzarsi per la ponderazione delle proprie scelte¹⁰³.

Peraltro, l'agente intelligente, inoltre, difettando della capacità di *intus legere*, giunge a una decisione automatizzata, priva di una consapevole analisi giuridico-motivazionale della fattispecie analizzata. In merito, la dottrina giuridica inglese ha affermato che: «laddove un decisore abbia un potere discrezionale, dovrebbe tener conto delle circostanze individuali quando lo esercita, dovrebbe prendere ogni decisione in base ai suoi meriti piuttosto che adottare un approccio unico per tutti e dovrebbe essere pronto a discostarsi da politiche o linee guida in cui adeguata. Altrimenti potrebbero aver agito illegalmente limitando la loro discrezionalità. Ciò avverrà in particolare laddove le decisioni riguardino questioni relative ai diritti umani, con un equilibrio di diritti e interessi, e quindi richiedano necessariamente poteri discrezionali da esercitare con la dovuta considerazione»¹⁰⁴.

Nelle scienze argomentative il concetto di prevedibilità si contrappone alla *deputio ad finem* e contribuisce a sminuire l'attualità della cura “*in concreto*” dell'interesse collettivo.

“Prevedere”, infatti, importa l'acquisizione del sapere *ex ante*. Conoscere la scelta amministrativa anticipatamente significa ipotizzare che gli interessi delle parti siano sempre identici e che la decisione da adottare sia necessariamente il prodotto di un'azione meccanicistica. “Predire” implica, allo stesso tempo, l'an-

¹⁰² Per un approfondimento del tema: cfr. R. Festa, *Verisimilitude, Cross Classification, and Prediction Logic. Approaching the Statistical Truth by Falsified Qualitative Theories*, in *Mind and Society*, 2007, 6, 37-62; C. Mortensen, *Relevance and verisimilitude*, in *Synthese*, 1983, 55, 3, 353; G. Cevolani, V. Crupi, R. Festa, *Verisimilitude and Belief Change for Conjunctive Theories*, in *Erkenntnis*, 2011, 75, 183-202.

¹⁰³ C. Di Michele, *Intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: sfide concrete e prospettive future*, cit. ricorda «le decisioni [...] complesse, possono portare ad una rosa di risultati diversi la cui individuazione dipende dall'elaborazione dei dati, dalla loro valutazione, dall'applicazione dei principi di proporzionalità e di precauzione e soprattutto dal bilanciamento degli interessi basato sui valori costituzionali». In letteratura l'interessante riflessione di D.U. Galetta, *L'azione amministrativa e il suo sindacato: brevi riflessioni, in epoca di algoritmi e crisi*, cit., 225-231.

¹⁰⁴ Cfr. J. Cobbe, *Administrative Law and the Machines of Government: Judicial Review of Automated Public Sector Decision Making*, in *Legal studies website*, 2019, 39, Issue 4, 19.

tipicato conseguimento del risultato prima ancora di conoscere le reali aspirazioni degli interessati. In tale caso si ricava una scelta anticipata dell'azione amministrativa prima della valutazione analitica dei fatti e degli elementi istruttori. A ben vedere, il concetto stesso di *processo decisionale automatizzato* intende l'adozione di una scelta amministrativa priva di reale ragionamento giuridico capace di ricostruire il fatto attuale e vagliare i molteplici fattori correlati che identificano «la situazione reale nella quale il potere in concreto esercitato va ad incidere»¹⁰⁵.

Così sintetizza, in modo esemplare, Galetta: «Ma allora, o l'amministrare diventa davvero una mera equazione matematica, risolvibile grazie all'applicazione di oscuri algoritmi che diano una parvenza (che tale rimane, ovviamente!) di matematica certezza; oppure, è meglio che l'amministrazione si doti della famosa "sfera di cristallo"»¹⁰⁶.

La decisione amministrativa, come ogni decisione giuridica, postula l'accertamento dei fatti rappresentati, l'individuazione della norma alla cui fattispecie i fatti sono riconducibili; la scelta argomentata dalla quale emerge la ragione della decisione in vista dell'attuazione in concreto del fine pubblico.

Queste operazioni sono frutto di un processo intellettuale cognitivo e non di una valutazione meccanica. Le questioni di fatto e di diritto che l'amministrazione pubblica affronta non sono oggetto di verifica ma di valutazione, in modo da «ricondurre i casi concreti al significato delle regole»¹⁰⁷ e all'attualità degli interessi. Si deduce che «la decisione amministrativa per algoritmo non solo non è ovviamente la migliore sul piano del bilanciamento degli interessi in gioco tale bilanciamento è infatti "prodotto" sulla base della rielaborazione pura e semplice dei dati e sulla base delle "istruzioni" ricevute; ma neppure è certo [...] stante l'aura di "matematica correttezza" che naturalmente la avvolge – che la decisione amministrativa per algoritmo sia migliore sul piano delle c.d. valutazioni fattuali»¹⁰⁸.

Avverte la Commissione europea per l'efficienza della giustizia che il «[...] lavoro di interpretazione è esattamente quello che al giorno d'oggi le tecniche di apprendimento automatizzato non svolgono – e non cercano di svolgere – in quan-

¹⁰⁵ V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 423.

¹⁰⁶ D.U. Galetta, *L'azione amministrativa e il suo sindacato: brevi riflessioni, in epoca di algoritmi e crisi*, cit., 231.

¹⁰⁷ A. Baratta, *Ricerche su essere e dover essere nell'esperienza normativa e nella scienza del diritto*, Milano, 1968, 74. L'illegittimità del provvedimento amministrativo, accertata giudizialmente, determina una responsabilità risarcitoria della pubblica amministrazione quando sussistano indici presuntivi tali da individuare la sua colpevolezza (semplicità degli elementi di fatto e di diritto) per violazione dei canoni di imparzialità, correttezza e buona fede qualora integri un danno ingiusto ex art. 2043 c.c. o un pregiudizio suscettibile di risarcimento in ragione all'equivalente economico perduto (cfr. Cassazione Civile, SS.UU. 22 luglio 1999, 500; Consiglio di Stato, Sez. VI, 05 marzo 2021, n. 1869; Consiglio di Stato, Sez. VI, 10 luglio 2017, n. 3392). Sull'individuazione del nesso di causalità tra condotta dell'Amministrazione e evento dannoso cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 19 gennaio 2023, n. 674).

¹⁰⁸ Ivi, 227.

to esse, [...], effettuano elaborazioni automatizzate basate sul presupposto che la correlazione di grandi volumi di informazioni possa sostituire la comprensione dei veri nessi causali di una decisione [...]»¹⁰⁹, mentre l'azione amministrativa è comprensione del contesto (c.d. criterio della scoperta) e scelta argomentata della singolarità della fattispecie oggetto di valutazione (c.d. criterio della giustificazione).

Per adesso, l'unico elemento certo emergente dalle sentenze di accoglimento delle istanze dei ricorrenti, è che il procedimento amministrativo algoritmico non è in grado di garantire l'efficienza, l'economicità e la trasparenza che, a parole, si vuole intravedere.

¹⁰⁹ Cepej, *Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi*, cit., 27-28

Le incertezze dell'istruttoria nella decisione amministrativa algoritmica

Il diritto appartiene alle scienze argomentative le quali non tollerano l'arbitrarietà delle soluzioni. Gli applicativi informatici, utilizzando l'inferenza algoritmica, compiono valutazioni probabilistiche basate sulla verosimiglianza e la storicità dei dati *input*. La scelta amministrativa non si sostanzia solo di sapere scientifico o di rilevanza statistica, ma di vari elementi concreti, difficilmente definibili in un modello matematico-deduttivo. Risultati statisticamente significativi possono essere giuridicamente incoferenti; così elementi statisticamente poco significativi possono comunicare una serie di informazioni utili per il corretto esercizio dell'attività amministrativa che è tenuta a valutare, in modo ragionevole, prudente ed equilibrato, tutti gli elementi necessari ed utili per il conseguimento del fine pubblico.

The uncertainties of the investigation in the algorithmic administrative decision

Law belongs to the argumentative sciences which do not tolerate the arbitrariness of solutions. Computer applications, using algorithmic inference, perform probabilistic assessments based on the likelihood and historicity of the input data. The administrative choice does not consist only of scientific knowledge or statistical significance, but of various concrete elements, difficult to define in a mathematical-deductive model. Statistically significant results may be legally inconsistent; thus, statistically insignificant elements can communicate a series of useful information for the correct exercise of the administrative activity which is required to evaluate, in a reasonable, prudent and balanced way, all the elements necessary and useful for the achievement of the public purpose.

Vincolo di destinazione d'uso e disciplina dei beni culturali

Niccolò Pecchioli

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I vincoli di destinazione dei beni culturali nella giurisprudenza del Consiglio di Stato. – 3.1. Sull'ammissibilità di un vincolo culturale di destinazione d'uso ai sensi dell'art. 10 comma 3, lett. d) del Codice dei beni culturali. – 3.2. Sulla rilevanza delle espressioni di identità culturale collettiva ai sensi dell'art. 7-bis del Codice dei beni culturali. – 3.3. Sulla definizione di patrimonio culturale. – 4. La necessità di conformazione della proprietà culturale e della correlata libertà di iniziativa economica. – 5. Conformazione della proprietà culturale e liberalizzazione delle attività commerciali. – 6. Conclusioni.

1. *Premessa*

La questione del vincolo di destinazione d'uso dei beni culturali¹, mai finora realmente definita, si è recentemente riproposta all'attenzione degli osservatori di fenomeni giuridici. Essa ha infatti costituito oggetto della importante sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 5/2023², la quale in ottica nomofilattica ha tracciato un quadro più chiaro o quantomeno più univoco del tema, pur mantenendo talune timidezze di approccio argomentativo già emerse nella precedente giurisprudenza.

Il caso trae origine da una controversia introdotta dinanzi al Tar del Lazio dalla società proprietaria di un complesso immobiliare situato nel centro di Roma, comprendente, in particolare, un locale posto al piano terra adibito ad attività di ristorazione ("Il Vero Alfredo"), il quale, con decreto del Ministero

¹ In dottrina, sullo specifico tema v. A. Mansi, *Il vincolo di destinazione di attività aventi interesse storico o culturale nei centri storici*, in *Riv. giur. ed.*, 1993, 2, 101 ss.; F. Benvenuti, *Sull'estensione del vincolo d'uso di beni storici notificati*, in *Scritti in onore di P. Virga*, Milano, 1994, I, 283 ss.; M. Cermel, *Attività economiche e beni culturali*, in *Dir. econ.*, 1996, 101 ss.; A. Crosetti, *Tutela di beni culturali attraverso vincoli di destinazione: problemi e prospettive*, in *Riv. giur. ed.*, 2002, 4, 255 ss., ove ulteriori, ampi richiami bibliografici e giurisprudenziali.

² Cons. Stato, ad. plen., 13 febbraio 2023, n. 5, in *Foro it.*, 2023, 2, III, 47 ss.

della cultura n. 50 del 13 luglio 2018, è stato dichiarato, insieme alle opere d'arte e agli elementi di arredo conservati all'interno, «di interesse particolarmente importante ai sensi dell'art. 10, co. 3, lett. d) ("Beni culturali") e in considerazione dei principi enunciati dall'art. 7-*bis* ("Espressioni di identità culturale collettiva") del D.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 e ss.mm.ii.», con conseguente assoggettamento a vincolo di tutela quale bene culturale, per «garantire la conservazione, oltre che degli aspetti architettonici e decorativi, anche della continuità d'uso esplicitata negli aspetti legati alla tradizione culturale di convivialità del locale».

Più esattamente, gli elementi a base della dichiarazione di importanza culturale di tale insieme di beni e della conseguente esigenza di tutela sono stati individuati dal provvedimento di vincolo:

- nel collegamento tra la storia del ristorante e il suo allestimento, tale sin dall'origine dell'attività di ristorazione, da sempre svolta nel locale allestito come è proprio per una siffatta destinazione, funzionale alla relativa attività commerciale;
- nella conservazione dell'originario allestimento del ristorante, comprensivo degli arredi e dei bassorilievi d'epoca, in linea con il gusto del periodo che concepiva la decorazione plastica come parte integrante dell'architettura;
- nella continuità ininterrotta dell'unione tra il locale ristorante, gli arredi e le opere artistiche contenute al suo interno, la tradizione enogastronomica e le socialità che, dai primi anni cinquanta ad oggi, ha reso il ristorante uno spazio fisico e simbolico di accoglienza e di incontro di "mondi" e individui dalla provenienza geografica e sociale estremamente diversificata;
- nel «successo di una formula gastronomica e di ospitalità, perpetuatasi attraverso immutate prassi di attività che, ancorché ammantata di mondanità e lustro spettacolare, è profondamente nutrita di elementi della tradizione popolare, italiana e specificamente romana»;
- nella notorietà dell'attività commerciale anche in ambito internazionale, siccome espressiva (secondo la valutazione ministeriale) di importanti valori culturali.

Il decreto ministeriale, insieme agli atti connessi, è stato impugnato dalla società proprietaria dell'immobile, la quale ha lamentato che il provvedimento avesse imposto un vincolo di destinazione d'uso esclusivo, volto nella sostanza a garantire la continuazione dell'attività imprenditoriale da parte dell'attuale gestore.

La controversia ha dunque riguardato la legittimità di un provvedimento amministrativo con cui il Ministero della Cultura, pur dichiarando l'interesse culturale di cose materiali (l'unità immobiliare e le opere e gli arredi in essa contenuti), ha comunque tutelato l'immobile quale ristorante, in relazione cioè all'attività commerciale in esso esercitata, valorizzando, sia sotto il profilo sistematico

sia sotto quello teleologico, la connessione inscindibile tra gli elementi materiali e quelli immateriali.

Accolto il ricorso dal Tar del Lazio, con sentenza n. 5864 del 2021³, sul presupposto che l'amministrazione avesse imposto un vero e proprio vincolo di destinazione d'uso del bene che, oltre ad essere privo di base giuridica, sarebbe irragionevole e sproporzionato, il ristorante e il Ministero della Cultura hanno interposto appello dinanzi al Consiglio di Stato.

La sesta sezione del Consiglio di Stato, con ordinanza del 28 giugno 2022, n. 5357, ha rimesso all'Adunanza Plenaria due questioni di diritto:

- a) l'ammissibilità del vincolo culturale di destinazione d'uso quale mezzo generale di tutela di un bene dichiarato di interesse culturale ai sensi dell'art. 10, comma 3, lett. d) del D.lgs. n. 42/2004 (ossia per «riferimento con la storia politica, militare, della letteratura, dell'arte, della scienza, della tecnica, dell'industria e della cultura in genere, ovvero quali testimonianze dell'identità e della storia delle istituzioni pubbliche, collettive o religiose») e, in caso affermativo, l'ambito di operatività di tale strumento;
- b) la possibilità – anche nel caso in cui dovesse negarsi il potere generale dell'amministrazione di imporre un vincolo culturale di destinazione d'uso – di ammettere tale mezzo di tutela ove si faccia questione di un bene che, oltre a detenere un proprio interesse culturale ai sensi dell'art. 10 del D.Lgs. n. 42/2004, risulti altresì espressione del patrimonio culturale immateriale ex art. 7-*bis* del D.Lgs. cit.

2. *I vincoli di destinazione dei beni culturali nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*

L'Adunanza plenaria ha innanzitutto riconosciuto che la questione relativa all'ammissibilità di un vincolo culturale di destinazione d'uso non è stata univocamente risolta dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, dalla quale risultano emergere tre diversi orientamenti giurisprudenziali; il primo⁴, che nega l'ammissibilità del vincolo culturale di destinazione d'uso, ritenendolo incompatibile con l'impostazione del D.Lgs. n. 42/2004 (d'ora in avanti anche: "Codice"), per il quale l'oggetto della tutela risiede soltanto nelle cose materiali incorporanti i

³ Su tale sentenza, v. il commento di A. Mussatti, *Il vincolo storico-artistico di destinazione d'uso: inammissibilità dello strumento, inadeguatezza della disciplina*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 3, 404 ss.

⁴ Cons. Stato, sez. VI, 16 settembre 1998, n. 1266; Cons. Stato, sez. VI, 12 luglio 2011, n. 4198; Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2015, n. 1003; Cons. Stato, sez. VI, 29 dicembre 2017, n. 6166; Cons. Stato, sez. V, 25 marzo 2019, n. 1933.

valori culturali (cognitivi, storici, artistici); un secondo orientamento⁵ che ritiene ammissibile il ricorso a tale strumento di tutela in circostanze eccezionali e circoscritte, correlate alla particolare trasformazione del bene con una specifica destinazione e al suo stretto collegamento per un'iniziativa storico-culturale di rilevante importanza; ed infine un terzo indirizzo⁶, che considera non estranea al sistema dei vincoli per la tutela delle cose di interesse storico o artistico la previsione di limiti alla loro destinazione, senza che ciò si risolva nell'obbligo di gestire una determinata attività. Tale strumento di tutela sarebbe, pertanto, ammissibile non solo con riferimento a fattispecie derogatorie predeterminate in via astratta, ma ogniquale le circostanze del caso concreto lo giustificano, previa puntuale motivazione sulla sussistenza di valori culturali, estetici e storici tutelabili perché «incarnati in una determinata struttura», avendo riguardo al riferimento della *res* alla storia della cultura ed alla rilevanza artistica degli arredi ivi conservati.

3.1. *Sull'ammissibilità di un vincolo culturale di destinazione d'uso ai sensi dell'art. 10 comma 3, lett. d) del Codice dei beni culturali*

L'Adunanza plenaria abbraccia il terzo orientamento, anche per la sua riconosciuta attitudine a legittimare un più ampio e pervasivo potere di tutela del bene culturale⁷.

Innanzitutto, la Plenaria sottolinea che la disciplina contenuta nel Codice tutela l'uso del bene culturale come funzionale alla conservazione materiale della

⁵ Cons. Stato, sez. VI, 28 agosto 2006, n. 5004; Cons. Stato, sez. VI, 6 maggio 2008, n. 2009; Cons. Stato, sez. IV, 12 giugno 2013, n. 3255.

⁶ Cons. Stato, sez. VI, 10 ottobre 1983, n. 723; Cons. Stato, sez. VI, 18 ottobre 1993, n. 741; Cons. Stato, sez. VI, 16 novembre 2004, n. 7471.

⁷ Sulla nozione di bene culturale, v. tra i molti e senza nessuna pretesa di completezza, M.S. Giannini, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 3 ss.; S. Cassese, *I beni culturali da Bottai a Spadolini*, in *Rassegna degli Archivi di Stato*, 1975, 1-2-3; V. Cerulli Irelli, *Beni culturali, diritti collettivi e proprietà pubblica*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, I, 135 ss.; G. Severini, *La nozione di bene culturale e le tipologie di beni culturali*, in G. Caia (a cura di), *Il Testo unico sui beni culturali e ambientali*, Milano, 2000, 1 ss.; T. Alibrandi, P. Ferri, *I beni culturali e ambientali*, IV ed. aggiornata da T. Alibrandi, A. Cenerini, Milano, 2001, 25 ss.; S. Cattaneo, *Cultura e patrimonio culturale* in G. Santaniello (diretto da), *Trattato di Diritto Amministrativo*, vol. XXXIII, A. Catelani, S. Cattaneo, *I beni e le attività culturali*, Padova 2002, 3 ss.; M. Ainis, M. Fiorillo, *I beni culturali*, in S. Cassese (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo. Diritto Amministrativo speciale*, II, Milano, 2003, 1451 ss.; A.L. Tarasco, *Beni, patrimonio e attività culturali. Attori privati e autonomie territoriali*, Napoli, 2004; W. Cortese, *Il patrimonio culturale*, Padova, 2007; M. Ainis, M. Fiorillo, *L'ordinamento della cultura*, Milano, 2008; A. Bartolini, *Beni culturali (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Annali, VI, Milano, 2013, 93 ss.; *Atti del convegno sui beni immateriali tra regole privatistiche e pubblicitiche*, svoltosi ad Assisi il 25-27 ottobre 2012, in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line*, 2014, n. 1.; L. Gasparini, *Il patrimonio culturale immateriale. Riflessioni per un rinnovamento della teoria e della pratica sui beni culturali*, Milano, Vita e Pensiero, 2014; A. Bartolini, *Il bene culturale e le sue plurime concezioni*, in *Dir. amm.*, 2019, 3, 223 ss.; P. Forte, *Il bene culturale pubblico digitalizzato*, in *P.A. Pers. e Amm.*, 2019, 2, 245 ss.

res; ciò si evince dal combinato disposto degli articoli 18, co.1, riferito al potere di vigilanza sui beni culturali, 20, comma 1, in merito al divieto di usi non compatibili con il carattere storico o artistico del bene culturale oppure tali da recare pregiudizio alla sua conservazione, nonché 21, comma 4, relativo all'obbligo di comunicazione al soprintendente del mutamento di destinazione d'uso del bene culturale: trattasi dunque di una disciplina normativa che «valorizza l'uso del bene culturale quale strumento per consentirne la conservazione materiale» e che quindi fonda il potere dell'Amministrazione di conformare detto uso in un'ottica di tutela del bene stesso.

In secondo luogo, precisato che l'imposizione di un vincolo di questo tipo non comporterebbe un'ingiustificata e sproporzionata lesione del diritto di proprietà e della libertà di iniziativa economica, attesa la sua natura conformativa e non espropriativa⁸, l'Adunanza plenaria legittima questa sua ricostruzione richiamando il *decisum* di cui alla celebre sentenza della Corte costituzionale n. 118/1990⁹, la quale, dopo avere rilevato che l'interesse culturale ex art. 9 Cost. prevale su qualsiasi altro interesse, compresi quelli economici, ha affermato alcuni principi che depongono nel senso della ammissibilità di poteri vincolistici di destinazione d'uso, ancorando la loro ammissibilità alla funzione sociale che la proprietà privata deve svolgere ai sensi dell'art. 42 Cost.; tale funzione imporrebbe, infatti, la necessità di preservare il carattere culturale del bene, che in tali casi appare inscindibilmente legato all'uso al quale la *res* è stata storicamente destinata¹⁰. Tale vincolo – specifica la Consulta – non può però riguardare l'attività in

⁸ L'Adunanza plenaria ricorda infatti come da tempo la giurisprudenza costituzionale (cfr. Corte costituzionale, 20 dicembre 1976, n. 245) sostenga la natura conformativa e non espropriativa dei vincoli culturali, poiché essi si estrinsecano nell'imposizione di limiti alla proprietà privata in relazione a modi di godimento di intere categorie di beni, senza però comportare una definitiva compromissione del diritto reale (effetto invece tipico di un vincolo espropriativo).

⁹ Corte cost., 9 marzo 1990, n. 118, in *Giur. cost.*, 1990, 3, 660, con nota di F. Rigano, *Tutela dei valori culturali e vincoli di destinazione d'uso dei beni materiali*; in *Cons. St.*, 1990, II, 435, con nota di R. Murra, *Tutela delle attività tradizionali: una lettura più moderna della legge 1 giugno 1939 n. 1089, ibidem*, 759 ss.; in *Nomos*, 1990, n. 2, 154 con nota di F. Rimoli, *L'attività come bene culturale al vaglio della corte costituzionale, ibidem*, 101 ss.; in *Riv. giur. pol. loc.*, 1990, 613, con nota di M. Logiudice, *Beni storici ed artistici: la tutela del bene e le garanzie del titolare alla luce della sentenza n. 118 del 1990 della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1990, I, 1101, con nota di C.M. Barone, resa in riferimento alla questione di legittimità costituzionale rispetto all'art. 9 Cost. degli artt. 1 e 2 della L. 1089/1939 vigenti *ratione temporis*, nella parte in cui non avrebbero previsto la possibilità di tutelare le attività tradizionali caratterizzanti una parte del territorio cittadino e, in particolare, i centri storici.

¹⁰ Nel dichiarare infondata la dedotta questione di costituzionalità, scrive la Corte Costituzionale nella richiamata sentenza n. 118/1990 che «il valore culturale dei beni [...] al cui genere appartengono quelli di cui trattasi, è dato dal collegamento del loro uso e della loro utilizzazione pregressi con accadimenti della storia, della civiltà o del costume anche locale. In altri termini, essi possono essere stati o sono luoghi di incontri e di convegni di artisti, letterati, poeti, musicisti ecc.; sedi di dibattiti e discussioni sui più vari temi di cultura, comunque di interesse storico-culturale, rilevante ed importante, da accertarsi dalla pubblica amministrazione competente. La detta utilizzazione non assume rilievo autonomo, separato e distinto dal bene ma si compenetra nelle cose che ne costituiscono il supporto materiale e, quindi, non può essere protetta separatamente dal bene». La

sé e per sé considerata separatamente dal bene, poiché l'attività deve invece essere libera, secondo i principi di cui agli artt. 2, 9, 33 e 41 della Costituzione.

Riprendendo tali considerazioni, la Plenaria conclude dunque che «la tutela del bene culturale non può che estendersi anche al suo uso, ogni qualvolta anche quest'ultimo contribuisca alla sua rilevanza culturale», fatta salva la necessità di una «intermediazione del potere amministrativo e una valutazione motivata in relazione alle peculiarità concrete, all'esito di un'adeguata istruttoria».

Conseguito questo punto di arrivo, l'Adunanza plenaria, sempre invero sulla scia della citata sentenza della Corte costituzionale n. 118 del 1990, specifica che l'esercizio del suddetto potere – finalizzato alla salvaguardia dell'integrità e alla conservazione del bene – non deve tradursi nell'obbligo di gestire una determinata attività: cioè, più esattamente, nessun obbligo di esercizio o prosecuzione dell'attività commerciale o imprenditoriale può essere imposto ad un determinato gestore, né sarà possibile attribuire ad esso una “riserva di attività”, che si tradurrebbe in una sorta di “rendita di posizione” (dovendosi ritenere, in tal caso, l'illegittimità del provvedimento amministrativo per sviamento di potere).

In altri termini, è possibile solo prospettare l'imposizione di un «divieto di usi diversi da quello attuale»: un vincolo che imponga un divieto «a carattere e contenuto “misto” (di tipo “intrinseco” e di tipo “relazionale esterno” o “testimoniale”) ai sensi dell'art. 10, comma 3, lett. d) del Codice», in quanto «funzionale sia alla conservazione della *res* che alla prosecuzione dell'attività ivi svolta, se inscindibile e compenetrata negli elementi materiali considerati di interesse storico-culturale».

Infine, il provvedimento di vincolo deve essere particolarmente curato sul piano motivazionale, dovendosi dare preciso conto dell'esistenza di una compenetrazione tra la *res* e l'attività ivi svolta: deve trattarsi di un collegamento “ontologico” tra gli elementi culturali materiali e lo svolgimento di un'attività, collegamento da cui si evinca il valore culturale della *res*, evidenziato dall'immedesimazione dei valori storico culturali con le strutture materiali (quali l'immobile e gli arredi in esso contenuti) e dalla relazione dei beni con determinati eventi della storia e della cultura.

Corte ha quindi affermato che «[l]'esigenza di protezione culturale dei beni, determinata dalla loro utilizzazione e dal loro uso pregressi, si estrinseca in un vincolo di destinazione che agisce sulla proprietà del bene e può trovare giustificazione, per i profili costituzionali, nella funzione sociale che la proprietà privata deve svolgere (art. 42 della Costituzione)» (Corte Cost., sent. n. 118/1990 cit., par. 3.4).

3.2. *Sulla rilevanza delle espressioni di identità culturale collettiva ai sensi dell'art. 7-bis del Codice dei beni culturali*

Quanto alla valenza del vincolo culturale anche in riferimento al disposto dell'art. 7-*bis* del Codice, l'Adunanza plenaria, dinanzi al problema di interpretare ed applicare correttamente la locuzione «espressioni di identità culturale collettiva» ivi contenuta, riconosce che nella specifica fattispecie, accanto al tema della preservazione della *res*, si delinea altresì l'esigenza di salvaguardare la continuità della condivisione, della riproduzione e della trasmissione delle manifestazioni immateriali a cui la medesima *res* risulta collegata.

Come noto, l'art. 7-*bis* è stato introdotto nel Codice dei beni culturali dal D.Lgs. n. 62/2008, per dare pronta attuazione alle Convenzioni UNESCO (del 2003 e del 2005) in materia di salvaguardia del patrimonio immateriale e per la protezione e la promozione delle diversità culturali; la norma afferma infatti testualmente che le espressioni di identità culturale collettiva contemplate dalle Convenzioni in questione possono ricevere tutela nel nostro ordinamento qualora sussistano due condizioni, e cioè che siano rappresentate da testimonianze materiali e che sussistano i presupposti applicativi dell'art. 10 del Codice.

In particolare, l'elemento fisico correlato deve, da un lato, «testimoniare l'esistenza e il modo di essere dell'espressione di identità culturale collettiva», tramandando «un lascito del passato, da preservare nel presente per la trasmissione alle generazioni future»; dall'altro, sussistendone le condizioni, deve essere già di per sé tutelabile ex art. 10 del D.Lgs. n. 42/2004.

Per perseguire queste finalità diviene dunque valorizzabile proprio lo strumento costituito dal vincolo di destinazione d'uso, «che ponga la *res* a servizio dell'espressione culturale di cui costituisce la testimonianza in relazione al messaggio che il bene culturale, come un vero e proprio documento, è in grado di perpetuare per le generazioni future».

In questa prospettiva, il vincolo sull'immobile non può prescindere dall'imprimere sullo stesso un determinato uso, pena la sua vanificazione; è proprio lo stretto collegamento tra l'attività svolta e la dimensione materiale ad essere espressione del patrimonio culturale della collettività, che si perderebbe qualora venisse consentito un uso della *res* diverso da quello storicamente posto in essere, pregiudicandone inevitabilmente il valore testimoniale.

3.3. *Sulla definizione di patrimonio culturale*

In ultimo, e cioè in chiusura della sua opera esegetica e nomofilattica, l'Adunanza plenaria svolge alcune considerazioni generali in tema di patrimonio culturale, proponendosi di tratteggiare, con uno sforzo definitorio, gli esatti confini del concetto di bene culturale.

Il bene culturale rileva *inter alia* anche come «testimonianza vivente», rappresentando «un mezzo di prova dell'esistenza della manifestazione culturale, immateriale e collettiva, che, tramite la *res*, si alimenta e si ricrea, perpetuandosi nel tempo».

In tal senso, il bene culturale presenta una particolare «forza evocativa» in virtù del valore che incarna e che assume significato per un'intera collettività di riferimento, che da esso trae un «senso di identità e di continuità».

In questo contesto, il *quid pluris* introdotto dall'art. 7-*bis* risiede dunque nel fatto di consentire non solo la conservazione del valore culturale incorporato nella *res* e derivante già dalla sua qualificazione come bene culturale ai sensi dell'art. 10 del Codice, ma anche la continuità dell'espressione culturale di cui la cosa costituisce testimonianza.

Quindi l'art. 7-*bis* vale a riconoscere, alle ivi indicate condizioni, rilievo e significato anche ai c.d. «beni culturali intangibili» (o «patrimonio culturale immateriale»), per i quali la *ratio* di tutela risiede nella ravvisata impossibilità di scindere la dimensione materiale da quella immateriale.

Di talché la collettività può concepire quel bene come bene culturale che non costituisce solo «patrimonio culturale» – apprezzabile in un'ottica conservativa – ma anche «eredità culturale»¹¹, da trasmettere come tale alle future generazioni.

4. *La necessità di conformazione della proprietà culturale e della correlata libertà di iniziativa economica*

La lunga ma necessaria disamina della pronuncia resa dall'Adunanza plenaria è valsa ad evocare ed in prevalente misura a chiarire le ragioni per cui il diritto positivo consente di inquadrare nello statuto di tutela dei beni culturali anche la possibilità del loro assoggettamento ad un vincolo di destinazione d'u-

¹¹ Il concetto di *cultural heritage* risulta definito dalla Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore dell'eredità culturale per la società, fatta a Faro il 27 ottobre 2005, ratificata con la legge 1° ottobre 2020, n. 133, ove il «patrimonio culturale» viene ricondotto all'insieme delle risorse ereditate dal passato, riflesso di valori e delle credenze, delle conoscenze e tradizioni, in continua evoluzione, rilevanti per una comunità di persone, rimarcando il valore e il potenziale del patrimonio culturale come risorsa per lo sviluppo sostenibile e per la qualità della vita e individuando in correlazione ad esso il «diritto al patrimonio culturale».

so. Si tratta di ragioni espresse con argomentazioni convincenti, ripetute, talvolta financo prolisse, che rappresentano però un'importante acquisizione nell'ottica di un'auspicata applicazione uniforme di una disciplina normativa che, per assolvere la sua funzione in maniera efficace, necessita di criteri di interpretazione certi ed univoci.

In tal senso, dunque, l'intervento dell'Adunanza plenaria in questa materia deve essere salutato come un approdo interpretativo importantissimo, non solo perché destinato a favorire la certezza del diritto su un tema finora dominato dalle incertezze applicative, ma anche per la valenza propulsiva che gli è propria e che si riconnette all'esercizio della funzione nomofilattica da cui promana¹².

Ciò posto, talune insistenti sensazioni di debolezza, o – per meglio dire – di timidezza nell'ordito argomentativo sviluppato dalla Plenaria non possono essere sottaciute.

Il disposto dell'art. 10, comma 3, lett d) del Codice viene letto come base normativa non solo necessaria, ma anche sufficiente ai fini della dichiarazione di interesse culturale “per riferimento”, laddove la *res* e l'attività che si svolge al suo interno palesino la consistenza di un *unicum* compenetrato ed inscindibile, atto ad identificare e qualificare il valore culturale oggetto di tutela.

Il che lascia dunque ritenere che un vincolo di destinazione d'uso impresso su di un bene culturale possa trovare adeguata cittadinanza nello statuto di tutela del bene stesso già sulla base di quanto stabilisce l'art. 10 comma 3, lett. d) del Codice; se così è, occorre allora cercare di focalizzarsi sulla rilevanza che deve essere riconosciuta alle «espressioni di identità culturale collettiva» contemplate dalle Convenzioni UNESCO del 2003 e del 2005 per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale e per la protezione e la promozione delle diversità culturali.

Come si diceva sopra, il *quid pluris* introdotto dall'art. 7-bis nella fattispecie all'esame della Plenaria risiede nel fatto di consentire non solo la conservazione del valore culturale incorporato nella *res* e derivante già dalla sua qualificazione come bene culturale ai sensi dell'art. 10, comma 3, lett. d) del Codice, ma anche la continuità dell'espressione culturale di cui la cosa costituisce testimonianza.

¹² Funzione propulsiva che risulta evidente quando la Plenaria adotta interpretazioni in contrasto con quelle precedentemente dominanti, pur sorgendo a quel punto il problema di un'eventuale modulazione degli effetti nel tempo della pronuncia innovativa (è il tema della c.d. *prospective overruling*) per evitare le conseguenze pregiudizievoli che possano derivare dall'attribuzione ad essa di effetti pienamente retroattivi: v. in tal senso Cons. Stato, ad. plen., 22 dicembre 2017, n. 13, resa in riferimento alla interpretazione del combinato disposto – nell'ordine logico – dell'art. 157, comma 2, dell'art. 141, comma 5, dell'art. 140, comma 1 e dell'art. 139, comma 5 del D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, il quale deve intendersi nel senso che il vincolo preliminare nascente dalle proposte di dichiarazione di notevole interesse pubblico formulate prima dell'entrata in vigore del medesimo decreto legislativo – come modificato con il D.Lgs. 24 marzo 2006, n. 157 e con il D.Lgs. 26 marzo 2008, n. 63 – cessa qualora il relativo procedimento non si sia concluso entro 180 giorni, che nella citata logica di modulazione temporale, la Plenaria ha statuito decorrano dalla pubblicazione della sua sentenza interpretativa. Sul contenuto della funzione nomofilattica v. di recente anche Cons. Stato, ad. plen., 26 aprile 2023, n. 14.

Di talché la collettività può concepire quel bene anche quale «eredità culturale», che è suscettibile di tutela in ragione dell'inscindibile legame tra la manifestazione immateriale e la dimensione materiale del bene stesso.

Da qui sorge la prospettiva di una «tutela integrata del patrimonio culturale», rispetto alla quale il richiamo alle espressioni di identità culturale collettiva di cui all'art. 7-*bis* assume un significato di valorizzazione pregnante e peculiare di dati ed elementi propriamente identitari, intesi non solo come memoria collettiva e testimonianza storica, ma, in una logica di continuità formativa ed educativa consustanziale al concetto di “cultura”, anche come lascito identitario per le generazioni future.

Pertanto, il riferimento all'art. 7-*bis* integra un dato normativo necessario ma non sufficiente alla suddetta qualificazione identitaria, posto che, come ampiamente ricordato, non può esistere nello statuto di tutela del Codice una manifestazione culturale immateriale che non sia intimamente congiunta con una *res*, a sua volta dotata di un proprio interesse culturale ai sensi dell'art. 10; correlativamente, l'art. 7-*bis* rappresenta un motivo di qualificazione complementare della fattispecie, giacché accanto alla ragione di tutela legata alla conservazione del valore culturale della cosa come bene culturale, già di suo autosufficiente rispetto all'apposizione del vincolo ai sensi dell'art. 10, aggiunge uno specifico rilievo in favore della continuità dell'espressione culturale, di cui la cosa stessa costituisce testimonianza.

Ma è per l'appunto proprio lo specifico obiettivo di continuità da assicurare all'espressione culturale compenetrata nella cosa, a tradire la prudenza – per non dire la timidezza – dell'Adunanza plenaria, che non ha colto come un obiettivo di tal sorta postuli l'assunzione di una prospettiva di protezione “elastica” del bene, che richiede armi efficaci in quanto idonee sia alla conservazione del bene stesso, sia al contenimento del rischio che si interrompa quella ragione di continuità nella condivisione e soprattutto nella trasmissione della manifestazione culturale immateriale di cui esso costituisce testimonianza.

Ed invero, è opinione di chi scrive che queste armi efficaci avrebbero dovuto essere individuate nella necessità di riconoscere all'Amministrazione, e cioè nella specie al Ministero della Cultura, un potere impositivo del vincolo di destinazione d'uso dotato di una più ampia attitudine conformativa rispetto a quella alquanto limitata prospettata dall'Adunanza plenaria sulla scorta dei progressi orientamenti giurisprudenziali.

Si ricorda che su questo specifico aspetto la Plenaria ha precisato come l'esercizio del suddetto potere non dovrebbe tradursi nell'obbligo di gestire una determinata attività: cioè, più esattamente, nessun obbligo di esercizio o prosecuzione dell'attività commerciale o imprenditoriale potrebbe essere imposto ad un

determinato gestore, pena in tal caso l'illegittimità del provvedimento amministrativo per sviamento di potere.

In altri termini, sarebbe possibile imporre solo un «divieto di usi diversi da quello attuale», posto che la destinazione ad un uso incompatibile o differente da quello cui il bene è stato nel tempo stabilmente destinato «finirebbe per obliterare proprio il valore storico-culturale che è alla base del provvedimento di vincolo».

Quindi, ad es., dovrebbe considerarsi interdetta l'adibizione dei locali attualmente occupati dal ristorante "Il Vero Alfredo" ad altri usi tipologicamente del tutto diversi anche se in ipotesi non necessariamente incompatibili con il valore culturale dei luoghi, come una profumeria di lusso o un *atelier* di alta moda. Probabilmente il vincolo osterebbe anche all'insediamento di attività tipologicamente più affini, ma che non potrebbero conservare la combinazione virtuosa di qualità enogastronomica, lustro, mondanità e tradizione popolare romana come avverrebbe con l'avvento di un ristorante etnico.

Ma tutto ciò è sufficiente a preservare quel connotato di continuità che dovrebbe proiettare il bene verso la dimensione di "eredità culturale" da trasmettere alle future generazioni? Vale una siffatta, circoscritta portata dell'attitudine conformativa del potere ad assicurarne l'effetto utile, cioè in ultima analisi quel doveroso grado di efficacia ed efficienza quali attributi necessari ed ineludibili dell'azione amministrativa?

La sensazione è che le cautele dettate dall'Adunanza plenaria, quando parla di impossibilità di imporre l'esercizio o la prosecuzione dell'attività, siano troppo limitative, laddove lasciano presagire il rischio di una seria vanificazione dell'obiettivo di salvaguardia del valore culturale del bene.

Il potere impositivo del vincolo di destinazione non potrebbe ad es. legittimamente giungere fino a vietare che il proprietario non gestore possa lasciare sfritti i locali dove si svolge l'attività?

Ed ancora, è stata esclusa la possibilità di ingerenze sul diritto di proprietà e sull'esercizio dell'iniziativa economica privata, in particolare sotto il profilo della possibilità di tributare una rendita di posizione al gestore, garantendogli la prosecuzione dell'attività. Ma se è giusto che ciò non debba avvenire aprioristicamente ed in ogni caso, se è ugualmente giusto che non si possa imporre al gestore di continuare un'attività che per un qualche legittimo motivo non è più in grado di portare avanti, non sarebbe invece ragionevole che l'Amministrazione disponga del potere di valutare la singola fattispecie e quindi di tenere in considerazione situazioni pure ipotizzabili in cui l'identità del gestore risulta nella sostanza infungibile?

Una situazione di infungibilità, ancorché per forza di cose non destinata a durare indefinitamente, potrebbe in ipotesi verificarsi quando il gestore assumi su di sé in virtuosa combinazione da un lato la capacità di offrire un livello non

facilmente replicabile di eccellenza enogastronomica e, dall'altro lato, uno spirito di iniziativa o di intraprendenza rispetto all'organizzazione di eventi, occasioni, incontri, capaci nel loro insieme di mantenere e rafforzare l'attitudine del luogo a costituire uno spazio fisico e simbolico e comunque un "teatro" di frequentazioni che ritraggono dalla continuità d'uso incarnata da quel gestore (e non da un altro) il fattore identitario di un patrimonio immateriale.

Escludere per principio che l'Amministrazione possa compiere queste valutazioni di specificità della fattispecie significa dunque a giudizio di chi scrive menomare le possibilità di una tutela piena ed efficace del valore culturale del bene e quindi vulnerare la logica e la *ratio* stessa del potere impositivo del vincolo, di cui per altro verso si afferma la necessità.

Eppervero, un effetto conformativo più ampio avrebbe potuto e dovuto essere riconosciuto, tenuto conto non solo dell'argomentazione mutuata dal *decisum* della giurisprudenza costituzionale sulla prevalenza dell'interesse culturale ex art. 9 Cost., ma anche del fatto che, con specifico riguardo al diritto dominicale, l'esigenza di protezione culturale dei beni, determinata dalla loro utilizzazione e dal loro uso pregressi, «si estrinseca in un vincolo di destinazione che agisce sulla proprietà del bene e può trovare giustificazione, per i profili costituzionali, nella funzione sociale che la proprietà privata deve svolgere»¹³ ai sensi dell'art. 42 Cost.

Quanto invece ad un effetto conformativo maggiormente incidente sull'iniziativa economica privata, si dovrebbe considerare che siamo di fronte ad una libertà sottoposta per Costituzione (2° e 3° co. dell'art. 41 e art. 2 Cost.) a limiti e controlli, nel senso che «vi è un bilanciamento prescritto tra l'iniziativa economica privata ed altri valori, che pertanto esclude in radice l'assolutezza della libertà in oggetto (v. Corte Cost., 28 marzo 1968 n. 16)»¹⁴. Ed anzi, secondo autorevole dottrina, «non v'è dubbio che i commi 2° e 3° dell'art. 41 consentono interventi amplissimi, poiché nozioni come utilità sociale o fini sociali sono talmente onnicomprensive da ospitare qualunque contingente finalità pubblica» e si configurano financo come norme in bianco, ovvero come «principi valvola»¹⁵.

Non pare quindi dubitabile che i valori sottesi all'art. 9 Cost., i quali sovrintendono alla necessità di ritenere ammissibile nel nostro ordinamento il vincolo di destinazione d'uso dei beni culturali, avrebbero ben potuto essere considerati in posizione di primazia giuridica ed assiologica, secondo ragionevolezza e pro-

¹³ La citazione di cui al testo, e che la Plenaria fa propria, è tratta come noto da Corte cost, n. 118/1990 cit.

¹⁴ Così G. Morbidelli, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. giur.*, Vol. XIX, Roma.

¹⁵ V. ancora G. Morbidelli, *op. ult. cit.*, il quale richiama sul punto il pensiero di A. Baldassarre, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, 1971, XXI, Milano, 1971, 599 ss., e di V. Spagnuolo Vigorita, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, 244.

porzionalità¹⁶, non solo rispetto al diritto di proprietà, ma anche in confronto dell'iniziativa privata.

Del resto, se il vincolo di destinazione d'uso del bene culturale può essere imposto con finalità preventiva quando il provvedimento risulti funzionale alla conservazione della integrità materiale della cosa e del valore immateriale nello stesso incorporato e il medesimo vincolo deve essere funzionale a consentire che perduri nel tempo la condivisione e la trasmissione della manifestazione culturale immateriale, non è chi non veda come il potere impositivo di un siffatto vincolo abbia un senso ed una ragion d'essere solo ove persegua una finalità non soltanto conservativa, ma anche di salvaguardia della sua valenza testimoniale, che passa certamente dalla preservazione dell'attività che vi si svolge, ma che poi trascorre anche nella necessità di assicurare che quella stessa attività esista, persista e resista nel tempo, con i peculiari caratteri suoi propri.

Più in concreto, e riportando ancora una volta la questione al caso del ristorante "Il vero Alfredo", se l'esigenza di tutela è stata legittimamente ravvisata nella necessità di conservare il collegamento tra la storia del ristorante e il suo allestimento, tale sin dall'origine dell'attività di ristorazione; ed ancora nel valore da riconoscere alla continuità ininterrotta dell'unione tra il ristorante, gli arredi e le opere artistiche contenute al suo interno, la tradizione enogastronomica e la socialità che dai primi anni cinquanta del secolo scorso ad oggi hanno caratterizzato il locale, orbene – a fronte di tutto ciò – come si può pensare che il vincolo non debba essere dotato di una valenza conformativa anche sull'esercizio dell'attività¹⁷, quantomeno ai fini di assicurare il mantenimento di quelle condizioni,

¹⁶ Il riferimento alla ragionevolezza e alla proporzionalità intende evidenziare che, predicando la primazia giuridica ed assiologica dell'art. 9 Cost., non si vuole caldeggiare alcuna logica gratuitamente dirigistica; ben al contrario, si ritengono nello specifico massimamente rilevanti le statuizioni della giurisprudenza costituzionale, ove afferma che la libertà di iniziativa economica non può essere limitata «oltre la misura che ragionevolmente può apparire consentita dalle finalità che si intendono perseguire» (così Corte Cost., 22 gennaio 1987, n. 14). Sul punto, appaiono illuminanti le considerazioni di G. Severini, *Tutela del patrimonio culturale, discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità*, in *Aedon*, 2016, n. 4, ove rileva che le valutazioni di discrezionalità tecnica con cui si attua il potere di vincolo debbono ricondursi alle c.d. *soft sciences*, giacché poggiavano su un insopprimibile margine di opinabilità; il quale può trovare un temperamento solo col ricorso al principio di proporzionalità, quale clausola generale dell'azione amministrativa. Dal che deriva che la misura di vincolo deve essere idonea allo scopo anche sotto il profilo della sua non insufficienza, cioè dell'eccessiva mitezza rispetto alla funzione protettiva che è chiamata a svolgere. Sul principio di proporzionalità, senza pretesa di completezza, v. D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; per una riconduzione della proporzionalità all'interno della generale figura della ragionevolezza, P.M. Vipiana, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993, spec. 76 ss.

¹⁷ Del resto, la giurisprudenza anche risalente ha fatto talvolta un uso esteso del potere conformativo in questione, per ragioni che paiono non solo condivisibili, ma che, alla luce dell'evoluzione dell'ordinamento nel senso che si dirà anche oltre nel testo, sembrano oggi decisamente replicabili. In particolare, si pensi al decreto di vincolo della storica "confetteria" Avvignano di Torino, posta nella Piazza Carlo Felice, volto a garantire la prosecuzione dell'attività commerciale e giudicato legittimo, «non potendosi attuare l'integrale conservazione delle caratteristiche del bene già oggetto di tutela (portici dell'edificio), senza quella confetteria, ormai divenuta

di quei criteri e di quelle modalità del suo svolgimento che hanno cooperato alla qualificazione del bene siccome dotato di valore culturale anche immateriale?

Il diverso convincimento della Plenaria, che rispetto all'eventualità di una più ampia latitudine dell'effetto conformativo sull'attività arriva a prefigurare financo lo sviamento di potere, non è ad avviso di chi scrive giustificabile, non solo perché incoerente con le premesse di un'interpretazione evolutiva ed estensiva che la stessa Plenaria ha ritenuto per il resto di sposare in riferimento alla configurazione del vincolo, ma anche perché si tratta di un orientamento che riecheggia pedissequamente l'indirizzo giurisprudenziale restrittivo incarnato sul punto dalla più volte citata sentenza della Consulta n. 118/1990, che tuttavia si colloca in un contesto storico-temporale del tutto diverso e soprattutto ancora carente del *quid pluris* della fattispecie di tutela oggi recato dal disposto dell'art. 7-bis del Codice.

Infatti, il requisito di stretta materialità del bene culturale non può ormai (più) essere assunto in modo assoluto e totalizzante¹⁸, giacché sembra raggiunta la consapevolezza che la *res*, come anni fa un'autorevolissima dottrina aveva già colto¹⁹, si qualifica anche attraverso il valore culturale immateriale in essa compenetrato, cioè un immateriale culturale che molto spesso – ed anzi sempre più spesso – può financo avere vita propria²⁰.

Invero, siamo di fronte ad un processo evolutivo che sta conducendo l'ordinamento ad evidenziare che la "proprietà" del bene culturale presenta la funzione ultima di servire certamente alla persona umana, ma anche – e non meno – alla società. In tal modo assumono valore le riflessioni di chi qualifica i beni culturali come beni identitari che «per natura sono chiamati a svolgere una funzione nei confronti di tutta l'umanità, quindi una funzione universale: tali beni devono servire al progresso materiale e spirituale della collettività», avendo «una finalità complessa che trascende gli aspetti puramente patrimoniali ed economici del

parte stabile ed integrante nella realtà della vita cittadina e non potendo, a sua volta, la conservazione del locale prescindere da quella delle sue parti componenti, siano esse materiali ed immateriali»: così T.A.R. Piemonte, 3 aprile 1987, n. 125, in *TAR*, 1987, I, 1091, che ha giustificato espressamente la volontà dell'Amministrazione di salvaguardare l'ambiente storico-sociale creatosi nella "centralissima" Piazza Carlo Felice, sul presupposto della possibilità della sua compromissione «sia per la perdita di un tradizionale punto di riferimento cittadino, sia per l'eventualità che all'antico locale... succeda un esercizio del tutto anonimo».

¹⁸ Secondo la lettura tradizionale, la pur ipotizzabile dimensione immateriale del bene culturale viene considerata "imprigionata" nel materiale: «nell'opera d'arte come in ogni altra cosa in cui si riconosce un valore culturale che giustifica la soggezione della cosa alla speciale ragione di tutela, il profilo ideale che è oggetto di protezione si è talmente immedesimato della materia in cui si esprime da restarne definitivamente prigioniero, così che esso si pone come oggetto di protezione giuridica inscindibile dalla cosa che lo racchiude»: così T. Alibrandi, P.G. Ferri, *I beni culturali e ambientali*, cit., 26. La dottrina parla suggestivamente in proposito di "materiale esiliato": v. G. Severini, *L'immateriale economico nei beni culturali*, in G. Morbidelli, A. Bartolini (a cura di), *Quaderni Cesifin - L'immateriale economico nei beni culturali*, Torino, 2016, 17.

¹⁹ Naturalmente l'allusione è a M.S. Giannini, *I beni culturali*, cit., 26.

²⁰ Su tale tematica v. per tutti G. Morbidelli, A. Bartolini (a cura di), *Quaderni Cesifin - L'immateriale economico*, cit., *passim*.

benessere individuale e collettivo»²¹. Da un lato, quindi, vi è l'assoggettamento ai parametri patrimoniali-proprietari-economici, ma dall'altro vi è ciò che consegue alla funzione non patrimoniale che il bene culturale è chiamato a svolgere nei confronti di tutta l'umanità, la sua funzione appunto "universale" e identitaria.

Deriva da questo quadro d'insieme la necessità di ricostruire adeguatamente la disciplina da applicare a beni funzionalmente destinati come quelli culturali: si tratta di un'interpretazione a scopo applicativo che è stata suggestivamente definita «anagogica», per rimarcare la finalizzazione ad elevarsi dalle regole che pongono al centro la logica strettamente proprietaria ed economica, adeguandole alla funzione universale (di fondo non patrimoniale) che il bene culturale è destinato a svolgere: nel senso cioè che la "proprietà" dei beni culturali in capo ai privati, nonché i rapporti e le vicende che ne conseguono, giustificano adattamenti di regole classiche e di discipline tradizionali, conformandole ad una ben precisa *ratio* di tutela: una tutela che potrebbe concretare un concetto di rinnovata e composita meritevolezza "universale" e "identitaria". Una meritevolezza cioè che – in via prospettica nel tempo e nello spazio – muove tra passato, presente e futuro, tra interessi egoistici e interessi dell'umanità, tra paradigmi classici di godimento e nuove forme di appartenenza²².

In questo senso, la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 5/2023 rappresenta dunque almeno in parte un approdo ermeneutico molto rilevante, giacché, cogliendo la tensione dell'ordinamento verso la necessità di considerazione anche del *corpus mysticum* del bene culturale²³, ha statuito definitivamente circa la molteplicità dei valori in gioco, che non sono solo quelli della conservazione del bene materiale, ma anche la tutela delle sue componenti immateriali, quali "l'ambiente dell'anima", il *genius loci*, il decoro, l'identità sedimentata e storicizzata, la memoria storica, la "grande bellezza"²⁴.

Tuttavia, questa conformazione anche dell'immateriale è rimasta in qualche modo incompiuta, o forse – per meglio dire – non compiutamente espressa nella giurisprudenza amministrativa, che come detto mostra di essersi adagiata sulla riproposizione delle vecchie latitudini di un vincolo che appare prospettato come ancora (troppo) cedevole rispetto al diritto dominicale e soprattutto alla libera iniziativa economica.

²¹ Così E. Caterini, *Introduzione alla ricerca interuniversitaria 'diritto e bellezza', dal bene comune al bene universale*, in *Le corti calabresi*, I, Napoli, 2013.

²² In tali termini F. Longobucco, *Beni culturali e conformazione dei rapporti tra privati: quando la proprietà 'obbliga'*, in *Pol. dir.*, 2016, 4, 553 e 554.

²³ La rievocazione del *corpus mysticum* quale concetto applicato al bene culturale si deve a G. Morbidelli, *Il valore immateriale dei beni culturali*, in *Aedon*, 2014, n. 1.

²⁴ Così suggestivamente A. Bartolini, *Patrimoni culturali e limitazioni urbanistiche*, in *Dir. amm.*, 2022, n. 4, 1020.

5. *Conformazione della proprietà culturale e liberalizzazione delle attività commerciali*

Del resto, anche ponendosi in una logica di sistema, predicare un ampio effetto conformativo del potere di imposizione del vincolo di destinazione d'uso del bene culturale appare coerente con l'attuale assetto dell'ordinamento, che pur ormai da anni conosce e cerca di praticare il principio di liberalizzazione delle attività commerciali²⁵.

Infatti, è difficilmente contestabile che già a partire dalla celebre direttiva Bolkenstein n. 123 del 2006 e scendendo "giù per li rami" fino alla più recente legislazione nazionale e regionale in materia, il principio di liberalizzazione delle attività commerciali sia stato assoggettato a relevantissime aree di deroga, con riferimento in particolare a «*motivi imperativi di interesse generale*», tra i quali rientra, *inter alia*, anche quello della necessità di tutela dei beni culturali.

Al riguardo, basti ricordare che la predetta direttiva, all'art. 9, stabilisce che «gli Stati membri possono subordinare l'accesso ad un'attività di servizio e il suo esercizio ad un "regime di autorizzazione" soltanto se sono soddisfatte le condizioni seguenti: a) ... b) la necessità di un regime di autorizzazione è giustificata da un "motivo imperativo di interesse generale"».

In concreto la direttiva ammette forme di controllo preventivo sotto forma di atti autorizzativi variamente intesi, ma solo ove sussistano determinati presupposti e più in particolare se ricorrano interessi pubblici sensibili, sintetizzati nella formula «motivo imperativo di interesse generale».

In Italia, il recepimento della direttiva Bolkenstein è avvenuto con il D.Lgs. 26 marzo 2010 n. 59, recante il dichiarato intento di «garantire la libertà di concorrenza secondo condizioni di pari opportunità e il corretto ed uniforme funzionamento del mercato, nonché per assicurare ai consumatori finali un livello minimo e uniforme di condizioni di accessibilità ai servizi sul territorio nazionale» (art. 1), alla luce dell'art. 117 comma 2, lett e) e lett. m) della Costituzione ed altresì del fondamentale principio secondo cui l'iniziativa economica è libera e non può essere sottoposta a limitazioni non giustificate o discriminatorie (art. 10). Per quanto di specifico interesse, il successivo articolo 11 ha espressamente vietato la possibilità di subordinare l'esercizio delle attività commerciali a controlli circa l'esistenza di un bisogno economico o di una domanda di mercato, nonché a valutazioni in ordine agli effetti economici potenziali o effettivi dell'attività o all'adeguatezza della stessa rispetto agli obiettivi di programmazione economica, con salvezza, però,

²⁵ Su tale tema v. per tutti, anche per il taglio ricostruttivo, condotto con il consueto acume e gli ampi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, F. Cintioli, *Commercio e liberalizzazione*, in *Mercato, Concorrenza e Regole*, 2007, n. 3, 427 s.s.

dei soli requisiti di programmazione che non perseguono obiettivi economici ma siano dettati esclusivamente da «motivi imperativi di interesse generale».

Ugualmente, il decreto legge n. 138/2011, convertito in L. n. 148/2011, pur sancendo all'art. 3 il principio secondo cui «l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge» e quindi compiendo una presa di posizione netta in favore della liberalizzazione del sistema, ha previsto tra gli eterogenei limiti all'operatività di detto principio, *inter alia*, le «disposizioni indispensabili per la protezione della salute umana, la conservazione delle specie animali e vegetali, dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio culturale».

In merito al predetto testo legislativo è quindi intervenuta la fondamentale sentenza n. 200/2012 della Corte costituzionale, la quale ha espressamente riconosciuto che l'art. 3 comma 1 del decreto legge n. 138 cit. afferma il principio generale della liberalizzazione delle attività economiche, richiedendo che eventuali restrizioni e limitazioni alla libera iniziativa economica debbano trovare puntuale giustificazione in interessi di rango costituzionale o negli ulteriori interessi che il legislatore statale ha elencato in detta disposizione²⁶.

Ed anzi, proprio a partire dalla sentenza n. 200/2012 cit. ha preso avvio un indirizzo interpretativo della Corte costituzionale, in base al quale risulta accolta e sviluppata una nozione di liberalizzazione intesa come «razionalizzazione della regolazione», compatibile con il mantenimento degli oneri «necessari alla tutela di superiori beni costituzionali»²⁷.

Infatti, con la sentenza n. 8/2013 la Consulta ha ribadito che «in vista di una progressiva e ordinata liberalizzazione delle attività economiche» siano fatte salve «le regolamentazioni giustificate da un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario», che siano «adeguate e proporzionate alle finalità pubbliche perseguite», così da «garantire che le dinamiche economiche non si svolgano in contrasto con l'utilità sociale e con gli altri principi costituzionali»²⁸.

In questo tormentato contesto si è poi inserito l'art. 31, comma 2, del decreto legge n. 201/2011, convertito in L. n. 214/2011, il quale, con specifico riferimento al settore del commercio, ha espressamente stabilito che «Secondo la disci-

²⁶ Nello specifico, la Consulta ha statuito che l'art. 3 del decreto legge n. 138/2011 «non rivela elementi di incoerenza con il quadro costituzionale, in quanto il principio della liberalizzazione prelude a una razionalizzazione della regolazione, che elimini, da un lato, gli ostacoli al libero esercizio dell'attività economica che si rivelino inutili o sproporzionati e, dall'altro, mantenga le normative necessarie a garantire che le dinamiche economiche non si svolgano in contrasto con l'utilità sociale (sentenze n. 247 e n. 152 del 2010, n. 167 del 2009 e n. 388 del 1992)» (par. 7.3 della parte in Diritto).

²⁷ Il rilievo sull'indirizzo interpretativo di cui al testo si legge in Corte Cost., 11 novembre 2016, n. 239, par. 6.2 della parte in Diritto.

²⁸ Corte Cost., 23 gennaio 2013, n. 8, par. 4.1. della parte in Diritto.

plina dell'Unione Europea e nazionale in materia di concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi, costituisce principio generale dell'ordinamento nazionale la libertà di apertura di nuovi esercizi commerciali sul territorio senza contingenti, limiti territoriali o altri vincoli di qualsiasi altra natura, esclusi quelli connessi alla tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente, ivi incluso l'ambiente urbano, e dei beni culturali».

Inoltre, anche l'art. 1 comma 2 del decreto legge n. 1/2012, convertito in L. n. 27/2012, ha precisato che «Le disposizioni recanti divieti, restrizioni, oneri o condizioni all'accesso ed all'esercizio delle attività economiche sono in ogni caso interpretate ed applicate in senso tassativo, restrittivo e ragionevolmente proporzionato alle perseguite finalità di interesse pubblico generale, alla stregua dei principi costituzionali per i quali l'iniziativa economica privata è libera secondo condizioni di piena concorrenza e pari opportunità tra tutti i soggetti, presenti e futuri, ed ammette solo i limiti, i programmi e i controlli necessari ad evitare possibili danni alla salute, all'ambiente, al paesaggio, al patrimonio artistico e culturale, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e possibili contrasti con l'utilità sociale, con l'ordine pubblico, con il sistema tributario e con gli obblighi comunitari ed internazionali della Repubblica».

Ne deriva dunque un chiaro panorama normativo e giurisprudenziale all'interno del quale si staglia la necessità di un bilanciamento tra le esigenze di liberalizzazione delle attività commerciali in funzione della libertà di iniziativa economica e di promozione della concorrenza da un lato, e la salvaguardia di esigenze di ordine imperativo a tutela di interessi costituzionalmente rilevanti, tra cui – esplicitamente – quello ascrivibile alla tutela dei beni culturali, dall'altro lato.

Di talché, la previsione di limitazioni «non contrasta con la normazione statale in materia di liberalizzazione del commercio (nella misura in cui questa contempla l'esclusione della apponibilità di limitazioni quantitative e qualitative di vendita delle merci per gli esercizi autorizzati), né con il principio costituzionale di libertà dell'iniziativa economica privata, la quale deve comunque essere coordinata ed indirizzata alle utilità e finalità sociali, non potendosi svolgere in contrasto con esse»²⁹.

Devono pertanto considerarsi legittimi tutti gli interventi volti a regolamentare le attività economiche, qualora gli stessi siano necessari e comunque proporzionati rispetto alla tutela di beni costituzionalmente protetti: il principio di liberalizzazione delle attività economiche non è infatti a sua volta di portata assolu-

²⁹ In tali termini Cons. Stato, sez. V, 30 luglio 2018, n. 4663.

ta e deve essere temperato dalle esigenze di tutela degli altri beni di valore costituzionale, tra cui certamente rientra la salvaguardia e tutela dei beni culturali³⁰.

6. Conclusioni

Al termine di questo breve e necessariamente parziale percorso di riflessione sul rapporto tra il vincolo di destinazione d'uso e la disciplina dei beni culturali, occorre ora tirare le fila dei ragionamenti svolti.

Anzitutto, a scanso di ogni equivoco, giova ribadire che allo stato della nostra legislazione, resta comunque vero ed innegabile che i beni culturali sono beni materiali, come del resto stabiliscono testualmente gli artt. 2, comma 2 e 10, comma 1 del Codice, e come ebbe a precisare la Corte costituzionale, osservando che «la cultura non assume un rilievo autonomo, separato e distinto dai beni di interesse storico, artistico, archeologico ed etnografico, ma si compenetra nelle cose che ne costituiscono il supporto materiale e, conseguentemente, non può essere protetta separatamente dal bene»³¹.

Né a diversa conclusione può condurre il riferimento all'art. 7-*bis* cit. del Codice, là dove evoca come oggetto di tutela anche «le espressioni di identità culturale collettiva contemplate dalle Convenzioni UNESCO», posto che le stesse «sono assoggettabili alle disposizioni del presente codice qualora siano rappresentate da testimonianze materiali e sussistano i presupposti e le condizioni per l'applicabilità dell'art. 10», con ciò confermando e ribadendo la necessità, anche in questo caso, di un rapporto simbiotico tra bene culturale e *res*.

Peraltro, prendendo spunto dalle ampie statuizioni contenute nella recente sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 5/2023, si è evidenziato come sia in atto un fenomeno evolutivo che porta a delineare una nuova concezione di beni culturali, ponendo in luce l'esigenza interpretativa di “guardare” ad essi non (più) secondo una visione prettamente patrimoniale-proprietaria, ma in una prospettiva universale, identitaria, all'interno della quale il sistema di tutela del valore culturale giustifica l'affermazione di limitazioni all'uso della proprietà dei beni vincolati alla luce dell'equilibrio costituzionale tra gli interessi in gioco, che vede alcune delle facoltà del diritto dominicale e dell'iniziativa economica recessive di fronte alle esigenze di salvaguardia dei valori culturali.

Ne è emersa la legittimazione ad una diversa chiave di lettura rispetto al potere conformativo della proprietà culturale, in quanto potere tendente ad assu-

³⁰ Cfr. per questa limpida affermazione Cons. Stato, sez. V, 4 gennaio 2021, n. 46, in *Foro amm.*, II, 2021, I, 63; Cons. Stato, sez. V, 14 gennaio 2019, n. 298.

³¹ La citazione è tratta dalla più volte citata Corte cost. n. 118/1990.

mere le sembianze di una «conformazione per connessione»³², che si estende alla destinazione d'uso del bene culturale, non potendo riguardare solo gli aspetti materiali, legati al concetto classico di tutela proprietaria od economica, ma dovendo abbracciare anche quelli immateriali, come l'attività che si svolge all'interno del bene, compenetrata ad esso in relazione biunivoca, nella logica di un *unicum* consustanziale vivificato nel suo valore culturale.

Quel che però la giurisprudenza – ivi compresa la più volte citata pronuncia della Plenaria – non sembra aver ancora colto è che questo potere dovrebbe assumere un'attitudine conformativa ampia, dovendosi tener conto delle implicazioni e delle necessità applicative di un vincolo di destinazione d'uso da plasmare sulla singola fattispecie di tutela, in base ad una valutazione casistica informata al principio di proporzionalità³³, secondo un *test* di idoneità, intesa come utilità concreta della misura prescelta, di necessarietà, per cui la misura più mite prescelta non deve essere insufficiente al raggiungimento dello scopo, e di proporzionalità in senso stretto, quale non eccessiva gravosità della misura medesima³⁴.

Di talché, il vincolo dovrebbe uscirne conformato sia ovviamente nel senso di non incidere in modo abnorme sulle ragioni proprietarie od economiche del bene, anche e soprattutto per la valenza costituzionale dei diritti e libertà che vi si correlano, sia e non meno in modo da non sottostare ad una logica di valorizzazione ipertrofica, cioè di ipervalutazione di tali ragioni, che indurrebbe all'assunzione di misure troppo miti e come tali inadeguate allo scopo di una cura reale ed effettiva del bene culturale; ciò che – si badi bene – sarebbe oltretutto un risultato confliggente con i chiari segnali provenienti dal diritto positivo.

Si è infatti visto come una più ampia latitudine del potere di conformazione della proprietà culturale, comunque presidiata dal principio di proporzionalità, risulti pienamente compatibile con l'attuale regime giuridico di liberalizzazione delle attività commerciali.

Ma non basta: si scorgono nell'ordinamento anche segnali evidenti di spinta verso il riconoscimento, ai fini di tutela del valore culturale impresso dalla destinazione d'uso, della compenetrazione, nel senso di un *unicum* consustanziale, tra la *res* e l'attività che si svolge al suo interno.

Valga a tale ultimo riguardo considerare ad es. la disposizione contenuta nell'art. 8, comma 1 della L. n. 220/2016, ove si stabilisce che «la dichiarazione di interesse culturale particolarmente importante di cui all'articolo 10, comma 3,

³² Espressione ancora di A. Bartolini, *op. ult. cit.*, 1016.

³³ Principio che, come ricorda G. Severini, *Tutela del patrimonio culturale, discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità*, cit., è stato recepito anche in Italia sulla scorta della giurisprudenza tedesca e poi eurounitaria con chiarezza a partire da Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2006 n. 2087.

³⁴ Il *test* in questione è quello che definisce e declina il principio di proporzionalità: sul punto. v. ancora G. Severini, *op. ult. cit.*

lettera d), del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, e successive modificazioni, può avere ad oggetto anche sale cinematografiche e sale d'essai». È chiara in questo caso la valenza specifica della norma, evidenziata dall'utilizzo della parola "anche", per riconoscere esistente nell'ordinamento un potere generale impositivo del vincolo sulla destinazione d'uso del bene culturale e per questa via chiarirne esplicitamente la possibilità di estensione alle sale cinematografiche. Le quali, quindi, debbono oggi ritenersi vincolabili anche rispetto alla preservazione dell'attività cinematografica che vi si svolge³⁵, come si evince dalla formulazione letterale della norma, nonché, ragionando in ottica sistematica, dal fatto che la disposizione si trova inserita in una legge volta a tutelare e valorizzare proprio l'attività cinematografica nel suo complesso³⁶.

All'esito del ragionamento che si è cercato di proporre, vale dunque rilevare come il recente intervento *in subiecta materia* dell'Adunanza plenaria abbia contribuito in maniera importante – sia pur con i suoi rilevanti limiti – a valorizzare un distinto e specifico criterio di meritevolezza nello statuto di tutela dei beni culturali: si tratta di una meritevolezza – per così dire – universale e identitaria, che accentua il valore testimoniale non solo del "bello", ma anche di un'estetica che si fonde con la quotidianità del lavoro, della fatica, della convivialità, in una parola: della vita; della vita che scorre nel presente ma che guarda al passato e contemporaneamente si proietta verso il futuro, per lasciare qualcosa di sé anche a chi viene dopo, in una continuità ideale di tempo e di spazio.

Certo, il percorso non è compiuto, perché indubbiamente non possono dirsi ancora riconosciuti al potere amministrativo di vincolo effetti conformativi adeguati ad una siffatta proiezione identitaria e testimoniale dei beni culturali. E comunque hanno ragione anche i Giudici del Tar del Lazio, autori della sentenza di I° grado nella vicenda de "Il vero Alfredo", a rimarcare che il vincolo sulla destinazione d'uso non risulta sempre idoneo ad assicurare il proseguimento

³⁵ Anche se per il vero, in un recente caso di applicazione giurisprudenziale di questa disposizione, riguardante il c.d. ex cinema America di Roma, si faceva questione di un vincolo ex art. 10, comma 3, lett. d) del Codice applicato ai soli locali, e non esteso all'attività cinematografica, in quanto cessata fin dal 1999. La vicenda è stata definita da Cons. Stato, sez. VI, 14 marzo 2023, n. 2641, che ha confermato TAR Lazio, Roma, sez. II *quater*, 5 giugno 2020, n. 5972, con cui era stato respinto il ricorso della società proprietaria dell'ex cinema America volto a far annullare il decreto di vincolo sull'edificio apposto, in quanto costituente «una rara testimonianza tuttora leggibile della storia della cultura degli anni cinquanta e sessanta del secolo scorso, con particolare riferimento agli aspetti architettonici, artistici e storici».

³⁶ Emblematica rispetto all'obiettivo della legge è anche la previsione di cui al comma 2 dello stesso art. 8, dove si afferma che «le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano possono introdurre previsioni dirette a determinare la non modificabilità della destinazione d'uso dei beni di cui al comma 1».

dell'attività tradizionale che si intende sostenere, in particolare quando il gestore non possa o non voglia più portarla avanti³⁷.

Tuttavia, a parte le misure promozionali pur previste anche per tali casi dall'art. 52 comma 1-*bis* del Codice (che comunque valgono «fermo restando quanto previsto dall'art. 7-*bis*»), nonché la necessità di misure di tutela *ad hoc*, data la sostanziale inadeguatezza dell'impianto normativo del Codice stesso a consentire la tutela delle cose immateriali³⁸, resta il fatto che lo statuto di tutela dei beni culturali giustifica, e per certi versi financo impone, alla luce di quello che un grande Maestro del passato chiamava principio di “massima attuazione della Costituzione”³⁹, che limitazioni più importanti di quelle che fino ad ora sono state considerate ammissibili possano essere imposte all'uso della proprietà e allo sfruttamento economico di tali beni, nel rispetto della loro stessa funzionalizzazione al valore “cultura”, quale principio fondamentale dell'ordinamento giuridico.

³⁷ Come sottolinea A. Crosetti, *Tutela di beni culturali*, cit., l'ipotesi più grave, rispetto alla quale il vincolo di destinazione d'uso potrebbe essere perfino controproducente, sarebbe che l'attività non fosse più economicamente sostenibile.

³⁸ Sul punto, v. da ultimo A. Mussatti, *Il vincolo storico-artistico di destinazione d'uso*, cit., 407.

³⁹ Il riferimento è ovviamente a Salvatore Pugliatti: per il principio evocato nel testo, v. P. Perlingieri, *Salvatore Pugliatti ed il «principio della massima attuazione della Costituzione»*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, n. 4, 808 ss.

Vincolo di destinazione d'uso e disciplina dei beni culturali

L'articolo trae spunto dalla recente sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 5/2023, che ha ammesso il vincolo di destinazione d'uso dei beni culturali. L'occasione è stata fornita dalla vicenda di un noto ristorante romano, sottoposto a vincolo con le opere d'arte e gli elementi di arredo, per garantire la conservazione tanto degli aspetti architettonici e decorativi, quanto della continuità d'uso. L'Autore rileva come la logica del vincolo riesca ad assicurare la continuità dell'espressione culturale del bene, il quale diviene «eredità culturale» per le generazioni future, tutelabile in ragione del legame tra materialità e immaterialità. Ne deriva per l'Autore la necessità che l'Amministrazione disponga di poteri conformativi ben maggiori di quelli richiamati dall'Adunanza plenaria. Tanto più perché vi sarebbero segnali nel diritto positivo che paiono sottintendere l'evoluzione verso una nuova concezione di beni culturali, concepiti non (più) secondo una visione proprietaria, ma in una prospettiva universale, ove la destinazione d'uso assume ad elemento costitutivo di un *unicum* consustanziale che vivifica il bene nel suo valore culturale. Talché l'Autore conclude sottolineando come un'ampia latitudine del potere conformativo della proprietà culturale risulti necessaria all'implementazione della "cultura" quale principio fondamentale dell'ordinamento giuridico.

Use constraint and regulation of cultural property

The article takes its inspiration from the recent ruling of the Council of State Plenary Assembly No. 5/2023, which admitted the use constraints on cultural property. The occasion was provided by the case of a well-known restaurant in Rome, which was subjected to a constraint with its works of art and furnishings, to ensure the preservation of both architectural and decorative aspects and continuity of use. The Author notes how the logic of the constraint succeeds in ensuring the continuity of the cultural expression of the good, which becomes a "cultural heritage" for future generations, protectable because of the link between materiality and immateriality. Hence, for the Author, the need for the Administration to have far greater conforming powers on cultural property, all the more so because there would be signs in the legal system that seem to imply the evolution towards a new conception of the cultural property itself, conceived not (anymore) according to a proprietary vision, but in a universal perspective, where preservation of use rises to a constitutive element of a consubstantial *unicum* that enlivens the property in its cultural value. So that the Author concludes by emphasizing how a wide latitude of the conforming power on the cultural property is needed for the implementation of "culture", as a fundamental principle of the constitutional order.

Affinità e interferenze tra poteri speciali e diritto societario

Pier Giorgio Visconti

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Problemi interpretativi: *golden power* e nozione di partecipazione societaria. – 2.1. Estensione della nozione di partecipazione. – 2.2. Nozione di partecipazione e strumenti finanziari partecipativi. – 2.3. Azioni a voto plurimo e strumenti finanziari convertibili: una loro possibile valorizzazione nel concetto di partecipazione. – 2.4. Diritto di voto ed effettiva partecipazione sociale. – 3. Profili di criticità nel rapporto tra diritto societario ed esercizio dei poteri speciali: la rilevanza temporale del momento della notifica di acquisto del controllo. – 3.1. La contendibilità e il mercato del controllo: l'approccio del legislatore alle altre misure di limitazione degli investimenti esteri. – 3.2. La dottrina americana e la posizione delle Corti statali. – 3.3. La Direttiva Opa e la parziale armonizzazione europea. – 3.4. L'evoluzione dell'approccio italiano alla contendibilità e al mercato del controllo. – 4. Opa, misure difensive e *golden power*: lo spazio per la contendibilità. – 5. Diritto di recesso *ex art.* 2473 c.c. e il mancato disinvestimento azionario.

1. *Introduzione*

Prima di focalizzare l'analisi sul tema oggetto del presente lavoro si rende necessario chiarire, preliminarmente, che per investimenti esteri diretti si intendono quegli investimenti internazionali volti all'acquisizione di partecipazioni durevoli, di controllo o minoritarie, in un'impresa estera e che comportino un certo grado di coinvolgimento dell'investitore nella gestione e direzione dell'impresa partecipata. È stato osservato che tali investimenti sono influenzati non solo da fattori macroeconomici, ma anche dall'approccio normativo adottato dal Paese di destinazione e, conseguentemente, anche dalla disciplina sul controllo degli investimenti esteri diretti¹. Storicamente gli Stati intervengono nel mercato al

¹ A. Guaccero, *Compliance e tutela degli investimenti esteri diretti*, in G. Napolitano, *Foreign Direct Investment screening, il controllo degli investimenti esteri diretti*, 2019, 149-150.

fine di mantenere il controllo su settori ritenuti strategici e, quanto meno a partire dalla seconda metà del secolo scorso, in Italia, tale forma di controllo si è realizzata mediamente partecipazioni dirette². Gli strumenti di controllo degli investimenti esteri diretti hanno trovato origine, successivamente, con le privatizzazioni e con le preoccupazioni del legislatore che, in assenza di controllo pubblico, settori ritenuti strategici potessero essere distratti dalla loro funzione o potessero finire in mani sgradite. La peculiarità di tali poteri, dunque, consisteva nel fatto che lo Stato italiano, per mezzo del Ministero dell'Economia e delle Finanze, mantenesse una posizione privilegiata nella vita societaria degli ex enti pubblici alla stregua di un azionista di maggioranza, pur essendo privo di una partecipazione azionaria corrispondente. Quello che si potrebbe pensare dal dettato normativo è che lo Stato, grazie a tali poteri, volesse rendere la sua posizione all'interno di tali società quasi del tutto indifferente al processo di privatizzazione, o più semplicemente che la sua ridotta partecipazione diretta nell'economia dovesse essere compensata da alcuni contrappesi che consentissero di evitare la completa perdita di controllo su società ritenute strategiche³.

Come è stato osservato da illustre Dottrina, allo Stato conveniva conservare alcuni poteri in punto di organizzazione e gestione della società privatizzata, così da impedire scalate non desiderate di soggetti stranieri o cambiamenti di controllo societario non voluti⁴. Con la *golden share*, si è cercato di porre rimedio a dette preoccupazioni, andando tuttavia oltre quanto necessario, peccando per eccessiva discrezionalità e scarsa trasparenza. Come noto infatti, la Corte di Giustizia ha sanzionato la maggior parte dei Paesi europei per contrasto della disciplina sulla *golden share* con la normativa europea, Italia compresa. È opportuno osservare poi che, nel corso degli anni, l'atteggiamento dell'Unione europea e delle sue istituzioni nei confronti del *golden power* e degli strumenti di *screening* è notevolmente mutato. Da una posizione di iniziale conflitto con gli Stati membri, infatti, si è assistito ad un progressivo allineamento culminato nel Regolamento 2019/452/UE e nella Comunicazione del 2022 che ha sollecitato l'istituzione di nuovi strumenti di *screening* per i Paesi che ne erano sprovvisti. Il *golden power* rappresenta lo strumento ideato dal Legislatore italiano nel 2012, con il noto D.L. numero 21, al fine di superare le criticità poste dalla *golden share*. Si è passati così da un istituto di natura privatistica ad uno di natura propriamente pubblicistica. Continui e repentini sono stati i cambiamenti della normativa, quanto meno in Italia,

² S. Alvaro, M. Lamandini, A. Police, I. Tarola, *La nuova via della seta e gli investimenti esteri diretti in settori ad alta intensità tecnologica*, in *Quaderni giuridici CONSOB*, 2019, 7.

³ M. D'Alberti, *Il golden power in Italia: norme ed equilibri*, in *Foreign Direct Investment Screening*, G. Napolitano (a cura di), Bologna, 2019, 83-89.

⁴ B. Libonati, *La faticosa "accelerazione" delle privatizzazioni*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1995, 20 ss..

al punto che si è parlato a proposito della disciplina del *golden power*, di una tela di Penelope, ossia di un'opera oggetto di frequenti ripensamenti e perennemente incompiuta⁵. Merita segnalare che il *golden power* è mutato sotto vari profili e che sono drasticamente e progressivamente aumentate le notifiche di investimento, anche se i casi di veto sono ancora relativamente pochi.

Con tale approfondimento si intende focalizzare l'attenzione sulle questioni di carattere più propriamente interpretativo poste dalla disciplina italiana del *golden power*, anche e soprattutto alla luce dei principi e delle regole dell'ordinamento societario nel quale detta disciplina è destinata ad operare. La disciplina nazionale dei poteri speciali, pur nella sua rinnovata veste, avendo nel tempo assunto una connotazione propriamente pubblicistica, continua ad incidere sull'organizzazione e sulle vicende di imprese organizzate in forma societaria e, quindi, impone all'interprete uno sforzo di armonizzazione con le regole e con i principi del diritto societario⁶.

Nella prospettiva accennata, conviene prendere le mosse dalla nozione di partecipazione, più volte richiamata dalla normativa in tema di *Golden Power*, per poi individuare quali conseguenze detta normativa produca sul funzionamento degli organi sociali, e di quello assembleare in particolare, nel caso specifico in cui le azioni sono oggetto di acquisizione. Saranno poi oggetto di riflessione i rapporti tra *golden power* e contendibilità, con particolare attenzione all'approccio dei legislatori al tema, che certamente presenta alcune interferenze e affinità con la disciplina dei poteri speciali, rivelandosi diffusa in dottrina l'inclinazione ad assimilare il *golden power* ai c.d. "strumenti antisalata"⁷. I poteri speciali, infatti, impattano sul tema della contendibilità sia in senso diretto perché possono tradursi in misure idonee ad ostacolare il buon esito di un'opa o a modificarne le condizioni, sia in quanto rappresentano degli strumenti che possono scoraggiare il lancio stesso di un'offerta su una società ritenuta strategica, rendendola meno appetibile rispetto ad altra che, invece, esula dal perimetro governativo. Se a ciò si aggiunge l'incertezza circa l'ambito applicativo di una disciplina in continua evoluzione e circa le possibili misure del governo, è facile comprendere come il *golden power* possa rappresentare un notevole deterrente ad un'eventuale scalata e dunque finisca per incidere sul tema del trasferimento del controllo, che rappresenta tutt'oggi uno dei principi di vertice del diritto societario negli ordinamen-

⁵ F. Prenestini, *Golden power: una tela di Penelope?*, in *Riv. Soc.*, 2022, 667 ss.

⁶ Nel senso accennato nel testo è stato autorevolmente osservato che "se è pur vero che l'evoluzione normativa sembra portare verso le regole del diritto amministrativo la disciplina sugli investimenti esteri diretti, è sempre sulle società e sui diritti dei soci e di chi entra in contatto con la società, che si riflettono le conseguenze economiche delle scelte governative": M. Rescigno, *Il nuovo Regolamento UE 2019/452 sul controllo degli investimenti esteri diretti: integrazione dei mercati, sistemi nazionali e ruolo dell'Europa*, in *Giur. Comm.*, 2020, Fasc. 5, 847 ss.

⁷ In tal senso si veda A. Sacco Ginevri, *Le società strategiche*, in V. Donativi, *Golden Powers, Profili di diritto societario*, 2019, Torino, 843 ss.

ti europei e per il cui tramite si intendono garantire una molteplicità di interessi meritevoli di tutela. Per esigenze di sintesi, questi ultimi si possono riassumere in uno di carattere per così dire macroeconomico, inerente all'efficiente allocazione delle risorse e nella possibilità di ridurre i costi d'agenzia, e più nello specifico uno di carattere microeconomico, concernente il diritto dei soci quali investitori di cogliere le opportunità del mercato e di liquidare l'investimento nelle forme e nei tempi ritenuti più convenienti. Tale ultima prerogativa riflette la duplicità di dimensione giuridica in cui si presta ad essere inquadrato l'investimento azionario, ossia come partecipazione ad un'attività generatrice di valore e come bene idoneo ad essere negoziato e monetizzato sul mercato.

Nello scenario descritto risultano evidenti le possibili incongruenze che possono generarsi tutte le volte che l'esercizio dei poteri speciali si traduca in una, seppur remota, limitazione al trasferimento della partecipazione. In tal modo il socio, non solo non potrà disinvestire ma allo stesso tempo si troverà costretto a compartecipare ad un'impresa in cui non ha più interesse e che potrebbe perdere appetibilità sul mercato a seguito dell'opposizione governativa. Quello che emerge è una discrasia normativa, per cui per un verso si auspica una marcata apertura al mercato, a cui diversi istituti giuridici sono funzionali, dall'altro quest'ultima appare consapevolmente coartata, contraddicendo così lo spirito stesso di una filosofia di mercato⁸. Tale situazione di apparente contraddittorietà è dovuta alla coesistenza di interessi eterogeni di cui l'ordinamento deve farsi carico nella ricerca di un adeguato punto di equilibrio, quello pubblico e quello privato.

È stato osservato⁹, tuttavia, come nell'animo dei legislatori tendono a vivere sentimenti contrastanti e che anche i giuristi hanno visto, sul tema del trasferimento del controllo, al contempo dei rischi e delle opportunità e, forse, tale dinamica è ulteriormente sintomatica di tale ambiguità. In ogni caso una possibile sintesi tra tali interessi può essere prevista nel riconoscimento di una forma di compensazione/indennizzo nei confronti del socio che vede limitata la possibilità di disinvestire. Si vuole così lasciare l'interrogativo di fondo, che ora ci si limita ad accennare, se consentendo alle società strategiche di difendersi adeguatamente, eventualmente derogando alla regola della *passivity rule*, la necessità di utilizzare il *golden power* possa in qualche modo essere circoscritta. Naturalmente non si può non tenere conto che le ragioni della contendibilità societaria risulterebbero in tal modo recessive e che la difesa spesso può essere mossa da istinti autoconservativi e dunque non necessariamente sarebbe tutelato l'interesse collettivo.

⁸ B. Libonati, *Prefazione*, in G. Ferri jr., M. Stella Richter jr. (a cura di), *Profili attuali di diritto societario europeo*, Milano, 2010.

⁹ M. Stella Richter, *A proposito della direttiva comunitaria sulle offerte pubbliche di acquisto e dei suoi interpreti*, in G. Ferri jr., M. Stella Richter jr. (a cura di), *Profili attuali di diritto societario europeo*, Milano, 2010, 207..

2. *Problemi interpretativi: golden power e nozione di partecipazione societaria*

Tornando ad analizzare la disciplina italiana si ritiene necessario soffermarsi preliminarmente, prima di affrontare altre tematiche, su alcune questioni di carattere interpretativo che hanno interrogato la dottrina giuscommercialistica. Nella normativa sui poteri speciali manca una disciplina di dettaglio che consenta di chiarire la procedura di comunicazione o autorizzazione delle operazioni rilevanti, come quella prevista, ad esempio, dall'articolo 120 T.U.F. o dagli articoli 19-23 T.U.B., e, soprattutto, manca una definizione di partecipazione che consenta all'interprete di individuare con certezza tutte le fattispecie in presenza delle quali si ponga la necessità di ottemperare agli obblighi di comunicazione e denuncia posti dal D.L. n. 21/2012.

Non è chiaro se la lacuna sia dovuta alla difficoltà di approntare una normativa di dettaglio, in una materia in continua evoluzione, o se sia dovuta ad una scelta consapevole del Legislatore, in modo tale da garantire al Governo maggior flessibilità di azione, analogamente al sistema americano dove, a tal proposito, si parla di c.d. *inherent ambiguity* delle competenze del CFIUS¹⁰.

Il primo nodo da sciogliere, dunque, è quello di definire la nozione di partecipazione da assumersi a riferimento ai fini dell'esercizio dei poteri speciali.

In tale prospettiva, si rende necessario prendere le mosse dall'art. 1, comma quinto, del D.L. n. 21/2012, come modificato dal c.d. «decreto liquidità¹¹», il quale chiarisce che chiunque acquisisca una partecipazione in imprese che svolgono attività di rilevanza strategica per il sistema della difesa e sicurezza nazionale, è tenuto a notificare alla Presidenza del Consiglio, entro dieci giorni, gli acquisti di azioni o quote che determinino il superamento delle soglie del 5%, 10%, 15%, 20% e 50%. Come noto, ai fini dell'opposizione all'acquisto, ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. c, del medesimo decreto-legge, rilevano gli acquisti effettuati dall'investitore, che venga a detenere, direttamente o indirettamente, anche attraverso acquisizioni successive, per interposta persona o tramite soggetti altrimenti collegati, un livello di partecipazione al capitale con diritto di voto tale da compromettere gli interessi essenziali della difesa e sicurezza nazionale. A tal fine si considera altresì ricompresa la partecipazione detenuta da terzi con i quali l'acquirente ha stipulato uno dei patti di cui all'articolo 122 del T.U.F., ovvero di cui all'articolo 2341-*bis* del codice civile.

Dunque, la condizione generale è che ricorra un'ipotesi ascrivibile alla nozione di trasferimento di partecipazione, senza tuttavia che la norma specifi-

¹⁰ Latham&Watkins, *Overview of the CFIUS process*, No. 3.

¹¹ Decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23, Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga dei termini amministrativi e processuali (20G00043) (GU Serie Generale n. 94 del 8/4/2020).

chi cosa debba intendersi per *partecipazione*, diversamente da ciò che avviene in altre discipline settoriali contermini, ove è dato rinvenire disposizioni normative che, nel dettare regole analoghe a quelle in questa sede esaminate, definiscono in modo espresso la nozione di partecipazione¹².

2.1. *Estensione della nozione di partecipazione*

Nel silenzio del Legislatore, l'attenzione degli interpreti si è, in particolare, soffermata sulla possibile estensione della nozione di partecipazione. Non è, infatti, chiaro se, accedendo ad una lettura *formale*, si debba tener conto delle sole partecipazioni al capitale in senso stretto o se, invece, appaia preferibile accedere ad una *lettura* maggiormente attenta agli interessi in gioco, in forza della quale estendere il concetto di *partecipazione* oltre quello di azione e quota. Va detto, infatti, che sebbene la norma parrebbe regolare l'obbligo di notifica solo con riferimento ad operazioni di acquisto di partecipazioni o quote propriamente intese, la lettura complessiva del dettato legislativo – e in specie delle disposizioni che prevedono l'esercizio del potere di opposizione in situazioni in cui l'acquirente venga a detenere una partecipazione «in grado di compromettere gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza» e che impongono, comunque al Governo di conto della «potenziale influenza dell'acquirente sulla società» – sembrerebbe giustificare l'affermazione di un ambito di operatività della norma più ampio, il quale oltrepassi il concetto di mera partecipazione al capitale sociale e riconosca rilevanza anche a tutti quegli strumenti e quelle posizioni giuridiche che attribuiscono ai loro titolari diritti e poteri in grado di influenzare la *governance societaria*.

Nella prospettiva in esame, del resto, pur volendosi limitare alla sola ipotesi di operazioni su partecipazioni al capitale, ci si può interrogare se le stesse debbano individuarsi nelle sole quote o azioni che riconoscano al loro titolare il diritto di voto in assemblea, o se invece sia corretto op-

¹² A titolo esemplificativo si può citare l'articolo 120 del TUF, in cui si precisa che «Ai fini della presente sezione, per capitale di società per azioni si intende quello rappresentato da azioni con diritto di voto e che nelle società i cui statuti consentono la maggiorazione del diritto di voto o hanno previsto l'emissione di azioni a voto plurimo, per capitale si intende il numero complessivo dei diritti di voto»; o ancora l'articolo 2, lett. f), d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, ove è stabilito che per partecipazione si intende «la titolarità di rapporti comportanti la qualità di socio in società o la titolarità di strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi».

tare per un'accezione più ampia, idonea a ricomprendere all'interno del concetto di partecipazione, per esempio, anche le azioni di risparmio, che come noto non attribuiscono alcun tipo di diritto amministrativo.

A sostegno della prima opzione sono state prospettate diverse argomentazioni: in primo luogo, si è richiamato il fatto che l'articolo 1, comma primo, lettera c) del decreto legge n. 21/2012 fa esclusivo riferimento «alla partecipazione al capitale con diritto di voto»; in secondo luogo, si è affermato che, da un punto di vista sistematico, emerge la necessità di un coordinamento con le previsioni che comminano la sospensione dei diritti di voto; da ultimo, si potrebbe pensare che le partecipazioni prive del diritto di voto, non avendo la capacità di influire in modo effettivo sul governo delle società, non determinerebbero la necessità di ricorrere all'utilizzo dei poteri speciali¹³. Di conseguenza, parte della dottrina ha sostenuto che debbano venire in considerazione esclusivamente le partecipazioni qualificate dotate di diritti diversi da quelli patrimoniali¹⁴ e più specificamente, dotate di diritti di voto.

A tali approdi interpretativi, tuttavia, si sono contrapposte ipotesi ricostruttive di diverso segno, proposte da chi ha osservato che il termine partecipazione utilizzato dal Legislatore è di per sé generico e non limitato al solo capitale con diritto di voto, come invece previsto nel caso del potere di opposizione¹⁵. Da ciò si è ritenuto possibile desumere che il riferimento al capitale con diritto di voto rilevante per il potere di opposizione all'acquisto di cui all'articolo 1, comma 1, lettera c) del citato decreto suggerirebbe che per l'esercizio di tutti gli altri poteri, rilevarebbero anche quelle partecipazioni cui non è ricollegato alcun diritto di voto. Ancora si potrebbe sostenere che il generico riferimento al termine partecipazione, senza alcuna specificazione, come invece è stato fatto per altre norme dell'ordinamento, suggerirebbe che ciò non sia frutto di una omissione o di noncuranza legislativa, ma al contrario frutto di una scelta legislativa volta a ricomprendere nel concetto stesso di partecipazione tutti i tipi di partecipazioni, anche quelle prive del diritto di voto, attesa la loro capacità di incidere comunque sugli assetti di *governance* della società. Stando al dato letterale, quindi, solo per le partecipazioni aventi diritto di voto si potrebbe esercitare il più stringente dei poteri speciali, quello cioè di opposizione all'acquisto, mentre tutti gli altri poteri sarebbero esercitabili in presenza di qualunque tipo di partecipazione, garantendo così allo Stato un più ampio monitoraggio degli assetti proprietari delle società.

¹³ V. Donativi, *Golden Power e acquisto di partecipazione. La nozione di partecipazione*, in *Golden power Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica*, 2019, 61-69.

¹⁴ L. Ardizzone, M. L. Vitali, *I poteri speciali dello Stato nei settori di pubblica utilità*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2013, 919-950.

¹⁵ Circolare Assonime n. 21/2014, *I poteri speciali dello Stato sulle società operanti in settori strategici*, *Rivista delle società*, 2014, 888-915.

2.2. *Nozione di partecipazione e strumenti finanziari partecipativi*

Altra questione collegata sulla quale gli interpreti si sono interrogati è quella relativa alla possibile inclusione nel concetto di partecipazione anche degli strumenti finanziari partecipativi. Per parte della dottrina è impensabile che sfuggano al vaglio governativo operazioni di acquisto di strumenti finanziari potenzialmente idonei ad incidere sulle scelte aziendali¹⁶. Si pensi alla previsione dell'articolo 2346, sesto comma, c.c., che consente alla società di emettere strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniali o anche amministrativi, escluso il voto nell'assemblea generale degli azionisti. In particolare, ai possessori di detti strumenti finanziari può essere attribuito il diritto di voto su argomenti specificamente individuati e può essergli riservata la nomina di un componente indipendente dell'organo di amministrazione o di un sindaco¹⁷, ai sensi dell'articolo 2351, ultimo comma, del codice civile. In tal caso gli strumenti finanziari muniti di diritti amministrativi sono in grado di incidere potenzialmente in modo non molto dissimile dalle azioni nella vita del governo societario e perciò si ritiene che sarebbe inopportuno escludere il loro acquisto dall'obbligo di notifica alla Presidenza del Consiglio. D'altronde, osservando l'esempio offerto da norme simili da tempo vigenti nel settore bancario (anch'esso, come noto, soggetto a regolamentazione a tutela di interessi generali) si può osservare come sia un dato pacificamente accettato che gli strumenti finanziari partecipativi siano considerati strumenti idonei ad attribuire al titolare degli stessi la capacità di esercitare un'influenza notevole sulla società, come confermato dall'articolo 2, comma 8, della delibera CICR del 27 luglio 2011, n. 675¹⁸.

Si è inoltre osservato che la tutela della sicurezza nazionale impone la necessità di una tutela anticipata, dovendo presidiare l'accesso ad informazioni sensibili, cui si potrebbe accedere in virtù dell'acquisto di strumenti finanziari che consentano la nomina di un componente dell'organo amministrativo o di controllo, per quanto indipendente. In tal senso, la mancata espressa menzione di tali strumenti finanziari potrebbe essere facilmente colmabile con un'interpretazione estensiva e, con un ricorso al brocardo latino, si può affermare che il legislatore *minus dixit quam voluit*.

Considerazioni, quelle sin qui esposte, che inducono a ritenere superabili le obiezioni formulate da chi, attenendosi a un'interpretazione meramente lette-

¹⁶ A. Trisicornia, *Golden Power: Un difficile connubio tra alta amministrazione e diritto societario*, in *Rivista delle società*, 2019, 733 ss.

¹⁷ M. Cian, *Strumenti finanziari partecipativi e poteri di voice*, Milano, 2006, 36 ss.

¹⁸ Decreto d'urgenza del ministro dell'economia e delle finanze, Presidente del CICR, del 27 luglio 2011, n. 675, Disciplina delle partecipazioni in banche, società capogruppo, intermediari finanziari, istituti di moneta elettronica e istituti di pagamento.

rale della norma e non attenta alla *ratio* della stessa, rileva che nell'articolo 1 del D.L. n. 21/2012 non vi sarebbe menzione degli strumenti finanziari e che anche la previsione della sospensione del diritto di voto o di altri diritti aventi contenuto diverso da quello patrimoniale fa esclusivo riferimento alle azioni o quote¹⁹.

2.3. *Azioni a voto plurimo e strumenti finanziari convertibili: una loro possibile valorizzazione nel concetto di partecipazione*

Altre due questioni su cui giova soffermarsi riguardano la possibilità di *valorizzare* nel concetto di partecipazione, ai fini dell'esercizio del *golden power*, le norme o le clausole che prevedano maggiorazioni di voto, da una parte, e gli strumenti finanziari convertibili o similari, dall'altra.

Quanto alla prima delle due questioni, quella cioè della possibilità di tener conto della disponibilità di un numero di voti maggiorato rispetto ad un criterio di mera proporzionalità, come nel caso delle azioni a voto plurimo, di cui all'articolo 2351, comma quarto, c.c.²⁰, o al voto maggiorato cui fa riferimento l'articolo 127 del T.U.F.²¹, la dottrina prevalente tende a dare risposta affermativa. Atteso che la minaccia di un grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza, derivanti dall'acquisto di partecipazioni, deve essere svolto alla luce della potenziale influenza dell'acquirente sulla società, anche in ragione dell'entità della partecipazione acquisita²², e, atteso che, ai sensi dell'articolo 2, assumono rilievo le partecipazioni che determinano l'acquisto di una posizione di controllo, appare indubitabile che le azioni a voto multiplo e a voto maggiorato concorrono all'acquisto di una tale posizione. In simili eventualità, essendo il beneficio della maggiorazione meramente "opzionale" per il socio, dal momento che potrà anche rinunciare se consentito dallo statuto (anche se si dubita che tutto ciò possa realmente accadere) ed essendo sospensivamente condizionato al possesso della partecipazione per un periodo continuativo di almeno ventiquattro mesi (c.d. *vesting period*), si ritiene preferibile sostenere che l'obbligo di notifica

¹⁹ V. Donativi, *Golden power e acquisto di partecipazioni: la nozione di "partecipazione"*, in *Golden Power*, Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica, 64.

²⁰ L'articolo 2351, comma 4, del Codice civile recita: «Salvo quanto previsto dalle leggi speciali, lo statuto può prevedere la creazione di azioni con diritto di voto plurimo anche per particolari argomenti o subordinato al verificarsi di particolari condizioni non meramente potestative. Ciascuna azione a voto plurimo può avere fino a un massimo di tre voti».

²¹ L'articolo 127 TUF, primo comma, recita: «Gli statuti possono disporre che sia attribuito voto maggiorato, fino ad un massimo di due voti, per ciascuna azione appartenuta al medesimo soggetto per un periodo continuativo non inferiore a ventiquattro mesi a decorrere dalla data d'iscrizione nell'elenco previsto dal comma 2...».

²² C. San Mauro, *I poteri speciali del governo nei confronti delle società che operano nei settori strategici: dalla golden share ai golden powers*, in *Il Foro amministrativo*, 2951-2970.

sorga al momento in cui il socio ottenga effettivamente il diritto alla maggioranza e possa, perciò, materialmente esercitare i diritti supplementari di voto che ne derivano, risultando corretta una lettura che tenga conto del peso effettivo della partecipazione del socio sugli assetti decisionali della società.

Quanto agli strumenti finanziari convertibili in azioni, i *warrants* o altri strumenti simili, la dottrina prevalente è, invece, orientata a dare risposta negativa.

La caratteristica comune di questi strumenti è costituita dal conferimento al loro proprietario di un diritto potestativo consistente nella possibilità di sottoscrivere, acquistare o convertire tali prodotti in azioni. Quindi sono strumenti finanziari che *incorporano* un diritto potenzialmente in grado di influire, quantomeno in futuro, sul governo della società, dal momento che a seguito della conversione, della sottoscrizione o dell'acquisto si avrebbero, a tutti gli effetti, nuove partecipazioni. Tuttavia, trattandosi di un'influenza futura, si è posto l'interrogativo se si debba dare rilievo ai fini dell'esercizio dei poteri speciali già alla sottoscrizione di tali strumenti. Si è tentato di argomentare affermativamente richiamando l'articolo 1, comma 1, lettera c), del D.L. n. 21/2012 che fa riferimento al potere di opposizione all'acquisto del governo nel caso in cui «l'acquirente venga a detenere, anche attraverso acquisizioni successive, un livello di partecipazione al capitale con diritto di voto in grado di compromettere nel caso specifico gli interessi della difesa e della sicurezza nazionale». A sostegno della risposta affermativa si è sostenuto che il diritto di conversione, sottoscrizione e acquisto costituisce un diritto potestativo, il cui esercizio è rimesso all'unilaterale volontà del possessore, il quale può liberamente decidere di assicurarsi una posizione di influenza sulla società, che si trova in un mero stato di soggezione. In aggiunta si è affermato che simili strumenti finanziari hanno costituito un mezzo per scalate occulte su società di grandi dimensioni, grazie al fatto che spesso il possessore di tali strumenti ha acquistato posizioni azionarie prossime al controllo senza che il mercato e la società *target* ne fossero effettivamente a conoscenza²³.

In ogni caso l'opinione prevalente è quella di ritenere che tali strumenti non possano essere inclusi nel concetto di partecipazione e che verranno in rilievo solo nel momento dell'effettiva conversione, sottoscrizione o acquisto. L'articolo 1, comma 1, lettera c), appena menzionato, infatti quando parla di acquisizioni successive che attribuiscono diritto di voto e siano in grado di compromettere gli interessi della difesa e della sicurezza nazionale fa riferimento ad un'influenza attuale, mentre tutti quegli strumenti che incorporano un diritto di acquistare azioni, ovvero le obbligazioni convertibili, le obbligazioni *cum warrant* ed altri,

²³ G. Sandrelli, *Innovazione finanziaria ed esercizio del voto*, Egea, Collana di diritto dell'economia, Milano, 2017, 46 ss.

attribuiscono un diritto ad un'influenza potenziale, che resta momentaneamente sullo sfondo e verrà in rilievo nel momento dell'esercizio effettivo del diritto²⁴. Dunque, la norma in commento è interpretabile nel senso che ciò che rileva è che i titoli, che formano oggetto di acquisizione successive, siano rappresentati da un'attuale partecipazione al capitale con diritto di voto ritenuta pregiudizievole per gli interessi protetti.

2.4. *Diritto di voto ed effettiva partecipazione sociale*

La nozione di partecipazione ha posto poi un'ulteriore serie di problematiche interpretative. In particolare, il legislatore non ha chiarito se debba o meno essere considerata l'ipotesi in cui il diritto di voto prescinde dall'effettiva partecipazione sociale.

L'ordinamento italiano, ma non solo, conosce diverse ipotesi di dissociazione tra titolarità della partecipazione e il relativo diritto di voto (si pensi, ad esempio, all'usufrutto o al pegno di azioni o quote), ed è evidente che in queste ipotesi si ha la concreta possibilità di incidere sulla società e sulla relativa *governance* e non si vede la ragione per la quale le relative operazioni non dovrebbero rilevare ai fini della notifica. D'altra parte, se il legislatore ha considerato rilevante anche la semplice partecipazione ad un patto parasociale, a maggior ragione dovrebbero rilevare i diritti di voto che un soggetto possa esprimere in forza non già della titolarità formale della partecipazione, ma di un sottostante rapporto contrattuale o altro diritto reale.

Altre ipotesi in cui ricorre la dissociazione tra titolarità della partecipazione ed esercizio del diritto voto sono individuabili nelle pratiche note con il nome di *empty voting*, le quali pongono il problema, più ampio, dell'individuazione del reale centro di imputazione degli interessi nell'espressione del voto. Viene qui in considerazione, tra le altre, la regola della *record date* di cui all'articolo 83-*sexies*, comma secondo, T.U.F., in base alla quale la legittimazione all'esercizio del diritto di voto relativo alle assemblee dei portatori di strumenti finanziari ammessi alla negoziazione nei mercati regolamentati è fissata al settimo giorno precedente la data dell'assemblea, pur potendo, nel frattempo, i titoli essere ugualmente alienati. Da ciò deriva la problematica per cui colui che aliena i titoli in tale arco temporale è pienamente legittimato al voto, pur essendosi privato della relativa partecipazione. Analoga problematica si può creare nel caso in cui sia previsto in una disposizione statutaria di una S.p.A. che le azioni debbano essere depositate

²⁴ V. Donativi, *Golden Powers, Profili di diritto societario*, Torino, 2019, 50-53.

preventivamente, senza che ciò impedisca, contestualmente, di ritirare ed alienare le relative azioni senza perdere il diritto di voto in assemblea²⁵. Si tratta ovviamente di un'ipotesi più rara e che può essere temperata dalla previsione, prevista dall'articolo 2370 c.c., di introdurre il divieto di ritirare le relative azioni una volta depositate. In ogni caso, a rigor di logica, si ritiene che anche di tali operazioni il governo debba essere edotto, quanto meno nel caso in cui abbiano ad oggetto settori ritenuti strategici dal Legislatore.

Altre questioni interpretative di diritto societario si pongono in relazione ad altri settori della disciplina, e di seguito verranno brevemente esaminate.

Quanto al settore dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, non venivano individuate specifiche soglie, ma si faceva riferimento alla nozione di controllo, richiamando l'articolo 2359 c.c. e più genericamente il T.U.F.. In questo caso ci si era interrogati se, come sostenuto dalla dottrina prevalente²⁶, il richiamo ad entrambe le norme doveva essere interpretato nel senso che la norma di cui al codice civile si applicasse alle sole società per azioni di diritto comune e a tutte le altre società di capitali e la norma del T.U.F., invece, limitatamente alle società per azioni quotate. La risoluzione di tale quesito aveva implicazioni notevoli, posto che le due norme definiscono fattispecie di *controllo esterno* configurate in maniera differente²⁷.

Tale ultima tematica ha perso di rilevanza posto che con le recenti modifiche è stata superata l'originaria distinzione tra la disciplina relativa ai settori della difesa e della sicurezza nazionale e quella relativa ai settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni. Infatti, mentre le acquisizioni relative ai settori di cui all'art. 1 d.l. n. 21/2012 riguardavano sotto il profilo soggettivo anche le operazioni intra-UE e, con riferimento al profilo oggettivo, anche le partecipazioni c.d. di minoranza²⁸, l'ambito di applicazione dell'art. 2 era limitato alle operazioni extra-UE, ed era applicabile solo alle acquisizioni di partecipazioni di controllo²⁹. Tale quadro è stato modificato con il noto Decreto Liquidità, origina-

²⁵ M. Stella Richter jr., *Sub art. 2370*, in *Le società per azioni*, I, 934 ss.

²⁶ M. Notari, *Società controllate e società collegate*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L. A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2008, 717 ss.

²⁷ L'art. 2359, comma terzo, c.c. fa riferimento all'influenza esercitata in virtù di particolari vincoli contrattuali, che tendenzialmente prescindono dal possesso di partecipazioni azionarie; l'art. 93 T.U.F. fa, invece, riferimento al controllo esercitato in virtù di un contratto o di una clausola statutaria e quello esercitato per il tramite di un accordo con altri soci, si pensi ai patti parasociali. Sebbene l'articolo 93 menzioni i soli sindacati di voto e non tutti i tipi di patti parasociali, ai fini che qui interessano si riteneva più corretto fornire un'interpretazione ampia del dettato legislativo, volta ad includervi anche altri tipi di patti parasociali.

²⁸ Come noto, la notifica deve essere effettuata qualora l'acquirente venga a detenere, a seguito dell'acquisizione, una partecipazione superiore alla soglia del 3%, e sono successivamente notificate le acquisizioni che determinano il superamento delle soglie del 5%, 10%, 15%, 20%, 25% e 50%.

²⁹ A. Sacco Ginverì, A. Botto, C. Carrara, V. Auricchio, V. Mosca, A. Esposito, *Italian legislation regarding foreign direct investment screening: recent changes introduced under Law Decree No. 21/2022*, Marzo 2022, Legance.

riamente provvisorio, la cui disciplina era stata prorogata fino al 31 dicembre 2022. In ogni caso, le disposizioni hanno esteso il campo oggettivo e soggettivo di applicazione della disciplina. In particolare, è stato esteso anche ad operazioni intra-UE³⁰ in caso di acquisizione di partecipazioni di controllo nei settori di cui all'art. 2 d.l. n. 21/2012³¹ e ad operazioni extra-UE di acquisizione di partecipazioni di minoranza³².

Tali modifiche, che in origine dovevano essere transitorie, sono state trasformate in norme a regime con il D.L. 21 marzo 2022, n. 21, che ha determinato un allineamento della disciplina, superando l'originaria distinzione tra l'articolo 1 e l'articolo 2. Certamente più chiaro è il riferimento alle altre operazioni rilevanti ai fini dell'esercizio dei poteri del governo, quali l'adozione di delibere, atti od operazioni. L'unico aspetto che merita di essere brevemente menzionato è connesso al fatto che operazioni di fusione, scissione, incorporazione e cessione, anche di quote di partecipazione, operate nell'ambito di un gruppo non sono escluse dallo *screening* governativo, se da esse si possa desumere la minaccia di un grave pregiudizio per la difesa e la sicurezza nazionale o per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza e al funzionamento delle reti, degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti. In poche parole, se sono integrati i presupposti legislativi per l'esercizio dei poteri speciali, le operazioni infragruppo potrebbero difficilmente essere escluse dal controllo governativo³³.

³⁰ L'articolo 25 del D.L. n. 21/2022 ha previsto che: «Nei settori delle comunicazioni, dell'energia, dei trasporti, della salute, agroalimentare e finanziario, ivi incluso quello creditizio e assicurativo, sono soggetti all'obbligo di notifica di cui al primo periodo, anche gli acquisti, a qualsiasi titolo, di partecipazioni da parte di soggetti appartenenti all'Unione europea, ivi compresi quelli residenti in Italia, 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, ai sensi dell'art 2359 del Codice civile e del Testo Unico di cui al Decreto Legislativo 24 febbraio 1998, n. 58». In questo caso, non vi è stata contestuale abrogazione della normativa transitoria e anzi la nuova normativa è entrata in vigore solo il 1° gennaio 2023.

³¹ La strada intrapresa dal legislatore italiano ricalca quella seguita nell'ordinamento francese che ha esteso l'ambito di applicazione della disciplina *golden power* anche alle operazioni intra-UE.

³² L'articolo 25 del D.L. n. 21/2022, abrogando la normativa transitoria, ha inserito al comma 5 dell'articolo 2 D.L. n. 21/2012 il seguente periodo: «Sono soggetti all'obbligo di notifica di cui al presente articolo anche gli acquisti di partecipazioni, da parte di soggetti esteri non appartenenti all'Unione europea, in società che detengono gli attivi individuati come strategici ai sensi dei commi 1 e 1ter, che attribuiscono 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, e sono altresì notificate le acquisizioni che determinano il superamento delle soglie del 15%, 20%, 25% e 50%».

³³ G. Serafin, *Golden power: vecchi problemi e nuovi temi societari*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2021, 2, 1041.

3. *Profili di criticità nel rapporto tra diritto societario ed esercizio dei poteri speciali: la rilevanza temporale del momento della notifica di acquisto del controllo*

Come è noto, osservando l'evoluzione dei poteri speciali in Italia, con il *golden power*, introdotto con il d.l. n. 21 del 2012, lo Stato, seguendo il processo iniziato con le privatizzazioni, ha definitivamente abbandonato il ruolo di azionista e conseguentemente sono stati abbandonati gli strumenti di matrice privatistica che venivano utilizzati al fine di esercitare lo *screening* sulle imprese strategiche, ormai non più in mano pubblica. In tal modo, seguendo il modello offerto dalle discipline inglesi e francesi, è stata prevista la possibilità di esercitare poteri speciali, prescindendo dal possesso azionario e, perciò, in modo del tutto svincolato dalle dinamiche societarie. Ciò, tuttavia, non esclude che, come osservato nel paragrafo introduttivo del presente capitolo, la disciplina del *golden power* determini profonde interferenze con il diritto societario, sotto il profilo degli effetti concreti e dei rimedi connessi all'esercizio dei poteri speciali. D'altronde le sanzioni della sospensione dei diritti di voto e la nullità delle delibere adottate con il voto determinante di tali partecipazioni, sono rimedi tipici del diritto societario.

Una serie di criticità, in cui emerge tale interferenza tra la disciplina del *golden power* e i meccanismi societari, si verifica, inoltre, nel funzionamento dell'organo assembleare nelle more del procedimento di esercizio dei poteri speciali.

Più nello specifico, si può osservare che si possono produrre differenti esiti, a seconda che la notifica sia preventiva o successiva all'acquisizione del controllo della società le cui partecipazioni sono oggetto di acquisizione, aspetto quest'ultimo che non viene chiarito dalla norma. Il fatto che all'atto della notifica debba essere trasmesso il progetto di acquisizione, o le previsioni secondo cui l'efficacia dell'acquisto può essere condizionata all'assunzione di impegni e che, decorsi i termini per l'esercizio del *golden power*, l'acquisto o l'operazione possono essere effettuate, sembrerebbero deporre a favore della prima soluzione. Tale lettura, secondo cui la notifica debba precedere l'acquisizione, cosa che si verifica più frequentemente nella prassi³⁴, in cui pertanto il procedimento si esaurisce prima dell'acquisto del controllo societario, presenta delle criticità, che sono tuttavia minori e di minor rilevanza rispetto a quelle che si verificano nel caso di notifica successiva.

In tale eventualità si creano delle problematiche di non facile risoluzione. Immaginando l'ipotesi di un contratto di cessione della partecipazione di controllo, sospensivamente condizionato al mancato esercizio dei poteri speciali, si pone, ad esempio, il problema della gestione societaria nel periodo interinale, in

³⁴ A. Triscornia, *Golden power: un difficile connubio tra alta amministrazione e diritto societario*, in *Rivista delle società*, 2019, 4, 754-756.

cui l'aspirante titolare del controllo ha interesse a preservare il proprio investimento pur non potendo gestire la società.

In tal caso si potrebbe tentare di risolvere tale problematica mediante accordi tra le parti. Mediante un accordo si potrebbe, per esempio, stabilire che il cedente gestisca la società nell'interesse del cessionario e seguendo eventuali direttive impartite da quest'ultimo. Tale accordo, tuttavia, rischierebbe di eludere quello che è lo scopo della norma, che, d'altronde, stabilisce la sospensione dei diritti di voto connessi alle partecipazioni acquisite fino allo scadere del termine per l'esercizio dei poteri speciali, nel caso di notifica successiva. Inoltre, si rischierebbe di indebolire il principio della tendenziale rispondenza tra rischio (di impresa) e potere di gestire l'intrapresa societaria.

Da ultimo, non si possono sottovalutare gli effetti paradossali che si creerebbero in conseguenza di un accordo di tal genere nel caso di opposizione governativa laddove il cedente, interessato a liquidare la sua partecipazione e che gestiva la società nell'interesse del cessionario, si troverebbe nuovamente a dover gestire la società, eventualmente anche modificata nell'interesse dell'aspirante titolare delle partecipazioni di controllo.

D'altro canto, in mancanza di un accordo che vincoli il cedente a gestire la società nell'interesse del cessionario, invece, quest'ultimo si troverebbe a dover accettare, nelle more del procedimento, la conduzione della società da parte del primo il quale, tuttavia, nella prospettiva di dismettere la propria partecipazione, potrebbe aver perso interesse nella stessa.

Per concludere sul tema della notifica preventiva, è ipotizzabile che ad essa si faccia ricorso, magari preceduta da informali interlocuzioni, anche nel caso di offerta pubblica d'acquisto di una società strategica. Si è affermato, a tal proposito, che nel documento d'offerta si potrebbe inserire una previsione con cui venga previsto che le azioni oggetto dell'offerta debbano essere ritrasferite agli azionisti della società bersaglio in caso di opposizione governativa³⁵. In poche parole, il perfezionamento dell'offerta dovrebbe essere risolutivamente condizionato alla mancata opposizione governativa. Tale condizione sarebbe tuttavia difficilmente conciliabile nel caso di opa obbligatoria³⁶, in cui sarebbe preferibile fare ricorso alla notifica preventiva o all'istituto della pre-notifica. Questo, ovviamente, senza che tale notifica preventiva trasformi il potere pubblico di opposizione in una sorta di autorizzazione preventiva.

Ben più rara e maggiormente problematica è l'ipotesi in cui la notifica venga effettuata non in via preventiva, ma una volta che l'acquisto sia stato già per-

³⁵ G. Ferrarini, *Le difese contro le o.p.a ostili: analisi economica e comparazione*, in *Riv. soc.*, 2000, 5, 46 ss.

³⁶ 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 *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 116.

fezionato. Si tratta di una serie di situazioni marginali, che di seguito si tenterà di esemplificare, per le quali la notifica non può che essere effettuata in un momento successivo. Ovviamente si fa riferimento a situazioni in cui il controllo societario non viene acquisito mediante offerta pubblica di acquisto o cessione della partecipazione di maggioranza, ma ad altre ipotesi che, seppur rare, determinano l'acquisto del controllo e fanno sorgere l'obbligo di notifica in un momento successivo.

In particolare, si fa riferimento ad alcune ipotesi di acquisto meramente passivo del controllo, in cui, per esempio, il socio acquista il controllo societario a seguito dell'esercizio *pro quota* del diritto di opzione relativo alla sottoscrizione dell'aumento di capitale a seguito del mancato esercizio di tale diritto da parte degli altri soci³⁷. Sulla rilevanza giuridica di tali fattispecie ai fini dell'esercizio del *golden power*, tuttavia, sono state espresse perplessità in dottrina, sostenendosi che dovrebbero esulare dalla disciplina in esame tutte quelle situazioni in cui il socio non ha un ruolo attivo nell'accrescimento della partecipazione³⁸. In senso contrario, però, si è sostenuto che la medesima *ratio* di tutela alla base della disciplina positiva, la necessità di prevenire fenomeni elusivi e il riferimento legislativo agli acquisti di partecipazione "a qualsiasi titolo" depongono a favore di una lettura più ampia³⁹.

Un'ulteriore ipotesi di acquisto *passivo* meritevole di attenzione è quella della successione ereditaria, grazie alla quale l'erede potrebbe acquistare il controllo di una società (fermo restando che l'eredità andrebbe accettata e che servirebbe una manifestazione di volontà da parte dell'avente causa).

Ancora, un socio potrebbe conseguire il controllo societario anche a seguito della cessione, da parte di altri azionisti, di azioni dotate di voto maggiorato, o ancora a seguito di rastrellamento di azioni sul mercato, in cui il controllo conseguirebbe soltanto all'atto dell'acquisto dell'ultima partecipazione.

Come si può notare, si tratta di situazioni spesso involontarie, da cui consegue ugualmente l'acquisto del controllo e che dunque devono essere notificate alla Presidenza del Consiglio. Non si può, tuttavia, non rilevare che, nella maggior parte dei casi, gli acquisti passivi derivano dall'accrescimento di una partecipazione già presente che, quindi, potrebbe aver già superato il vaglio pubblico. In ogni caso si tratta di situazioni che, a causa della sospensione dei diritti di voto o di quelli avente contenuto diverso da quello patrimoniale seppur per un breve lasso temporale, rischiano di alterare gli equilibri proprietari rimettendo le decisioni nelle mani della minoranza e, conseguentemente, alterando il fisiologi-

³⁷ F. Prenestini, *Golden Power e meccanismi societari di difesa dell'acquisto del controllo*, in *Federalismi*, 2022, 72-73.

³⁸ V. Donativi, *Golden Powers. Profili di diritto societario*, op. cit., 64.

³⁹ F. Prenestini, *Golden Power, acquisto del controllo e profili di diritto societario*, in *Nuovo Diritto delle Società*, 2022, 12, 2345-2346.

co funzionamento del principio maggioritario. Ancora più drastiche sarebbero le conseguenze in caso si tratti di partecipazione maggioritaria, eventualità in cui si rischierebbe, nelle more del procedimento, di paralizzare la società ostacolando o rendendo addirittura impossibile, per esempio, il rinnovo delle cariche sociali o l'approvazione del bilancio di esercizio.

Diffusa è l'osservazione che meccanismi analoghi, quali quello della sospensione dei diritti di voto e dell'alienazione delle partecipazioni, sono presenti anche in altri ambiti del diritto societario e del diritto dell'economia, tanto che è stato detto che la disciplina della sospensione del diritto di voto e dell'alienazione delle partecipazioni dettata dal d.l. n. 21/2012 sia stata ispirata dalla procedura di autorizzazione all'acquisto di partecipazioni qualificate nelle banche, di cui agli artt. 19-24 T.U.B.⁴⁰.

Tuttavia, nella normativa bancaria la disciplina della sospensione e dell'alienazione ha, per lo più, natura sanzionatoria ed è volta a rimediare a violazioni di cui l'autore dovrebbe avere piena contezza. Nel caso del *golden power*, invece, si fa ricorso a tali meccanismi al fine di tutelare l'interesse nazionale, che è certamente un concetto più vago e di difficile individuazione per l'investitore. Per di più nella disciplina del *golden power* la sospensione riguarda anche ulteriori diritti aventi contenuto diverso.

Al di là del tema legato all'individuazione di tali diritti, sul quale si è soffermata parte della dottrina⁴¹, merita soffermare l'attenzione su di una problematica che affligge le dinamiche assembleari delle società per azioni nei casi in cui venga disposta tale sospensione, cui si è già fatto cenno.

Le situazioni analizzate in questo paragrafo pongono una serie di problematiche che, seppur remote, meritano di essere considerate ai fini di una lettura completa della disciplina e delle sue criticità. La soluzione prevista dal Legislatore di sospensione dei diritti di voto e degli altri diritti diversi da quelli a contenuto patrimoniale, che si giustifica al fine di escludere qualunque tipo di influenza nella gestione della società dell'aspirante socio di controllo, determina delle difficoltà nel funzionamento dell'assemblea, stravolgendo i tipici meccanismi assembleari. Certamente, però, il ricorso alla notifica preventiva, pur non essendo sempre possibile e pur non essendo privo di criticità (si pensi al già menzionato problema della gestione interinale dell'impresa, che, tuttavia, può essere in parte risolto con clausole contrattuali tra le parti) è una soluzione più agevole, che minimizza i problemi di diritto societario. In tal senso l'istituto della pre-notifica, di recen-

⁴⁰ A. Triscornia, *Golden power: un difficile connubio tra alta amministrazione e diritto societario*, op. cit., 753 ss.

⁴¹ V. Donativi, *Golden powers: profili di diritto societario*, op. cit., 157 ss.

te introduzione, agevolando i contatti con le autorità competenti e determinando un'accelerazione delle tempistiche, è sicuramente apprezzabile.

3.1. *La contendibilità e il mercato del controllo: l'approccio del legislatore alle altre misure di limitazione degli investimenti esteri*

Al di là dei singoli dubbi interpretativi e applicativi che suscitano nell'interprete, le norme sul *golden power* sollecitano, altresì, più generali considerazioni sistematiche concernenti il coordinamento e l'armonizzazione delle nuove disposizioni con alcuni dei principi di vertice della disciplina generale delle società di capitali, i quali, nel rinnovato contesto, appaiono compressi se non, addirittura, sacrificati.

Nel senso indicato, appare utile prendere le mosse dall'osservazione, autorevolmente formulata, per la quale le regole sul *golden power* mostrano assonanze con le c.d. "norme antisalata", o comunque possono produrre effetti ad esse assimilabili⁴². Ferma restando la diversità, funzionale e strutturale, dei due strumenti, infatti, entrambi possono rispondere a finalità latamente protezionistiche⁴³ e così interferire con – e finire per compromettere – il generale interesse dell'ordinamento a promuovere e garantire, in specie in società ad ampia capitalizzazione e larga partecipazione quali normalmente sono quelle sulle quali si appunta l'*interesse nazionale*, la c.d. "contendibilità" del controllo e il diritto degli azionisti a liquidare liberamente il proprio investimento alle condizioni e nel momento da costoro ritenuti più opportuni (il c.d. "diritto al disinvestimento").

In proposito, sia dato ricordare come, sulla scorta dello stimolo offerto dalle riflessioni delle scienze economiche ed aziendalistiche, si sia da tempo radicata nel giurista la coscienza della importanza che, nella costruzione del sistema, l'ordinamento si faccia carico di garantire l'efficiente funzionamento del mercato azionario e l'esistenza di condizioni di effettiva contendibilità del controllo societario, da intendersi quale concreta e libera possibilità per chiunque vi abbia interesse di competere, in assenza di situazioni potenzialmente distorsive, per acquisire il controllo e, quindi, la gestione di società aliene, rilevando le partecipazioni in esse detenute dalla (maggioranza della) compagine preesistente.

Tale coscienza, formatasi nella dottrina nordamericana e presto condivisa da quella europea, permea notoriamente tanto l'ordinamento europeo, quanto quello nazionale, e di essa risultano espressione una pluralità di norme e istituti ampiamente recepiti in pressoché tutti gli ordinamenti contemporanei. Di qui l'affer-

⁴² In tal senso si veda A. Sacco Ginevri, *Le società strategiche*, in G. Donativi, *op. cit.*, 843 ss.

⁴³ A. Guaccero, *Compliance e tutela degli investimenti esteri diretti*, in G. Napolitano, *op. cit.*, 149-150.

mazione dell'inclusione, tra i principi di vertice del diritto societario nelle società moderne, di quello avente ad oggetto, appunto, la contendibilità del controllo.

Sfugge ai limiti del presente lavoro l'approfondimento delle finalità cui risponde un simile principio e degli interessi che per il suo tramite si intendono tutelare, che pertanto verranno trattati solo sinteticamente. Basti accennare come lo stesso paia rispondere almeno ad un duplice interesse giudicato meritevole di tutela dall'ordinamento.

Da una parte, viene in riferimento un interesse di natura per così dire *macro-economica* inerente all'efficiente allocazione delle risorse, ove il c.d. "*mercato del controllo*" sia riguardato quale meccanismo virtuoso volto a promuovere il miglior impiego dei mezzi di produzione attraverso il trasferimento della conduzione di imprese gestite in maniera subottimale in favore di coloro che, in quanto disposti a investire in esse valori maggiori rispetto a quelli correnti, devono ritenersi verosimilmente in grado di far loro generare maggiore ricchezza, con beneficio di tutti i soggetti variamente coinvolti nelle vicende dell'impresa societaria e della sua attività⁴⁴. Dall'altra parte, si pone un interesse di natura per così dire *micro-economica*, incentrato sulla considerazione della posizione dei soci quali investitori, avente ad oggetto la più ampia possibilità di cogliere le opportunità di *liquidazione* dell'investimento offerte dal mercato, nelle forme e nei tempi ritenuti più convenienti, nella consapevolezza che, in specie in presenza di società a larga capitalizzazione, la *valorizzazione* dell'investimento azionario si realizza non tanto mediante la realizzazione e la distribuzione degli utili di esercizio, quanto, piuttosto, per il tramite e al momento del *disinvestimento*, sotto forma di differenza tra prezzo di vendita e prezzo di acquisto dei titoli⁴⁵. È, del resto, noto che i principi di cui si discorre siano stati ampiamente recepiti nella legislazione dei paesi europei e in quella italiana in particolare, nella quale numerosi sono gli istituti introdotti, sia in sede di disciplina delle società emittenti titoli negoziati su mercati regolamentati dettata dal d.lgs. n. 58/1998 (il T.U.F.) che in quella di riforma organica del diritto delle società di capitali del 2003, volti a darvi piena e incisiva attuazione. Tra di essi mette conto segnalare l'istituto dell'offerta pubblica di acquisto o di scambio, oggetto di analitica regolamentazione sia nell'ordinamento europeo, che in quello nazionale.

Per offerta pubblica di acquisto o di scambio si intende ogni offerta, invito a offrire o messaggio promozionale, purché rivolti al pubblico e finalizzati all'acquisto o allo scambio di prodotti finanziari. Di qui il loro impiego quali strumenti di trasferimento del controllo di società emittenti titoli negoziati su mercati regola-

⁴⁴ F.H. Easterbrook, D. Fischel, *L'economia delle società per azioni – un'analisi strutturale*, trad. it. (a cura di) M. Scalia, Milano, 1996.

⁴⁵ L.A. Bebchuck, *The pressure to tender: an analysis and a proposed remedy*, in *Delaware Journal of Corporate Law*, 1987, Vol. 12, 911 ss.

mentati e, di qui, l'interesse del legislatore a regolarne l'utilizzo in modo coerente agli obiettivi di politica del diritto perseguiti.

Ciò detto, appare utile soffermarsi sul concetto di "mercato del controllo", che, tradizionalmente, può essere visto come un rischio o un'opportunità per la società e per i suoi soci. L'opportunità è data dal fatto che il c.d. "controllo dell'impresa" rappresenta – come anticipato – un bene che viene allocato a chi ritiene di attribuirgli maggior valore e, dunque, la possibilità che un investitore possa cercare di acquisire detto controllo mediante una offerta di acquisto delle azioni o, come si suol dire, una scalata può produrre effetti positivi per coloro che sono già soci della società⁴⁶. Tramite il trasferimento del controllo, si possono ridurre i costi di agenzia e limitare comportamenti opportunistici degli amministratori, così limitandosi o risolvendosi un problema che tipicamente ricorre nella gestione delle società, specie di grandi dimensioni e a capitale diffuso.

Inoltre, come pure osservato, il trasferimento del controllo può offrire agli attuali azionisti la possibilità di *liquidare* il proprio investimento, cedendo le proprie partecipazioni al nuovo investitore, o comunque di *valorizzare* il medesimo investimento, dal momento che è ipotizzabile che l'ingresso di un nuovo socio di controllo coincida con un generale miglioramento della efficienza, della produttività e della redditività dell'attività sociale.

È questa la ragione per la quale la dottrina prevalente ha per lungo tempo giudicato con favore misure volte ad agevolare la contendibilità del controllo societario, quali la regola della passività e di neutralizzazione e, invece, a guardare con sfavore l'adozione di misure difensive che tendono ad ostacolare il trasferimento del controllo.

D'altra parte, il trasferimento del controllo comporta anche dei rischi per la società e i suoi soci. Essi possono derivare dal fatto che l'operazione serva a porre in essere condotte abusive da parte del nuovo socio, sia finalizzata a rendere non più contendibile la società o, ancora, che risponda a finalità e interessi non allineati a quelli della compagine sociale.

Nel contemperamento dei vari interessi che possono venire in gioco, al ricorrere di determinate ipotesi (art. 105 T.U.F.), il legislatore ha reso obbligatorio l'uso dell'offerta pubblica di acquisto quale strumento necessario al trasferimento del controllo e alla tutela delle minoranze, volta a consentire a tutti i soci di assumere decisioni consapevoli e a poter scegliere se beneficiare o meno, in caso di disinvestimento, dell'eventuale *premio di controllo* che l'offerente è disponibile a riconoscere per l'acquisto delle partecipazioni.

⁴⁶ H.G. Manne, *Merger and the Market for corporate control*, in *The Journal of Political Economy*, 1965, Vol. 73, No. 2, 112.

Tanto premesso, conviene soffermarsi sul concetto del trasferimento del controllo e sulle c.d. *defense tactics*, ossia le misure difensive poste in essere dall'attuale gruppo di controllo avverso offerte e tentativi di scalata posti in essere da nuovi investitori, ampiamente utilizzate negli Stati Uniti ma viste con minor favore all'interno dell'ordinamento italiano ed europeo, notoriamente ispirati i principi della neutralità e della passività, su cui si tornerà a breve. La ragione per la quale ci si intende soffermare su tali tematiche in una trattazione dedicata ai poteri speciali va individuata nel fatto che anche questi ultimi, come e forse più ampiamente delle misure difensive, rappresentano strumenti dal cui utilizzo possa derivare una sostanziale limitazione del trasferimento del controllo e che, pertanto, possono generare criticità e problematiche analoghe a quelle in passato esaminate da chi ha studiato i temi della contendibilità e del trasferimento del controllo, le cui riflessioni possono perciò offrire utili spunti di approfondimento.

Preliminarmente occorre chiarire la distinzione, ormai di comune acquisizione, tra misure difensive in senso stretto e barriere all'entrata⁴⁷.

Per misure difensive si intendono quelle iniziative decise dall'assemblea o dal consiglio di amministrazione con le quali non solo si può indurre l'offerente ad alzare il prezzo offerto per l'acquisto delle azioni, ma anche ostacolare il buon esito della stessa, sostanzialmente inibendo l'azionista ad aderire all'offerta pubblica di acquisto. Naturalmente si tratta di una locuzione ampia: le misure difensive in senso stretto indicano gli atti e le operazioni che possono impedire l'acquisizione del controllo una volta che l'offerta pubblica d'acquisto sia stata promossa. È a queste misure difensive che fa riferimento l'art. 104 T.U.F., laddove impone alla società *target*, salva autorizzazione dell'assemblea ordinaria e di quella straordinaria, di astenersi dal compiere atti od operazioni che possono contrastare il conseguimento degli obiettivi dell'offerta. L'obbligo di astensione si applica dal momento della comunicazione dell'offerta di cui all'art. 102, comma 1, T.U.F. e fino alla chiusura dell'offerta ovvero fino a quando l'offerta stessa non decada. Le difese possono distinguersi in atti che aventi per scopo o, comunque, l'aumento del prezzo delle partecipazioni oggetto dell'offerta e in iniziative che si sostanziano nel compimento di una serie di azioni volte a ridurre per l'offerente la convenienza dell'operazione. È bene precisare che la semplice ricerca di altre offerte, potenzialmente più conveniente per i soci e la società, non costituisce atto od operazione in contrasto con gli obiettivi dell'offerta e quindi non va qualificata alla stregua di misura difensiva.

Diverse dalle misure difensive sono le barriere, con le quali si indicano situazioni che tendono a impedire *a priori* il lancio di un'offerta pubblica d'acquisto,

⁴⁷ S. Capiello, *Le difese dalle offerte pubbliche di acquisto*, in G. Ferri jr., M. Stella Richter jr. (a cura di), *Profili attuali di diritto societario europeo*, Milano, 2010, 222-224.

rendendo la società non scalabile o comunque riducendo la possibilità di successo dell'opera stessa⁴⁸. In tale ambito si possono distinguere barriere strutturali, ossia elementi di sistema, non necessariamente connessi alle peculiarità di un certo ordinamento giuridico (si pensi al carattere eccessivamente familistico o relazionale del sistema economico, all'eccessiva concentrazione degli assetti proprietario o al tasso di regolamentazione) e barriere tecniche, ossia un insieme di situazioni giuridiche caratteristiche di un determinato ordinamento che possono rendere particolarmente difficile il lancio di offerte pubbliche d'acquisto. Si pensi alle azioni senza voto, con voto limitato, a voto plurimo, ai gruppi piramidali, ai limiti statutari al possesso di azioni, ai patti di sindacato, alle *poison pills*.

Nel momento in cui il legislatore introdusse la nozione di *golden share*, le stesse furono ricomprese all'interno della categoria delle *barriere*, così come per larga parte lo sono oggi anche i poteri speciali del governo.

Il *golden power*, peraltro, più che impedire la scalabilità della società *a priori*, impedendo di *per sé* e con certezza il trasferimento del controllo, ne riduce l'effettiva contendibilità, generando un effetto di sostanziale deterrenza nei confronti dei potenziali investitori astrattamente interessati a rilevarne il controllo, i quali, nel momento in cui sono chiamati a valutare le possibili alternative di investimento, potrebbe rivelarsi inclini a privilegiare quelli in società estranee al perimetro dei settori ritenuti strategici dal Legislatore al fine di sottrarsi al rischio che l'esercizio dei poteri speciali vanifichi i propri obiettivi o, comunque, li condizioni.

In ogni caso la differenza di fondo che intercorre tra i due tipi di barriere non ha una funzione meramente classificatoria, ma assume un significato anche operativo, posto che le barriere tecniche essendo caratteristiche di un ordinamento giuridico possono essere legislativamente abrogate o modificate, mentre quelle strutturali, data la loro caratteristica esogena rispetto all'ordinamento, non godono dello stesso regime⁴⁹.

Le misure difensive più in generale, invece, consentono agli amministratori, previa valutazione dell'assemblea, di porre in essere delle azioni che possono comportare non soltanto l'incremento del valore dell'offerta, ma in determinati casi anche l'arresto o l'esito negativo dell'offerta stessa, in un certo senso sostituendosi nella posizione degli azionisti.

Può opinarsi, e concretamente si è opinato, circa la coerenza di simili strumenti con il "sistema di mercato" sul quale si fonda l'ordinamento nazionale, basato su scelte decentrate, compiute dagli azionisti investitori nel mercato dei capitali, che devono consentire di esprimere la propria posizione sulla congruità

⁴⁸ G. Ferrarini, *Le difese contro le opa ostili: analisi economica e comparazione*, in *Rivista Soc.*, 2000, 5, 737 ss.

⁴⁹ S. Cappiello, *Le difese*, in M. Stella Richter jr. (a cura), *Le offerte pubbliche di acquisto*, Torino, 2011, 115 ss.

del prezzo offerto dal nuovo azionista e che invece verrebbero in certo modo esauriti dalle misure difensive. Ci si deve chiedere, pertanto, quale possa era il motivo per il quale consentirsi alla società di porre in essere delle iniziative aventi per scopo o per effetto quello di rigettare l'offerta, o comunque di renderne più ardua l'accettazione, ove questa sia ritenuta non conveniente dal *management*, neutralizzando in tal modo il diritto dell'azionista investitore, cui l'offerta è pur sempre destinata, di valutare la convenienza della stessa e di decidere l'eventuale cessione della propria partecipazione e con ciò la liquidazione del proprio investimento.

Muovendo da tali quesiti, sono state individuate diverse risposte volte a giustificare l'esistenza di simili meccanismi difensivi.

Occorre partire dalla premessa secondo cui i mercati non sempre sono efficienti, e pertanto le misure difensive possono essere impiegate come rimedio ai possibili *fallimenti del mercato*, primo tra tutti quello collegato al problema della c.d. "azione collettiva", che si pone nel caso in cui una determinata offerta è diretta a conseguire il controllo societario. Autorevole dottrina⁵⁰ fa riferimento al "dilemma del prigioniero" per descrivere la situazione in cui si trova l'azionista che, a fronte di un'offerta volta ad ottenere il controllo della società, pur non reputando come sufficiente il prezzo offerto, ritiene di aderire o quantomeno che ciò rappresenti la scelta più conveniente (si parla a tal proposito della c.d. *pressure to tender*), temendo l'equilibrio che si verrebbe a creare all'indomani del conseguimento dell'offerta e pertanto del trasferimento del controllo⁵¹. In questo senso le misure difensive potrebbero rappresentare uno strumento adeguato a tutelare l'investimento effettuato dall'azionista "prigioniero".

Le misure difensive potrebbero altresì rappresentare uno strumento adeguato nel caso in cui il prezzo di un'azione non rispecchi il suo reale valore, ciò che può avvenire, ad esempio, qualora la società sia impegnata in investimenti di lungo periodo, i cui effetti in termini di valore di mercato delle azioni sono destinati a prodursi nel tempo. O ancora, il valore dell'azione potrebbe essere depresso in conseguenza di crisi finanziarie o altri fattori esogeni alla gestione societaria, che determinino un generale deprezzamento dei titoli.

D'altro canto, lo strumento delle misure difensive può costituire esso stesso causa di un fallimento del mercato. In particolare, le decisioni sulle misure difensive vengono adottate dalla maggioranza relativa dell'assemblea o dal consiglio di amministrazione. Conseguentemente, la decisione potrebbe essere assunta da soggetti che, in caso di successo dell'offerta, potrebbero trovarsi privati del

⁵⁰ L.A. Bebchuck, *The pressure to tender: an analysis and a proposed remedy*, in *Delaware Journal of Corporate Law*, 1987, Vol. 12, 911 ss.

⁵¹ I regolamenti Consob hanno cercato di porre un rimedio a tale situazione, prevedendo che in caso di successo dell'offerta, gli azionisti che originariamente non avevano aderito potessero successivamente vendere i propri titoli.

controllo della società e che, quindi, nel momento in cui sono chiamati a decidere circa le misure difensive potrebbero essere mossi da interessi confliggenti con quelli della maggioranza degli azionisti. Pertanto, il rischio connaturato alle misure difensive è quello della possibilità di determinare una “cristallizzazione” degli assetti societari a discapito della contendibilità del mercato del controllo.

3.2. *La dottrina americana e la posizione delle Corti statali*

Nell'approfondire l'argomento del controllo societario e della sua contendibilità non si può non prendere le mosse dalle posizioni dottrinali statunitensi che si sono sviluppate a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso. Anche in tale contesto si è assistito alla contrapposizione di diversi orientamenti, alcuni dei quali propensi ad enfatizzare l'opportunità e l'auspicabilità della contendibilità del controllo, altri i rischi ad essa associati e l'esigenza di apportare i più opportuni correttivi.

Nell'esaminare gli orientamenti volti a sottolineare i vantaggi della contendibilità non si possono non avere a mente le osservazioni formulate da Daniel Fischel e Frank H. Easterbrook, i quali, pur essendo strenui sostenitori dell'autonomia statutaria e, più in generale, della libertà di determinazione di azionisti e *manager*, hanno assunto una posizione parzialmente diversa in merito all'adottabilità delle misure difensive.

Più nello specifico, gli Autori citati hanno ritenuto che la contendibilità rappresenti un valore fondamentale del diritto societario statunitense e, conseguentemente, che la scalata ostile – ossia il tentativo di un investitore estraneo di acquisire il controllo di una società in contrapposizione al gruppo di comando del momento – rappresenti uno strumento ottimo di riallocazione delle risorse e di perseguimento della contendibilità, essendo quest'ultimo il valore da tutelare. Da ciò è derivata la loro proposta di abolire e impedire qualsiasi misura difensiva, con adozione di una *passivity rule* assoluta la quale rimetta ai soli azionisti il potere di valutare la convenienza o meno di una determinata offerta. Amministratori e *management*, invece, utilizzando le parole degli autori sopra menzionati, «*should relax, not consult any experts, and let the shareholders decide*⁵²».

A supporto della loro tesi, gli Autori in commento hanno sottolineato come la minaccia di un'offerta e di una scalata determini lo stimolo alla ricerca della massimizzazione del valore dell'investimento azionario, sicché gli stessi hanno proposto che le misure difensive siano vietate da una normativa federale. In

⁵² Si fa riferimento ad F.H. Easterbrook, D. Fischel, *The Proper Role of a Target's Management in Responding to a Tender Offer*, in *Harvard Law Review*, 1981, 94, 1161 ss.

tal modo si sollecita anche un meccanismo informativo al fine di trovare società contendibili, realizzando una più generale efficienza di mercato⁵³.

Nel tempo, tuttavia, si sono succedute anche opinioni differenti. E così si è rilevato che «gli amministratori, spinti a prestare molta attenzione alle preoccupazioni degli azionisti, potrebbero essere troppo orientati al profitto: nella misura in cui i proprietari insistono sui prezzi delle azioni a breve termine, gli amministratori potrebbero essere più propensi a concentrarsi su guadagni rapidi, a scapito dell'assunzione di rischi e degli investimenti a lungo termine che una posizione più stabile potrebbe consentire⁵⁴». Del resto è convincimento sufficientemente diffuso quello per il quale una gestione *short-term oriented* non sia una soluzione ottimale né per gli azionisti né per il sistema generale, con il rischio che, esasperandosi le dinamiche del mercato del controllo, l'unico interesse perseguito finisca per essere quello *finanziario* al massimo incremento del valore di mercato dei titoli negoziabili (destinati ad essere acquisiti e rivenduti in periodi di tempo ristretti), rimanendo, invece, sacrificato l'interesse *industriale* alla crescita e allo sviluppo dell'attività dell'impresa societaria, i quali implicano programmazioni di più ampio respiro e non necessariamente si riflettono subito nel valore delle azioni. Peraltro si è osservato il dovere primario di amministratori e *management* sia quello di agire correttamente nei confronti degli azionisti della società e in modo da perseguire il miglior interesse di quest'ultima, sicché gli stessi, in presenza di una offerta d'acquisto del controllo, non solo non devono astenersi ma, anzi, hanno il dovere di valutare contenuto e convenienza di tale offerta e di opporsi alla stessa qualora essa si riveli essere inadeguata o comunque non conforme all'interesse degli azionisti.

Inoltre, si è rilevato che le misure difensive consentono di avviare una negoziazione volta a tutelare le ragioni dell'investimento e quindi con essa si ottiene ugualmente l'efficienza del mercato e la contendibilità. In aggiunta, il riconoscimento all'autonomia statutaria della decisione in merito all'adozione di misure difensive consentirebbe comunque alle stesse di assoggettarsi a una regola di passività assoluta.

Prendendo le mosse dalle considerazioni esposte, in dottrina si è pensato di ideare degli strumenti che consentissero al *management* di difendersi adeguatamente⁵⁵, ovviamente accettando il rischio che i *manager* si muovessero al mero fine conservativo di mantenere la loro posizione. Il nuovo approccio ha trovato accoglimento negli Stati Uniti non solo a livello legislativo ma anche giurisprudenziale. In tal senso si è affermato, nel *leading case Unocal Corp. V. Mesa Petroleum Corp*⁵⁶, che la decisione di adottare misure difensive rientra tra le scelte

⁵³ F.H. Easterbrook, D. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge, 1991, 173 ss.

⁵⁴ M. Lipton, *Takeover Bids in the Target's Boardroom: a response to Professors Easterbrook and Fischel*, in *N.Y.U. Law Review*, 1980, 55, 1233.

⁵⁵ Ivi, 1231.

⁵⁶ *Unocal Corp. V. Mesa Petroleum Co.*, 493 A.2d 946 (Delaware, 1985).

insindacabili dell'organo amministrativo e che, in base alla *business judgment rule*, il Giudice non può sottoporre la decisione al proprio vaglio la decisione ove il consiglio di amministrazione abbia agito in buona fede, su base informata e nella convinzione che la decisione assunta fosse nel migliore interesse della società⁵⁷, questo fintanto che le misure non costituiscano un *corporate waste* ossia uno spreco di risorse societarie, e pertanto siano proporzionate e giustificate. Questa linea di pensiero corrisponde alle peculiarità del modello americano, in cui nella maggior parte dei casi gli azionisti sono investitori in cerca di profitto, e dunque non interessati alla partecipazione attiva alla vita societaria. È ovvio che in una tale realtà la decisione di accettare offerte pubbliche o adottare misure difensive che le contrastino sia rimessa all'organo amministrativo, decisione che ovviamente sarà impugnabile da parte degli azionisti dinnanzi ad un Giudice che si pronuncerà *ex post* sulla rispondenza della stessa al miglior interesse della società.

La motivazione posta alla base dell'adozione di misure difensive può concernere tanto l'inadeguatezza del prezzo, quanto la non divisibilità del piano industriale proposto⁵⁸.

Nel caso in cui, invece, il trasferimento del controllo sia inevitabile gli amministratori devono agire al fine unico di far perseguire la massimizzazione del profitto agli azionisti, come affermato nel noto caso *Revlon*⁵⁹.

Dal punto di vista legislativo, con il *Williams Act* del 1968 è stata prevista una disciplina procedimentale dello svolgimento dell'opa, poi integrata dalle legislazioni dei singoli Stati, tutte accomunate dalla medesima *ratio* ossia di prevedere strumenti difensivi alle offerte pubbliche di acquisto e dal tentativo di neutralizzare il problema delle "azioni collettive".

Tale approccio legislativo e giurisprudenziale è stato criticato da parte della dottrina statunitense, in quanto visto come il prodotto di una *regulatory competition* tra gli Stati, volto a soddisfare istanze protezionistiche degli amministratori e

⁵⁷ Model Business Corporation Act, 8.31§, Standards for liability of directors.

⁵⁸ In tal senso si vedano *Unitrin, Inc. V. American General Corp.*, 651 A.2d 1361 (Delaware 1995) e *Paramount Comm'ns, Inc. V. Time, Inc.*, 571 A.2d 1140 (Delaware, 1989).

⁵⁹ *Revlon, Inc. V. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc.*, 505 A. 2d 173 (Delaware, 1986). In questo caso la Corte ha dichiarato che, in alcune circostanze limitate che indicano che la "vendita" o la "rottura" della società è inevitabile, l'obbligo fiduciario degli amministratori di una società target è ridotto in modo significativo, la responsabilità del consiglio di amministrazione è quella di massimizzare il valore immediato degli azionisti assicurando il prezzo più alto disponibile. Pertanto, il ruolo del consiglio di amministrazione si trasforma da "difensori del bastione aziendale a banditori incaricati di ottenere il miglior prezzo per gli azionisti in una vendita della società". Di conseguenza, le azioni del consiglio di amministrazione sono valutate in un quadro di riferimento diverso. In tale contesto, tale condotta non può essere giudizialmente riesaminata alla luce della *business judgment rule* tradizionale, ma invece sarà esaminata per verificarne la ragionevolezza in relazione a questo obbligo concreto. La forza di questa dichiarazione ha stimolato una frenesia di acquisizione aziendale dal momento che gli amministratori credevano di essere costretti a condurre un'asta ogni volta che la società sembrava essere "in gioco", in modo da non violare i loro doveri fiduciari nei confronti degli azionisti.

del “nocciolo duro” dei soci in modo da indurli a mantenere o stabilire la propria sede legale in uno degli Stati.

3.3. *La Direttiva opa e la parziale armonizzazione europea*

Le soluzioni adottate dal legislatore europeo, invece, non esprimono un favore specifico per un approccio teorico piuttosto che un altro, ma rispondono prevalentemente alle esigenze economiche e politiche che nel tempo si sono susseguite. Se inizialmente si è seguito un approccio in linea con il primo orientamento americano, nel tempo la disciplina si è evoluta. Sul tema ha inciso profondamente la Direttiva 2004/25/CE⁶⁰, che è stata adottata nel tentativo di favorire la realizzazione di operazioni *cross-border* a livello europeo, ritenendosi che questo fosse un passaggio necessario per lo sviluppo del mercato unico. Da ciò è sorta la necessità di un intervento comunitario che permettesse di realizzare più efficacemente quell'armonizzazione delle regole degli Stati membri, in materia di offerte pubbliche di acquisto, al fine di superare le diffidenze del potere politico e gli atteggiamenti protezionistici degli Stati, spesso poco inclini a perseguire tali obiettivi.

All'indomani del c.d. *Rapporto Winter*, venne affrontata su scala euro-unitaria la questione del se e in che misura – oltre alle *golden share*, che nel corso degli anni sono state sottoposte alle censure della Corte di Giustizia – anche barriere tecniche o misure difensive di diritto societario, costituissero dei fattori di rallentamento alla costruzione di un mercato del controllo societario su scala europea⁶¹.

L'interesse comunitario nei confronti delle offerte pubbliche d'acquisto è risalente, tanto che, già nel 1974, era stato assegnato al Prof. Robert Pennington l'incarico di approfondire lo stato della regolamentazione dell'istituto nei diversi Paesi membri in vista della predisposizione di una proposta di direttiva^{62,63}. Tuttavia, solo nel Libro bianco del 1985⁶⁴ si è effettivamente manifestata a livello istituzionale la reale volontà di armonizzazione dell'istituto, concretizzatasi quattro anni più tardi in un ambizioso progetto normativo.

I principi che la Commissione auspicava potessero divenire patrimonio comune agli ordinamenti degli Stati membri erano l'imposizione di un'offerta

⁶⁰ Direttiva 2004/25/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 concernente le offerte pubbliche di acquisto, OJ L 142/12.

⁶¹ M. Lamandini, *L'OPA nel quadro degli strumenti per il consolidamento transfrontaliero dell'industria europea*, in *Rivista delle Società*, 1° agosto 2022, 4, 922 ss.

⁶² M. Stella Richter, *fattispecie e disciplina delle offerte pubbliche di acquisto*, in M. Stella Richter (a cura di), *le offerte pubbliche di acquisto*, 2011, 6.

⁶³ La relazione di R. Pennington “Report on Takeovers and Other Bids”, si trova in *La disciplina delle società di capitali nei sei paesi della Comunità europea*, in *Riv. dir. comm.*, 1972, I, p. 31; *Riv. soc.*, 1975, 730.

⁶⁴ Commissione europea, Libro Bianco 1985, COM (85) 310 final.

pubblica d'acquisto obbligatoria ogniqualvolta l'offerente avesse ottenuto il controllo di almeno 1/3 delle azioni con diritto di voto della società *target* e, soprattutto, la competenza assembleare sulle misure difensive in pendenza di scalate ostili⁶⁵.

Inoltre, nel corso degli anni si è assistito a numerose riflessioni sulla necessità di una direttiva che disciplinasse la materia, in concomitanza con il fallimento di scalate di gruppi europei. In tal senso si può ricordare che la prima proposta di emanazione di una direttiva avvenne, nel 1989, a seguito del fallimento dell'opa di *Olivetti* su *Société Générale de Belgique*, e ancora, tra il 1996 e il 2001, a seguito del tentativo della società inglese *Vodafone* sulla tedesca *Mannesmann*. Proprio in quest'ultima occasione, emblematico è stato l'atteggiamento della Germania dal momento in cui venne respinta la proposta di direttiva in seno al Parlamento europeo, proprio per la contrarietà dello Stato membro all'istituzione della *passivity rule*⁶⁶.

Constatata l'impossibilità di addivenire ad una *reductio ad unitatem*⁶⁷ delle realtà normative nazionali è stata emanata una direttiva che, come si dirà a breve, ha operato un'armonizzazione solo parziale, una c.d. *framework directive* o direttiva quadro⁶⁸.

Dopo numerosi tentativi, venne emanata la direttiva 2004/25/CE grazie all'importante contributo del "Gruppo di Alto Livello degli Esperti di Diritto Societario", presieduto da Klaus Lehne, che aveva messo in evidenza come al fine di realizzare un mercato unico europeo integrato ed efficiente fosse necessario un corretto funzionamento dei *takeovers* e in tal senso risultavano cruciali la c.d. *passivity rule* e la c.d. *breakthrough rule*.

Ambedue le regole sarebbero finalizzate ad incentivare il lancio di offerte sul presupposto che il cambio di controllo sia un'opportunità per i soci in quanto strumento di contingentamento dei costi di agenzia. Pertanto, la *board neutrality* o *passivity rule* richiede che durante un'offerta pubblica di acquisto, l'organo amministrativo di una società emittente, prima di adottare qualsiasi atto od operazione che possa contrastare il conseguimento degli obiettivi dell'offerta, debba ottenere una preventiva autorizzazione dell'assemblea dei soci. La *breakthrough rule*, invece, si scompone in una serie di regole che possono essere riassunte con il principio in base al quale, durante un'opa ostile, perdono efficacia tutta una serie di meccanismi che sottraggono la società al rischio di scalata, quali le restrizioni al trasferimento dei titoli.

⁶⁵ F. Annunziata, *Verso una nuova proposta di tredicesima direttiva comunitaria sulle offerte pubbliche d'acquisto*, in *Riv. soc.*, 1996, 137.

⁶⁶ S. Cappiello, *Le difese dalle offerte pubbliche di acquisto*, in G. Ferri jr., M. Stella Richter jr., *op cit.*, 229-230.

⁶⁷ G. Rossi, *Takeovers in Europe: A patchwork Regulations*, intervento tenuto presso European and US-American Takeover Regulation-Level Playing field in a globalised Economy?, Brussels, 19 febbraio 2002.

⁶⁸ R. Magliano, *I nodi irrisolti della XIII direttiva società: dall'armonizzazione alla concorrenza tra sistemi normativi*, in *Dir. Comm. Internaz.*, 2005, 2, 283 ss.

Tuttavia, come sopra accennato, l'intervento di armonizzazione è stato solo parziale. Le regole sono state previste agli articoli 9 e 11, ma la necessità di trovare un compromesso tra le posizioni dei vari Stati membri non ha permesso di conseguire l'obiettivo auspicato e da più parti desiderato. Infatti, tanto l'una quanto l'altra regola sono rimaste meramente opzionali, mere regole di *default*, cioè disattivabili da parte degli Stati membri, a cui è stata riconosciuta ampia libertà. Infatti, malgrado la centralità degli istituti della *passivity rule* e della neutralizzazione, il successivo art. 12 rende facoltativa per gli Stati l'introduzione degli artt. 9 e 11 (*opting-out*). Lo stesso art. 12 tuttavia precisa che gli Stati che si avvalgono della facoltà di deroga loro concessa, debbono comunque permettere alle società di introdurre statutariamente la regola di neutralizzazione o la competenza assembleare per le decisioni aventi ad oggetto l'opa (*opting-in*)⁶⁹. Per di più, le stesse regole possono essere subordinate alla c.d. clausola di reciprocità, cioè alla circostanza che l'offerente sia subordinato alle medesime previsioni sulla base del proprio ordinamento di appartenenza senza distinzione tra Stati membri ed extra-UE.

In ogni caso, rimane evidente che con tale Direttiva è stata lasciata ampia libertà agli Stati membri, al punto che, come rilevato dal Rapporto del 27 febbraio 2007 della Commissione europea, chi aveva optato per il principio di passività lo ha sostanzialmente mantenuto o, in alcuni casi, indebolito, tanto che dei 17 Stati che prevedevano tale soluzione prima della Direttiva, cinque di questi hanno introdotto la regola di reciprocità (tra cui l'Italia). Solo nel caso di Malta è stato introdotto a seguito della direttiva, mentre negli altri casi non è stato previsto⁷⁰.

Per concludere, la direttiva 2004/25/CE non ha certamente reso le società più contendibili di prima (tanto che vi è chi si è interrogato se non fosse meglio ritirare la direttiva stessa), di modo che trasformando il valore della contendibilità in una mera opzione rimessa agli Stati membri si è parlato di un'eterogenesi dei fini, al punto che anche gli Stati più virtuosi come l'Italia hanno allentato la propria normativa e la propria rigidità in merito alle misure difensive.

L'ideale del mercato del controllo europeo sembra ormai più sfumato. D'altra parte, occorre osservare che, avendo il *golden power* tolto ogni alibi ad un utilizzo del diritto societario per fini protezionistici e di controllo degli investimenti, la tanto auspicata realizzazione di un mercato unico integrato ed efficiente per

⁶⁹ Si veda Assonime, Note e studi, n. 51, del 17 settembre 2003, sulla proposta di opa in cui si evidenzia che la possibilità di deroga generalizzata della regola di neutralizzazione minerebbe ogni certezza giuridica e trasparenza sui risultati attesi di un'offerta pubblica d'acquisto che costituisce l'obiettivo principale di una direttiva sull'opa.

⁷⁰ Commission Staff Working Document, *Report on the implementation of the Directive on takeover bids*, February 27th, 2007.

potersi realizzare non può che riprendere in considerazione la necessità di una semplificazione del diritto societario e della disciplina dell'opa a livello europeo⁷¹.

3.4. *L'evoluzione dell'approccio italiano alla contendibilità e al mercato del controllo*

La storia della disciplina italiana delle offerte pubbliche di acquisto è caratterizzata da numerosi cambiamenti di rotta, nella ricerca di un equilibrio capace di coniugare tutela degli investimenti da un lato e contendibilità dall'altro. Il punto di partenza è rappresentato dall'art. 16 della L. 18 febbraio 1992, n. 149⁷², comunemente nota come legge Berlanda, che ha per la prima volta introdotto in Italia una disciplina speciale dell'opa, la quale non prendeva in considerazione le misure difensive e anzi ne disponeva il divieto assoluto. Prima di tale legge le offerte pubbliche di acquisto, che pur non erano mancate, erano sottoposte alle disposizioni chiamate a regolare l'appello al pubblico risparmio: una disciplina generale che garantiva la trasparenza senza porre, tuttavia, vincoli al comportamento degli offerenti e delle emittenti.

Questo approccio è stato superato qualche anno dopo con il d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, il T.U.F.⁷³ che, ispirandosi all'esperienza anglosassone, ha introdotto e disciplinato la *passivity rule* all'art. 104 del T.U.F., riconoscendo la legittimità della adozione di misure difensive previa deliberazione assembleare, subordinatamente al raggiungimento di un quorum speciale. Il legislatore ha così dettato una regola volta a bilanciare le contrapposte esigenze di tutela correlate alla contendibilità del controllo societario e ai problemi di azione collettiva sopra menzionati.

Successivamente, lo stesso Legislatore italiano, con il d.lgs. 19 dicembre 2007, n. 229⁷⁴, ha recepito la direttiva 2004/25/CE, confermando la regola della *passivity rule*, salva la possibilità di derogarvi, con un meccanismo di c.d. *opt out*, ove sia previsto in apposita clausola statutaria da approvarsi con una maggioranza qualificata del 30%. Inoltre, la nuova normativa ha introdotto la regola di neu-

⁷¹ M. Lamandini, *L'OPA nel quadro degli strumenti per il consolidamento transfrontaliero dell'industria europea*, in *Rivista delle Società*, 1° agosto 2022, Fasc. 4, 925.

⁷² Legge 18 febbraio 1992, n. 149, Disciplina delle offerte pubbliche di vendita sottoscrizione, acquisto e scambio di titoli. (GU Serie Generale n. 43 del 21 febbraio 1992 - Suppl. Ordinario n. 37).

⁷³ Decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52. (GU Serie Generale n. 71 del 26 marzo 1998 - Suppl. Ordinario n. 52).

⁷⁴ Decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 229, Attuazione della direttiva 2004/25/CE concernente le offerte pubbliche di acquisto. (GU Serie Generale n. 289 del 13 dicembre 2007).

tralizzazione che però ha avuto un ambito di applicazione circoscritto ai sindacati di voto, avendo l'art. 123 T.U.F. già limitato i sindacati di blocco.

Tali regole sono state tra l'altro sottoposte alla già menzionata clausola di reciprocità applicabile anche nel caso in cui vi sia un solo offerente non sottoposto alla medesima regola. La clausola di reciprocità, inoltre, dovrebbe trovare applicazione anche nel caso in cui un'offerta sia promossa da parte di un soggetto appartenente allo stesso ordinamento ma che abbia effettuato l'*opt out*, e troverebbe addirittura applicazione anche in caso di appartenenza al medesimo gruppo dell'offerente, includendo anche società o enti che lo controllano⁷⁵.

Si è affermato che, coerentemente con tale sistema, non troverebbe applicazione la regola di reciprocità nel caso in cui la società si sia volontariamente assoggettata alla regola della passività negli ordinamenti in cui trova applicazione un sistema di *opt in*, non prevedendo la passività come regola di *default*⁷⁶. È stato, inoltre, rilevato che la clausola di reciprocità dovrebbe essere invocata dall'assemblea in un periodo di tempo non superiore a 18 mesi prima della decisione di promuovere un'offerta, ex art. 102, comma 1, T.U.F.⁷⁷, sotto forma di adozione di misure difensive.

Un decisivo cambiamento di rotta si è avuto con l'art. 13 del D.L. 29 novembre 2008, n. 185, conv. in L. 28 gennaio 2009, n. 2⁷⁸ con il quale è stata modificata la disciplina, trasformando la regola della passività da regola di default a regola facoltativa ed eliminando il quorum assembleare. Dunque, a seguito di tale modifica, si è spostato il baricentro della disciplina a favore della protezione degli assetti proprietari esistenti. La regola della passività è stata rimessa al c.d. sistema di *opt in* e non il contrario com'era precedentemente; pertanto, la scelta è rimessa allo statuto delle singole società.

Tale ultima modifica è stata interpretata come una misura congiunturale volta a limitare la contendibilità delle imprese per permettere alle stesse di difendersi adeguatamente in un momento in cui necessitavano di più adeguata protezione, a seguito della crisi finanziaria e dalla conseguente debolezza del valore delle

⁷⁵ A. Guaccero, G. Nuzzo, *Profili societari delle opa*, in G. Donativi, *Trattato delle Società*, Tomo IV, Torino, 2022, 594-595.

⁷⁶ Sul punto si veda M. Maugeri, *Sub Art. 104-ter*, in M. Fratini, G. Gasparri (a cura di), *Il testo unico della finanza*, Tomo II, Torino, 2012, 1366.

⁷⁷ M. Maugeri, *Sub Art. 104-ter*, in M. Fratini, G. Gasparri (a cura di), *Il testo unico della finanza*, Tomo II, Torino, 2012, 1371.

⁷⁸ Decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185 (GU Serie Generale n. 280 del 29 novembre 2008, Suppl. Ordinario n. 263/L), coordinato con la legge di conversione 28 gennaio 2009, n. 2 recante: Misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale. (GU Serie Generale n. 22 del 28 gennaio 2009 - Suppl. Ordinario n. 14).

quotazioni delle stesse. Si è osservato come una non dissimile *ratio* protezionistica del mercato domestico ispiri attualmente il legislatore in materia di *golden power*⁷⁹.

Ancora una volta, pertanto, si è assistito ad una commistione tra scelte imprenditoriali e scelte di sistema, che ha generato dubbi sulla base di varie argomentazioni: in primo luogo, la protezione delle imprese italiane e, pertanto, la conservazione dell'italianità era già garantita dall'istituto del *golden share*, applicabile peraltro con riferimento alle imprese di carattere strategico per uno Stato e non certo limitata alle società quotate; in secondo luogo, la normativa precedente consentiva comunque all'assemblea di adottare misure difensive previa deliberazione, in tal modo sacrificando l'interesse degli azionisti di minoranza a beneficiare di un *exit* conveniente in caso di incapacità del socio di controllo. Peraltro, il complesso di barriere tecniche e strutturali rendeva di per sé complesso il conseguimento di un'opera ostile.

La disciplina è stata ulteriormente modificata con il d.lgs. 25 settembre 2009, n. 146⁸⁰, con cui è stato previsto che la regola della passività assurge a regola di *default*, eventualmente derogabile (è stato nuovamente reintrodotta l'*opt out*) con norme statutarie, di talché le società che optino per una minor contendibilità possano essere più facilmente penalizzate dal mercato⁸¹. La regola di *default* pertanto può essere vista come norma di carattere strutturale volta a garantire la maggior contendibilità del mercato italiano. Secondo una certa linea di pensiero, una regola rigida sulle misure difensive rischierebbe di innescare la c.d. "legge delle conseguenze non volute", per cui, in assenza di misure difensive adeguate e di assetti proprietari concentrati, il pericolo di scalate ostili determinerebbe una riluttanza dell'impresa a crescere e una maggior propensione a ricorrere a forme di "arroccamento" quali gruppi, patti di sindacato e partecipazioni incrociate. Ciò renderebbe auspicabile attribuire la scelta all'autonomia statutaria.

La *ratio* dell'*opt out* è quella di garantire agli azionisti investitori di poter contare sulla certezza che le regole fondamentali del gioco non cambiano se non attraverso norme o meccanismi predeterminati, quale è la deliberazione dell'assemblea straordinaria. Inoltre, la regola di *default* consente di far emergere la direzione in cui è orientato il legislatore, lasciando comunque alle società la possibilità di optare per un sistema diverso.

⁷⁹ R. Lener, *Introduzione*, in *Le OPA in Italia dal 2007 al 2019, Evidenze empiriche e spunti di discussione*, Consob Discussion Papers, gennaio 2021, 6-8.

⁸⁰ Decreto Legislativo 25 settembre 2009, n. 146, Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 229, recante attuazione della direttiva 2004/25/CE concernente le offerte pubbliche di acquisto. (09G0155) (GU Serie Generale n. 246 del 22 ottobre 2009).

⁸¹ P. Montalenti, *Mercato del controllo societario e contendibilità: il ragionevole declino della passivity rule*, in P. Benazzo, M. Cera, S. Patriarca (a cura di), *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze. Studi in onore di Giuseppe Zanon*, Milano Fiori Assago, 2011, 646.

Ai sensi della disciplina ad oggi vigente, pertanto, nonostante diversi interventi normativi diffusi in Europa e ispirati alla necessità di proteggere i c.d. “campioni nazionali” in periodi di crisi dei mercati finanziari, il nostro ordinamento mostra tutt’ora di giudicare la regola di passività con favore: l’organo amministrativo può opporsi al successo dell’opa soltanto previa deliberazione dell’assemblea, dovendo in caso contrario gli amministratori restare neutrali e rispettare fedelmente il carattere proprietario della decisione da prendere sull’offerta. Naturalmente ciò non preclude la possibilità degli amministratori di negoziare termini e condizioni dell’offerta prima che quest’ultima venga promossa o di ricercare altre offerte (la ricerca del c.d. “cavaliere bianco” costituisce una difesa consentita agli amministratori senza previa approvazione assembleare, andando comunque la stessa a vantaggio non solo della società e del suo gruppo di controllo, ma dell’intera compagine azionaria). Va peraltro aggiunto che tale previsione è in linea con la regola per cui la maggior parte delle misure difensive è devoluta alla competenza dell’assemblea.

Il complessivo sistema continua ad incentivare il ricorso all’offerta pubblica quale strumento di tutela delle minoranze e di ricerca dell’efficienza del mercato. Come si è già accennato la regola della passività non opera nel caso in cui l’organo amministrativo abbia avuto conoscenza dell’imminente offerta prima della comunicazione di cui all’art. 102, comma 1, T.U.F., rappresentando, quest’ultimo, il momento a decorrere dal quale grava l’obbligo di neutralità sull’organo amministrativo. Tutto ciò in linea con la Direttiva opa, che richiede un periodo minimo di operatività della regola, dal momento in cui l’offerta, ai fini dell’eventuale autorizzazione assembleare, è resa pubblica mediante la comunicazione suddetta fino a quando non è stato pubblicato il risultato della stessa o non sia decaduta, consentendo tuttavia agli Stati membri di anticipare tale momento.

Il momento a partire dal quale inizia ad operare tale regola è rappresentato dalla data della comunicazione di cui all’art. 102 T.U.F. e tutto ciò anche se i termini dell’offerta saranno resi noti in un momento successivo. Il distacco temporale tra il momento in cui inizia a operare la regola di passività con la suddetta comunicazione e il momento in cui l’emittente viene effettivamente a conoscenza di tutti gli elementi dell’offerta è temperato dalla previsione di un termine massivo di venti giorni tra queste due fasi e dalle necessarie informazioni che il Regolamento emittenti prevede debbano essere presenti nel contenuto della comunicazione. Il periodo temporale cessa con la pubblicazione dell’offerta o con la sua decadenza.

Ci si è interrogati su quale debba essere il momento di chiusura dell’offerta, trattandosi di aspetto non disciplinato dal T.U.F. o dal Regolamento emittenti. Si è tentato di interpretare il concetto di chiusura facendolo coincidere con la chiusura del periodo di adesione, termine entro il quale deve determinarsi il

successo (o l'insuccesso) dell'offerta. Tuttavia, l'interpretazione più in linea con la normativa europea è quella di far coincidere tale termine con la pubblicazione dei risultati dell'offerta. Difatti, ai sensi dell'art. 9 della Direttiva opa, la passività e conseguentemente la necessaria autorizzazione dell'assemblea per l'adozione di eventuali misure difensive, dovrebbe operare finché il risultato dell'offerta non sia stato reso noto. Più facile è interpretare il concetto di decadenza dell'offerta coincidente con la chiusura anticipata della medesima che può avvenire per svariate ragioni: si pensi alla mancata autorizzazione dell'autorità di vigilanza o alla presenza di condizioni risolutive.

È opportuno specificare che la disciplina dell'opa e quindi delle difese trova applicazione limitatamente agli strumenti finanziari che attribuiscono diritto di voto anche su specifici argomenti nell'assemblea ordinaria e straordinaria. Ciò che rileva è la possibilità di esercitare diritti di voto connessi alla titolarità dello strumento. Ci si è interrogati sull'inclusione o meno in tale ambito di applicazione degli strumenti finanziari ibridi, che possono essere dotati di diritti amministrativi ma per i quali è escluso il diritto di voto nell'assemblea generale degli azionisti. Sul punto si tende a dare un'interpretazione ampia includendo anche questi ultimi strumenti in modo da leggere il riferimento all'assemblea ordinaria e straordinaria come un riferimento alle materie di competenza di queste ultime. Argomentando diversamente l'organo amministrativo sarebbe libero di difendersi senza previa autorizzazione assembleare nel caso in cui l'offerta abbia ad oggetto strumenti finanziari diversi dalle azioni, ma ugualmente dotati del potere di voto su almeno un argomento di competenza assembleare. D'altronde, come si è tentato di osservare precedentemente con riferimento alla nozione di partecipazione, gli strumenti finanziari dotati di diritti amministrativi potrebbero ugualmente incidere sul controllo societario. È inoltre opportuno specificare che ovviamente, quando si parla di titoli, si fa riferimento a titoli di società italiane quotate su mercati regolamentati, per tali intendendosi società quotate con sede nel territorio italiano e con titoli ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato di uno Stato comunitario⁸², a cui si applica più in generale la disciplina del T.U.F..

Peraltro è necessario sottolineare che l'art. 101-*bis*, comma 3, T.U.F., esclude più in generale l'applicazione della disciplina alle offerte pubbliche di acquisto o di scambio aventi ad oggetti prodotti finanziari diversi dai titoli; alle offerte pubbliche di acquisto o di scambio aventi ad oggetti titoli che non attribuiscono diritto di voto sugli argomenti di cui all'art. 105, comma 2 e 3, T.U.F. (nomina degli amministratori e dei membri del consiglio di sorveglianza, e eventuali altri argomenti individuati dalla Consob ai sensi del comma 3); alle opa promosse da

⁸² Al contrario le società con sede legale in uno Stato comunitario o extracomunitario ma quotate in Italia non saranno soggette alla disciplina italiana del T.U.F., in particolare dell'art. 104.

chi detiene individualmente, direttamente o indirettamente, la maggioranza dei diritti di voto nell'assemblea ordinaria e straordinaria, non verificandosi in tal caso alcun mutamento del controllo societario e da ultimo alle offerte pubbliche di acquisto promosse su azioni proprie.

Come si è tentato di descrivere in precedenza, esistono anche altri strumenti che consentono di ostacolare il successo di un'opa, quali, ad esempio, maggiorazioni del diritto di voto, clausole attributive di particolari diritti in ordine alla nomina di componenti degli organi sociali e la *poison pill* introdotta dalla legge finanziaria n. 266/2005.

Come anticipato, l'ordinamento europeo ha previsto un'armonizzazione per così dire minima, non pretendendo l'applicazione della regola della neutralizzazione che determina la sterilizzazione automatica di tali strumenti. Conseguentemente, il nostro ordinamento, nel recepire la Direttiva opa, ha adottato una soluzione inversa rispetto a quella della *passivity rule*, prevedendo un meccanismo di *opt in* il quale subordina l'operatività della regola della neutralizzazione all'esistenza di un'apposita e specifica clausola statutaria. L'art. 104-*bis*, comma 1, T.U.F., stabilisce che, fermo quanto previsto nell'art. 123, comma 3, T.U.F. ossia che gli azionisti che intendono aderire ad un'opa possono recedere senza preavviso da eventuali patti parasociali, non hanno effetto nei confronti dell'offerente le limitazioni al trasferimento dei titoli, né le limitazioni del diritto di voto previsti nello statuto o nei patti parasociali e da ultimo, è previsto che le azioni a voto plurimo possano conferire un unico voto. Inoltre, quando l'offerente venga a detenere almeno il 75% del capitale con diritto di voto nelle deliberazioni riguardanti la nomina o la revoca dei componenti del consiglio di gestione o di sorveglianza le azioni a voto plurimo conferiscono un solo voto, non hanno effetto le limitazioni al diritto di voto previste nello statuto o nei patti parasociali, né qualsiasi diritto speciale previsto nello statuto in materia di nomina o revoca dei componenti degli organi sociali, né le maggiorazioni al diritto di voto. Ovviamente il comma 4 prevede inoltre che non si applicano tali disposizioni alle limitazioni statutarie del diritto di voto, costituite da titoli dotati di privilegi di natura esclusivamente patrimoniale, cioè le c.d. azioni di risparmio. Da ultimo, nel caso in cui operi la regola di neutralizzazione, l'offerente sarà tenuto a corrispondere un equo indennizzo per l'eventuale pregiudizio patrimoniale subito dai titolari di diritti che vengono limitati a causa di tale regola.

Per giunta l'ultimo comma dell'art. 104-*bis* T.U.F. precisa che sarebbero rimaste inalterate le disposizioni dettate dall'art. 2 del D.L. n. 332/1994, la c.d. legge sulle privatizzazioni, con cui sono stati introdotti i poteri speciali dello Stato e un limite massimo non superiore al 5% del possesso azionario, tema ampiamente affrontato nel primo capitolo. La norma, come si è illustrato, è stata abroga-

ta e ampiamente sostituita dalla D.L. n. 21/2012 sul *golden power*. È interessante rilevare che già all'epoca si voleva specificare che la regola della neutralizzazione non avrebbe avuto alcun effetto sui poteri speciali, circostanza di cui oggi non avrebbe senso dubitare essendo i poteri speciali di natura amministrativa, non più uno strumento di diritto societario, e potendo in ogni caso risolversi il conflitto a favore del *golden power* stante la specialità e la posteriorità della sua disciplina.

Si è fatto precedentemente cenno ai patti parasociali che possono costituire una forma di difesa tecnica per ostacolare il successo di un'opa. Tuttavia, parte della dottrina ha correttamente osservato che si tratta di una difesa difficilmente realizzabile al punto che si è parlato di un "eclissi del patto parasociale" nel contesto di un'opa⁸³. Va detto infatti che se è prevista la regola di neutralizzazione un eventuale sindacato di voto sarà del tutto inefficace. Ove non sia prevista tale regola, gli azionisti potranno recedere senza preavviso tanto da un sindacato di voto che da un sindacato di blocco ai sensi dell'art. 123, comma 3, T.U.F.⁸⁴.

A seguito dell'abolizione del quorum speciale, l'unica peculiarità dello svolgimento delle assemblee necessarie per la deliberazione sulle misure difensive è che l'avviso di convocazione sia pubblicato entro il quindicesimo giorno precedente all'assemblea. Dato che la convocazione dell'assemblea può cadere a ridosso del termine di adesione, il Regolamento emittenti stabilisce che in tal caso quest'ultimo termine è prorogato in modo che dalla data dell'assemblea decorrano dieci giorni.

Dal panorama che si è cercato di descrivere emerge la profonda differenza tra l'ordinamento italiano (ed europeo) e quello statunitense.

Va detto infatti che, nonostante sia stata la dottrina statunitense a postulare la positività delle offerte pubbliche anche ostili quale strumento di efficienza di un mercato del controllo, le Corti statali (essendo il diritto societario una competenza statale) hanno avuto un orientamento non pregiudizialmente ostile alle misure difensive elaborate dal *management*. Al contrario, nell'ordinamento europeo e in quello italiano si è cercato di limitare la libertà dell'organo amministrativo nell'adozione di misure difensive, subordinando l'esercizio del relativo potere alla preventiva autorizzazione dell'assemblea dei soci. Tali differenze si spiegano anche in considerazione della peculiarità delle strutture societarie statunitensi, caratterizzate da un azionariato particolarmente diffuso in cui vi è una generale competenza decisionale del *board*. Diversamente, nel sistema italiano gli assetti proprietari sono più concentrati e la maggior parte delle decisioni sono di competenza dell'assemblea. La disposizione dell'art. 104 T.U.F., pertanto, ha un effet-

⁸³ M. Pinnarò, *Sub art. 122 e 123*, in M. Fratini, G. Gasparri, *Testo Unico della Finanza, op. cit.*, pp. 1690 ss.

⁸⁴ A. Guaccero, G. Nuzzo, *Profili societari delle OPA*, in G. Donativi (a cura di), *Trattato delle Società*, Tomo IV, Torino, 2022, 581-613.

to limitato riferendosi ad un numero circoscritto di ipotesi difensive di competenza amministrativa⁸⁵.

Nonostante ciò, si è affermato da parte della dottrina che nell'ordinamento italiano si tende a ritenere prevalenti le esigenze della difesa e recessive quelle della contendibilità, scoraggiando ricambi del controllo non voluti. Tanto che, come rilevato in un paper Consob⁸⁶, di 174 opa lanciate nell'anno oggetto di osservazione da parte della Commissione solo 10 sono risultate essere propriamente ostili. Se si aggiunge a ciò un sempre più vasto ambito di operatività del *golden power* ci si potrebbe interrogare se non si tenda a pregiudicare in misura eccessiva la contendibilità delle società e se l'ordinamento consideri ancora il ricambio del controllo un valore da tutelare.

4. *Opa, misure difensive e golden power: lo spazio per la contendibilità*

Focalizzando l'attenzione più specificamente sul tema del controllo degli investimenti stranieri sono state fatte, sul punto, alcune riflessioni. La disciplina del *golden power* presenta delle assonanze con quanto detto finora. Infatti, quanto meno per gli effetti che potrebbero determinare, i poteri speciali impattano sul tema della contendibilità del controllo societario e del trasferimento dello stesso. Impattano, in senso diretto, sul tema del trasferimento del controllo perché possono tradursi in misure idonee ad ostacolare il buon esito di un'offerta pubblica d'acquisto o a modificare le condizioni della stessa, e, in tal senso, sono evidenti le similitudini con gli effetti che possono prodursi a seguito dell'adozione di misure difensive.

I poteri speciali, però, operano anche come barriere tecniche e come tali rappresentano degli strumenti che possono scoraggiare il "lancio" di un'offerta su una società ritenuta strategica, rendendola per l'investitore meno appetibile di un'altra società che esula dal perimetro di *screening* governativo. Come si è cercato di osservare precedentemente, infatti, la soluzione prevista dal Legislatore di sospensione dei diritti di voto e degli altri diritti diversi da quelli a contenuto patrimoniale, che viene adottata nelle more del procedimento governativo e che si giustifica al fine di escludere qualunque tipo di influenza nella gestione della società dell'aspirante socio di controllo, determina delle difficoltà nel funzionamento dell'assemblea, stravolgendo i tipici meccanismi assembleari. Se a ciò

⁸⁵ A. Guaccero, N. Ciocca, *Art. 104 Difese*, in M. Fratini, G. Gasparri, *Testo Unico della Finanza*, op cit., pp. 1315 ss.

⁸⁶ F. Picco, V. Ponziani, G. Trovatore, M. Ventoruzzo, R. Lener, *Le OPA in Italia dal 2007 al 2019. Evidenze empiriche e spunti di discussione*, Consob, Discussion Papers, Gennaio 2021.

si aggiunge l'incertezza circa l'ambito applicativo della disciplina (in continua evoluzione) sul *golden power* e circa le possibili misure del governo, per di più in un ambito in cui, per l'onerosità delle operazioni, si tende a guardare con sfavore qualunque forma di rischio, è facile comprendere come il *golden power* possa rappresentare un notevole deterrente ad un'eventuale scalata e, dunque, finisca per incidere sul tema del trasferimento del controllo analogamente all'adozione di qualunque misura difensiva.

Ciò rischia di determinare forme di concorrenza, non solo tra ordinamenti diversi, ma anche tra settori, a seconda che rientrino o meno nell'ambito applicativo della disciplina, con conseguente distorsioni nella efficiente allocazione delle risorse e degli investimenti. Si può osservare poi, dalla panoramica appena esposta, che esistono strumenti limitativi degli investimenti, o meglio che possono essere piegati a tal fine, benché non introdotti a tale scopo. Si tratta, tuttavia, di forme di controllo che, diversamente dal *golden power*, sono rimesse a soggetti privati, ossia ai soci della società *target* e agli amministratori. In tal caso, il rischio è quello di una contaminazione tra scelte imprenditoriali e scelte di sistema.

È stato, del resto, criticamente rilevato che la regola di reciprocità e, cioè, quella previsione che consente di esonerare la società *target* dalle regole di passività e neutralizzazione quando la società acquirente non è soggetta alle medesime regole, possa essere piegata a finalità latamente protezionistiche, consentendo all'organo amministrativo ampia libertà di difendersi nei confronti di tutte quelle società che, in ragione della loro nazionalità, non siano soggette alle medesime limitazioni. Si è cercato di giustificare tale norma sulla base di un generale principio di parità di trattamento tra offerente e *target*. Tuttavia, analizzando approfonditamente tale situazione, si è notato come vi possa essere un'effettiva alterazione della parità di trattamento soltanto nel caso in cui la società *target* voglia adottare una difesa c.d. *Pacman*, cioè quel peculiare tipo di difesa, attuata mediante una c.d. "strategia di attacco" nei confronti della società offerente che consiste nel lanciare un'opa ostile su quest'ultima.

Non c'è pertanto una logica societaria che giustifichi una modifica delle regole di *governance* per il semplice fatto che la società offerente, in caso di difesa *Pacman*, abbia maggiore libertà di difesa rispetto alla *target* originaria. Si è affermato come tale norma, transcendendo la natura interpretata del rapporto tra *target* e scalatore, rischi di diventare strumento di ostacolo al conseguimento di un'offerta pubblica d'acquisto⁸⁷. E, dunque, norme di questo genere potrebbero rappresentare, ancor prima del *golden power*, un mezzo in grado di impedire o comunque di rallentare gli investimenti stranieri, questa volta sul piano del diritto societario⁸⁸.

⁸⁷ A. Guaccero, *Compliance e tutela degli investimenti esteri diretti*, in G. Napolitano, *op. cit.*, 149-150.

⁸⁸ *Ibidem*.

Ancora, si è precisato che l'interesse sociale debba rappresentare il limite al fine di evitare che la clausola di reciprocità rappresenti uno strumento utilizzato dal socio di controllo al fine di conservare la propria posizione, con il rischio di pregiudicare l'obiettivo della massimizzazione del valore azionario⁸⁹. Si è così cercato di individuare la *ratio*, non comprendendo l'effettiva funzione della clausola di reciprocità in termini di diritto societario, nel tentativo di limitare il c.d. *forum shopping* verso ordinamenti che consentono sempre e comunque ampia libertà di difesa⁹⁰. È opportuno osservare che mentre il *golden power*, pur avendo un ambito di applicazione ben più ampio, è stato utilizzato dal governo, quanto meno nella sua forma più invasiva rappresentata dal potere di opposizione, quasi esclusivamente nei confronti di paesi non alleati e con sistemi democratici profondamente diversi dal nostro (Cina e Russia), al contrario regole quali quella di reciprocità sono rimesse alla sostanziale volontà degli azionisti e sono potenzialmente applicabili anche nei confronti di Paesi tradizionalmente vicini, quali gli Stati Uniti ed altri Paesi europei, per la semplice ragione dell'assenza di una regola analoga nell'ordinamento di appartenenza. Si tratta, più in generale, di rimedi di natura non solo giuridica, ma frutto di scelte di natura giuspolitica e di politica del diritto, che tuttavia richiederebbero forse un maggior grado di armonizzazione, non solo nell'ordinamento interno, ma anche a livello europeo.

Più recentemente, si è osservato che una *passivity rule* robusta preoccupa il Governo italiano in ragione della più facile scalabilità di società quotate da parte di investitori stranieri ritenuti "non graditi". Perciò, in varie occasioni si è auspicata maggiore flessibilità di azione a tali società, consentendole di difendersi da sole. In tal senso è stato proposto che la *passivity rule* – pur continuando a costituire norma di *default* per tutte le società, ferma la possibilità statutaria di *opt out*, non volendosi mettere in dubbio in termini generali l'importanza della contendibilità quale valore volto alla migliore allocazione delle risorse – venga disapplicata in presenza di società ritenute strategiche, atteso che l'interesse sociale e collettivo di queste ultime potrebbe giustificare un utilizzo più attivo delle misure difensive⁹¹. C'è chi ha, addirittura, proposto al riguardo il ritorno al sistema di *opt in* e in ogni caso l'introduzione di una deroga alla regola della passività per le società strategiche così da garantire loro capacità di difesa⁹².

⁸⁹ Si veda A. Guaccero, *Interesse al valore per l'azionista e interesse della società. Le offerte pubbliche in Italia e negli USA*, Milano, 2007, 267 ss.

⁹⁰ A. Guaccero, E.J. Pan, M. Chester, *Investimenti stranieri e fondi sovrani: forme di controllo nella prospettiva comparata USA e Europa*, in *Riv. Soc.*, 2008, 6, 1372-1373.

⁹¹ A. Sacco Ginevri, *Quali regole per il gioco dell'OPA? Alcune proposte a 30 anni dalla legge n. 149 del 1992*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, 2021, 4, 513 ss.

⁹² In tal senso si veda G. Strampelli, A. Zoppini, *Il capitalismo italiano, le OPA e la tutela delle minoranze*, in *IlSole24Ore*, 3 settembre 2022.

Naturalmente non si può non tenere conto che le ragioni della contendibilità societaria risulterebbero in tal modo fortemente indebolite e che, in ogni caso, la difesa spesso può essere mossa da istinti autoconservativi e dunque non necessariamente verrebbe tutelato l'interesse collettivo.

La protezione di interessi ritenuti "strategici", in un contesto economico aperto e concorrenziale, ripropone in seno all'Unione europea le tematiche connesse al fondamento del "patriottismo economico".

Perché tale tutela non venga considerata una forma di protezionismo, incompatibile con la disciplina europea, è necessario che non vi siano motivazioni di natura puramente economica e siano, piuttosto, misure proporzionate e prevedibili dagli investitori. In ogni caso si pone un tema di coordinamento tra le ragioni ispiratrici del *golden power*, su cui non ci si soffermerà oltre, e il principio della contendibilità e del controllo societario, che certamente rappresenta un tema di sicuro rilievo.

Rimane pertanto un problema di interpretazione, ossia cosa debba intendersi per "società strategiche" e per "tutela degli interessi nazionali": l'elenco è molto vasto e pertanto è difficile individuare una deroga per le stesse; per di più occorre considerare che non sempre lo Stato è azionista e dunque non sempre potrebbero operare adeguatamente tali meccanismi societari. Infatti, se le società soggette alle *golden share* avevano quale matrice comune quella di essere le società uscenti dal processo di privatizzazione, al contrario l'elenco delle società strategiche risulta molto più indefinito e di non facile individuazione. Ovviamente non si può non avere a mente che se si vuole realmente incidere sulla materia, con un intervento quanto più pervasivo possibile, al fine di creare quel mercato unico europeo auspicato da molti, non si può prescindere da un'armonizzazione legislativa a livello europeo.

5. *Diritto di recesso ex art. 2473 c.c. e il mancato disinvestimento azionario*

Da ultimo, le norme del *golden power* rischiano di pregiudicare un tema fondamentale del diritto societario, quello del disinvestimento del socio di società *chiuse*, ossia del suo recesso. Nel caso del recesso, come noto, il contenuto della posizione giuridica astrattamente meritevole di protezione non si esaurisce nel solo profilo concernente il rimborso del valore della liquidazione della partecipazione (il c.d. diritto al valore della partecipazione) ma include anche la libertà e, pertanto, l'autonomia del socio di determinarsi dinanzi a un cambiamento delle regole del gioco deliberato dalla società (c.d. "diritto al disinvestimento della

partecipazione⁹³). Il diritto al disinvestimento, del resto, non ha modo di porsi e non può essere esercitato in caso di morte o di esclusione dal socio dalla società: in tal caso, infatti, si tratta di eventi non prevedibili o che comunque sono contrari alla volontà del socio e la liquidazione della partecipazione avviene indipendentemente da una effettiva decisione di disinvestimento.

Si è sostenuto che il diritto di recesso comprende l'assoluta autonomia del socio nel decidere se vendere la propria quota ovvero se recedere dalla società a suo piacimento ovvero addirittura se chiederne – qualora abbia o raggiunga con altri la maggioranza necessaria – la messa in liquidazione al fine di realizzare al meglio e, pertanto, di massimizzare il valore del suo investimento⁹⁴. Inoltre, sebbene in un contesto diverso, è stato sostenuto che impedire o limitare il recesso del socio equivarrebbe ad un esproprio del diritto di proprietà in violazione dell'art. 42 della Costituzione e che, nel caso di specie, pur comprendendone le ragioni si potrebbe comunque prendere in considerazione l'idea di corrispondere al socio un indennizzo. In realtà, si ritiene sarebbe più corretto parlare di una forma di "compensazione" non essendovi alcuna forma di espropriazione ma semplicemente una limitazione al disinvestimento del socio.

È noto che la tutela accordata dall'ordinamento europeo al diritto di proprietà, nell'assumere a proprio referente concettuale la nozione di "bene"⁹⁵, prescinde dalle qualificazioni formali operate nei singoli Stati membri e si presta, dunque, ad essere estesa a ogni diritto, interesse o situazione soggettiva a rilevanza patrimoniale, in coincidenza con l'art. 42 della Costituzione. Una simile prospettiva presenta una serie di ordini di implicazioni in un discorso dedicato alla tutela costituzionale della proprietà azionaria. Infatti, essa consente, in primo luogo, di attrarre all'alveo di quella tutela l'intera dimensione patrimoniale della partecipazione azionaria e quindi sia il suo valore fondamentale, ossia l'utilità economica che il socio potrebbe realizzare investendo nella società (c.d. valore d'uso), sia il suo valore che il socio potrebbe realizzare disinvestendo dalla società (c.d. valore di scambio). Inoltre, consente di adottare una considerazione analitica della partecipazione e di attrarre in tale ambito di tutela sia la partecipazione in quanto tale sia i singoli diritti ad essa inerenti, ivi compreso il diritto di recesso⁹⁶.

⁹³ M. Maugeri, *Banche popolari, diritto di recesso e tutela costituzionale della proprietà azionaria*, in *Rivista delle Società*, 2012, 6, 994.

⁹⁴ Ordinanza monocratica del Tribunale di Napoli 24 marzo 2016.

⁹⁵ Art. 1, comma 1, Primo Protocollo addizionale CEDU: «Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni»; Art. 17, comma 1, Carta di Nizza: «Ogni persona ha diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità».

⁹⁶ N. Abriani, *La proprietà come diritto dell'individuo: tra diritto internazionale, diritto comunitario e disciplina interna*, in *Giur. It.*, 2010, 2229 ss. Si pensi al caso di un provvedimento normativo, il quale in futuro elidesse l'istituto della maggiorazione del voto o la categoria delle azioni a voto plurimo, in tal modo elidendo la sfera partecipativa di coloro che abbiano già conseguito la maggiorazione o siano titolari di quella azione.

In questa situazione, si tratta di stabilire se vi siano gli estremi per una compensazione dovuta alla limitazione del diritto del socio al disinvestimento.

Inoltre, si è affermato che l'esclusione o la limitazione del recesso colliderebbe con la norma di cui all'art. 2437 c.c., che consente di rendere più oneroso il diritto di recesso ma non di escluderlo⁹⁷.

Una duplicità di piani, quella appena evidenziata, che a sua volta riflette la duplicità di dimensione giuridica nella quale si presta ad essere inquadrato l'investimento azionario, ossia come "partecipazione" ad un'attività imprenditoriale generatrice di valore e come "bene", idoneo ad essere negoziato sul mercato c.d. secondario e quindi a procurare al suo titolare la monetizzazione del relativo valore.

Nello scenario che si è tentato di descrivere – nel quale il diritto al disinvestimento del socio, nella forma della negoziazione della partecipazione sul mercato o in quella di recesso e sua liquidazione, costituisce uno degli elementi fondanti del sistema – risultano evidenti le possibili incongruenze che possono generarsi tutte le volte in cui l'esercizio dei poteri speciali si traducono in una limitazione o addirittura in un impedimento al trasferimento delle partecipazioni, di modo che il socio non soltanto non possa vendere e disinvestire ma allo stesso tempo rischi di essere costretto a continuare a partecipare a un'impresa di cui non ha più interesse e che potrebbe perdere appetibilità nel mercato a seguito dell'esercizio dell'opposizione governativa. Può, dunque, opinarsi circa l'adeguatezza di strumenti, quali i poteri speciali, con il "sistema di mercato" sul quale si fonda l'ordinamento nazionale, basato su scelte decentrate, rimesse ai singoli azionisti che hanno investito e rischiato il proprio risparmio, i quali tendenzialmente devono avere la possibilità di determinarsi in merito ai propri investimenti e che, invece, verrebbero in un certo modo esautorati delle relative prerogative, in conseguenza di scelte governative.

Tale situazione di apparente contraddittorietà, tuttavia, non può stupire più di tanto se si considera che la stessa è dovuta alla coesistenza di interessi eterogenei, ma egualmente rilevanti, di cui l'ordinamento deve farsi carico nella ricerca di un adeguato ed efficiente punto di equilibrio: l'interesse dell'azionista al disinvestimento, da una parte, e quello governativo a tutelare interessi generali che potrebbero essere pregiudicati da operazioni non gradite riguardanti imprese strategiche, dall'altra. Da ciò ci si può chiedere se possa essere prevista una forma di risarcimento del danno o di compensazione/indennizzo come era stato soltanto accennato dal Ministro dell'Economia, G. Giorgetti, qualche anno fa⁹⁸ nei confronti del socio o dell'imprenditore che si vede limitata la possibilità di disinvestire. Fatto sta che la disciplina del *golden power* comporta inevitabilmente un

⁹⁷ Ordinanza monocratica del Tribunale di Napoli 24 marzo 2016

⁹⁸ *Italy may compensate firms hit by anti-takeover powers*, di G. Fonte, in *Reuters*, 10 dicembre 2021

indebolimento del principio di tendenziale proporzionalità tra rischio di impresa e gestione societaria.

Nella ricerca di un equo bilanciamento tra le esigenze del mercato e quelle della sicurezza e della difesa nazionali, occorre non dimenticare che le società commerciali, anche quando esercitano poteri di pubblico servizio e pure quando sono partecipate dallo Stato o da enti pubblici, restano organismi di diritto privato, soggetti alla disciplina codicistica e volti prioritariamente alla realizzazione dello scopo loro proprio, ossia la realizzazione di un profitto da distribuirsi tra i soci/investitori (c.d. lucro oggettivo e soggettivo), pur nella tendenziale salvaguardia degli interessi di cui risultano portatori tutti i soggetti coinvolti nella loro attività^{99 100}.

E, in tale prospettiva, appare opportuno sottolineare e recepire quelle opzioni interpretative e applicative, la cui importanza è stata più volte ribadita dalla Corte di Giustizia Europea, volte a circoscrivere il potenziale impatto del *golden power* sulle ordinarie dinamiche delle società e del mercato mediante una opportuna delimitazione delle fattispecie rilevanti, da restringere a quelle veramente idonee a reagire su interessi strategici, e ad una configurazione altrettanto rigorosa della relativa disciplina, attraverso l'introduzione di parametri e criteri *oggettivi* di esercizio dei poteri governativi i quali, per quanto possibile, sottraggano detto esercizio alle mutevoli determinazioni di singoli organi politici e consentano ai soggetti loro destinatari di prevedere il contenuto delle decisioni che saranno assunte e, se del caso, di essere indennizzati del sacrificio eventualmente loro imposto. Solo in tal modo, si ritiene, è possibile giungere ad un temperamento dei vari interessi tutelati effettivamente capace di limitare il sacrificio delle ragioni del mercato e delle imprese alle sole ipotesi in cui si configuri una concreta esigenza di salvaguardare interessi generali di rilevanza strategica e nella sola misura in cui ciò risulti necessario.

Detto questo, non si può non osservare che, diversamente da quanto originariamente previsto dalla disciplina del *golden share*, non è più esplicitamente prevista l'attribuzione del diritto di recesso ai soci delle società strategiche per le ipotesi di assoggettamento di un'impresa al regime dei poteri speciali governativi. Tale lacuna si manifesta, per di più, in un ordinamento – quale quello odierno – in cui le imprese soggette ai poteri speciali sono più numerose e l'inciden-

⁹⁹ A. Sacco Ginevri, *Golden powers e funzione delle imprese strategiche*, in G. napolitano, *op. cit.*, 156-157, che riporta le parole di C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, Vol. II, *Le società commerciali*, 1903, Milano, 23 ss.

¹⁰⁰ C. Angelici, *La società per azioni e gli "altri"*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders. In ricordo di P.G. Jaeger*, Milano, 2010, 47, in cui l'autore evidenzia che «quando lo Stato sceglie tecniche privatistiche per intervenire nell'economia, ed evidentemente per ragioni di interesse pubblico, è di nuovo alla forma della società per azioni che soprattutto ricorre» in quanto esso appare il modello organizzativo «particolarmente in grado, a differenza degli altri tipi societari, di recepire al suo interno anche interessi non solo dei soci».

za del *golden power* è maggiore sulla sfera organizzativa e gestionale dell'organo societario, in tal senso equiparando l'assoggettamento ai poteri governativi ad una modifica dell'organizzazione societaria di rilevanza tale da incidere sensibilmente sulle condizioni di rischio dell'investimento azionario¹⁰¹. In tal modo i poteri speciali hanno perso quella funzione di strumento funzionale alla privatizzazione delle società pubbliche per divenire dei potenziali strumenti di controllo esterno del governo, in grado di influenzare gli assetti proprietari e l'operatività di tutte le imprese attive in settori strategici, ogni qualvolta gli interessi pubblici essenziali siano messi o rischiano di essere messi seriamente a repentaglio.

Nella prospettiva tracciata l'interesse pubblico potrebbe prevalere sull'interesse privato ad una conduzione dell'attività economica secondo logiche meramente imprenditoriali, in una dialettica tra Stato e Mercato che, del resto, è periodicamente destinata a riaffiorare nel nostro ordinamento. Non si vuole, ovviamente, con ciò negare l'utilità di tale strumento soprattutto per la tutela di imprese strategiche da acquisizioni predatorie, specialmente nel caso in cui gli offerenti siano fondi sovrani o, più in generale, soggetti legati a "potenze" straniere, che rischiano di mettere a repentaglio la sicurezza nazionale.

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, la disciplina attuale induce a pensare ad una realtà profondamente cambiata e destinata a subire ulteriori evoluzioni¹⁰², specialmente in periodi in cui le debolezze strutturali riconducibili alla congiuntura in atto rischiano di mettere in pericolo l'intero sistema economico nazionale, in cui lo Stato torna a svolgere il ruolo di "doganiere" ed è chiamato a proteggere le imprese strategiche da tali rischi. L'interrogativo che si pone, pertanto, rimane quello se tali misure saranno giudicate come necessarie e proporzionate agli obiettivi perseguiti.

¹⁰¹ A. Sacco Ginevri, *Golden powers e funzione delle imprese strategiche*, in G. Napolitano, *op. cit.*, 156-157.

¹⁰² R. Magliano, *La ricerca di equilibrio tra investimenti esteri diretti e interventi emergenziali a tutela dell'interesse strategico nazionale: una sfida per l'Unione Europea*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, Dicembre 2021, 4, 1057.

Affinità e interferenze tra poteri speciali e diritto societario

Nel presente lavoro si intende concentrare l'attenzione sulle questioni di carattere più propriamente interpretativo poste dalla lettura della disciplina italiana del *golden power*, anche e soprattutto alla luce dei principi e delle regole dell'ordinamento societario nel quale detta disciplina è destinata ad operare. Se, infatti, è vero che, nel tempo, la disciplina nazionale dei poteri speciali, inizialmente pensata dal Legislatore quale parte integrante del diritto societario, si è resa da esso progressivamente autonoma e ha assunto una connotazione propriamente pubblicistica, è altrettanto vero che, pure nella sua rinnovata veste, la stessa disciplina continua ad incidere sulla organizzazione e sulle vicende di imprese organizzate in forma societaria e, quindi, impone all'interprete uno sforzo di armonizzazione con le regole e con i principi da cui tale organizzazione e tali vicende sono rette.

Affinities and interferences between special powers and corporate law

This paper is intended to analyze the more properly interpretative questions posed by the reading of the Italian discipline of golden power, also and above all in light of the principles and rules of the corporate system in which said discipline is intended to operate. If, in fact, it is true that, over time, the national discipline of golden powers, initially conceived by the Legislator as an integral part of corporate law, has become progressively autonomous from it and has assumed a properly publicist connotation, it is equally true that, even in its renewed guise, the same discipline continues to affect the organization and events of companies organized in corporate form and, therefore, imposes on the interpreter an effort of harmonization with the rules and principles by which such organization and such events are governed.

Effettività della tutela giurisdizionale e riedizione del potere amministrativo

Cristina Fragomeni

SOMMARIO: 1. Premessa. Oggetto e limiti dell'indagine. – 2. L'inquadramento concettuale e normativo del principio di effettività della tutela giurisdizionale. Breve cenno ai progressi successivi all'approvazione del Codice del processo amministrativo. – 3. Il giudicato amministrativo e la sua esecuzione. Il giudizio di ottemperanza. – 4. Il rapporto tra giudicato e riedizione del potere. – 5. L'inesauribilità del potere amministrativo. Radici e risvolti di un dibattito risalente. – 5.1. Posizioni critiche nella prospettiva del superamento della teoria dell'inesauribilità del potere amministrativo. – 6. Conclusioni.

1. *Premessa. Oggetto e limiti dell'indagine*

La rilevanza della tematica dell'effettività della tutela giurisdizionale nel processo amministrativo può essere agevolmente colta riflettendo sulla centralità del giudizio amministrativo, il cui giudice si fa sovente «crocevia di rilevanti questioni nel campo dell'economia e dei diritti sociali»¹.

Una tesi dottrinale risalente negava la riferibilità del principio di effettività della tutela alla giurisdizione amministrativa, sul presupposto che la pronuncia di annullamento non avrebbe contenuto la statuizione sulla spettanza del bene a cui aspirasse il ricorrente². Si escludeva, in sostanza, che la sentenza del giudice amministrativo avesse la capacità di incidere in modo effettivo sulle decisioni della pubblica amministrazione, rendendo netta l'antitesi rispetto al giudizio civile, dotato di una giurisdizione piena

¹ Il riferimento è alle parole proferite dal Presidente del Consiglio di Stato in occasione della celebrazione dei centonovanta anni del Consiglio di Stato e dei cinquanta anni dei Tribunali amministrativi regionali (Torino, 12-13 novembre 2021).

² M. Andreis, *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 1996.

ai fini della risoluzione della controversia³.

A partire dall'evoluzione normativa al cui vertice si posiziona l'emanazione del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, il sistema delle tutele è stato oggetto di sviluppi significativi, nel complesso inquadrabili in una costante tensione all'effettività della tutela, assicurata dalla giurisdizione amministrativa coerentemente con i principi costituzionali e con il diritto europeo (art. 1, c.p.a.)⁴. Si tratta di considerazioni svolte sia in giurisprudenza sia in dottrina; da quest'ultima, in particolare, sono provenute istanze di incremento della tutela garantita dal giudizio amministrativo, per la soddisfazione in via immediata dell'interesse concreto sottostante all'azione esperita⁵.

2. *L'inquadramento concettuale e normativo del principio di effettività della tutela giurisdizionale. Breve cenno ai progressi successivi all'approvazione del Codice del processo amministrativo*

Per effettività della tutela giurisdizionale si può intendere l'idoneità del processo a garantire la soddisfazione integrale dell'aspettativa riconosciuta dall'ordinamento giuridico al soggetto vittorioso nell'ambito della vicenda processuale; in altri termini, si tratta della capacità del processo di assicurare al ricorrente il conseguimento di un risultato sostanziale⁶.

³ E. Ferrari, in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa* (a cura di A. Romano), Padova, 1992.

⁴ Il tema dell'effettività della tutela giurisdizionale figura tra quelli affrontati con l'ordinanza n. 19598/2020 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, da cui hanno tratto alimento ulteriore le vicende afferenti al caso *Randstad*. La Corte di Giustizia dell'Unione europea ha precisato, con la successiva sentenza, che, in linea generale, il diritto dell'Unione europea non comporta il sorgere in capo agli Stati membri di alcun obbligo di implementazione di strumenti di ricorso differenti e ulteriori rispetto a quelli contemplati dal diritto interno. Di conseguenza, è da ritenersi aderente al diritto dell'Unione europea l'attribuzione, alla stregua dell'ordinamento nazionale, della competenza a pronunciarsi in ultima istanza al Consiglio di Stato, organo supremo della giustizia amministrativa, ancorché quest'ultimo, in concreto, avesse subordinato la ricevibilità del ricorso a condizioni idonee a svellere l'effettività del diritto al ricorso stesso. Cfr. Corte di Giustizia UE, 21 dicembre 2021, C-497/20, *Randstad Italia SpA*. Invero è anteriore di soli nove giorni, rispetto all'ordinanza di rinvio alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, la pubblicazione della sentenza n. 18592/2020 della Corte di Cassazione, in cui si cristallizza una posizione definita di *self-restraint*, a fronte delle ipotesi di sconfinamento del giudice amministrativo (il riferimento è a Cons. Stato, Sez. VI, sent. n. 1321/2019, di cui si dirà). Dal raffronto svolto tra le pronunce richiamate, risulta un atteggiamento convergente, ascrivibile ad entrambe le magistrature supreme, di proiezione verso la ricerca di «interpretazioni evolutive» che sorreggano l'ampliamento dei rispettivi poteri, complice il costante richiamo ai principi di effettività della tutela giurisdizionale e del diritto europeo. In tal senso, M. Sandulli, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in www.giustiziasieme.it, 2021.

⁵ S. Valaguzza, *L'effettività della tutela nella esperienza giurisprudenziale*, testo della relazione presentata al *Filo di Arianna*, TAR Lombardia, 27 febbraio 2017.

⁶ R. Caponigro, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, Relazione per l'incontro di studio tra magistrati sul codice del processo amministrativo, tenuto a Roma, presso il TAR Lazio, il 28 settembre 2010.

L'indagine ermeneutica sul principio di effettività della tutela giurisdizionale ha condotto alla scomposizione del medesimo in un triplice ordine di diritti: diritto di accedere alla tutela giurisdizionale, diritto di disporre di strumenti processuali adeguati alla situazione di cui si richiede tutela, diritto di ottenere quest'ultima entro termini ragionevoli⁷.

L'effettività della tutela è stata descritta come mezzo di traduzione del fatto in diritto nonché come indicatore dell'attitudine del fenomeno giuridico a scolpirsi nella realtà, concretizzandosi nella «stessa forza del diritto sostanziale quale risulta al termine delle vicende processuali che ne devono garantire l'attuazione»⁸.

La Corte costituzionale ha qualificato il principio di effettività alla stregua di un «criterio di integrazione e di correzione del diritto vigente»⁹; mentre l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha definito l'attuazione di una tutela giurisdizionale effettiva come un risultato che passa attraverso la «massima possibile limitazione di ogni margine di incertezza giuridica sul piano sostanziale o procedurale»¹⁰.

Il fondamento costituzionale del principio di effettività è rinvenuto nel combinato disposto degli artt. 24 e 113, Cost. La giurisprudenza costituzionale ha intravisto, in particolare, nell'art. 24 la predisposizione in favore degli interessi legittimi delle «medesime garanzie assicurate ai diritti soggettivi quanto alla possibilità di farli valere davanti al giudice ed alla effettività della tutela che questi deve loro accordare»¹¹. È, in tal modo, inaugurata una linea evolutiva tra i cui risvolti emblematici si annovera il superamento delle inveterate perplessità dottrinali e giurisprudenziali nei riguardi della tutela dei diritti soggettivi da parte del giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva. Sul punto, la Corte costituzionale ha espressamente chiarito che la giurisdizione amministrativa è perfettamente capace di assicurare una tutela piena ai diritti soggettivi coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa¹².

Il principio di effettività della tutela giurisdizionale intrattiene interessanti connessioni con il principio del giusto processo, da rapportarsi, quest'ultimo, alle peculiarità del processo amministrativo. Il legame in discorso può agevolmente cogliersi considerando che la garanzia di una tutela giurisdizionale effettiva risiede «nell'articolazione del rapporto processuale e nel rispetto delle sue regole»¹³.

⁷ A. Carratta, *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2019.

⁸ G. Montedoro, *Processo economico, sindacato giurisdizionale ed autonomia dell'amministrazione: la questione del merito amministrativo*, Relazione al Convegno di Varenna, 2014.

⁹ Corte cost., sent. n. 77/2007.

¹⁰ Ad. plen., n. 8/2013.

¹¹ Corte cost., sent. n. 204/2004 con nota di F.G. Scoca, *Sopravviverà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur. cost.*, 2004.

¹² Corte cost., sent. n. 140/2007. Nello stesso senso, Corte cost., sent. n. 191/2006.

¹³ M. Sinisi, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, Torino, 2017, 206 ss. In altri termini, rileverebbe, secondo l'Autrice, ai fini del riscontro di una pur parziale «coinciden-

In dottrina si è variamente parlato di indivisibilità del principio del giusto processo dal principio di effettività; dell'attitudine del primo a costituire un aspetto del secondo; della sussistenza di eventuali collisioni tra i principi in discorso¹⁴.

I principi di effettività della tutela giurisdizionale e del giusto processo sono collocati in fase di apertura del Codice del processo amministrativo, sul modello della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Giova richiamare, in tale sede, alcuni cambiamenti che si sono accompagnati all'approvazione del Codice. Tra questi, il superamento della concezione oggettiva del giudizio di annullamento; il completamento del processo di traslazione dell'oggetto del giudizio dall'atto al rapporto controverso sotteso all'atto medesimo¹⁵; l'incremento delle domande ammissibili¹⁶, che ha comportato la trasformazione della disciplina dedicata ai mezzi di impugnazione¹⁷. Logicamente consequenziali sono state le ricadute registrate in materia di accesso del giudice amministrativo al fatto, da intendersi come angolo visuale di una tutela giurisdizionale piena ed effettiva¹⁸.

La pienezza di tutela rappresenta, dunque, uno dei punti più elevati della codificazione di un sistema di rimedi rispondente al variegato assetto relazionale tra pubblica amministrazione e cittadino e alla proliferazione dei centri di potere¹⁹.

za contenutistica», la capacità, disvelata da entrambi i principi, di delineazione di uno «standard di tutela da garantire». In tal senso, il giusto processo tenderebbe verso l'effettività della tutela giurisdizionale, suo obiettivo.

¹⁴ M. Luciani, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, Relazione al Convegno di Varenna, in *www.rivistaaic.it*, 2014.

¹⁵ Sul punto, si è rilevato che dal processo amministrativo, fermo restando il suo «tema obbligato» del «controllo dell'atto», trarrebbe origine un accertamento avente ad oggetti il rapporto e la relativa regolamentazione. In tal senso, S. Menchini, *Potere sostanziale e sistema delle tutele*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2020, 4. L'Autore prosegue precisando che la sentenza di accoglimento, laddove pronunciata, riconosce la spettanza al ricorrente del contenuto della pretesa fatta valere in giudizio e vincola l'amministrazione alla sua realizzazione attraverso la successiva riedizione del potere.

¹⁶ Un elenco nutrito di azioni esperibili dinanzi al giudice amministrativo determina una maggiore probabilità per il ricorrente di ottenere il bene della vita oggetto di aspirazione. L'identificazione di quest'ultimo, secondo R. Villata, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2021, 2, 376, deve svolgersi con stretto riferimento all'«ordinamento positivo»; «se si tiene ben presente questo principio si evita di concludere che il processo amministrativo avrebbe la vocazione ad assicurare piena tutela alle parti, ma sarebbe privo della capacità di raggiungere tale risultato».

¹⁷ Più approfonditamente, l'incremento delle tutele ha avuto ripercussioni, oltre che sulla struttura del processo, anche sull'interesse legittimo, quanto all'acquisizione di carattere sostanziale. In tal senso, valorizzando l'interesse legittimo come base del sindacato di legittimità condotto sul provvedimento, il giudizio amministrativo è stato definito un «giudizio di spettanza», vertente sul «potere»: «ciò che spetta non è in realtà che un nuovo, corretto esercizio della discrezionalità amministrativa». Si tratta di rilievi di R. Villata, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, cit., 375, il quale richiama testuali parole di G.D. Falcon, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, 2, 246-247.

¹⁸ L'accesso al fatto consente di correttamente indirizzare la tutela, in considerazione del caso specifico e del bene della vita oggetto di aspirazione. In tal senso, M. Sinisi, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, cit., 215.

¹⁹ F. Patroni Griffi, *Dal Consiglio di Stato all'istituzione dei Tribunali amministrativi regionali: una lunga storia di tutele contro il potere arbitrario* (Torino, 12 novembre 2021 – in occasione dei 190 anni del Consiglio

Sennonché la disciplina dettata dal Codice pare frapporre alcuni limiti al giudice insuscettibili di rimozione, prescindendo all'invocazione, da parte di quest'ultimo, del principio di effettività, corrispondenti al principio della domanda²⁰, al divieto di pronunciare su poteri non ancora esercitati e alle limitazioni delle ipotesi in cui il giudice può condurre l'accertamento sulla validità della pretesa avanzata dalla parte²¹.

Ai livelli della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, i principi del giusto processo e dell'effettività della tutela giurisdizionale, di cui, rispettivamente, agli artt. 6 e 13 della Convenzione, diversamente che nell'esperienza giurisprudenziale nazionale²², sono nettamente scissi, nonostante corrisponda ad una prassi consolidata la deduzione contestuale dei motivi afferenti alla violazione degli articoli richiamati.

3. *Il giudicato amministrativo e la sua esecuzione. Il giudizio di ottemperanza*

All'interno del Codice del processo amministrativo non è contenuta alcuna definizione di giudicato. Pertanto, il riferimento corre agli artt. 2909, c.c. e 324, c.p.c., per quanto concerne, rispettivamente, le nozioni di giudicato in senso sostanziale e giudicato in senso formale.

Invero, il rinvio cosiddetto esterno, di cui all'art. 39, c.p.a., legittima la diretta applicabilità delle disposizioni processualcivilistiche al processo amministrativo nelle ipotesi in cui «il primo ordinamento esprima principi generali che non rinvergono nel secondo una sufficiente ed esaustiva declinazione regolatoria»²³. In tal senso, non si frapporrebbe problematica alcuna all'estensione al processo amministrativo dell'art. 324, c.p.c., ricorrendone le condizioni; mentre, aderendo strettamente al tenore letterale dell'art. 39, c.p.a., non godrebbe di eguale legittimazione l'applicabilità, nella medesima sede, dell'art. 2909, c.c..

di Stato e dei 50 dei Tribunali amministrativi regionali).

²⁰ Ad. plen., n. 4/2015 ha precisato che il principio della domanda non può essere superato in nome dell'effettività.

²¹ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2020, 820-821.

²² Rispetto alla giurisprudenza nazionale si è percepita la sensazione di trovarsi dinanzi ad una «sorta di endiadi». Il rilievo è di C. Feliziani, *Effettività della tutela nel processo o nel procedimento? Convergenze e divergenze tra il sistema italiano di giustizia amministrativa e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2019, 3. Mentre riferiscono di tale «prassi» A. Carbone, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2017 e F. Manganaro, *Equo processo e diritto a un ricorso effettivo nella recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Jus publicum*, 2011.

²³ Ad. plen., n. 33/2014.

Dottrina e giurisprudenza maggioritarie concordano, tuttavia, nel considerare principio generale l'acquisizione secondo cui la sentenza del giudice amministrativo spiega il valore di cosa giudicata esclusivamente tra le parti del giudizio ovvero tra coloro che siano stati posti nelle condizioni di prendervi parte.

Resta ferma la diversità intercorrente tra il giudicato civile e il giudicato amministrativo, nonostante la coabitazione di essi sotto il medesimo «tetto giuridico»²⁴. In una prospettiva di estrema sintesi, limitatamente a quanto rileva nell'ambito dell'indagine svolta, l'esecuzione della sentenza amministrativa involge tanto il dispositivo quanto la motivazione, affinché sia ricondotta «sulla linea di partenza la macchina dell'Amministrazione, perché il procedimento questa volta si concluda *bene*, e cioè secondo le indicazioni del giudice»²⁵. Il che restituisce contezza delle maggiori complessità riscontrate in questa sede rispetto che in sede di esecuzione della sentenza del giudice civile, laddove rileva il solo dispositivo²⁶.

La sentenza amministrativa e il conseguente giudicato²⁷, come autorevolmente affermato, costituiscono, al contempo, «giudizio per il passato e precetto per il futuro»²⁸.

A quanto esposto si aggiunga il peculiare contenuto multiforme del giudicato amministrativo, dovuto alla produzione non soltanto degli effetti eliminatori e preclusivi, ma anche dell'effetto conformativo²⁹. Autorevole dottrina ha rintracciato l'essenza di tale ultimo effetto nell'orientamento e nella plasmazione della riedizione del potere amministrativo, con intensità variabile, in relazio-

²⁴ S. Giacchetti, *Il giudizio d'ottemperanza nella giurisprudenza del Consiglio di giustizia amministrativa*, in *www.lexitalia.it*.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Si è, tuttavia, evidenziato che anche nell'ambito del processo civile, laddove uno dei soggetti del rapporto su cui pronuncia la sentenza rivesta una posizione di supremazia, «l'accertamento giudiziale riguarda solo un frammento del potere esercitato, ma non impedisce una futura attività che potrebbe contravvenire al *decisum* del giudice». In tal senso, F. Manganaro, *Nuovi spunti sull'effettività della tutela giurisdizionale: analogie tra il processo di esecuzione nel giudizio civile e in quello amministrativo*, in V. Fanti (a cura di), *Scritti in onore di Enrico Follieri*, 2019, 385-386.

²⁷ La portata effettiva del giudicato amministrativo deve ricostruirsi attraverso «una lettura congiunta del dispositivo della sentenza con il percorso motivazionale articolato, correlata ai dati oggettivi di identificazione delle domande proposte [...], avuto riguardo al tipo di vizio riscontrato e alla consistenza dei motivi di doglianza oggetto di accoglimento». Cfr. TAR Lazio, Sez. III, n. 2737/2022.

²⁸ S. Valaguzza, I. Martella, *L'effettività della tutela nell'esperienza giurisprudenziale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2018, 2, 795, con richiamo alle riflessioni di M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, E. Cardì, A. Nigro (a cura di), ult. ed., 2002, *passim*.

²⁹ Si è qualificato l'effetto conformativo come tipico del «meccanismo impugnatorio», considerati gli obblighi del ricorrente di precisare i motivi dell'impugnazione e del giudice di non varcare, in sede di giudizio, i confini delle censure dedotte. In tal senso, E. Tedeschi, *Contenuto conformativo della sentenza e competenza per l'ottemperanza (note a Consiglio di Stato, sez. V, 21 settembre 2020, n. 5485)*, in *www.giustiziasieme.it*, 2020.

ne alla tipologia di accertamento³⁰, fermo restando l'ancoraggio di quest'ultimo ai motivi del ricorso³¹.

Formatosi il giudicato, incombe in capo all'amministrazione l'obbligo di adeguarvisi ogniqualvolta sussista un dovere di agire ovvero di tenere un determinato comportamento.

Sin dalla sentenza n. 2157 del 1953, la Corte di Cassazione rimarcava che l'esecuzione del giudicato amministrativo costituisce il contenuto di un preciso obbligo gravante in capo alla pubblica amministrazione, indissolubilmente legato all'interesse superiore all'attuazione della giustizia e contestualizzabile nel celebre assunto chiovendiano secondo cui: «Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quanto e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire»³².

Nel senso della doverosità dell'esecuzione della sentenza del giudice amministrativo depono lo stesso Codice: ai sensi dell'art. 88, primo comma, c.p.a., la sentenza deve contenere l'ordine di esecuzione della decisione da parte dell'autorità amministrativa. Quanto alla sua natura, si tratterebbe di un «ordine istituzionale», concorrente alla qualificazione del rapporto tra pubblica amministrazione e autorità giurisdizionale, con riscontro nel principio di cui all'art. 4, l. 20 marzo 1865, n. 2248, avente ad oggetto il dovere dell'amministrazione di eseguire le pronunce del giudice civile³³.

L'indagine sugli effetti per il futuro scaturenti dal giudicato e condizionanti l'attività successiva dell'amministrazione è strettamente connessa con il contesto fisiologico del giudizio di ottemperanza³⁴.

L'istituto dell'ottemperanza è stato qualificato come «flessibile» e dotato di una «natura complessa»; una delle declinazioni di maggiore rilievo della giurisdizione di merito³⁵. Tuttavia, è stato evidenziato che, trattando dell'ottemperanza, il punto nodale non è costituito dal merito, ma dall'effettività della tutela giurisdizionale: a fronte di un'amministrazione che non ottemperi alla statuizione giurisdizionale, la sostituzione ad essa si pone in quanto necessaria nella prospettiva della garanzia di tutela. In tal senso, il merito si attergerebbe a «risvolto interno dell'ottemperanza»³⁶.

³⁰ «In presenza di un'attività amministrativa vincolata, il giudicato produce un effetto conformativo sostanzialmente pieno[...]. In presenza, invece, di un'attività connotata da discrezionalità, l'effetto conformativo è solo parziale». In tal senso, Cons. Stato, n. 4567/2016.

³¹ M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, 2002, 389.

³² G. Chiovenda, *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, 19.

³³ A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2021, 393-394.

³⁴ F. Francario, *Il giudizio di ottemperanza. Origini e prospettive*, in *Il processo*, 3, 2018; F. Manganaro, *Il giudizio di ottemperanza come rimedio alle lacune dell'accertamento*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2018, 2, 534.

³⁵ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1010-1011.

³⁶ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 813.

La sostituzione del giudice all'amministrazione, inoltre, si svolge al di fuori della sottoposizione delle scelte compiute al sindacato della Corte di Cassazione, in quanto è esclusa l'integrazione di una questione di elusione dei limiti esterni del potere del giudice³⁷.

Il giudice ha, dunque, il potere di integrare il giudicato nonché di declinarne, con maggiore precisione, contenuto ed effetti³⁸. Tale potere, in giurisprudenza, è stato ricostruito come conseguenza della continua interazione tra giudicato amministrativo, dinamico e flessibile, e riesercizio del potere amministrativo³⁹.

Il richiamo effettuato è all'istituto del giudicato a formazione progressiva, «temperamento fisiologico» del principio di intangibilità del giudicato, che trova «estrinsecazione dinamica» nel giudizio di ottemperanza⁴⁰. Il giudicato amministrativo risulterebbe, in tal modo, costituito da un «nucleo invariabile» (sentenza di cognizione) e da un contenuto «variabile, accessorio, eventuale» (attività amministrativa di adeguamento al *decisum* ed eventuale sentenza di ottemperanza). Tale ultimo orientamento dottrinale ha riscontrato, con riferimento all'istituto del giudicato a formazione progressiva, l'omissione della rilevazione per cui, in sede di ottemperanza, piuttosto che un'integrazione, si realizzerebbe un'interpretazione giurisdizionale del *decisum*, precisamente, della motivazione, ai fini della definizione degli effetti destinati a prodursi sulla successiva riedizione del potere amministrativo. In tal senso, il giudice dell'ottemperanza avrebbe il compito di rintracciare la coerenza tra l'esecuzione del giudicato in senso sostanziale e la dimensione oggettiva del medesimo, che preesiste al giudizio⁴¹, mentre il giudizio di ottemperanza acquisirebbe natura necessariamente esecutiva, eventualmente cognitoria⁴².

³⁷ Cass., Sez. Un., n. 376/1999.

³⁸ Tale potere integrativo del giudicato, accordato al giudice dell'ottemperanza, è limitato all'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo ed è, dunque, escluso nell'ipotesi di ottemperanza alle sentenze del giudice ordinario, per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo nella materia oggetto del giudicato. In tal senso, Cons. Stato, Sez. VII, n. 2628/2022.

³⁹ TAR Campania, Salerno, Sez. I, n. 623/2017.

⁴⁰ F. Vignoli, *Giudicato a formazione progressiva e ottemperanza di chiarimenti*, in *www.rivista231.it*. Si è rilevato, invero, che potrebbe discorrersi di giudicato a formazione progressiva anche nell'ambito del giudizio civile. In tal senso, F. Manganaro, *Nuovi spunti sull'effettività della tutela giurisdizionale: analogie tra il processo di esecuzione nel giudizio civile e in quello amministrativo*, cit., 387. L'Autore riconduce la necessità di un giudicato a formazione progressiva al problema dell'identificazione di una linea di confine nitida tra cognizione ed esecuzione, problema amplificato, nel processo civile, dalla perdita della «tradizionale forza» di cui disponeva il titolo esecutivo e dall'annessa possibilità di realizzarne un'integrazione. Di conseguenza, nel giudizio di esecuzione, in seno al processo civile, sarebbero ravvisabili margini di cognizione, analogamente a quanto è asserto in relazione al giudizio di ottemperanza.

⁴¹ Il complesso dei rilievi riportati appartiene a S. Valaguzza, *L'illusione ottica del giudicato a formazione progressiva*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2018, 1.

⁴² In una prospettiva di comparazione, si veda V. Bontempi, *Giustizia amministrativa ed effettività della tutela in Italia e in Germania*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2020, 2. L'Autore pone l'accento sulla storica importanza che nell'ordinamento tedesco riveste il principio di separazione dei poteri, circostanza sottesa alla previsione, in luogo del giudizio di ottemperanza, di una «tutela giurisdizionale esecutiva a carattere indiretto, consistente in una sanzione pecuniaria» irrogata all'amministrazione inadempiente. Quest'ultima potrà

Nell'ambito del giudizio di ottemperanza, è tesa all'attuazione dei principi di pienezza e di effettività della tutela giurisdizionale l'eventuale nomina del commissario *ad acta*⁴³.

L'Adunanza plenaria ha specificato che il «momento genetico» dell'adozione di un atto o di un provvedimento di attuazione della pronuncia giudiziale, da cui scaturiscono gli effetti imputati alla sfera giuridica dell'amministrazione, risiede nella sentenza; il «momento funzionale» è rappresentato dall'effettività della tutela giurisdizionale⁴⁴.

Il commissario *ad acta* è legittimato all'adozione di ogni misura conforme al giudicato che risulti, in concreto, idonea ad assicurare al ricorrente il bene della vita di cui è stato riconosciuto titolare dalla sentenza da attuare⁴⁵. Argomentando *ex art. 21, c.p.a.*, tale compito deve essere espletato entro i confini della giurisdizione del giudice che ha provveduto alla designazione, in modo del tutto differente rispetto a quanto avviene avuto riguardo ad altri soggetti ausiliari del giudice amministrativo⁴⁶.

Si è a lungo discusso in ordine alla natura del rapporto intercorrente tra l'amministrazione e il commissario *ad acta* sotto il profilo dell'esecuzione della sentenza. L'Adunanza plenaria, con la sentenza n. 8/2021, ha chiarito che l'amministrazione inottemperante conserva la legittimazione ad eseguire la sentenza, prescindendo sia dalla nomina sia dall'insediamento del commissario *ad acta*, fintanto che quest'ultimo non abbia provveduto⁴⁷. Si profila, in tal modo, una coesistenza del potere in capo all'amministrazione e al commissario. La fonte del primo è da rinvenirsi nella norma disciplinante l'attribuzione del potere amministrativo, mentre la sua giustificazione funzionale risiede nella cura dell'interesse pubblico. Quanto al potere del commissario *ad acta*, come sottolineato, il suo fondamento si colloca nella decisione del giudice amministrativo, con giustificazione funzionale nell'effettività della tutela giurisdizionale.

rivalersi nei confronti del funzionario attivando un procedimento disciplinare; mentre il ricorrente potrà rivolgersi al giudice civile per ottenere il risarcimento del danno cagionato dal ritardo ovvero dall'omessa esecuzione del giudicato. Questo fa sì che l'inadempimento non si verifichi con frequenza, tanto che la dottrina tedesca non riserva particolare attenzione alla relativa tematica.

⁴³ Cons. Stato, Sez. IV, n. 3563/2019.

⁴⁴ Ad. plen., n. 8/2021.

⁴⁵ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, n. 3258/2015. Nello stesso senso, Cons. Stato, Sez. V, n. 4013/2016.

⁴⁶ Mentre il consulente tecnico e il verificatore «assistono il giudice per il compimento di singoli atti o per tutto il processo e dunque svolgono compiti strumentali e antecedenti alla pronuncia della sentenza (alla quale sono finalizzati), il commissario *ad acta* svolge compiti ausiliari del giudice *dopo* la decisione, laddove questi, nell'ambito della propria giurisdizione, deve sostituirsi all'amministrazione» (Ad. plen., n. 8/2021, già citata). Tale sostanziale diversità tra gli ausiliari del giudice rinvia spiegazione nel peculiare inquadramento del commissario *ad acta*, come precisato, nel contesto dell'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi.

⁴⁷ D'altra parte, non ricorre alcun dato normativo che confermi la perdita del potere dell'amministrazione di provvedere per effetto della nomina o dell'insediamento del commissario *ad acta*.

In occasione della soddisfazione della pretesa della parte vittoriosa, il commissario *ad acta* sostituisce, dunque, ad un potere amministrativo conferito *ex lege* l'esercizio di un potere affine, ma non pienamente coincidente⁴⁸, in quanto distinto sui piani genetico e funzionale. L'esercizio di tale potere si concreterà nell'adozione di atti conformi a quelli che l'amministrazione avrebbe dovuto emanare, di carattere e contenuto variabili in relazione alla prescrizione della pronuncia giudiziale della cui ottemperanza si tratta.

Per l'eventualità in cui il commissario *ad acta* adotti un atto successivamente al momento in cui l'amministrazione abbia provveduto o viceversa, con la su menzionata pronuncia, l'Adunanza plenaria ha individuato un regime di inefficacia da riferirsi all'atto medesimo, la cui rimozione potrà essere richiesta dall'interessato al giudice dell'ottemperanza⁴⁹.

4. *Il rapporto tra giudicato e riedizione del potere*

In dottrina, la frequenza con cui la giurisdizione è chiamata (dal legislatore) a sostituire l'amministrazione è stata percepita alla stregua di un'«offesa», in ragione del conseguente profilarsi in capo alla giurisdizione medesima di un regime di responsabilità verso i terzi analogo a quello riferibile all'amministrazione (art. 28, Cost.). Tra i principi posti in discussione, secondo l'opinione in argomento, rientrerebbero: il principio della separazione dei poteri, la terzietà dell'organo giudicante, l'autonomia della pubblica amministrazione. La giurisdizione dovrebbe sempre caratterizzarsi in quanto «intervento correttivo di eccezione», *ex post* (a presidio della sua terzietà), mentre la tutela ordinaria dei diritti soggettivi rimarrebbe l'oggetto di un preciso «compito istituzionale» della pubblica amministrazione⁵⁰.

Al fine di arginare il collasso della demarcazione tra amministrazione e giurisdizione, si è caldeggiata l'esigenza di completezza dell'accertamento svolto in sede procedimentale e, secondariamente, di quello svolto in sede processuale, in modo che l'amministrazione sia indotta ad esaurire ogni profilo afferente all'esercizio del potere⁵¹.

⁴⁸ In tal senso, si veda anche Cons. Stato, Sez. V, n. 3378/2018.

⁴⁹ Mentre, a suo tempo, Ad. plen., n. 2/2013 ha precisato che, a fronte dell'atto adottato dalla pubblica amministrazione soccombente autonomamente lesivo della posizione del privato, grava su quest'ultimo l'onere di attivare un nuovo giudizio di cognizione; resta ferma, invece, la proposizione del ricorso per l'ottemperanza laddove risulti inequivocabilmente e obiettivamente l'intenzione dell'amministrazione di venir meno all'adempimento degli obblighi derivanti dalla pronuncia.

⁵⁰ In tal senso, R. Cavallo Perin, *I limiti ai poteri delle giurisdizioni*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2016, 4.

⁵¹ M. Clarich, *Limiti oggettivi e soggettivi del giudicato amministrativo e riesercizio del potere*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2022, 1, 40.

Infine, sul rapporto intercorrente tra amministrazione e giurisdizione, alla luce del principio di separazione dei poteri nonché della normativa racchiusa nel Codice del processo amministrativo, si esclude che il provvedimento amministrativo impugnato sia passibile di sostituzione ad opera di una decisione giudiziale sull'interesse pubblico⁵². Su tale linea, è valorizzato il ruolo della giurisprudenza amministrativa ai fini della costruzione di un equilibrio tra le istanze di effettività della tutela e le ipotesi di riserva di amministrazione, conferendosi rilievo, nel giudizio di cognizione, all'apparato motivazionale della sentenza e, nel giudizio di ottemperanza, all'interpretazione della decisione rimasta inattuata, in tutto o in parte⁵³.

Si pone in corrispondenza della relazione tra procedimento e processo amministrativo la disciplina di cui all'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990.

Limitatamente ai procedimenti ad istanza di parte, il responsabile del procedimento ovvero l'autorità competente, anteriormente alla formale adozione di un provvedimento di diniego, ha l'obbligo di rendere edotto il privato in ordine alle ragioni di reiezione della domanda, determinandosi, già in tale sede, la consumazione del potere amministrativo di ampliamento dei motivi di rigetto dell'istanza, a fronte dell'assettamento progressivo della posizione del privato⁵⁴.

L'interazione dialettica tra privato e amministrazione che ne deriva, in una fase prodromica rispetto a quella di adozione del provvedimento finale, è idonea a produrre un effetto, oltre che deflattivo del contenzioso, benefico in favore dei primi, la cui evidenza risulta riflettendo sul duplice risvolto, collaborativo e difensivo, del coinvolgimento del privato⁵⁵, di cui, dunque, si valorizza il ruolo di «cointeressato al fenomeno amministrativo», in un'ottica squisitamente benvenutiana di percezione della partecipazione come occasione di acquisizione di più informazioni possibili da parte del funzionario⁵⁶. In aggiunta, si è riscontrato che il processo amministrativo ha indubbiamente tratto giovamento da una siffatta dilatazione dei confini del contraddittorio procedimentale⁵⁷.

⁵² Secondo un differente orientamento dottrinale, nelle ipotesi di giurisdizione di merito, compete al giudice amministrativo provvedere contestualmente alla cura dell'interesse pubblico, in modo da «conformare alla misura di tutela delle ragioni del privato le ragioni dell'interesse pubblico». In tal senso, A. Police, *Sindacato di merito e "sostituzione" della Pubblica Amministrazione*, in F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (a cura di), *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della Pubblica Amministrazione*, Milano, 2013, 53 ss.

⁵³ S. Valaguzza, I. Martella, *L'effettività della tutela nell'esperienza giurisprudenziale*, cit., 797-798.

⁵⁴ In tal senso, M. Ramajoli, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2022, 3, 601.

⁵⁵ Il rilievo appartiene a M. Ramajoli, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, cit.

⁵⁶ F. Benvenuti, *Scritti giuridici*, 1977, 599.

⁵⁷ F. Patroni Griffi, *Giustizia amministrativa: evoluzione e prospettive nell'ordinamento nazionale e nel quadro europeo*, *Lectio Magistralis* del Presidente del Consiglio di Stato, svolta su *Virtual Learning Environment* – UNIBO, 2020.

L'art. 12, primo comma, lett. e), del d. l. 16 luglio 2020, n. 76, com'è noto, ha novellato l'istituto del preavviso di rigetto, statuendo, in particolare, che, nell'ipotesi di annullamento in sede giurisdizionale del provvedimento amministrativo adottato, l'amministrazione che rinnovi il potere non può opporre, per la prima volta, motivi ostativi già risultanti dall'istruttoria del provvedimento annullato⁵⁸. La disposizione realizza una sicura incidenza sulla fase di riedizione del potere amministrativo, introducendo un vincolo in capo alla pubblica amministrazione che si affiancherebbe a quelli risultanti dall'effetto conformativo prodotto dalla sentenza⁵⁹.

Si è ipotizzata l'introduzione, nell'ambito del procedimento amministrativo, della regola del cosiddetto *one shot*, «assoluto, puro e non temperato»⁶⁰, mentre un'impostazione di segno diverso ha interpretato l'innovazione legislativa in commento alla stregua di una trasposizione, sul piano procedimentale, dell'orientamento giurisprudenziale relativo al cosiddetto *one shot* temperato⁶¹.

Tra quanti guardano con favore alla modifica normativa si ascrive la posizione di chi ritiene che, previa responsabilizzazione della pubblica amministrazione, del privato e del giudice, il preavviso di rigetto potrebbe assurgere a mezzo di emancipazione del «processo amministrativo dalla perenne sopravvalutazione delle prerogative del potere amministrativo»⁶².

Sul versante opposto, quanto agli elementi di debolezza intrinseci alla previsione, si è posto l'accento sull'assenza del riferimento ai «motivi ostativi esistenti al momento dell'adozione del provvedimento», che sarebbe risultato preferibi-

⁵⁸ L'inosservanza della previsione legislativa legittimerebbe il privato ad esperire l'azione di annullamento. Si ritiene che tale azione corrisponda all'ultima esperibile (a meno che l'amministrazione non debba, in un secondo momento, considerare eventuali sopravvenienze), in quanto il potere amministrativo risulterebbe esaurito. Di conseguenza, l'*utilitas* della sentenza consisterebbe nel riconoscimento del dovere in capo all'amministrazione di emettere il provvedimento favorevole. Si tratta di considerazioni svolte da N. Paolantonio, *Osservazioni sulla preclusione procedimentale al riesercizio del potere*, in *www.ildirittoeconomie.it*, 2023, 3, 16-17.

⁵⁹ D. Profili, *Decreto semplificazioni e procedimento amministrativo – il nuovo preavviso di rigetto*, in *www.ildirittoamministrativo.it*. A parere dell'Autore, con la disposizione in commento il legislatore avrebbe perseguito l'obiettivo di contrarre lo spazio operativo riferibile al principio di inesauribilità del potere pubblico, nei casi di riedizione all'esito della formazione di un giudicato di annullamento.

⁶⁰ M. Ramajoli, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, cit., 598.

⁶¹ M. Ricciardo Calderaro, *Il preavviso di rigetto ai tempi della semplificazione amministrativa*, in *www.federalismi.it*, 2022, 11. Nello stesso senso, N. Paolantonio, *Osservazioni sulla preclusione procedimentale al riesercizio del potere*, cit., 12, secondo cui il risultato di un tale processo di traslazione del *one shot* «dal piano processuale a quello sostanziale» sarebbe l'annientamento del «diritto all'errore da sempre riconosciuto all'apparato burocratico».

⁶² In tal senso, M. Ramajoli, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, cit., 606. Secondo l'Autrice, l'innovazione legislativa di cui all'art. 10-bis costituisce l'esito (degnò di apprezzamento) dello sforzo di bilanciare «istanze – riferibili vuoi alla pubblica amministrazione, vuoi al privato-, che assumono rilevanza sul piano sostanziale nonché tra istanze che rivestono un peso in ambito processuale e come tali volte a garantire la tenuta della giustizia amministrativa in un contesto di separazione dei poteri dello Stato». Il fondamento della novella del 2020 è stato rinvenuto dall'Autrice nel «bilanciamento» operato dal legislatore tra l'«inesauribilità del potere amministrativo» e l'«effettività della tutela giurisdizionale».

le rispetto al richiamo ai «motivi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato»⁶³.

Si è parlato del carattere non soddisfacente della modifica normativa, a fronte delle criticità insite nel fenomeno della riedizione del potere amministrativo. Tra gli argomenti adoperati a sostegno della tesi si collocano l'eventualità, a preclusione maturata, di una riconsiderazione amministrativa che si traduca nell'annullamento d'ufficio e la mancata copertura, ai sensi dell'art. 10-*bis*, di tutte le ipotesi prospettabili (si pensi al silenzio)⁶⁴.

Ancora, secondo un'opinione, si sarebbe fornita una soluzione alla questione della rinnovazione del potere amministrativo del tutto disancorata dal piano delle situazioni giuridiche, con la conseguente delineazione di uno sbarramento al riesercizio di fatto preclusivo della proposizione di nuovi elementi. L'esito di elaborazioni siffatte consisterebbe nel riconoscimento al ricorrente del bene della vita prescindendo da quanto «effettivamente spetterebbe sul piano sostanziale»⁶⁵.

Più radicalmente, si è osservato che, lungi dal posizionarsi in un'ottica di semplificazione, l'art. 10-*bis* amputerebbe gli atti all'amministrazione in sede di rinnovazione del potere, coerentemente con un impianto che avrebbe potuto giustificarsi anteriormente all'arricchimento del catalogo delle azioni operato dal Codice⁶⁶.

Fatta eccezione per le sentenze cosiddette autoapplicative, dunque, l'amministrazione, all'esito dell'annullamento del provvedimento amministrativo, è tenuta ad esercitare nuovamente il potere, per la cura dell'interesse pubblico⁶⁷.

⁶³ Si precluderebbe, in tal modo, all'interesse legittimo la maturazione della «struttura del diritto soggettivo al bene finale». In tal senso, L. Ferrara, *L'incompiuta civilizzazione del processo amministrativo dieci anni dopo l'approvazione del Codice*, in *Munus*, 2020, 3, 39.

⁶⁴ M. Clarich, *Limiti oggettivi e soggettivi del giudicato amministrativo e riesercizio del potere*, cit., 39-40.

⁶⁵ A. Carbone, *Dialogo sul potere con Michele Trimarchi*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2022, 1, 250.

⁶⁶ N. Paolantonio, *Osservazioni sulla preclusione procedimentale al riesercizio del potere*, cit., 15 ss. Ulteriore complicazione alla riedizione del potere posta in luce dall'Autore è legata all'individuazione dei motivi di reiezione non esposti nel provvedimento annullato e già risultanti dall'istruttoria a cui dovrebbe procedere l'amministrazione al fine di non ricomprenderli nella riedizione del potere. Una prospettiva che si attergerebbe a paradosso in un ordinamento in cui è previsto il divieto di aggravamento dell'azione amministrativa, corollario del principio costituzionale di buon andamento. Il medesimo esito di collisione rispetto al principio di buon andamento sarebbe prodotto, a giudizio dell'Autore, laddove, aderendo ad un'interpretazione rigorosa della norma, si inferisse dall'art. 10-*bis* una «preclusione assoluta ed incondizionata ad ogni successiva acquisizione di elementi non colpevolmente evincibili dalla originaria istruttoria». Diversamente, ammettendo che la norma permetta di considerare «elementi preesistenti ma non facilmente o incolpevolmente evincibili», si scongiurerebbe la maturazione di profili di incompatibilità con il dettato costituzionale, da un lato, ma, dall'altro, risulterebbe vanificata la *ratio* semplificatoria della norma stessa.

⁶⁷ Sulla riedizione del potere TAR Lombardia, Sez. II, n. 2511/2021 si è pronunciato nei seguenti termini: «Quando un atto viene annullato dal giudice amministrativo, l'autorità che decida di riprovedere ben può riesercitare il potere a partire dal segmento procedimentale nel cui ambito è stato accertato il vizio di legittimità fonte dell'annullamento, con salvezza quindi di tutte le fasi e dei segmenti procedimentali precedenti». Ancora, sul tema, si precisa che la produzione in giudizio di nuovi elementi non integra riesercizio del potere, bensì esplicitazione della «difesa giudiziale della parte». In tal senso, A. Carbone, *Dialogo sul potere con Michele Trimarchi*, cit., 262.

Questa «sopravvivenza all'annullamento giurisdizionale» costituisce la «declinazione dell'inesauribilità» del potere amministrativo percepita in dottrina come maggiormente problematica⁶⁸. Il rischio che può profilarsi risiede nella possibilità che l'amministrazione riproduca sostanzialmente il provvedimento annullato, risultando, quest'ultimo, affetto dal medesimo vizio. A questo punto, il ricorrente sarebbe pienamente legittimato alla proposizione di un nuovo ricorso, presumibilmente oggetto di accoglimento, con conseguente annullamento del provvedimento amministrativo viziato. L'amministrazione potrebbe sfruttare, ancora una volta, l'occasione per reiterare l'atto annullato, alimentando una spirale di azioni e reazioni potenzialmente priva di un termine.

In realtà, la riconduzione al giudicato dell'effetto di impedire la riproduzione del provvedimento amministrativo viziato appartiene ad una giurisprudenza risalente, successivamente avallata dalla dottrina. In tale contesto, l'effetto conformativo è descritto come una manifestazione immediata dell'illegittimità del provvedimento e della preclusione all'amministrazione di reiterare il medesimo, delinea la modalità in cui «con riferimento ai profili *emersi* nel giudizio per richiesta del ricorrente, il potere avrebbe dovuto essere esercitato e non è stato»⁶⁹.

Sul versante dottrinale, le prospettive di riedizione del potere e di eventuale riproduzione del provvedimento viziato sono state valutate come contrarie alla garanzia di effettività della tutela giurisdizionale. La stessa riedizione del potere integrebbene la violazione della riserva di legge in materia amministrativa. Tale dottrina fa leva sui principi di legalità e tipicità cui devono risultare informati gli atti amministrativi, inclusi gli atti di riesame. Alle considerazioni esposte si sono opposti la medesimezza della norma attributiva del potere e il conseguente rispetto dei principi di legalità e tipicità, nella misura in cui il potere esercitato è sempre lo stesso⁷⁰.

Sul piano giurisprudenziale, si rammenta che l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato⁷¹ ha rigettato le tesi, sorrette dal principio di effettività della giustizia amministrativa, che postulavano la preclusione della riedizione del potere all'esito della formazione di un giudicato sfavorevole, giudicandole contrastanti con la sfera di autonomia e responsabilità della pubblica amministrazione⁷². Tra i principi enunciati nella pronuncia in commento si collocano la buona fede, la

⁶⁸ Riferisce di tale percezione M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, 74.

⁶⁹ Si tratta delle parole di M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, 2000, 304.

⁷⁰ Si tratta di posizioni dottrinali sulle quali ha gettato luce M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, cit., *Conclusioni*.

⁷¹ Ad. Plen., n. 2/2013.

⁷² Ad un'eguale conclusione di rigetto si perviene, nella stessa sede, avuto riguardo alla tesi radicale dell'estensione dell'efficacia preclusiva del giudicato di annullamento ai fatti dedotti nonché deducibili dalle parti, in ragione della peculiarità del giudizio amministrativo, il cui giudicato si forma «con esclusivo riferimento ai vizi dell'atto ritenuti sussistenti, alla stregua dei motivi dedotti nel ricorso».

leale cooperazione (nell'esecuzione della decisione giurisdizionale)⁷³, la tutela della legittima aspettativa del ricorrente vittorioso (esposta ai potenziali comportamenti elusivi della pubblica amministrazione). In tal senso, la nuova valutazione amministrativa che costituisca estrinsecazione di un potere esercitato in modo instabile e contraddittorio integrerebbe la lesione del principio costituzionale del buon andamento e dei principi di correttezza e buona fede.

Ancora, per il caso in cui il riesame sia condotto dai medesimi soggetti del primo giudizio, l'Adunanza plenaria ha richiesto che esso tragga nutrimento da argomentazioni esplicite e pregnanti.

Dunque, per quanto attiene al rapporto intercorrente tra giudicato e riedizione del potere amministrativo, l'Adunanza plenaria ha posto il relativo assetto sul piano dei principi, considerando il rapporto medesimo capace di atteggiarsi diversamente, in relazione alle specificità della vicenda oggetto di considerazione.

Nel novero delle pronunce giurisprudenziali volte a contenere i pregiudizi inferti all'effettività della tutela giurisdizionale da una riedizione del potere amministrativo potenzialmente infinita, specie nelle ipotesi integranti l'esercizio di discrezionalità tecnica da parte della pubblica amministrazione, spicca la sentenza 25 febbraio 2019, n. 1321 della Sesta Sezione del Consiglio di Stato. Tra gli spunti maggiormente interessanti tratti dalla pronuncia in argomento si inserisce la conclusione che il deterioramento del rapporto fiduciario intercorrente tra la pubblica amministrazione e il cittadino determina la dissipazione del potere discrezionale facente capo alla prima. La circostanza richiamata corrisponde ad uno dei fattori determinanti la preclusione alla pubblica amministrazione dell'emanazione di una nuova decisione sfavorevole nei confronti dell'amministrato.

Il Consiglio di Stato, tuttavia, ha omesso di definire il momento temporale di effettiva dissoluzione della discrezionalità della pubblica amministrazione, palesando il rischio, in casi siffatti, della configurazione in capo al giudice di un'eccessiva discrezionalità⁷⁴.

Si è, inoltre, parlato di una soluzione, quella in discorso, ispirata a «canoni di carattere descrittivo», una tendenza (da ricondursi alle persistenti perplessità in ordine all'oggetto del giudizio) che accomunerebbe la pronuncia in commento e la nuova formulazione dell'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990. Il risultato consiste-

⁷³ Nella medesima sede, l'Adunanza Plenaria ha richiamato il contenuto dell'art. 112, primo comma, c.p.a., che pone l'obbligo di esecuzione dei provvedimenti del giudice amministrativo in capo alla pubblica amministrazione e alle altre parti, precisandone la rilevanza soprattutto per la pubblica amministrazione, alla luce dei principi sanciti ai sensi dell'art. 97, Cost. e di quelli racchiusi nella CEDU («ove il diritto alla esecuzione della pronuncia del giudice è considerato quale inevitabile e qualificante complemento della tutela offerta dall'ordinamento in sede giurisdizionale»).

⁷⁴ In tal senso, S. Vaccari, *Il Consiglio di Stato e la 'riduzione progressiva della discrezionalità'. Verso un giudicato a 'spettanza stabilizzata'*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2019, 4, 1226-1227.

rebbe, pertanto, nell'elaborazione di «posizioni estremamente limitative» ovvero, più radicalmente, di «chiusura» rispetto alle prospettive di riedizione del potere⁷⁵.

In aggiunta, sono stati intravisti nella sentenza in commento chiari presupposti per una demolizione della discrezionalità tecnica, per effetto del sindacato sostitutivo e forte del giudice. Dalla motivazione trapelerebbe un'erosione del potere riservato all'amministrazione che creerebbe lo spazio per un intervento del giudice teso alla realizzazione dell'«effetto finale della norma attributiva del potere»⁷⁶.

La sentenza è stata, altresì, inquadrata nell'ambito degli «eccessi» in cui, sovente, degenererebbe il Consiglio di Stato⁷⁷. Ancora, nel solco delle posizioni critiche più aspre si ascrivono quelle di quanti hanno ritenuto che la pronuncia fosse viziata da eccesso di potere giurisdizionale⁷⁸, dunque passibile di impugnazione dinanzi alla Corte di Cassazione per motivi afferenti alla giurisdizione (la configurabilità di tale vizio è stata esclusa dalla Corte con la sentenza n. 18592/2020). Inoltre, si è ritenuto che il Consiglio di Stato avesse aggirato l'accertamento del rapporto, tramite l'introduzione di un risultato, l'esaurimento della discrezionalità tecnica, non preceduto da un concreto accertamento in fatto⁷⁹.

Resta fermo che tra i risvolti del giudizio condotto dal Consiglio di Stato più gravidi di sviluppi si pone la manifestazione dell'erosione della discrezionalità già nell'ambito del giudizio di legittimità, in conseguenza non della formazione di un giudicato stabile, ma di una condotta della pubblica amministrazione assoggettata alla libera qualificazione del giudice, all'esito della vanificazione del ricorso a rimedi processuali volti ad ottenere una pronuncia dell'amministrazione medesima sull'interesse pretensivo.

La sentenza in commento è stata avallata dalla Corte di Cassazione⁸⁰, secondo cui il sistema di giustizia amministrativa deve rivelarsi in grado di fornire un rimedio idoneo all'esigenza di tutela, che restituisca contezza della stessa evoluzione della giustizia amministrativa da presidio della legalità dell'azione amministrativa a giurisdizione volta alla tutela di pretese sostanziali.

⁷⁵ A. Carbone, *Dialogo sul potere con Michele Trimarchi*, cit., 246.

⁷⁶ In tal senso, A. Giusti, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una recente "attenta riconsiderazione" giurisprudenziale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2021, 2.

⁷⁷ M.A. Sandulli, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, cit.. Secondo l'Autrice, la questione «non ateneva tanto al potere del giudice di anticipare alla fase di cognizione l'assunzione di misure idonee a dare attuazione al giudicato, bensì al potere del giudice di premettere la fase di valutazione tecnico discrezionale [...] arbitrariamente avocandosi il potere (mai conferitogli dalla legge) di sanzionare la reiterata illegittimità dell'operato amministrativo trasformando un'abilitazione [...] in un atto vincolato».

⁷⁸ M. Timo, *Il ruolo del giudice amministrativo e l'esaurimento della discrezionalità tecnica*, in *Giurisp. It.*, 2019, 6.

⁷⁹ In tal senso, F. Caporale, *L'esaurimento della discrezionalità e le valutazioni tecniche dell'amministrazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, 4.

⁸⁰ Cass., sent. n. 18592/2020.

5. *L'inesauribilità del potere amministrativo. Radici e risvolti di un dibattito risalente*

Le considerazioni svolte consentono di proporre con maggiore consapevolezza alcuni spunti sulla risalente tematica dell'inesauribilità del potere amministrativo.

Il fenomeno in discorso è ricco di elaborazioni dottrinali. Nei suoi lavori, Benvenuti ha, per primo, parlato di autotutela decisoria⁸¹, a cui si ascrive l'esercizio del potere di riesame.

Parte della dottrina ha ritenuto che la legittimazione ad agire della pubblica amministrazione affonderebbe le origini nella medesimezza del potere primario dispiegato, respingendo i tentativi di individuazione di un autonomo fondamento del potere amministrativo di riconsiderazione unilaterale degli atti⁸². Aderendo a questo indirizzo, il potere amministrativo assumerebbe i connotati dell'inesauribilità, con annessa legittimazione della pubblica amministrazione ad esercitarlo in una determinata direzione nonché in quella diametralmente opposta⁸³, secondo tempistiche scandite, nel quadro dell'espletamento della sua precipua funzione di cura dell'interesse pubblico.

A Giannini si deve, invece, il rilievo della retrattabilità in quanto connotato del regime di efficacia del provvedimento amministrativo⁸⁴.

Il punto di contatto tra il complesso delle posizioni evocate è stato individuato nel comune riconoscimento, quale fondamento dell'inesauribilità del potere amministrativo, della «supremazia» che rivestirebbe la pubblica amministrazione ovvero, suo corollario, del carattere autoritativo degli atti della medesima⁸⁵.

Senonché, del quadro tracciato, chiaramente improntato al riconoscimento di una posizione privilegiata alla pubblica amministrazione, non è stata operata alcuna *traslatio* all'interno del testo costituzionale; anzi, è proprio la Costituzione ad imbrigliare, con il principio di tipicità, l'esercizio del potere amministrativo⁸⁶.

⁸¹ F. Benvenuti, *Scritti giuridici*, 1959.

⁸² G. Corso, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969; *Autotutela (dir. amm.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, 2006, 609 ss.

⁸³ In tal senso, G. Corso, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, cit., 337; G. Coraggio, (voce) *Annullamento d'ufficio degli atti amministrativi*, in *Enc. giur.*, Treccani, 1988.

⁸⁴ M.S. Giannini, (voce) *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1959, 187, 193.

⁸⁵ Si tratta «schemi concettuali», utilizzati in dottrina ai fini della descrizione del fenomeno dell'inesauribilità del potere, richiamati da M. Trimarchi, *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2017, 1, 191-192.

⁸⁶ Per contro si rammenta che proprio la Corte costituzionale, sebbene in tempi recenti (precisamente, con la sent. n. 179/2019), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'ultimo periodo dell'art. 5, quarto comma, della legge della Regione Lombardia 28 novembre 2014, n. 31 («Disposizioni per la riduzione del consumo di suolo e per la riqualificazione del suolo degradato»), nella parte in cui non permetteva ai Comuni l'introduzione di varianti che riducessero le previsioni e i programmi edificatori nel documento di piano vigente, atrofizzando la potestà pianificatoria. La norma regionale, a giudizio della Corte, avrebbe inciso sul principio di

Si è argomentato che, alla luce del dettato costituzionale, la «preminente dignità nei confronti degli altri soggetti» debba propriamente attribuirsi ai comportamenti della pubblica amministrazione, singolarmente considerati e regolamentati alla stregua dell'ordinamento giuridico, in quanto estrinsecazioni di una potestà attribuita *ab externo* ed esercitata in «forme tipiche». Si è esclusa, insomma, la riconduzione all'amministrazione in quanto «entità» di una caratterizzante posizione di preminenza, tale da sovrastare gli altri soggetti⁸⁷.

Con l'avvento della Costituzione mutano, dunque, i termini del dibattito e le elaborazioni dottrinali in materia si concentrano sul versante della compatibilità con il dettato costituzionale e, in particolare, con il principio di legalità, così sviluppando la conclusione per cui il potere di riesame deve essere conferito ai sensi della legge, pur attributiva del potere di primo grado⁸⁸.

Gli interventi normativi realizzati con la l. 11 febbraio 2005, n. 15, di annessione nel corpo della l. n. 241/1990 degli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*, sono risultati determinanti nel quadro della crisi attraversata dalla teoria del carattere intrinsecamente inesauribile del potere amministrativo. Un cambio di paradigma significativo, se si considera l'approdo ad un regime nel quale l'esaurimento del potere amministrativo si svolge sotto l'influsso di una previsione legislativa, la cui *ratio* sottesa alberga nella certezza del diritto.

Resta fermo l'art. 2, l. n. 241/1990, istitutivo della connessione tra doverosità dell'azione amministrativa, da un lato, e obbligo di provvedere nell'osservanza del termine, dall'altro.

La rilevanza del fattore tempo è stata colta anche all'interno degli ordinamenti sovranazionali, come confermano l'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e gli artt. 6 e 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Le scaturigini di tale riconoscimento sono state individuate nel processo di rivalutazione del privato, non più suddito, ma cittadino titolare di situazioni giuridiche soggettive e di pretese di partecipazione attiva all'esercizio del potere; processo di rivalutazione che, a sua volta, avrebbe implicato la riconsiderazione del rapporto amministrativo⁸⁹.

inesauribilità della funzione pianificatoria urbanistica, funzione connotante l'autonomia comunale, riconosciuta fondamentale soprattutto in quanto preordinata alla realizzazione di «finalità economico-sociali della comunità locale, in attuazione di valori costituzionalmente tutelati».

⁸⁷ In tal senso, M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 187.

⁸⁸ G. Corso, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, cit., 206 ss, 337.

⁸⁹ E. Liberali, *Potere amministrativo, tempo e consumazione: riflessioni a margine di Cons. Stato, sez. VI – 19 gennaio 2021, n. 584*, in *www.ildirittoamministrativo.it*.

5.1. *Posizioni critiche nella prospettiva del superamento della teoria dell'inesauribilità del potere amministrativo*

L'argomento più pregnante, nella rassegna delle posizioni che pongono in discussione il carattere inesauribile del potere amministrativo, è rappresentato dalle modifiche normative in materia di annullamento d'ufficio, revoca, sospensione del provvedimento. Il disegno sistematico risultante affonderebbe le radici in due assunti: la consumazione del potere di autotutela decisoria che non sia stato esercitato nell'osservanza di un termine definito, salvo differente previsione; in taluni casi, l'esigenza della precisazione da parte del legislatore delle possibilità e delle modalità di esercizio del potere di autotutela da parte della pubblica amministrazione⁹⁰.

L'esaurimento del potere troverebbe fondamento, in primo luogo, nella specificazione di un «termine ragionevole» entro cui deve esercitarsi il potere amministrativo ai fini dell'annullamento d'ufficio del provvedimento illegittimo favorevole al privato⁹¹. Peraltro, il riconoscimento della perdita di potere in capo all'amministrazione, al ricorrere dei presupposti indicati dalla legge, implicherebbe il superamento della tradizionale teoria della supremazia da essa rivestita nei confronti del cittadino, configurando una nuova modalità collaborativa. Il consolidamento degli effetti prodotti dall'atto non rimosso nel termine ragionevole (convalescenza) costituisce un'applicazione del principio della tutela del legittimo affidamento⁹². La connotazione in termini di inesauribilità del potere amministrativo collide, infatti, anche rispetto alle esigenze di tutela dell'affidamento nonché del principio di buona fede⁹³. In tal senso, si è detto che il potere amministrativo si esaurisce concretamente «quante volte la fiducia del cittadino sulla stabili-

⁹⁰ Una diversa lettura della riforma del 2005 ha condotto alla formazione dell'opinione secondo cui gli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*, l. n. 241/1990, delinerebbero, rispettivamente, la revoca e l'annullamento d'ufficio in quanto «potestà generali», «esercitabili dall'amministrazione in presenza dei presupposti richiesti» nonché «strumenti di cura dell'interesse pubblico concreto», «non di mero ripristino della legalità violata» (conferma del carattere unitario del potere spiegato attraverso il primo e il secondo atto). In definitiva, attraverso l'introduzione della disciplina dedicata alla revoca e all'annullamento d'ufficio, il legislatore avrebbe assunto contezza del carattere inesauribile del potere amministrativo. In tal senso, M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, cit., 20.

⁹¹ In tal senso, M. Ramajoli, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Giustamm. it.*, 2016, 6. In senso analogo, a titolo di mera esemplificazione, F. Francario, *Autotutela amministrativa e principio di legalità (nota a margine dell'art. 6 della l. 7 agosto 2015, n. 124)*, in *www.federalismi.it*, 2015, 20.

⁹² Decorso il termine di dodici mesi prescritto dall'art. 21-*nonies*, il potere è da considerarsi esaurito, con la precisazione che l'affidamento che fonda la delimitazione temporale del potere è limitato ai casi di buona fede. In tal senso, E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 560.

⁹³ Secondo un'opinione, tra le ipotesi di tutela del legittimo affidamento messe a fuoco dalla giurisprudenza amministrativa si anniderebbero anche casi di decadenza dall'esercizio del potere, corrispondente italiana, quest'ultima, della *Verwirkung* tedesca. In tal senso, F. Merusi, *Sulla decadenza dall'esercizio del potere amministrativo*, in R. Ursi, G. Armao, C. Ventimiglia (a cura di), *Liber Amicorum per Salvatore Raimondi*, Napoli, 2022, 238.

tà del provvedimento prevalga nella valutazione comparativa degli interessi sulla pretesa dell'amministrazione di rivedere la propria decisione»⁹⁴.

Sul versante giurisprudenziale, quanto al riferimento temporale, assume rilievo il dibattito sul carattere perentorio o meno dei termini di conclusione dei procedimenti sanzionatori delle Autorità indipendenti. L'esercizio del potere è stato, in tal caso, assoggettato dal Consiglio di Stato all'osservanza di termini decadenziali, prescindendo dalla ricorrenza di una previsione legislativa espressa⁹⁵. L'orientamento che emerge dalla motivazione della relativa pronuncia qualifica la delimitazione temporale dell'esercizio del potere amministrativo come garanzia di tutela della posizione del privato. La natura perentoria del termine di esercizio del potere si fonda, secondo il Consiglio di Stato, sulla correlazione tra l'osservanza del termine medesimo e l'effettività del diritto di difesa, nonché sull'esigenza di certezza dei rapporti giuridici e delle posizioni soggettive. La tesi esposta troverebbe conferma nelle previsioni normative di termini perentori: a titolo esemplificativo, dall'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990 (già menzionato) all'art. 159 del Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. n. 42/2004), all'art. 13 del T.U. sulle espropriazioni per pubblica utilità (d.p.r. n. 327/2001).

Ove anche non sia previsto un termine perentorio per l'emanazione di un atto, è pur vero che sussiste un termine di conclusione del procedimento amministrativo, regolamentato ai sensi dell'art. 2, l. 241/1990. Nel rapporto tra tale previsione e quella di cui all'art. 20, si inserisce il comma 8-*bis* dello stesso art. 2⁹⁶. La privazione di efficacia delle determinazioni ivi indicate, conseguente all'inoservanza dei termini fissati ai fini dell'adozione, corroborerebbe la tesi dell'esaurimento del potere amministrativo di deliberare sull'istanza, una volta spirati quei termini. Cionondimeno, a suggello dell'instabilità del sistema, dalla giurisprudenza amministrativa⁹⁷, emerge l'inclinazione a subordinare il meccanismo del silenzio assenso ad una verifica in ordine alla sussistenza dei «presupposti» nonché dei «requisiti di legge» richiesti ai fini della formazione del «titolo implicito»⁹⁸. Quanto alla dimostrazione di quest'ultimo, l'art. 62, d.l. 31 maggio 2021, n. 77, dispone che, in tutti i casi di silenzio assenso, l'amministrazione è tenuta, previa richiesta avanzata dal privato, a rilasciare telematicamente un'attestazione del

⁹⁴ M. Trimarchi, *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere*, cit., 200.

⁹⁵ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, n. 584/2021.

⁹⁶ P. Carpentieri, *Silenzio assenso e termine a provvedere, anche con riferimento all'autorizzazione paesaggistica. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2022, 2.

⁹⁷ Cfr. TAR Campania, Napoli, sent. n. 171/2022.

⁹⁸ M.A. Sandulli, *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Il Processo*, 2022, 1, 17-18. L'Autrice getta luce sulle criticità insite nella tendenza giurisprudenziale, assecondata in casi siffatti, all'«acritico richiamo a precedenti pronunce rese, non soltanto su diversi fatti, su diverse censure e su diversi argomenti difensivi, ma anche su atti assunti in diversi contesti normativi», con il rischio di snaturare la «portata» degli interventi normativi.

decorso dei termini procedurali; in mancanza (decorso inutilmente dieci giorni dalla presentazione della richiesta), l'interessato può supplirvi tramite la produzione di una dichiarazione ai sensi dell'art. 47, d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445. Ad ogni modo, se l'amministrazione ovvero la giurisprudenza insistesse sulla ricorrenza dei requisiti di legge, l'istante potrebbe essere imputato non solo di aver agito in difetto del titolo necessario, ma anche di aver prodotto una dichiarazione non corrispondente al vero⁹⁹. Tale interpretazione potrebbe essere utilizzata dall'amministrazione per contestare l'assenza dei requisiti previsti dalla legge ai fini della concessione del titolo, anche una volta decorso il termine per la valutazione dell'istanza, al di fuori delle garanzie connesse all'autotutela¹⁰⁰.

Per i casi di consumazione del potere amministrativo non riconducibili all'operatività di termini, oltre all'art. 10-*bis*, l. 241/1990, può richiamarsi il principio del *one shot* temperato, la cui vigenza nel nostro ordinamento è stata riconosciuta per via giurisprudenziale¹⁰¹.

La pubblica amministrazione, all'esito dell'annullamento in giudizio di un provvedimento, ha l'obbligo di procedere all'integrale riesame dell'affare, con la maturazione di una definitiva preclusione per il futuro quanto all'assunzione di decisioni sfavorevoli nei confronti dell'amministrato, ancorché concernenti profili non sottoposti ad una precedente valutazione. In altri termini, annullato il provvedimento amministrativo, il procedimento può essere rinnovato una sola volta. In tale sede, la pubblica amministrazione è tenuta a sollevare ogni questione che ritenga rilevante. Si tratta, dunque, di un dovere dell'amministrazione ribadito a più riprese, una doppia *chance* il cui corretto sfruttamento è presidiato dall'irrogazione della «sanzione» di dissipazione del potere amministrativo.

A rigor di logica, assumendo che, formatosi il giudicato di annullamento, la pubblica amministrazione sia gravata dall'obbligo di esaminare la vicenda in ogni sua sfaccettatura, con lo sbarramento della successiva decisione sfavorevole, nella sede dell'ottemperanza il giudice potrà riconoscere il bene della vita¹⁰².

L'obiettivo perseguito dalla giurisprudenza amministrativa consiste nell'arginare il rischio «che l'amministrazione possa riprovvedere per un numero infinito di volte ad ogni annullamento in sede giurisdizionale»¹⁰³, attraverso l'elaborazione di una soluzione di compromesso tra il diritto del cittadino alla rapida riso-

⁹⁹ M.A. Sandulli, *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, cit., 21.

¹⁰⁰ M.A. Sandulli, *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, cit., 21, con riferimento all'osservazione di Guglielmo Aldo Giuffrè (Presentazione di una "questione" per il premio Guicciardi 2021). Parimenti scorretta, come evidenzia l'Autrice, sarebbe l'emanazione di un provvedimento di diniego esplicitamente motivato al solo fine di impedire la formazione del silenzio assenso.

¹⁰¹ Cfr. TAR Lombardia, Milano, Sez. II, n. 1322/2021; Cons. Stato, Sez. IV, n. 3095/2020.

¹⁰² M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, cit., 217-218.

¹⁰³ Cons. Stato, Sez. VI, n. 3480/2022.

luzione della controversia e l'esigenza del soggetto pubblico di riesaminare aspetti del rapporto controverso non approfonditamente analizzati.

Sul carattere non assoluto del principio del *one shot* temperato si è pronunciato in tempi non remoti il Consiglio di Stato¹⁰⁴. La *ratio* del principio è stata, in tale sede, rintracciata nella preservazione del cittadino dalle ripercussioni di omissioni ovvero errori commessi nel corso dell'istruttoria procedimentale, escludendone la formalistica applicazione¹⁰⁵. In senso analogo, il TAR Toscana, con espresso richiamo alla pronuncia precedente, ha evidenziato l'atteggiarsi del principio in discorso alla stregua di un temperamento alle eventuali dilazioni e/o obliterazioni imputabili alla pubblica amministrazione, nella soddisfazione della posizione giuridica soggettiva¹⁰⁶.

Convergono verso la medesima direzione gli orientamenti del Consiglio di Stato che propugnano la celere risoluzione della controversia tra pubblica amministrazione e amministrato, arginando dilazioni ovvero reiterazioni scerve di ragionevolezza, in adesione ai principi di garanzia e di efficienza amministrativa e affinché si sostanzii di effettività la «portata obbligante del giudicato»¹⁰⁷.

Nonostante l'acclarata idoneità dell'orientamento giurisprudenziale sotteso al principio del *one shot* temperato a minare la credibilità della teoria dell'inesauribilità del potere, si è rilevata l'assenza di una giustificazione giuridica che sorregga l'orientamento medesimo. Resta, infatti, inspiegata la preclusione da parte del primo annullamento della sola riedizione del vizio, quando il secondo impedisce l'esercizio del potere amministrativo. L'elaborazione giurisprudenziale relativa a tale preclusione sostanziale è stata ritenuta, in dottrina, insoddisfacente sotto il profilo dogmatico, sviluppata in relazione ad una soluzione di dubbia compatibilità con il principio costituzionale di legalità processuale¹⁰⁸, carente di un fondamento ravvisabile nel diritto positivo¹⁰⁹ nonché di un «fondamento logico-giuridico»¹¹⁰. È pur vero che, in una recente ricostruzione effettuata dal Consiglio di Stato, il principio in argomento è stato descritto alla stregua di un «punto di equilibrio» tra la «garanzia di inesauribilità del potere di amministrazione attiva», da un lato, e la «portata cogente del giudicato di annullamento

¹⁰⁴ Cons. Stato, Sez. III, n. 660/2017.

¹⁰⁵ E. Traversa, *Esecuzione del giudicato – Il principio del one shot temperato tra effettività della tutela e inesauribilità del potere amministrativo*, 2017, *Pluris*.

¹⁰⁶ TAR Toscana, n. 721/2017.

¹⁰⁷ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, n. 53/2016.

¹⁰⁸ S. Vaccari, *Il Consiglio di Stato e la 'riduzione progressiva della discrezionalità'. Verso un giudicato a spettanza stabilizzata?*, cit., 1226.

¹⁰⁹ A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 393.

¹¹⁰ L. Ferrara, *L'incompiuta civilizzazione del processo amministrativo dieci anni dopo l'approvazione del Codice*, cit., 38. L'Autore lamenta la complessità di una razionalizzazione della consumazione della discrezionalità amministrativa «a scoppio ritardato».

con i suoi effetti conformativi», dall'altro¹¹¹. Tale equilibrio tra esigenze di segno opposto, in termini più concreti, è stato individuato nella limitazione dell'effetto preclusivo del giudicato di annullamento al futuro¹¹², restringendone la produzione ad una terza e alle volte successive, «onde evitare la reiterazione di decisioni negative a cascata sulla base di ragioni ostative che potevano essere opposte sin dal primo riesame»¹¹³.

Avvalora la tesi dell'esauribilità del potere amministrativo la constatazione della totale assenza di un riscontro nel diritto positivo da cui possa inferirsi che, concluso il giudizio, la pubblica amministrazione riacquisti la disponibilità del rapporto controverso, salve le finalità esecutive. D'altra parte, approfondendo l'indagine sul potere, una volta censurato in sede giurisdizionale il provvedimento amministrativo di diniego, il potere conservato dalla pubblica amministrazione ai fini del rilascio dell'atto richiesto è stato qualificato come differente rispetto a quello consumato con il diniego stesso. E la ragione della sopravvivenza del potere amministrativo dovrebbe rintracciarsi proprio in tale asserita diversità. Per intenderci, se, in precedenza, il potere aveva natura discrezionale, al netto delle vicende ripercorse, esso acquisterebbe carattere vincolato, esponendo la pubblica amministrazione all'esperibilità dell'azione di condanna al rilascio del provvedimento favorevole¹¹⁴.

Si è ritenuto che dalla stessa disciplina della motivazione possa trarsi una concezione della funzione amministrativa come indagine tendenzialmente compiuta sui fatti costitutivi del potere, destinata a condensarsi nel provvedimento finale¹¹⁵. Tuttavia, è stato osservato che, assecondando una tale ricostruzione, la motivazione verrebbe a strutturarsi come «conseguenza» del carattere esauriente della pronuncia e non come sua «causa». Stando alla posizione evocata, «la struttura normativa della funzione, come si ricava dalla previsione sulla motivazione, definisce solo che la decisione debba ritenersi esaustiva rispetto al suo oggetto, non che la ricerca effettuata lo sia effettivamente stata o lo doveva essere a pena di decadenza»¹¹⁶.

¹¹¹ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, n. 3480/2022, già citata.

¹¹² R. Parisi, *Il difficile punto di equilibrio tra l'effettività della tutela giurisdizionale e l'inesauribilità del potere amministrativo (nota a TAR Abruzzo - Pescara, 1 marzo 2023, n. 107)*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2023.

¹¹³ Cfr. TAR Abruzzo, Pescara, n. 107/2023, secondo cui «il giudicato di annullamento non preclude in sede di remand all'amministrazione il potere di riesaminare *funditus* la questione, configurandosi un siffatto effetto preclusivo solo per l'avvenire».

¹¹⁴ Si tratta di rilievi di M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, cit., 2018, *Conclusioni*.

¹¹⁵ M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, cit., 237.

¹¹⁶ A. Carbone, *Dialogo sul potere con Michele Trimarchi*, cit., 261.

6. *Conclusioni*

Le differenti opinioni manifestate in dottrina ed in giurisprudenza sul tema dell'inesauribilità del potere amministrativo non consentono – in questa sede – di pervenire ad una conclusione univoca, in ragione della concorrenza di fattori controversi, ancorché non si possa ignorare che la preminente esigenza di tutela dell'interesse pubblico debba consentire all'amministrazione di individuare tutte le possibili modalità per realizzare il suo specifico fine.

Effettività della tutela giurisdizionale e riedizione del potere amministrativo

Lo scritto analizza il tema dell'effettività della tutela giurisdizionale, focalizzando l'attenzione sull'arco temporale successivo alla pronuncia giurisdizionale e proponendo, in particolare, alcune riflessioni sulla dibattuta questione del riesercizio del potere amministrativo.

Effectiveness of jurisdictional protection and reissue of administrative power

The essay analyzes the issue of the effectiveness of judicial protection, focusing attention on the period of time following the judicial ruling and proposing, in particular, some reflections on the debated issue of the re-exercise of administrative power.

Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere. Un quadro d'insieme*

Fabrizio Fracchia

SOMMARIO: 1. Premessa: oggetto dell'indagine, sua delimitazione e metodo impiegato.

PARTE I. Una proposta teorica per studiare le frontiere nel diritto e, in particolare, nel diritto amministrativo. – 2. Luhmann e “frontiere”. – 3. Differenziazioni funzionali e codici: l'impianto generale della costruzione teorica. – 4. La teoria al lavoro: condizioni di sopravvivenza del sistema sociale del diritto e mantenimento dei suoi confini. – 5. *Segue*: l'abbattimento dei confini e il rischio di medioevo sistemico (reti, social e AI). – 6. *Segue*: l'amministrazione-organizzazione oggetto di diversi sistemi giuridici che si mantengono nei rispettivi confini; la perimetrazione dell'ordinamento giuridico amministrativo. – 7. *Segue*: il regime del diritto amministrativo e l'ossessione nel tematizzare i problemi (regolamentazione dell'arrogante potere e garanzia di tutela a favore dei privati); il metodo del diritto amministrativo e la semantica del sistema giuridico; la scienza giuridica come cornice predecisionale. – 8. Alcuni corollari (ossia alcuni temi di confine). – 9. Una riflessione di sintesi: un soggetto forte con i deboli, ma (dal punto di vista sistemico) debole con i forti.

PARTE II. Nuove frontiere, diritto amministrativo e (nozione giuridica di) transizione. – 10. Le crisi della modernità e il diritto: una nuova frontiera per l'amministrazione? – 11. Responsabilità intergenerazionali, amministrazione pubblica e diritto amministrativo; la nozione giuridica di transizione (in cammino verso nuove frontiere).

PARTE III. Vecchie frontiere e loro assestamenti: sovranismo e globalizzazione. – 12. La crisi della globalizzazione, il diritto amministrativo e il materiale regolatorio prodotto oltre le colonne d'Ercole della sovranità. – 13. Una lettura sistemica della (crisi della) globalizzazione e delle sue nuove frontiere, tra IA e responsabilità.

* Testo della relazione tenuta al Convegno AIPDA che si è svolto a Napoli il 29 settembre 2023 e destinata a essere pubblicata nei relativi Atti.

1. *Premessa: oggetto dell'indagine, sua delimitazione e metodo impiegato*

Il titolo del convegno richiama esplicitamente il motivo della frontiera e, dunque, la presenza di un “luogo” posto al confine tra territori differenti e, in particolare, tra pubblica amministrazione e “altro”.

Poiché lo spazio della pubblica amministrazione è anche costituito dal quadro regolatorio che ne disciplina modo di essere e di agire, l'indagine può estendersi al diritto e, risalendo ancora, alla scienza giuridica che di esso si occupa. Pure in questa prospettiva, che tende progressivamente a innalzarsi di livello, il motivo dei confini è certamente di interesse e continuamente intercettato dagli studiosi del diritto amministrativo.

Lo spunto è assai stimolante anche perché, allargando lo sguardo al di fuori del contesto giuridico (e, cioè, spostando l'accento dall'oggetto di analisi alla postura e alla collocazione di chi su di esso riflette), ci rendiamo subito conto che siamo attestati su di una serie di confini instabili e critici, che scandiscono “tempi” e perimetrano “luoghi” in una cornice di grande e crescente complessità (v. *infra*, par. 9): stiamo vivendo un tornante della storia (siamo su di un confine, appunto) che ci consente di registrare la fine di una terribile pandemia; al contempo assistiamo a una grave crisi geopolitica, coeva all'avvento di un nuovo assetto internazionale e alla sempre più avvertita crisi climatica, che si configura come frontiera che inesorabilmente avanza; queste situazioni si accompagnano ad altre crisi complesse della attualità, quali l'immigrazione, la transizione energetica, la crescente ingerenza della tecnica, la tenuta dei conti pubblici, l'incremento demografico mondiale (che si contrappone alla crisi della natalità nazionale).

Questo scenario di fondo (unitamente alla sua instabilità) non può non influenzare anche la riflessione relativa alle frontiere (e alle variazioni che le stesse stanno subendo) con cui si confronta l'amministrazione, soggetto che, come appare subito evidente, riveste un ruolo essenziale in tutti i contesti menzionati, configurandosi (spesso quale “primo sportello istituzionale” cui le persone si rapportano e che ha il compito di proteggerle nelle situazioni di crisi) come attore insostituibile nelle e delle crisi medesime, nonché come gestore di imponenti risorse pubbliche (il PNRR, al riguardo, è un esempio lampante).

Nell'accingersi a trattare il tema assegnato, si ritiene opportuno esplicitare un profilo che, invero, caratterizza ogni dimensione dell'esperienza umana e che si traduce anche in un'indicazione di metodo. Ciascuno di noi, cercando di comprenderlo, guarda il (e si accosta al) mondo (e, dunque, anche a un orizzonte problematico assai più ridotto quale è l'oggetto di una relazione scientifica) non già come fosse una sorta di “tabula rasa”, bensì partendo da uno schema interpreta-

tivo predefinito e utilizzando un filtro precostituito¹. In altri termini, l'oggetto dell'indagine non è mai trsguardato in modo ingenuo da parte di un osservatore che possa pretendere di essere un passivo annotatore di un episodio di rispecchiamento oggettivo: facciamo esperienza del mondo sempre condizionati dalle nostre esperienze pregresse.

Pure il quadro che si intende qui tratteggiare e illustrare in generale (considerando che i principali e più interessanti problemi giuridici di "confine" sono oggetto di specifiche relazioni, alle quali non avrebbe senso sovrapporsi), dunque, è influenzato da riflessioni pregresse.

Tre, in particolari, sono i filoni (*recte*: i precedenti studi) che si è ritenuto di riprendere e valorizzare onde farli "confluire" in questa relazione; essi saranno trattati in ordine decrescente di "ampiezza" e di "profondità": I) le riflessioni che applicano le tesi luhmanniane; II) gli studi sulle relazioni intergenerazionali; III) le analisi su sovranismo e globalizzazione.

Questa scelta, come è ovvio, è criticabile e, anzi, nel caso di Luhmann, può apparire arbitraria e frutto di un approccio apologetico: essa comunque trova ragione nel fatto che quelle pregresse riflessioni intercettano tutte il motivo del confine e il problema del ruolo dell'amministrazione.

PARTE I

Una proposta teorica per studiare le frontiere nel diritto e, in particolare, nel diritto amministrativo

2. *Luhmann e "frontiere"*

Particolare attenzione sarà riservata alla prima linea di indagine², per svariate ragioni.

Essa, intanto, si risolve in un approccio forse non così diffuso nel panorama degli studi degli amministrativisti, quanto meno nel senso di applicazione tendenzialmente integrale dell'intera teoria a un ampio spettro di problemi.

¹ Sul tema della precomprensione, il riferimento è ovviamente H. G. Gadamer, *Verità e metodo*, trad. it. di G. Vattimo, Milano 1995. In ambito giuridico, v. G. Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza*, Milano, 1984.

² Alle tesi di Luhmann si è fatto abbondantemente ricorso in svariati lavori: basti citare, da ultimo, F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamenti. Spunti per definire un modello tecnico – concettuale generale applicabile anche alle reti, ai social e all'intelligenza artificiale*, Napoli, 2020.

Per altro verso, le riflessioni di Luhmann³ sono aderenti all'oggetto del convegno: basti osservare che, secondo il grande sociologo, osservazioni e descrizioni sono fondate su "distinzioni" e che il concetto di confine è costantemente al centro della sua analisi⁴.

La teoria, inoltre, è particolarmente e naturalmente in grado di cogliere l'eccezione di comunicazioni e la *complessità* (e alle stesse di dare un "senso") che caratterizzano il contesto di continua *instabilità* in cui, come sopra indicato, si muove oggi anche l'amministrazione. In particolare, quella teoria spiega efficacemente come viene gestita la complessità (e il connesso sovraccarico di pretese), traducendola in problema trattabile nel perimetro di un sistema sociale, in forza di un meccanismo di selettività che consente la scrematura di alternative e, dunque, la riduzione del mondo complesso in un campo di possibilità più ristretto e perciò maggiormente "confinato".

La tesi di Luhmann offre poi un'unitaria cornice teorica che permette di mettere contemporaneamente a tema i problemi del perimetro dell'amministrazione, delle frontiere del suo diritto e dei limiti della relativa scienza⁵.

Infine, si è convinti che la collocazione di un certo ambito settoriale o sapere rispetto al "tutto" non possa essere colta in seno a quell'ambito e applicandone i concetti e costrutti teorici. Neanche il *proprium* della scienza – per sfiorare un tradizionale problema, invero risolto in senso opposto da neopositivisti o empiristi logici – può essere percepito esaminando scientificamente la scienza. L'osservazione, anche del diritto amministrativo onde tracciarne i confini, deve assume-

³ Si v. almeno le seguenti opere: *Rechtssoziologie*, Hamburg, 1972; *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart, 1974 (trad. it. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Bologna, 1978); N. Luhmann-R. De Giorgi, *Teoria della società*, Milano, 1992. Sul pensiero di Luhmann. V., *ex multis*, R. De Giorgi, *Scienza del diritto e legittimazione. Critica dell'epistemologia tedesca da Kelsen a Luhmann*, Bari, 1979; B. Romano, *Filosofia e diritto dopo Luhmann. Il tragico del moderno*, Roma, 1996; A. Febbrajo, *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell'opera di Niklas Luhmann*, Milano, 1975; S. Costantino, *La ragione amministrata*, Palermo, 1983; L. Avitabile, *Diritto e osservatore. Un'interpretazione di Jasper in costante riferimento a Luhmann*, Milano, 1998. Riflessioni in parte analoghe a quelle di Luhmann sono state svolte da altri autori, quali G. Teubner, *Il diritto come sistema autopoietico*, Milano, 1996 e A. Febbrajo, *Constitutionalism and Legal Pluralism*, in A. Febbrajo and G. Corsi (a cura di) *Sociology of Constitutions: a paradoxical perspective*, Ashgate, 2016.

⁴ R. De Giorgi, *Limiti del diritto*, in *Rivista di filosofia del diritto*, VI, numero speciale 2017, 5-24. «La questione centrale è la questione dei confini, dei limiti, appunto. Ma si tratta sempre di confini interni: essi sono costituiti all'interno della società, la quale, al di fuori di sé, non conosce altro se non il mondo, che è il suo limite. Ma anche il mondo è un limite che è costruito all'interno, esso si espande o si restringe nella misura in cui la società si espande o si restringe. Il limite è sempre costruito all'interno»: R. De Giorgi, *Le periferie della modernità nella teoria della società*, in M. Immordino, G. De Giorgi Cezzi, N. Gullo, M. Brocca (a cura di), *Periferie e diritti fondamentali*, Napoli, 2020, 216. V. altresì R. De Giorgi, *Drammaturgia del diritto. Riflessioni per i primi cento anni della «Rivista internazionale di filosofia del diritto»*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2022, 83.

⁵ Sulla riconducibilità a scienza dell'attività degli studiosi del diritto, sia consentito rinviare a F. Fracchia, *The science of administrative law, juridical method and epistemology: the roles of paradigms in the era of the crisis of modernity*, in *IJPL*, 2013, 5 e ss.

re un punto di vista esterno (di norma questo ufficio – osservazione di secondo livello – è stato assolto dalla filosofia, che ha uno sguardo superiore ai vari saperi). Quello di Luhmann senz'altro lo è.

3. *Differenziazioni funzionali e codici: l'impianto generale della costruzione teorica*

Occorre preliminarmente richiamare, in forma di decalogo, i principali (e ai nostri fini più rilevanti) pilastri di quella teoria⁶.

I) Per il grande sociologo tedesco, l'unità minima ed elementare cui guardare per comprendere la società è rappresentata dalla comunicazione, operazione costitutiva del sistema-società che contiene informazioni e produce senso. Attraverso le operazioni di comunicazione, i sistemi “possono riprodursi autopoieticamente con l'aiuto dei loro prodotti”⁷. In altri termini, l'operazione di comunicazione implica e produce sempre e solo comunicazione. Si chiarisce così anche il concetto di autopoiesi: è la comunicazione medesima che consente l'autopoiesi del sistema e la sua delimitazione rispetto all'ambiente⁸ (in cui vanno inserite le persone e i relativi stati psichici)⁹.

II) Il sistema sociale racchiude al suo interno altri sistemi, nel senso che genera “universi” in cui si articola. All'interno del sistema si riproduce quella differenza tra società e ambiente¹⁰.

⁶ Non deve stupire il ricorso alle riflessioni di un sociologo. A tacere della grande competenza giuridica di Luhmann, si è al cospetto non già di una sociologia basata su metodologie empiriche, qualitative e quantitative, quanto di una teoria completa che, pur se in qualche misura controintuitiva (basti pensare al fatto che la persona è collocata al di fuori del sistema sociale), spiega in modo convincente le distinzioni tra sistemi sociali, compreso il diritto. Va aggiunto che non si tratterà in questa sede della sua condivisibilità o plausibilità complessiva (indagine che porterebbe al di fuori dell'asse principale del discorso). Ciò significa che chi non la accetti non potrà convenire su nessuna delle osservazioni di seguito svolte, anche se non semplice e molto impegnativa pare la strategia di chi voglia ergersi contro la grandiosa costruzione di un gigante come Luhmann, che certo non può essere superata con una semplicistica scrollata di spalle, guardando atomisticamente a un suo frammento (su cui non si è d'accordo) o proponendo arbitrariamente forme di contaminazione con altre impostazioni. In ogni caso, anche per mantenere lineare e percepibile il ragionamento, la tesi di Luhmann è stata assunta e impiegata senza apportare (ovviamente) alcun adattamento, che risulterebbe un indebito peggioramento e un ingiusto inquinamento di una grandiosa costruzione teorica.

⁷ N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*, Milano, 2005, 318.

⁸ N. Luhmann, R. De Giorgi, *Teoria della società*, cit., 26.

⁹ La comunicazione, nella prospettiva dell'autopoiesi, è un'operazione che si connette all'operazione precedente. Ogni sistema costruisce quanto usa come informazione (in questo senso è autoreferenziale) e innalza i propri confini, distinguendo ciò che viene attribuito allo stesso e ciò che non lo è: N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*, cit., 197.

¹⁰ Ogni sistema così enucleato in seno al sistema sociale (politica, scienza, religione, arte, economia, diritto) opera incessantemente in vista di questa differenziazione, costruendo la propria specifica realtà come prodotto della osservazione che compie e presidiando il confine che lo separa dall'ambiente e dagli altri sistemi e, dunque, ispezzando quell'argine.

III) Nelle società moderne, il criterio di differenziazione tra sistemi è costituito dalla funzione¹¹ specificamente assolta da ciascuno di essi (nel medioevo, ad esempio, esisteva un unico centro che concentrava le varie funzioni, stratificandole in un “luogo” sistemico)¹².

Vediamo ora la dinamica con cui opera ciascun sistema, compreso il diritto.

IV) Secondo Luhmann, il sistema elabora come informazione il rumore che proviene dall’ambiente a esso esterno; quel rumore è “filtrato” attraverso un codice binario, che è la forma con cui ogni sistema tratta e riconosce ciò che cade nel proprio campo di osservazione e, dunque, riduce l’infinito e continuo eccesso di complessità¹³. La complessità del mondo si trasforma così in problema interno.

V) Ogni sistema, poi, offre “prestazioni” selettive diverse (il diritto, ad esempio, indica all’economia se un contratto è valido¹⁴).

VI) I vari sistemi, producendo autopoieticamente comunicazione e, “osservando” il mondo (e regolando da sé i temi che trattano¹⁵), creano inoltre anche proprie semantiche e, cioè, modi di espressione condensati¹⁶.

VII) I sistemi vicendevolmente si allineano attraverso meccanismi di accoppiamento¹⁷. L’accoppiamento consente a vari sistemi di comprendersi e ne consente l’interdipendenza, traducendo le comunicazioni prodotte dall’uno in termini appunto comprensibili per l’altro, aprendo a una reciproca osservazione. Si è al cospetto di forme che consentono di stabilire una connessione tra sistemi separati, trasformando un evento esterno in una risorsa sistemica. Il contratto, ad esempio, ha questo “ruolo” nei rapporti tra economia e diritto: la firma del rogito è al contempo economicamente e giuridicamente rilevante o, meglio, è comunicazione condivisa da due sistemi sociali; la Costituzione accoppia sistema politico e sistema giuridico. Le comunicazioni prodotte da un sistema trovano così significato nelle comunicazioni di altri sistemi. Più nel dettaglio, comunicazioni specifiche, condivise contingentemente da sistemi diversi, vengono immediatamente (disaccoppiate e) collegate all’autopoiesi e, cioè, osservate esclusivamente dal loro

¹¹ N. Luhmann, R. De Giorgi, *Teoria della società*, cit., 254 e ss.

¹² Nessun sistema può svolgere le funzioni di altri e non vi è la possibilità di rintracciare “luoghi” di rappresentazione in cui, confondendosi, convergono i vari sistemi. Ognuno di essi, cioè, risolve in esclusiva (quasi si trattasse di un’ossessione) un peculiare “problema” in chiave universalizzante.

¹³ Accanto all’orientamento alla funzione (“trattamento” di un solo problema specifico), dunque, si percepisce nel sistema la presenza di un codice (che è ben definito soprattutto in certi sistemi, quali il diritto): una sorta di trasformatore, che muta qualsiasi rumore in informazione e produce continuamente comunicazione: N. Luhmann, R. De Giorgi, *Teoria della società*, cit., 305.

¹⁴ Sotto un profilo diverso, in argomento, v. F. Merusi, *Il giudice amministrativo fra macro e micro economia*, in *Lo Stato*, 2018, fasc. 10, 421 e ss.

¹⁵ N. Luhmann, R. De Giorgi, *Teoria della società*, cit., 300.

¹⁶ N. Luhmann, R. De Giorgi, *Teoria della società*, cit., 264.

¹⁷ N. Luhmann, R. De Giorgi, *Teoria della società*, cit., 30 e ss. e N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*, cit., 325 e ss.

interno e non determinate dall'altro sistema (esse non sono il risultato della trasmissione di informazioni da un sistema, posto che non vi è accesso alle operazioni reciproche). La parte dell'accoppiamento interna al sistema è irritazione (o perturbazione o disturbo), che viene vagliata dalle strutture specifiche dello stesso: irritazione che, pur derivando da un influsso esterno, rimane costruito proprio del sistema¹⁸.

VIII) Per ottenere risultati comunicativi duraturi (per fare in modo che il sistema comunichi a "proprio nome") occorre invece un'organizzazione, abilitata a produrre comunicazioni che possono essere recapitate all'esterno ed essere comprese. La riduzione della complessità e dell'incertezza passa attraverso la fissazione di predecisioni e, cioè, premesse decisionali per una quantità indeterminata di decisioni future¹⁹. Con le premesse – una sorta di cornice, concernente "una quantità ancora indeterminata di decisioni"²⁰, con cui l'organizzazione costruisce il proprio mondo – le singole decisioni si raffronteranno senza dover "ricostruire l'intera complessità delle situazioni"²¹. Come risulta evidente da quanto fin qui osservato, la tipologia di operazione che è ascrivibile all'organizzazione (e solo all'organizzazione, a differenza dunque dei sistemi nel loro complesso: si pensi a tribunali, Parlamento, università) è la decisione²².

IX) Il diritto può agevolmente essere inquadrato nella prospettiva di un "sistema" e, cioè, di un universo differenziato rispetto al resto della società.

X) A sua volta, il diritto può articolarsi in ulteriori sub-sistemi, che corrispondono alle sue branche (compreso il diritto amministrativo).

È giunto il momento di calare questo costruito teorico nel nostro orizzonte problematico e di indagine.

¹⁸ N. Luhmann – R. De Giorgi, *Teoria della società*, cit., 38.

¹⁹ N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*, cit., 183.

²⁰ N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*, cit., 184.

²¹ N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*, cit., 185.

²² L'organizzazione, dunque, è operativamente costituita dalla comunicazione di decisioni: N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*, cit., 101. Le decisioni sono osservazioni che osservano mediante distinzioni (alternative), indicando quale lato dell'alternativa si preferisce (e deve essere chiarito che entrambi i lati della distinzione sono raggiungibili e possono essere indicati: N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*, cit., 109). La decisione, dunque, illumina una delle possibilità, informando sia su se stessa, sia sull'alternativa (pag. 117), che è una possibilità scartata. Essa ha la funzione di assorbire l'incertezza, al contempo costruendo una propria complessità secondaria: N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*, cit., 183. Le organizzazioni si chiudono operativamente rispetto all'ambiente, riducendo la complessità esterna e, contemporaneamente, creandone un'interna. L'accenno consente di confermare che la teoria luhmanniana è particolarmente adatta a trattare il motivo della complessità e, dunque, lo specifico carattere che contraddistingue i problemi della modernità. Ciò vale con riferimento (non solo alle organizzazioni, ma anche e soprattutto) ai sistemi: si è infatti acutamente osservato che, attraverso il codice, il sistema tiene latente la complessità reale perché offre un numero ridotto di alternative entro cui orientarsi: R. De Giorgi, *Scienza del diritto e legittimazione. Critica dell'epistemologia tedesca da Kelsen a Luhmann*, cit., 211.

4. *La teoria al lavoro: condizioni di sopravvivenza del sistema sociale del diritto e mantenimento dei suoi confini*

La teoria di Luhmann rinuncia a qualsiasi apriori o valore fondante extra sistemico; essa, tuttavia, è un ottimo punto di osservazione e, dunque, soddisfa una delle esigenze essenziali dell'indagine accademica, fornendo cioè un filtro teorico convincente per leggere la realtà e i suoi problemi.

Per altro verso, offrendo materiale per riflettere sulle nostre responsabilità come studiosi (ma anche educatori), consente di individuare, per così dire, le condizioni di sopravvivenza – perché strutturanti e distintive rispetto ad altri sistemi – del sistema giuridico e, più specificamente, di quello relativo al diritto amministrativo. In un contesto di continuo cambiamento, il superamento delle condizioni e delle strutture di stabilizzazione di un sistema (ma analogo discorso può estendersi ai sub-sistemi e, in parte, alle organizzazioni) porta alla scomparsa del sistema, che non è più in grado di gestire alcuna complessità e viene fagocitata da altri sistemi.

Si può osservare, ad esempio, che il diritto si differenzia dalla politica in quanto quest'ultima è dotata di un codice binario (disporre di potere/non disporre) e di una specificità funzionale del tutto distinta da quelle del diritto (che osserva il mondo applicando il codice legale/non legale) e non rende analoghe “prestazioni”: solo il diritto, infatti, consente di scegliere aspettative di comportamento in quanto è in grado di determinare in anticipo se qualcosa sarà legale o illegale, offrendo un risultato assai utile, ad esempio, al sistema dell'economia. Al contempo, il diritto stabilizza quelle aspettative, impedendo che vengano problematizzate²³. In sostanza, esso immunizza la società contro se stessa e, cioè, protegge le aspettative dalla delusione²⁴.

Analoghe differenze esistono con il sistema sociale della scienza.

Impiegare codici non propri, smentire la specificità funzionale del proprio sistema o pretendere di fornire prestazioni non tipiche del sistema significa “bloccare” la comunicazione e, dunque, non consentire all'osservatore di comprendere il “senso” di quello che osserva (come accade a chi, in un processo, guardi un avvocato che si rivolge al collegio recitando poesie). Ogni sistema è una sorta di “sguardo” sul mondo (si noti: sulla totalità dei relativi problemi, che vanno dalla pandemia al *climate change*, dalla presenza di organizzazioni sovranazionali all'IA) a partire da un peculiare punto di vista. Se si vuole produrre comunicazione “comprensibile” e pertinente al sistema giuridico, in conclusione, non si possono assumere punti di vista differenti da quello espresso dal codice del sistema.

²³ R. De Giorgi, *Scienza del diritto e legittimazione*, cit., 224.

²⁴ Sul caso limite dell'obbedienza alle leggi ingiuste da parte di Socrate (e, ovviamente, sotto un profilo diverso da quello trattato nel testo), v. G. Corso, *Obbedire alle leggi? La lezione di Socrate*, in *Nuove autonomie*, 2022, 7 e ss.

5. Segue: l'abbattimento dei confini, il rischio di medioevo sistemico (reti, social e AI)

Strettamente legato al motivo del superamento dei confini è un altro tema di cui si occupano in maniera sempre crescente anche gli amministrativisti²⁵: quello delle reti, dei social, dei software e della c.d. intelligenza artificiale²⁶.

Intese come strutture e concrezioni sociali (sistemi di comunicazioni), quelle realtà sono organizzazioni²⁷ in grado di stabilire premesse decisionali e di assumere decisioni che comunicano all'esterno (si pensi ai like e alle valutazioni mediante apps), "parlando a nome proprio" o rendendo prestazioni "intelligenti" (come nel caso dell'intelligenza artificiale). Affiorano cioè decisioni specifiche che altri sistemi non sono in grado di garantire: la "decisione" assunta per mezzo di un algoritmo, la profilazione degli utenti, la predizione dell'insorgenza di malattie (Google Flu Trends) e così via. Le reti esprimono poi una propria semantica (emoticons o altri meccanismi comunicativi compatti).

Il diritto può tematizzare quel materiale nel modo consueto e, cioè, esponendolo al meccanismo di riduzione della complessità costituito dal (e scremandolo con il) codice proprio del sistema del diritto, continuando ad assicurare la propria prestazione. Si pensi alla definizione dei comportamenti leciti e illeciti relativamente all'uso dei dati personali e alle comunicazioni sui social, oppure alla selezione dei margini entro i quali la decisione può essere affidata a un algoritmo²⁸ o vi è possibilità di fare ricorso alla block-chain²⁹, e così via.

Si assiste tuttavia a un fenomeno qualitativamente e quantitativamente diverso. Le reti non si limitano a esprimere decisioni e a porre premesse deci-

²⁵ *Ex multis*, nell'impossibilità di richiamare tutti i contributi, si v. G. Gallone, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, Padova, 2023; V. Molaschi, *Algoritmi e discriminazione*, in *Fundamental rights*, 2022, 19 e ss.; G. Pesce, *Funzione amministrativa, intelligenza artificiale e blockchain*, Napoli, 2021; N. Paolantonio, *Il potere discrezionale della pubblica automazione. Sconcerto e stilemi (sul controllo giudiziario delle "decisioni algoritmiche")*, in *Dir. amm.*, 2021, 813 e ss.; G. Carullo, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2021, n. 3, 431 e ss.

²⁶ F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamenti*, cit., 131 ss., F. Fracchia, *Le fake news come luogo di osservazione dei fenomeni della tecnologia e delle reti nella prospettiva del diritto*, in www.federalismi.it, 2020, 53 e ss.; Id., *Le reti e i social nella prospettiva del diritto*, in *Scritti in onore di F.G. Scoca*, III, Napoli, 2020, 2119 e ss.

²⁷ Secondo Tar Lazio-Roma, sez. III-bis, 22 marzo 2017, n. 3769, il software sarebbe un «insieme organizzato e strutturato di istruzioni contenute in qualsiasi forma o supporto capace direttamente o indirettamente di fare eseguire o fare ottenere una funzione, un compito o un risultato particolare per mezzo di un sistema di elaborazione elettronica dell'informazione». Ad avviso di Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, «il ricorso all'algoritmo va correttamente inquadrato in termini di modulo organizzativo».

²⁸ V. Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270 e sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472. L'art. 22, Regolamento n. 2016/679 stabilisce il diritto di non essere sottoposti a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato. Sull'art. 30, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, si tornerà *infra*, nt. 54.

²⁹ Art. 106, d.lgs. 36/2023, cit.

sionali, ma si configurano come un emergente nuovo “sistema” che (e perché) si intesta una funzione e un codice binario completamente differenti da quelli fin qui noti nella società moderna (costituito da una distinzione binaria: appartenenza tecnologica e smart al “mondo virtuale”/non appartenenza a tale contesto), che consente di riconoscere l’appartenenza dell’operazione al sistema e ne permette la chiusura operativa. Esse identificano ruoli (influencer, youtuber), qualificano relazioni, definiscono procedure, anche attraverso algoritmi e programmi. L’AI, in particolare, non è altro che una specifica semantica espressa da quel sistema, che crea un proprio autonomo “mondo” e la relativa autorappresentazione.

A ogni buon conto, ciò che si intende qui lumeggiare è il fatto che le reti reclamano una competenza universale³⁰ (a processare tutti i problemi) in quanto “sistema tecnologico” e creano un proprio mondo, gestendo l’incertezza.

Esattamente a questo proposito emerge il tema dei confini. Intanto, in generale, in rete siamo vittime dell’illusione collettiva di essere (diventati) tutti amici e conoscenti, superando barriere, distanze e “confini”³¹. A proposito di confini, vi è tuttavia qualcosa di maggiormente profondo e che interessa più da vicino il giurista: il rischio che qui si paventa è che i sistemi tradizionali (non solo il diritto, ma anche la politica, l’economia, l’arte e così via) lascino al nuovo “luogo” sistemico (incarnato dalla rete) un importante spazio di soluzione del problema di cui essi si fanno tradizionalmente carico, smarrendo quell’esclusiva che si sono guadagnati nella società moderna.

Anche senza spingersi a trattare il delicato problema della capacità di ChatGPT di generare risposte di testo simili a quelle umane o il problema delle ripercussioni sul lavoro tradizionale dell’AI (lo sciopero di Hollywood del luglio 2023 è al riguardo emblematico), si prospetterebbero la stratificazione funzionale e il ritorno a una sorta di medioevo sistemico, in forza del quale un unico sistema assomma in sé varie funzioni, dall’arte³² (con una preoccupante omologazione del sentire estetico) alla scienza (il “vero” è attestato dalla rete; alla rete ci si rivolge per curarsi o per avere risposte sul *climate change*), dalla storia (con ricostruzioni di complotti e vicende talora francamente inverosimili) all’economia (si ponga mente al fenomeno dei bitcoins, che autorisolve il problema del valore economico all’interno del sistema), per giungere all’etica (caratterizzata dall’affermazione di un acritico pensiero unico, assai pernicioso o dalla definizione, attraverso flus-

³⁰ Sotto un profilo diverso, il problema è colto da D. Donati, *Nello spirito del tempo*, Bologna, 2023, 2022, il quale, tra l’altro, parla di “realtà terza”.

³¹ Spesso – come di recente rilevato – i fruitori del web sono mossi da un atteggiamento giovanilistico che li spinge a condividere qualsiasi contenuto o a “dare del tu” a chiunque, rifuggendo da quel meccanismo di distinzione minimo – letto, solo e sempre in chiave negativa, come ipocrisia – che è costituito dalle buone maniere, mentre nel mondo reale domina il *politically correct*.

³² Sulla nozione di “patrimonio digitale” e di “bene pubblico digitale”, v. P.P. Forte, *Il bene culturale pubblico digitalizzato – Note per uno studio giuridico*, in *Persona e amm.*, 2019, fasc. 2, 245 e ss.

si comunicativi poco controllati, di polarizzati modelli di giudizio su questioni assai sensibili, magari originati da un video di pochi secondi che diventa virale) e financo al diritto (strutturando aspettative). Anche poteri tradizionalmente pubblici, infatti, quale è quello di porre regole e di controllarne l'applicazione, vengono esercitati dalle reti (e dalle organizzazioni che le dominano), come accade, per citare due soli esempi, nei casi delle prescrizioni e dei disclaimers forniti da Twitter e da TikTok.

6. *Segue: l'amministrazione-organizzazione oggetto di diversi sistemi giuridici che si mantengono nei rispettivi confini; la perimetrazione dell'ordinamento giuridico amministrativo*

Il riferimento all'organizzazione e ai suoi limiti può essere di qualche interesse per l'amministrativista sotto almeno due profili.

a) In primo luogo, la nozione di "amministrazione pubblica" può essere riempita di significato luhmanniano configurandola come categoria che denota un insieme di organizzazioni preordinate ad assumere decisioni. Le organizzazioni (la cui perimetrazione consente di misurare lo "spazio" soggettivo della pubblica amministrazione), d'altro canto, cercano spesso rapporti simbiotici con altre organizzazioni, operando in modo reticolare³³, sicché risulta agevole spiegare la tendenza dei giuristi e del sistema del diritto ad aggregare le varie organizzazioni (e le loro componenti) sotto il comune denominatore di "amministrazione pubblica". Va aggiunto che le organizzazioni sono costruite con riferimento a singoli sistemi, anche diversi dal diritto, configurandosi, cioè, come organizzazioni che si formano all'interno di un sistema, di cui assumono il primato funzionale (istituzioni scolastiche, organizzazioni della scienza, organizzazioni dello Stato). Possono però anche darsi organizzazioni "trasversali" a vari sistemi di funzioni le quali approfittano della complessità dei sistemi sociali³⁴. L'amministrazione (anch'essa fornita di una propria cornice predecisionale e chiamata a emanare decisioni) pare appunto un'organizzazione trasversale: ai vari sub-sistemi giuridici (e, infatti, a essa si applicano le regole del diritto amministrativo, ma anche costituzionale o civile) innanzi tutto, ma pure ad altri sistemi (molte organizzazioni amministrative si vincolano anche al codice di altri sistemi, quali la scienza, l'istruzione o l'economia).

³³ N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*, cit., 335.

³⁴ N. Luhmann, R. De Giorgi, *Teoria della società*, cit., 331.

b) In secondo luogo, il riferimento all'organizzazione consente di mettere meglio in luce il tema dei confini degli ordinamenti giuridici³⁵, compreso quello (per coloro i quali, come chi scrive, aderiscono alla tesi romaniana della pluralità degli ordinamenti³⁶) amministrativo.

Uno dei problemi più rilevanti della tesi romaniana consiste nella difficoltà di identificare, nel panorama giuridico, i singoli ordinamenti, che Romano indicava evocando, appunto, anche il tema dell'organizzazione³⁷.

Il discorso può essere articolato nei seguenti passaggi.

b 1) Le indicazioni luhmanniane, sopra ricordate, suggeriscono la necessità che la struttura (per essere "organizzazione" ed eventualmente ordinamento) abbia la capacità di decidere e, prima ancora, di esprimere regole generali per le decisioni future.

b 2) Più propriamente, quando e in quanto, possedendone i caratteri, sia organizzazione, la struttura si "candida" a esprimere la funzione del diritto (ecco il passaggio all'ordinamento romaniano) e, cioè, a "distribuire" i valori del codice binario del sistema del diritto. Tutto ciò è non solo necessario, ma risulta al contempo sufficiente.

Ove l'organizzazione appunto distribuisca i valori del diritto, le norme (espressione della seguente scansione: "prevedere" in vista del successivo "provvedere") dell'organizzazione correlata al sistema sociale del diritto sono giuridiche, in quanto coinvolte nella prestazione tipica del diritto medesimo.

b 3) L'ordinamento generale di cui parla Santi Romano, invece, pare essere null'altro che il sistema sociale del diritto (luhmanniano) in azione, che opera per definire incessantemente i propri limiti (ecco perché al di fuori dello stesso si incontra il "nulla giuridico"), trattando in modo autopoietico come proprie le operazioni passate e future e, in qualche modo, dando loro ordine. Esso è, cioè, ordine senza organizzazione in senso (luhmanniano) tecnico; continua stabilizza-

³⁵ F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamenti*, cit. V. altresì, sotto profili diversi, A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, Napoli, 1997 e P.M. Vipiana, *L'autolimita della pubblica amministrazione*, Milano, 1990.

³⁶ V. sul punto A. Cioffi, *La norma interna nell'ordinamento giuridico*, in *Dir. economia - www.ildirittoedelleconomia.it*, 2023, 287 e ss.; in part. 293 e ss. L'A., osserva (p. 299) come nell'ambito della l. 241/1990 emerga 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)». V. altresì G. Bottino, *Norme interne e discrezionalità della pubblica amministrazione*, *ibid.*, 273 e ss. e V. Berlingò, *Contributo ad uno studio dell'attività amministrativa interna nelle riforme dell'Italia e della Cina*, Napoli, 2018.

³⁷ V. le osservazioni dello stesso Santi Romano, *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, Pisa, 1918, 35, nota 29 *ter*. Secondo N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Comunità, 1977, in Santi Romano «la parola-chiave "organizzazione" non viene mai chiaramente definita».

zione di aspettative, senza necessità di assumere decisioni, con rilevanza “esterna”, spettanti alle organizzazioni³⁸.

7. *Segue: il regime del diritto amministrativo quale specifica ossessione nel tematizzare i problemi (regolamentazione dell'arrogante potere e garanzia di tutela a favore dei privati); il metodo del diritto amministrativo e la semantica del sistema giuridico; la scienza giuridica e il suo metodo come cornice predecisionale*

Il discorso non sarebbe completo se non indugiasse ancora più a fondo sul diritto amministrativo e non affrontasse il problema fondamentale del suo regime amministrativo quale fattore di differenziazione da altri subsistemi.

Si tratta di temi in cui si avverte il “clima” da frontiera, nel senso che chi se ne occupa³⁹ discute dei confini⁴⁰ che separano (e che spesso si auspica siano rafforzati o attenuati) il diritto amministrativo dal diritto costituzionale, dal diritto

³⁸ Il passaggio, sintetizzato in modo estremo nel testo, è stato sviluppato in maniera più distesa nel già menzionato saggio F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamenti*, cit. In quell'occasione si è ricordato che la nozione di ordinamento generale offerta dal giurista siciliano in termini di organizzazione, a differenza di quanto accade per gli ordinamenti più specifici, appare molto ampia e di meno immediata percezione, tanto che i suoi caratteri sembrano indebolirsi fino quasi a perdere di definizione. La nozione romaniana di ordinamento, invece, è appunto coerente con l'idea di sistema sociale del diritto.

³⁹ *Ex multis*, e senza pretesa di completezza, si v. V.E. Orlando, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico: contributo alla storia del diritto pubblico italiano nell'ultimo quarantennio 1885-1925*, in V.E. Orlando, *Diritto pubblico generale*, Milano, 1940, 21 e ss.; M.S. Giannini, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi sassaresi*, II-III, 1940; S. Cassese, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971; id., *Alla ricerca del Sacro Graal (A proposito della Rivista di diritto pubblico)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, 789 e ss.; A. Orsi Battaglini, *Il puro folle e il perfetto citrullo (discorrendo con Sabino Cassese)*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 639 e ss.; E. Casetta, *Continuità ed evoluzione nello studio del diritto pubblico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1996, fasc. 25, 743 e ss.; L. Benvenuti, *Metodo giuridico, autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 1998, 661 e ss.; A. Romano Tassone, *Pluralità di metodi ed unità della giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 1998, 651 e ss.; Id., *Metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, in *Dir. amm.*, 2002, 11 e ss.; M. Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, I, Milano, 2001; A. Travi, *Il metodo nel diritto amministrativo e gli “altri saperi”*, in *Dir. pubblico*, 2003, 865 e ss.; G. Rossi, *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 4 e ss.; A. Sandulli, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009; L. Iannotta, *Dialogo sul metodo: osservazione e ricostruzione delle vicende giuridiche reali*, in *Dir. amm.*, 2003, 133 e ss.; R. Ferrara, *Il “metodo” giuridico negli scritti di Antonio Romano Tassone: il diritto tra regole e regolarità*, in *Dir. amm.*, 2014, 525 e ss.; M. D'Alberti, *Metodo e metodi di studio dell'amministrazione pubblica*, in L. Torchia (a cura di), *Attraversare i confini del diritto. Giornata di studio dedicata a Sabino Cassese*, Bologna, 2016, 31 e ss.; V. Cerulli Irelli, *Sulla “questione amministrativa” e sulla responsabilità della dottrina*, in corso di pubblicazione negli *Scritti in onore di D. Sorace*; S. Licciardello, *Metodo giuridico e sistema a diritto amministrativo*, Napoli, 2016. Interessanti riflessioni circa gli studi di G. Miele sono svolte da F.G. Scoca, *Giovanni Miele, teorico generale del diritto*, in *Dir. amm.* 2022, 19 e ss. Di recente, v. F. Francario, *Riflessioni a margine di un dibattito sul metodo giuridico*, in www.giustiziasieme.it, 2023

⁴⁰ C. Franchini, B.G. Mattarella (a cura di), *Sabino Cassese e i confini del diritto amministrativo*, Napoli, 2011 e L. Torchia (a cura di), *Attraversare i confini del diritto*, cit.

privato, da quello internazionale e così via, così come ci si interroga costantemente sul *proprium* del relativo regime.

a) Il monito che pare potersi ricavare dagli studi di Luhmann è il seguente: il diritto amministrativo è in grado di mantenere la propria separazione e autonomia funzionale soltanto a condizione di riuscire a costituire un insieme differenziato di comunicazioni giuridiche scaturenti da una “ossessione” specifica (un “punto di vista”) nel tematizzare i problemi sociali e nel fornire a essi soluzione. Tutto ciò è legato al regime giuridico.

b) Il diritto amministrativo deve cioè essere in grado di creare autopoieticamente una propria autonoma semantica (intesa come comunicazione condensata per essere continuamente riutilizzata), pena la propria dissoluzione.

c) Questa semantica è, appunto, il regime giuridico⁴¹, insieme di criteri che svolgono una duplice funzione essenziale. Il regime, cioè, provvede a strutturare il diritto amministrativo e, al contempo (ecco riemergere il motivo dei confini), a differenziarlo da altri sistemi. Sull’identificazione degli elementi essenziali di questo regime (e di questa semantica), come noto, non sussiste unanimità di vedute tra gli autori. Vi è, ad esempio, chi valorizza il rapporto paritario tra cittadino e amministrazione; chi accentua il tema della discrezionalità; altri ancora pone in evidenza la specifica natura delle relazioni giuridiche. Ciascun paradigma opera selezioni e screature di campo lasciando latente una quota di complessità.

d) Spetta al metodo giuridico sostanzialmente realizzare – ancorché trattando di temi anche più specifici, quali i criteri interpretativi – la strutturazione del regime giuridico⁴², agendo incessantemente al fine di sistematizzare e così distinguere il diritto amministrativo sia da altri settori del diritto, sia, più in generale, da storia, scienza, economia e così via. Il metodo, in definitiva, indica cosa caratterizza il diritto amministrativo e che cosa esso rappresenta. Il metodo è definito e affinato da una particolare organizzazione (trasversale, che è radicata nel sistema educativo e universitario), quella degli studiosi raggruppati in scuole, che operano ininterrottamente per produrre risultati comunicativi “duraturi” e che possano essere compresi.

Ciò chiarito, è possibile tornare al regime di diritto amministrativo siccome ricavabile dall’analisi del dato positivo e dalla nostra tradizione. Esso dà rilievo alla gestione di pretese e aspirazioni condizionata dall’intervento di un soggetto pubblico dotato di particolari poteri in vista di interessi sopraindividuali e, come anticipato, è incarnato da una specifica semantica che ne illumina il duplice signi-

⁴¹ Interessanti indicazioni e spunti sono forniti da M.A. Moraes Alberto, *Métodos do Direito Administrativo: entre a discricionariedade e a constitucionalidade*, in corso di pubblicazione, il quale, a proposito di regime giuridico, ha introdotto la distinzione, ripresa nel testo, tra criteri strutturali e differenziali, proponendo la semantica della costituzionalità in contrapposizione a quella della discrezionalità.

⁴² Devo questa indicazione e M.A. Moraes Alberto, *Métodos do Direito Administrativo*, cit.

ficato strutturale e distintivo. A giudizio di chi scrive, il regime di diritto amministrativo – come detto enucleabile sia dal contesto normativo e costituzionale, sia dalla tradizione – si traduce nella semantica del *potere funzionalizzato* (e, dunque, doveroso) assegnato a soggetti tendenzialmente inseriti in un circuito di indirizzo politico e dotati di specifiche responsabilità, unitamente a quella della tutela del cittadino nei confronti dell'arroganza del potere medesimo.

Dal primo punto di vista (strutturale), si noti che a partire appunto dai poteri si identificano le amministrazioni; lo svolgimento del potere avviene attraverso la dinamica (per citare una felice espressione elaborata dalla dottrina) norma-potere-effetto; il dovere imprime a quella dinamica un carattere non libero; l'amministrazione agisce secondo moduli procedurali ed esprimendo una volontà oggettivata; i poteri autoritativi, attribuiti in vista di specifiche finalità, vanno sindacati anche sotto il profilo delle modalità di conseguimento di quegli obiettivi; i poteri e la loro arroganza giustificano la specificità e la profondità della tutela (con il corredo di ulteriori semantiche: si pensi alla valorizzazione dell'effettività della tutela, alla centralità del giudice amministrativo⁴³, nonché all'estensione della legittimazione ad agire, alla flessibilità della tutela cautelare, alla primazia, pur non assoluta, della tutela costitutiva nel sub-sistema del diritto processuale amministrativo⁴⁴); anche l'attività apparentemente paritaria cela pericolose

⁴³ V. M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione: apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008.

⁴⁴ *Ex multis*, su taluni di tali caratteri, v. F. Merusi, *La tecnica di attuazione della tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. e processo amm.*, 2019, 281 e ss. Ovviamente il discorso potrebbe ulteriormente svilupparsi – ma i limiti dell'indagine non lo consentono – indulgiando sul “senso” dello spazio assicurato (e criticato da parte della dottrina: v. M. Mazzamuto, *L'allegato E e l'infausto mito della giurisdizione unica tra ideologia ed effettività della tutela nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 740 e ss.) al giudice ordinario. Basti notare che il sub-sistema “giudizio ordinario” offre (anche all'amministrazione) una prestazione diversa da quella garantita dal sub-sistema “giudizio amministrativo”. Il primo tutela (“osserva”) la situazione giuridica di diritto soggettivo e opera ai confini del regime di diritto amministrativo (ove vi sia giurisdizione del giudice ordinario, infatti, l'amministrazione agisce in situazione di carenza di potere in concreto oppure, ove abbia potere, nel processo ordinario essa non compare – perché la lite riguarda due privati – o vi compare non con il “ruolo” di soggetto che condiziona la situazione del privato mediando tra le sue aspirazioni e l'interesse pubblico), sicché, in questa prospettiva, per rendere la prestazione (tutelare il diritto soggettivo) è sufficiente (di norma) assegnare al giudice ordinario il potere di disapplicazione dell'atto. Sarà poi l'amministrazione a dovere allineare il proprio flusso comunicativo a quella “prestazione”, agendo in via di autotutela (artt. 4 e 5, l. 2248/1865). Il giudice amministrativo, invece, opera pienamente all'interno del regime di diritto amministrativo e, onde offrire tutela, ha il potere di annullare l'atto, intervenendo cioè direttamente sul risultato della mediazione pubblicistica (si è detto di norma, perché questa semantica non è un codice immutabile del sistema del diritto, e, infatti, l'art. 113 Cost., ammette deroghe al principio, sicché la legge può immettere pienamente il giudice ordinario nel circuito del regime amministrativo, rendendolo partecipe di uno dei criteri strutturali dello stesso). Si potrebbe poi discutere se sia opportuno che la scienza amministrativistica tematizzi (e, cioè, di esso si occupi e studi) il giudice ordinario (che è posto al di là dei confini del regime del diritto amministrativo). Riflettendo sul concetto di persona-assoggettata al potere (che, come si dirà ancora oltre, nel testo, rappresenta una sintesi comportamentale di varie operazioni, agevolando la comunicazione interpersonale con i vari sistemi) si scorge la ragione per cui gli amministrativisti analizzano tutti i risvolti processuali delle vicende che possono interessare la persona in quanto si relazioni con le amministrazioni. Non è un caso che il termine “giustizia amministrativa”

e oscure sacche di autoritatività⁴⁵. Tutto ciò indica strutturalmente le nervature del sub-sistema del diritto amministrativo.

Quanto al criterio distintivo, quel regime e quelle nervature offrono una rappresentazione immediatamente percepibile di ciò che “contraddistingue” il diritto amministrativo rispetto ad altri sistemi e sub-sistemi⁴⁶.

In questo modo, il diritto amministrativo è in grado di ridurre la complessità, garantendo la stabilizzazione della forma della differenziazione sociale che lo caratterizza. Ovviamente rimane latente quanto non catturato da quel criterio selettivo: si tratta di una realtà mascherata, che non pare però in grado di “destabilizzare” il regime e il sistema.

L’abbandono dell’idea dell’esistenza di un regime specifico condannerebbe invece il diritto amministrativo all’indistinzione nei confronti di altri rami del diritto.

8. *Alcuni corollari (ossia alcuni temi di confine)*

Applicando le coordinate teoriche fin qui delineate, sempre nella prospettiva di illuminare confini e limiti, si possono ricavare alcuni corollari, qui elencati trattando quindici temi specifici⁴⁷.

1) *Arginare gli sconfinamenti dei giuristi e i rischi di una malintesa interdisciplinarietà*

indichi un insieme di istituti assoggettati a differenti discipline unificate in ragione della comune finalità, costituita dalla tutela della persona nei confronti della pubblica amministrazione attraverso il riconoscimento, in capo al privato, del potere di rivolgersi ad una autorità al fine di ottenere giustizia.

⁴⁵ Il discorso può estendersi anche al modello di amministrazione condivisa (caratterizzato pur sempre da una regia pubblica, dalla presenza di procedure e competenze amministrative e, dunque, dalla sussistenza di taluni dei caratteri strutturali e distintivi del regime di diritto amministrativo), in ordine al quale v. Corte Cost., 26 giugno 2020, n. 131: «si instaura, in questi termini, tra i soggetti pubblici e gli ETS, in forza dell’art. 55, un canale di amministrazione condivisa, alternativo a quello del profitto e del mercato: la “co-programmazione”, la “co-progettazione” e il “partenariato” (che può condurre anche a forme di “accreditamento”) si configurano come fasi di un procedimento complesso espressione di un diverso rapporto tra il pubblico ed il privato sociale, non fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico. Il modello configurato dall’art. 55 CTS, infatti, 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».

⁴⁶ È sufficiente ricordare l’emancipazione della motivazione dell’atto dal paradigma volontaristico o la ricostruzione dei vizi del provvedimento in modo indipendente rispetto alla sistematica dalle cause di invalidità del contratto.

⁴⁷ Essi non esauriscono, ovviamente, lo spettro dei problemi di “confine” nel diritto amministrativo. In particolare, esiste un ambito tematico di assoluto rilievo (e specifico nel nostro campo di studi) costituito – dopo la stagione non coronata da successo del *New public management* – dal rapporto tra politica e amministrazione, che, per ragioni di spazio, non è possibile qui indagare. Per alcuni spunti, sia consentito comunque rinviare a F. Fracchia, *I fannulloni pubblici e l’irritazione di Brunetta*, Napoli, 2012.

L'interdisciplinarietà non può tradursi – come, in modo discutibile, a giudizio di chi scrive, avviene anche in taluni programmi universitari – in una forma indistinta di comunicazione, che finisca per elevare (in realtà: ridurre) il giurista a un tuttologo, la cui comunicazione non ha senso nel sistema giuridico. Vero è piuttosto che, in disparte la circostanza che la persona (purché ne abbia la competenza⁴⁸ e sia investito del ruolo: si ricordi che le persone stanno fuori dai sistemi) può anche comunicare in altri sistemi, la totalità dei problemi, pur oggetto di differenti punti di osservazione, è suscettibile di essere “tematizzata” anche dal sistema giuridico, a patto però di permanere fedeli al codice. Ecco perché non ha “senso” (non è comprensibile) la comunicazione del giurista che, dichiarando di restare nell'orbita di quel sistema, pretenda di trasformarsi in esperto di scienza, o in economista. Una tipica esperienza che disorienta (“non ha senso” per) l'ascoltatore è quella di assistere a una relazione o a una lezione in cui un giurista tenta di spiegare il *climate change* (oppure, come fortunatamente non accade spesso nei nostri confini, ma non è inconsueto all'estero, voglia utilizzare nel diritto un distorto codice della politica, tematizzando il problema in ragione della forzata contrapposizione tra visioni filo-ambientaliste di sinistra e scetticismo reazionario di destra) o di illuminare l'uditorio sulle regole informatiche di funzionamento della *block-chain*. Questa interazione comunicativa, a tutto volere concedere, ha la stessa rilevanza giuridica che potrebbe avere una generica chiacchierata tra conoscenti.

Tutt'altra questione (e altra possibile – del tutto ammissibile – declinazione dell'interdisciplinarietà) è indagare come si “irritino” vicendevolmente, si allineino e si accoppino i diversi sistemi sociali⁴⁹.

Ciò non scalfisce però la necessità, per il giurista, di non abbandonare il sistema (pena la sua dissoluzione) e la relativa semantica: l'interpretazione del diritto si legittima in virtù di una argomentazione giuridica, non scientifica, o religiosa, o storica⁵⁰.

La digressione interdisciplinare deve sempre “chiudere” sul piano strettamente giuridico⁵¹.

⁴⁸ Non mancano d'altro canto esempi di insigini amministrativisti in grado di efficacemente e con competenza “comunicare” nei sistemi dell'arte (N. Saitta, E. Picozza) o della storia (F. G. Scoca).

⁴⁹ V. *supra*, nt. 17.

⁵⁰ Un cenno in R. De Giorgi, *Le periferie della modernità nella teoria della società*, cit., 216. In argomento, v. in generale M.R. Spasiano, *Il diritto amministrativo nell'era della transdisciplinarietà*, in *Dir. e società*, 2021, 657 e ss.

⁵¹ Tra i molteplici esempi virtuosi, si segnalano A. Zito, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo*, Napoli, 2021, nonché M. Cafagno, *Analisi economica del diritto e ambiente – Tra metanarrazioni e pragmatismo*, in *Dir. economia - www.ildirittoeconomie.it*, 2019, fasc. 2, 155 e ss. e Id., *Efficienze ed inefficienze nei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 719 e ss.

II) *Arginare gli sconfinamenti tra sistemi*

L'approccio teorico luhmanniano consente di leggere oggi, varcata la frontiera della crisi pandemica, quanto avvenuto negli ultimi anni in termini di confini tra istituzioni, diritto, giudice, politica e scienza. Errato è (ed è stato) pretendere che le scelte politiche dovessero avvenire all'interno del sistema del diritto ed essere operate dalle organizzazioni che lo animano (i tribunali); analogo discorso concerne le grandi sfide ambientali (basti porre mente all'uso delle *climate change litigation*). Errato è (ed è stato) ipotizzare che la scienza potesse fornire dati definitivi⁵² e dovesse farsi carico di assumere decisioni programmatiche della politica; errato è (ed era) pretendere che il politico trattasse i problemi come se fosse uno scienziato⁵³.

Tutto ciò non ha "senso" e, luhmannianamente parlando, provoca irritazione; dal punto di vista dei nostri studi, arreca solo danno e confusione.

III) *Tematizzare il potere fuori dal confine del diritto: il giurista irritante e la reazione del diritto con riferimento alla tecnologia*

Con riferimento al sopra paventato (par. 5) rischio del medioevo sistemico legato alle reti e alla tecnologia, il giurista potrebbe dare il proprio contributo continuando a esporre i problemi al tipico codice del diritto e studiandone i relativi temi restando ancorato alle più solide tradizioni giuridiche.

Si noti che di rilievo sarebbe comunque il risultato di individuare le "carenze" del diritto attuale, incapace di ricondurre la soluzione del "problema" nell'arco delle possibilità perimetrare dal sistema del diritto e, cioè, rendendo le aspettative resistenti alle delusioni, di immunizzare la società contro se stessa. Tornando all'ammissione di incompetenza, essa produrrebbe rumore di fondo, in grado di irritare la politica, inducendola a intervenire secondo i propri codici e rendendo le proprie prestazioni tipiche (programmi decisionali che si traducono in leg-

⁵² V. Cons. Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045: «la scienza ad oggi non è ovviamente in grado di fornire certezze assolute circa la totale assenza di rischi anche a lungo termine connessa all'assunzione dei vaccini, ma il legislatore, in una situazione pandemica che vede il diffondersi di un virus a trasmissione aerea, altamente contagioso e spesso letale per i soggetti più vulnerabili per via di malattie pregresse – si pensi ai pazienti cardiopatici, diabetici od oncologici – e dell'età avanzata, ha il dovere di promuovere e, se necessario, imporre la somministrazione dell'unica terapia – quella profilattica – in grado di prevenire la malattia o, quantomeno, di scongiurarne i sintomi più gravi e di arrestare o limitarne fortemente il contagio». Sul punto si tornerà anche *infra*, sub XIII.

⁵³ N. Luhmann, R. De Giorgi, *Teoria della società*, cit., 313: «nel caso di una crisi di governo la scienza non può prestare alcun aiuto con le sue verità. Il sistema della politica non dispone di alcuna possibilità sua propria per realizzare il successo dell'economia, per quanto sia politicamente rilevante la dipendenza del sistema della politica da un tale successo e per quanto quel sistema faccia come se potesse davvero riuscire a realizzarlo. L'economia può rendere la scienza partecipe del condizionamento di pagamenti in denaro, ma pur con quanto denaro essa voglia, non può produrre verità. Con prospettive di finanziamento si può allettare, si può irritare, ma non si può addurre una prova scientifica. La scienza onora i pagamenti con 'acknowledgments', non però con argomenti capaci di fornire prove».

gi), per fare sì che, almeno oltre una certa soglia, solo il diritto continui a stabilire ciò che è lecito o illecito.

La c.d. riserva di umanità⁵⁴, in ogni caso, pare inquadrabile esattamente nella prospettiva della salutare reazione del sistema del diritto che, annettendo un problema al proprio campo di competenza, ha il significato di contrastare la pretesa universalizzante del “sistema tecnologico”⁵⁵, liberando e presidiando spazi non occupabili da siffatto sistema.

IV) *Le condizioni che debbono sussistere perché sia possibile perimetrare un ordinamento giuridico*

Da quanto chiarito nel corso del par. 6 deriva che non qualsiasi elemento strutturale dell'amministrazione possa essere qualificato come un'organizzazione e, dunque, nella terminologia romaniana, risulti “visibile” come (o si candidi ad assumere a) ordinamento. Si pensi a un ufficio esecutivo o a un'altra partizione organizzativa che non esibisce la duplice caratteristica di definire cornici decisionali e di intestarsi decisioni che assorbono incertezza; al di fuori dell'organizzazione vi è un magma instabile e non immediatamente rilevante di “concrezioni” sociali e di grumi comunicativi. Per altro verso, a tal fine (per potenzialmente identificarsi, cioè, come ordinamento), non occorre che sussistano i più stringenti caratteri individuati dalla dottrina e, in particolare, da Giannini⁵⁶ (il quale, infatti, relegava al rango di fatti non ordinamentali molte figure che per Santi Romano avevano dignità di ordinamento), così come non è ostativo il fatto che alcune norme che l'organizzazione deve rispettare siano definite dall'esterno: è sufficiente che vi sia distinzione tra “prevedere” e “provvedere” e che una quota delle prescrizioni generali e astratte sia riservata all'organizzazione.

⁵⁴ V. art. 30, c. 3, d.lgs. 18 marzo 2013, n. 36, ai sensi del quale «le decisioni assunte mediante automazione rispettano i principi di ...b) non esclusività della decisione algoritmica, per cui comunque esiste nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatizzata». Sia consentito rinviare a F. Fracchia, *Le fake news*, cit., 57; più diffusamente, si v. G. Gallone, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, cit. Reazioni (solo) in parte analoghe si registrano in altri ordinamenti: *ex multis*, v. Tribunale costituzionale federale tedesco, sentenza del Primo Senato, 16 febbraio 2023 (1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20), che ha censurato una disciplina che autorizzava la polizia a trattare i dati personali in suo possesso (già archiviati) avvalendosi di strumenti di analisi automatizzata (in sostanza, “con un click”, la polizia poteva generare profili completi dei soggetti; il trattamento, secondo il Tribunale, è consentito solo ove serva alla prevenzione di determinati reati e a condizione che il legislatore abbia definito in modo sufficientemente preciso i presupposti che lo giustificano).

⁵⁵ Si consideri che la tecnologia implica una continua “intromissione” nella sfera tradizionalmente considerata come foro interno delle persone e, cioè, negli stati psichici di cui parla Luhmann nel momento in cui colloca le persone e, appunto, i relativi stati psichici nell'ambiente esterno. Il nuovo ed emergente sistema, in altri termini, non solo opera incessantemente per distinguersi dall'ambiente, ma ne annette sempre più gli spazi con un'intensità che solo parzialmente può essere paragonata a quanto in un remoto passato accadeva in ordine alla religione.

⁵⁶ V. M.S. Giannini, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici* (1958), *Le relazioni tra gli elementi degli ordinamenti giuridici* (1990), *Le organizzazioni, elementi degli ordinamenti giuridici* (1994), scritti raccolti in S. Cassese (a cura di), *Massimo Severo Giannini*, Roma-Bari, 2010, 7-63.

V) *All'interno e all'esterno dei confini dell'ordinamento-organizzazione: le norme interne e la distinzione rispetto al diritto posto da fonti riconosciute dall'ordinamento generale*

La ricostruzione dell'ordinamento-organizzazione spiega la giuridicità delle norme interne (che non sono norme dell'ordinamento giuridico generale) e la differenza rispetto a quelle poste dalle fonti del diritto.

Le prime sono norme ove e nella misura in cui l'organizzazione (che per sua natura prevede per provvedere) distribuisca i valori del sistema del diritto. Pur esibendo il crisma della giuridicità, esse – salvo che non ricorra la situazione che sarà esaminata subito *infra* – non si «amalgamano» tuttavia con l'ordinamento generale e non ne fanno parte integrante, dal momento che «non si uniscono con le leggi e i regolamenti generali a costituire l'ordinamento dello Stato»⁵⁷: siamo, appunto, al cospetto di norme interne.

In taluni casi, invece, in ragione della centralità del processo d'integrazione politica che caratterizza le organizzazioni e che esse esprimono, il (sistema del) diritto attribuisce alle predecisioni o alla “semantica” correlata ad alcune organizzazioni – pur non statali – il valore di norme prodotte da fonti dell'ordinamento generale⁵⁸. Per quanto qui di interesse, si tratta delle fonti soggettivamente amministrative che, per attingere a un'altra felice espressione coniata nella scienza del diritto costituzionale⁵⁹, vengono intese come un «prolungamento dei processi politici in altri processi e atti», sicché il diritto conferisce «loro una capacità rappresentativa generale del processo di integrazione politica»⁶⁰. Il fenomeno ben si coglie nel diritto amministrativo sotto il profilo del vizio della violazione di legge, che scaturisce dal mancato rispetto di una qualsiasi di quelle prescrizioni.

VI) *L'amministrazione nei confini degli altri sistemi sociali (o di altri subsistemi)*

L'analisi dei rapporti e delle differenze tra organizzazione, ordinamento e sistema getta un ponte tra diritto e altri sistemi sociali, nel senso che dà eviden-

⁵⁷ Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., 197.

⁵⁸ Nel senso che le fonti del diritto sarebbero espressione dei processi di unificazione politica nella sfera dell'ordinamento giuridico, v. G. Zagrebelsky, *Manuale di diritto costituzionale. I- Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1987, cit., 13 e ss.

⁵⁹ G. Zagrebelsky, *Manuale di diritto costituzionale*, cit., 17.

⁶⁰ In tali casi, non si profila un ordinamento propriamente separato sotto il profilo giuridico, posto che l'organizzazione rende una prestazione giuridica (nello specifico: decide premesse decisionali ed esprime semantiche) che, per precisa scelta del diritto, è considerata come parte di un processo politico che include tutto ciò che accade nell'ordinamento generale. Indipendentemente dal contenuto delle norme (si pensi alla distinzione tra norme di azione e norme di relazione), infatti, le stesse si amalgamano pienamente con le altre e non si può parlare, da questo punto di vista, di un ordinamento distinto. Ciò non esclude che, ad altri fini e, spesso per ragioni di semplificazione, si faccia utilmente ricorso al termine ordinamento, spesso evocando un preciso ambito materiale o una peculiare dimensione soggettiva di riferimento: dal punto di vista della dignità della prestazione espressa, tuttavia, non vi sono peculiarità che giustifichino questa distinzione.

za a un elemento intuitivo, ma spesso dimenticato dai giuristi, costituito dal fatto che le organizzazioni non rilevano solo per il (“non sono solo”) diritto (allorché, cioè, si configurino come ordinamenti)⁶¹ o per il diritto amministrativo⁶². Tali strutture sociali possono essere il terminale anche di sistemi (e di funzioni) diversi: si pensi all’Università, che distribuisce valori (o, per usare un’altra espressione, “risolve problemi”) non soltanto giuridici, ma anche educativi, economici, scientifici e talora politici. Nulla di strano (anzi ciò spiega perché delle amministrazioni si occupino anche gli economisti o gli studiosi di altri “sistemi”) e niente che giustifichi una malintesa interdisciplinarietà.

Incidentalmente, si consideri che il discorso si può replicare considerando il punto di vista della contabilità e della finanza pubblica. Anche questo sub-sistema (che impiega un proprio codice e offre prestazioni – e, cioè, osservazioni rese ad altri sistemi – specifici) usa una propria semantica che va però tenuta ben distinta da quella del diritto amministrativo.

In questa prospettiva si spiega la perimetrazione, sulla base del SEC 2010 (sistema europeo dei conti di cui al Regolamento UE n. 549/2013) del settore (S13) delle “amministrazioni pubbliche”: i soggetti in esso inclusi (l. 31 dicembre 2009, n. 196) concorrono al perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica, imponendo vincoli e limiti agli incrementi di spesa⁶³. Assai significativo è il fatto che l’art. 2, l. 24 dicembre 2012, n. 243, nel definire le amministrazioni pubbliche, abbia cura di precisare che ciò avviene ai fini della legge medesima (che dà attuazione all’art. 81, Cost.)⁶⁴. I risultati qualificatori guadagnati utilizzando questo punto di osservazione (nozione finanziaria e allargata di amministrazione pubblica) non dovrebbero dunque essere utilizzati automaticamente da un altro sistema per risolvere i “problemi” (ad esempio la perimetrazione dell’ente pubblico) che questo funzionalmente e in via esclusiva si pone.

⁶¹ Santi Romano, in fondo, ne coglieva forse, ma parzialmente, la rilevanza parlando ora di istituzione – sotto il profilo sociale – ora, dal punto di vista giuridico, di ordinamento. Per Santi Romano, *L’ordinamento*, cit., 35, l’individualità dell’istituzione deve essere «esteriore e visibile». L’A. pare negare che vi sia perfetta coincidenza tra le nozioni di ordinamento, organizzazione e istituzione: pag. 101, nt. 69 bis. Più che un rapporto di sinonimia, dovrebbe farsi questione di «equazione»: Id., *Frammenti di un ordinamento*, voce *Diritto e morale*, cit., 69; ne *L’ordinamento giuridico*, cit., 27, peraltro, l’equazione viene qualificata come assoluta.

⁶² D. Sorace, S. Torricelli, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2021. V. altresì A. Zito, *Dall’epoca del cambiamento al cambiamento d’epoca: il ruolo delle pubbliche amministrazioni nella prospettiva del giurista*, in *Persona e amm.*, 2019, fasc. 1, 457 e ss.

⁶³ La disciplina, dunque, va inquadrata alla luce dei principi di cui agli artt. 81 e 97 Cost. sull’equilibrio di bilancio e sulla sostenibilità del debito di bilancio.

⁶⁴ Per amministrazioni pubbliche si intendono «gli enti individuati con le procedure e gli atti previsti, in coerenza con l’ordinamento dell’Unione europea, dalla normativa in materia di contabilità e finanza pubblica, articolati nei sottosettori delle amministrazioni centrali, delle amministrazioni locali e degli enti nazionali di previdenza e assistenza sociale».

Un'ulteriore conferma di quanto fin qui illustrato si ritrova nel codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36), che si preoccupa di operare un raccordo con i principi di contabilità pubblica⁶⁵. L'art. 177, u.c., dispone che l'eventuale riconoscimento di un contributo pubblico in misura superiore alla percentuale indicata nelle decisioni Eurostat non ne consente la contabilizzazione fuori bilancio; ciò tuttavia (a conferma della diversità del punto di osservazione nel tematizzare i "problemi del mondo") non implica necessariamente che la fattispecie sia da considerare concessoria ai fini del codice.

VII) *Il confine tra pubblico e privato; il problema del posizionamento dell'ornitorinco rispetto ai confini (cenni)*

Anche gli "ordinamenti" privati, sorti spontaneamente o per gemmazione da altre organizzazioni private, spesso all'interno del sistema economico, sussistono unicamente a condizione che sia ravvisabile un'organizzazione (in grado, cioè, di esprimere cornici decisionali e decisioni concrete). Quella testé indicata è condizione necessaria, ma non sufficiente, affinché si sia al cospetto di un ordinamento dei privati: è all'uopo necessario che l'organizzazione si intesti la funzione tipica del diritto, rispettandone il codice. In tale ipotesi, l'ordinamento dei privati rende le prestazioni tipiche di quel sistema sociale (strutturare e stabilizzare aspettative, in modo tale che le decisioni vengano accettate anche quando quelle aspettative risultino disattese).

Gli ordinamenti privati (non espressione della "politica"), almeno nella loro configurazione prototipica (per anticipare un motivo su cui ci si soffermerà più diffusamente nelle pagine seguenti) vivono anche potendosi disinteressare della presenza di alcuni terzi (ai sensi dell'art. 1372 c.c., il contratto «ha forza di legge tra le parti»).

In linea di principio, sono invece da considerarsi pubblici gli ordinamenti espressione di organizzazioni in senso lato emanazione della politica⁶⁶. Essi occupano uno spazio in cui non sussistono "terzi" (il consenso – preoccupazione della politica, che, va notato incidentalmente, lo ricerca sempre più attraverso i social – non potrebbe d'altro canto "lasciare indietro" qualcuno)⁶⁷.

⁶⁵ Secondo le decisioni Eurostat, le operazioni di partenariato con trasferimento di rischio superiore a una certa percentuale possono essere trattate contabilmente come off balance, dunque evitando di contabilizzare come debito pubblico i relativi costi.

⁶⁶ Il legame tra amministrazione e sistema politico è confermato dal fatto che la Costituzione detta le norme sulla pubblica amministrazione nella sezione dedicata al Governo.

⁶⁷ Mentre le organizzazioni pubbliche sono sempre oggetto di interesse per il diritto in virtù dei principi costituzionali che attivano una serie di principi e di "semantiche" (si pensi ai principi di legalità, buon andamento, imparzialità, garanzia di tutela giurisdizionale nei confronti dei relativi atti, nonché al profilo del rapporto con la politica), ciò non necessariamente accade per l'ordinamento dei privati. Questa conclusione è tuttavia fondata soltanto nei limiti in cui non si superi una certa soglia di rilevanza. In forza di principi quali la cor-

Trattando ora specificamente di ente pubblico (e dei confini di tale categoria⁶⁸), la semantica del diritto amministrativo (disegnando un proprio mondo) può fornire la rappresentazione di ciò che è ente pubblico (organizzazione correlata al sistema della politica, laddove i soggetti privati – e, in particolare, le società – sono organizzazioni che germinano nel sistema dell'economia). Il tema consente di accennare alla nozione “funzionale” e “cangiante” di ente pubblico, in forza della quale si dovrebbe ammettere «che uno stesso soggetto possa avere la natura di ente pubblico a certi fini e rispetto a certi istituti, e possa, invece, non averla ad altri fini, conservando rispetto ad altri istituti regimi normativi di natura privatistica» (Cons. Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660⁶⁹).

In realtà, si tratta più semplicemente di un problema di esatta ricostruzione del perimetro applicativo soggettivo di specifiche discipline (diritto di accesso, legge 241/1990, trasparenza, contratti pubblici: Cons. Stato, sez. I, 3 giugno 2022, n. 934 e Cass. sez. un., 19 aprile 2021, n. 10244), posto che da quella qualifica non si fanno poi discendere tutte le conseguenze della pubblicità definite dal regime amministrativo.

Il richiamo alla nozione (seppure mutevole) di ente pubblico (forse nata anche per segnare una svolta rispetto alla tradizione, ma che finisce per riammetterla nel circuito comunicativo) dimostra peraltro l'importanza della semantica tradizionale, nel cui costrutto spicca la nozione di ente pubblico. Quella semantica, infatti, è abituata a identificare forma e referenze per i sistemi sociali (la personalità non è altro che una forma⁷⁰ dotata dell'attitudine di riunire in una sintesi comportamentale varie operazioni, agevolando la comunicazione interpersonale con i plurimi sistemi) che si fa difficoltà ad abbandonare, perché immediatamente riconducibili al mondo autopoieticamente costruito dal diritto (anche amministrativo). Peccato che la nozione cangiante fallisca il proprio obiettivo, nel sen-

rettezza e la buona fede, infatti, è arduo immaginare organizzazioni private (che pure assumano il primato funzionale di altri sistemi) le cui decisioni e le cui premesse decisionali sfuggano completamente al sistema-diritto.

⁶⁸ Il tema lambisce anche il problema della definizione delle società in house e delle società pubbliche: in argomento, *ex multis*, v. G. Caia, *Le società in house: persone giuridiche private sottoposte a peculiare vigilanza e tutela amministrativa*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 45 e ss., M. Antonioli, A. Bellavista, M. Corradino, V. Donatvi, F. Fracchia, S. Glinianski, A. Maltoni, *Le società in house*, Napoli, 2020; R. Ursi, *Società ad evidenza pubblica – La governance delle imprese partecipate da regioni ed enti locali*, Napoli, 2012.

⁶⁹ Nello stesso senso v. Cons. Stato, sez. VI, 11 settembre 2016, n. 3041, secondo cui il soggetto «diviene pubblica amministrazione non sempre e comunque (in maniera fissa e immutabile), ma solo nello svolgimento di quel tratto di attività esplicitamente sottoposto ad una disciplina di diritto amministrativo». Un soggetto può dunque essere «un ente pubblico dinamico, funzionale e cangiante», che «dismette quella veste quando svolge altre attività ...».

⁷⁰ Sicché, ad esempio, essa esclude l'altro lato della distinzione: si pensi ai beni o (nel caso dell'ente pubblico) alle persone non giuridiche, oppure ancora a quelle non pubbliche.

so che consente una limitatissima comunicazione, appunto confinata nel settore normativo da cui viene estrapolata⁷¹.

Incidentalmente (riprendendo l'accento alle categorie), va aggiunto che meriterebbe un ripensamento "sistemico" anche il tema della definizione dei "confini" delle stesse, così frequentemente impiegate nella riflessione giuridica e nella pratica applicativa⁷². Il discorso può essere impostato, ancora una volta, come si diceva, in termini sistemici. Abitudine ricorrente dei giuristi è quella di individuare la categoria, intesa come il campo problematico omogeneo su cui indirizzare la propria analisi, mutuando il concetto dal sistema della linguistica di stampo strutturalistico più risalente nel tempo (per cui le categorie, di ispirazione aristotelica, raggrupperebbero elementi tutti dotati di identiche caratteristiche; per esemplificare il discorso con un esempio collocato fuori dal diritto: uccelli, mammiferi, con il problema, però, di collocare l'ornitorinco). La linguistica⁷³, tuttavia, ha sottoposto a critica le tesi autonomistiche e strutturalistiche adottate nell'ambito delle scienze cognitive e, in particolare, appunto del linguaggio, "osservando" (ed è questa la prestazione che il sistema del diritto può ricevere e utilizzare) come la formazione delle categorie avvenga organizzando gli elementi attorno a un centro prototipico che può estendersi, sfumando, verso i confini delle stesse. È sufficiente pensare ai colori per cogliere il senso di questa proposta teorica.

Il prototipo è il caso più evidente di appartenenza alla categoria (l'ordinamento privato che può disinteressarsi dei terzi, per riprendere il motivo cui si faceva cenno più sopra). L'"organizzazione della realtà" per categorie e per centri prototipici, inoltre, in una prospettiva verticale, avviene in ragione di un principio di

⁷¹ Ipotizzando di scindere, all'interno del subsistema del diritto amministrativo, ulteriori sistemi perimetrati dai principali blocchi normativi, nel caso cui si fa riferimento nel testo si riscontra una differenziazione interna incentrata sul rapporto centro-periferia (con una prevalenza e concentrazione funzionale nel centro rappresentato dal diritto amministrativo generale). Sarebbe invece possibile mappare il "mondo" costruito dai singoli sub-sistemi creati dalle discipline di settore (accesso, procedimento, trasparenza e così via) senza dovere scomodare la nozione di ente pubblico. Va aggiunto che la chiusura operativa di taluni blocchi normativi emerge in modo più nitido. Si consideri l'ambito dei contratti pubblici, in ordine al quale l'art. 4, d.lgs. 36/2023, perimetrandolo alla stregua di uno specifico ordinamento al cui vertice sono poste norme di valore assiologico più pregnante, stabilisce che «le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3», prescrizioni che disciplinano i principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato: in argomento, v. A. Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione fra specialità e diritto comune*, Torino, 1999 e P. Pantalone, *Autorità indipendenti e matrici di legalità*, Napoli, 2018. Altri esempi sono costituiti dal codice dell'ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 52, caratterizzato dalla positivizzazione di un blocco di principi ambientali) e dalla l. 241/1990 sul procedimento, il cui articolo 1 esordisce prevedendo che «l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario».

⁷² Sia consentito rinviare a F. Fracchia, *Elemento soggettivo e illecito civile dell'amministrazione pubblica*, Napoli, 2009, 118 ss.

⁷³ E. Rosch, *Cognitive Representation of Semantic Categories*, in *Journal of Experimental Psychology*, 1975, 192-233.

economia misto a un criterio funzionale: si descrive un oggetto non già come un mobile o un manufatto, bensì come un (lo si riconduce alla categoria di) tavolo, perché quella categoria massimizza le somiglianze con altri membri della stessa e le differenze tra essi e i membri di altre categorie (gli armadi) ed esprime al meglio la sua funzione principale (sul tavolo si può mangiare). Il primo giudizio ha a che fare con le c.d. salienze percettive, nel senso che la realtà offre precise indicazioni onde organizzarla in categorie; il secondo concerne invece i rapporti con la cultura e l'ideologia: tutti i tavoli servono per mangiare e ciò non si può dire, nella nostra tradizione, per altri mobili. In ogni caso, il giudizio di appartenenza alla categoria, definita nei termini indicati, è formulato "avendo in mente" il prototipo.

Sulla base di questa semantica categoriale è possibile risolvere molti problemi giuridici concernenti confini e, cioè, definire il campo di applicazione degli istituti (che sono categorie), applicare l'interpretazione estensiva (che può giungere fino ai confini della categoria) o procedere a una proficua comparazione tra ordinamenti e momenti storici (essa, affrancandosi dal dato – spesso incerto e scivoloso – letterale, deve ricercare adeguate categorie, appunto comparabili alla luce della comunanza di centro prototipico). Queste operazioni, com'è evidente, interessano anche gli studiosi di diritto amministrativo.

VIII) *La latenza nei confini del sistema e dei metodi. Ancora sull'irritazione a fronte del riconoscimento dell'incompetenza del diritto amministrativo a trattare nel proprio perimetro i problemi di potere*

Venendo al metodo e al regime giuridico, il filtro illustrato nel corso del par. 8, che costituisce null'altro che un criterio di riduzione della complessità, consente di trattare e tematizzare qualsiasi problema che si offra allo sguardo degli amministrativisti: dai moduli pattizi alle scelte in situazione di emergenza, dalle relazioni intersoggettive ai poteri impliciti e a quelli vincolati⁷⁴, dall'intelligenza artificiale ai problemi ambientali, dalle imprese pubbliche ai golden powers, dai servizi pubblici alle interdittive antimafia, dall'articolazione delle situazioni giuridiche al riparto di giurisdizione, dalla nozione di autonomia⁷⁵ alla distinzione tra politica e amministrazione, dalle ADR alle concessioni.

Va osservato che le "scuole" (le quali esprimono il metodo, che, a sua volta, struttura e tematizza il regime di diritto amministrativo), come tutte le organizza-

⁷⁴ V. *infra*, par. 8, sub XII.

⁷⁵ Essa va ricostruita evitando di ricorrere alla semantica del diritto privato. V. da ultimo, art. 8, d.lgs. 36/2023: «nel perseguire le proprie finalità istituzionali le pubbliche amministrazioni sono dotate di autonomia contrattuale e possono concludere qualsiasi contratto, anche gratuito, salvi i divieti espressamente previsti dal codice e da altre disposizioni di legge». L'autonomia contrattuale dei privati, invece, ai sensi dell'art. 1322, c.c. è libera nei fini («le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e dalle norme corporative»). In argomento, ma con riflessione dal compasso assai più ampio (e con un riferimento al problema del recupero del diritto privato nella disciplina dell'azione amministrativa), v. V. Cerulli Irelli, *Il diritto amministrativo e il codice civile*, in *Riv. it. scienze giur.*, 2022, 46 e ss.

zioni (che, nel nostro caso, si collegano in rete dell'AIPDA), elaborano rappresentazioni ed esprimono una propria semantica (è sufficiente porre mente alle ricostruzioni di istituti e concetti giuridici, quali l'interesse legittimo⁷⁶), distribuiscono – si consideri la qualifica di Maestro – ruoli, costruiscono la propria specifica realtà autopoieticamente, come prodotto di osservazione universale e operano incessantemente per “ispessire” argini e confini. Esse, come anticipato, soprattutto adottano predecisioni e, quindi, linee di azione e di ricerca: il metodo giuridico sembra appunto riconducibile a un insieme di premesse decisionali, in grado di fornire una cornice che consente di trattare i problemi senza dovere ogni volta “ricominciare da capo”, ma indicando una serie di alternative per ridurre la complessità.

Tali premesse (non coincidendo con il codice dei sistemi) non sono assolutamente immutabili e questo spiega l'evoluzione dei metodi e anche la loro concorrenza/competizione. Non solo: negli interstizi dei sistemi, singoli autori o talune scuole possono “pescare” nella parte rimasta latente e, dunque, indugiare su profili lasciati scoperti (o, meglio, coperti) dal criterio selettivo proprio di altri metodi. Si tratta, d'altro canto, di un meccanismo di sopravvivenza dell'organizzazione, che consente a chi ha in essa un ruolo (lo studioso) di tematizzare la propria esclusione (da un metodo dominante), trasformandola in inclusione (nell'organizzazione che rimane fedele all'idea dell'esistenza di un regime specifico).

Esistono comunque territori “oltre-confine” di cui può occuparsi il metodo e in cui può applicarsi il regime del diritto amministrativo. Si tratta, più in particolare, di quegli ambiti in cui il “soggetto privato” sembra essere collocato in una situazione di prevalenza e in una condizione di superiorità talmente rilevanti che anche l'amministrazione risulta in posizione di soggezione: si pensi ai grandi colossi del mercato o delle comunicazioni e ai loro rapporti con le autorità indipendenti, dotate di strumenti forse insufficienti. In tali casi sembra opportuno considerare i poteri privati alla stregua di quelli pubblici e applicare comunque il metodo indicato. Si potranno così agevolmente cogliere le aree di potere incontrollato e le carenze del sistema di tutela, premessa per elaborare un paradigma più adeguato onde affrontare “giuridicamente” quelle situazioni. Si noti che, anche in questo caso (*supra*, sub III), un risultato di rilievo sarebbe quello di registrare le “carenze” del diritto amministrativo (perimetrandone e ammettendone dunque i “confini”) e la sua incapacità di aggredire quei poteri così arroganti e non sufficientemente controllabili. Ciò produrrebbe rumore di fondo e irritazione della politica, sollecitandola a intervenire con le proprie “prestazioni”, anche tentando di definire (ai vari livelli ordinamentali, non solo nazionali) strumenti

⁷⁶ Non si può al riguardo non citare l'ampia trattazione di F. G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017. Sull'effettiva capacità della dottrina di influenzare i giudici e, in generale, sulla discrezionalità di cui dispone il giudice amministrativo, v. F. Saitta, *Interprete senza partito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2023, 160 e ss.

giuridici più adeguati, ad esempio impedendo all'autoregolamentazione dei privati la creazione di "regole" pregiudizievoli od oscure per i consumatori. In generale, l'esperienza ha mostrato la capacità del giudice amministrativo (unitamente al regime di diritto amministrativo) di "tematizzare" atti di diritto privato delle amministrazioni (si ponga mente al rapporto di lavoro presso le amministrazioni o alle società); ampliando il compasso dell'analisi, la soluzione per aggredire l'arroganza dei grandi poteri privati non pare potere prescindere da un potenziamento del ruolo delle amministrazioni e del regime di diritto amministrativo, evitando di lasciare completamente il campo al regime di diritto privato (audit, controlli interni, autoregolamentazione e così via).

Il ragionamento, rifluendo pienamente nel regime del diritto amministrativo, approda a un ulteriore e inevitabile corollario che suona quale indicazione di fondo per i difensori – così come per i detrattori – del nostro sistema di giustizia: un Giudice amministrativo che decida (o che venga percepito) come un ingiustificato "difensore" del potere pubblico costituirebbe (pur a fronte di sforzi sistematici prodotti dal "metodo") un risultato comunicativo non più comprensibile, perché contrario al regime di diritto amministrativo, rendendolo incapace di differenziarsi e, addirittura, di giustificare il proprio mantenimento.

IX) Restando in seno al regime di diritto amministrativo, il perimetro del merito e i confini tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di merito

Il confine tra legittimità e merito (inteso come insieme di soluzioni compatibili con il principio di congruità e non sindacabili dal giudice) non può essere colto evocando un caso eccezionale di incursione della semantica della politica nel territorio del diritto e, dunque, qualificando la decisione di merito medesimo alla stregua di comunicazione di una decisione "politica". Come tale, essa sarebbe dettata dall'impulso della ricerca di legittimazione e consenso e si estrinsecerebbe nella elaborazione di programmi⁷⁷ e, cioè, di decisioni "programmanti" (e non programmate).

Restando all'interno della semantica del diritto (e del regime del diritto amministrativo), invece, il merito si spiega osservando che, nella logica della riduzione della complessità e della garanzia della produzione di decisioni, il potere funzionalizzato reclama (e il sistema del diritto garantisce) una certa libertà di svolgimento.

Si è, cioè, al cospetto di uno spazio di "arroganza" non aggredibile (posto al riparo dal sindacato del giudice⁷⁸) e tollerabile perché appunto necessario alla produzione di decisioni in vista dell'interesse pubblico. La complessità risulta

⁷⁷ «Non c'è alcun agire politico al di fuori della politica»: N. Luhmann, R. De Giorgi, *Teoria della società*, cit., 312.

⁷⁸ Anche di quello della Corte dei conti: v. art. 1, l. 14 gennaio 1994, n. 20.

assorbita e arginata e ciò avviene sempre sulla base di alternative che – entro certi limiti: v. subito *infra* – sono graduabili solo in forza di criteri di opportunità e di convenienza. Di quel meccanismo selettivo il sistema del diritto si occupa solo nel senso di ritenerlo legittimo (il sistema della politica potrebbe tematizzarlo diversamente, osservando i vertici politici delle Istituzioni).

Tutto questo accade (e si comunica) a condizione che non entri in gioco la violazione del canone di ragionevolezza: a quel punto, *sub specie* eccesso di potere (che è una tipica semantica del diritto amministrativo), il codice binario del diritto fa improvvisamente lavorare il proprio valore “negativo”, contrastando un’arroganza non più tollerabile e, dunque, qualificata come illegittima, rendendo, al solito, una prestazione anche agli altri sistemi che possono così considerare l’invalidità dell’atto quale presupposto (o quale fenomeno irritativo) delle proprie operazioni.

Vanno aggiunti tre ordini di considerazioni, tutti strettamente e circolarmente legate tra di loro.

Intanto, la decisione è la forma di comunicazione tipica dell’organizzazione.

In secondo luogo, la decisione medesima, in linea con uno dei criteri strutturali del “regime del diritto amministrativo” sopra indicati, che si basa sulla scansione norma-potere-effetto, è assunta primariamente da organizzazioni che sono amministrazioni.

Infine, solo tali soggetti hanno la caratteristica di essere immessi nel circuito dell’indirizzo politico e di risultare sottoposti a una particolare forma di responsabilità.

Da tutto ciò si deduce che l’indebolimento del momento decisivo riservato alle amministrazioni, arrecando disturbo o “danno sistemico” all’organizzazione, va attentamente “confinata”.

Ove il giudice o la legge si sostituissero all’amministrazione (ché queste, in sostanza, sono le due situazioni critiche), realizzando un “salto” di organizzazione, non solo si opererebbe una frattura tra cornice decisionale e decisione concreta, ma si disturberebbe il processo di autopoiesi, nel senso che l’operazione comunicativa conclusiva non si connetterebbe più al sistema di comunicazioni amministrative precedenti. Inoltre, si determinerebbe una concentrazione e stratificazione di funzioni in capo al giudice o alla politica secondo un modello di differenziazione tra sistemi (o sub-sistemi⁷⁹) non più funzionale ma, se non segmenta-

⁷⁹ N. Luhmann, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, (a cura di A. Febbrajo), Milano, 1995, 35: i «procedimenti sono in effetti sistemi sociali che adempiono alla funzione specifica di elaborare un’unica decisione vincolante». Per altro verso, «i processi sono sistemi e hanno una struttura». Secondo l’A. «caratteristica tipica del sistema-procedimento e della sua relativa autonomia è l’avere una storia propria, distinta dalla ‘storia generale’» (p. 37).

ria⁸⁰, quanto meno improntata al modello “centro-periferia” (con un centro giurisdizionale o legislativo che assomma più funzioni).

Il sistema del diritto, quindi, ammette soltanto deroghe limitate (trova così ad esempio spiegazione il fatto che la giurisdizione di merito – v. subito *infra* – abbia natura eccezionale e concerna materie tipizzate⁸¹) a quel meccanismo di imputazione di decisioni⁸² e, comunque, ha cura di mantenere la riserva di decisione finale in capo all’amministrazione, impedendo un completo sovvertimento della dinamica giuridica che garantisce la “produzione di effetti giuridici” in capo all’amministrazione

A ogni buon conto, le deroghe o, meglio, gli “allentamenti” del meccanismo sono sostanzialmente riconducibili a tre ragioni particolari: a) la pregnanza di una semantica superiore; b) la necessità che il circuito norma-potere-effetto si chiuda, consentendo all’organizzazione di assorbire incertezza; c) la pressione e l’irritazione arrecate del sistema della politica.

Dal primo punto di vista, si consideri la sopra citata giurisdizione di merito: vero è che nell’ottemperanza si può giungere alla sostituzione⁸³; essa, tuttavia, è giustificata dal principio dell’effettività della tutela che la Costituzione (con la sua prevalente semantica) impone al diritto amministrativo.

X) *Il divieto di pronunciare su poteri non ancora esercitati (cenni)*

Dal secondo punto di vista (la necessità che il circuito norma-potere-effetto si chiuda), occorre preliminarmente accennare al divieto per il giudice amministrativo di (superare un altro confine e, cioè, di) pronunciare su poteri non ancora esercitati di cui all’art. 34, d.lgs. 104/2010⁸⁴. Siffatta regola si spiega per le

⁸⁰ N. Luhmann, R. De Giorgi, *Teoria della società*, cit., 260 e ss.

⁸¹ In argomento, sul piano sostanziale, A. Romeo, *Dalla forma al risultato: profili dogmatici ed evolutivi della decisione amministrativa*, in *Dir. ammin.*, 2018, 569 e, da ultimo, su quello processuale, v. F. Franco, *L’incerto confine tra giurisdizione di legittimità e di merito*, in www.giustiziainsieme.it, 22 giugno 2023. A conferma del fatto che il tema centrale è quello della “decisione”, si consideri che gli eterogenei casi riconducibili alla giurisdizione di merito (art. 134, d.lgs. 104/2010) hanno quale denominatore comune il fatto che il giudice (che difetta di collegamenti con l’indirizzo politico ed è soggetto solo alla legge) dispone di maggiori poteri decisori.

⁸² Non va dimenticato che «nell’ambito di un sistema di funzioni nessuna organizzazione può attirare su di sé tutte le operazioni del sistema di funzioni ed eseguirle come operazioni proprie»: N. Luhmann, R. De Giorgi, *Teoria della società*, cit., 332.

⁸³ L’art. 7, d.lgs. 104/2010 prevede in generale che nell’esercizio della giurisdizione di merito «il giudice amministrativo può sostituirsi all’amministrazione». Ai sensi dell’art. 21, d.lgs. 104/2010, «nell’ambito della propria giurisdizione, il giudice amministrativo, se deve sostituirsi all’amministrazione, può nominare come proprio ausiliario un commissario ad acta».

⁸⁴ Il punto di ricaduta, in sostanza, è il seguente: una volta che l’ordinamento abbia assegnato un potere all’amministrazione, il giudice deve rispettare questa scelta, evitando di intervenire prima che il suo esercizio abbia avuto corso (salvo che l’amministrazione abbia “sprecato” la propria chance di agire fisiologicamente in prima battuta, ad esempio serbandolo un silenzio). Cons. Stato, ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5, ha tratto il seguente corollario: «in tutte le situazioni di incompetenza, carenza di proposta o parere obbligatorio, si versa nella situazione in cui il potere amministrativo non è stato ancora esercitato, sicché il giudice non può fare altro

medesime ragioni sistemiche sopra illustrate⁸⁵. Essa, cioè, riflette uno dei caratteri strutturali (e va dunque riportata all'interno) del regime di diritto amministrativo; non pare invece scaturire da semantiche diverse, quali quella (costituzionale) riconducibile al principio della divisione dei poteri, anche perché, in ordine ai rapporti tra giudice e amministrazione, il principio non si ricava in termini così netti dalla Costituzione⁸⁶.

Ciò chiarito, ove l'organizzazione non renda le proprie prestazioni decisionali e, dunque, "sprecando" l'opportunità di determinarsi tempestivamente sulla questione, non "comunichi" e non "assorba" incertezza, il giudice può modificare la cornice decisionale sulla base della quale l'amministrazione dovrà decidere (rendendo la propria specifica prestazione, viene, cioè, impartito un ordine giurisdizionale di provvedere). Il soggetto pubblico è così costretto a immediatamente riallineare la "propria storia", decidendo in conformità con l'ordine giurisdizionale⁸⁷.

Si noti che i presupposti e i limiti dettati dal codice del processo amministrativo⁸⁸ affinché si adotti una condanna a provvedere trovano una loro spiegazione "sistemica": la discrezionalità (in presenza del quale l'ordine non può essere impartito), infatti, è sottoposta al regime di diritto amministrativo sostanziale e va dunque tematizzata (ed esercitata) dai soggetti individuati dai criteri strutturali del regime medesimo (e non dal giudice); per altro verso, il procedimento costituisce una modalità di riduzione della complessità che (in particolare nel suo essenziale momento istruttorio) non può essere garantita in un processo.

che rilevare, se assodato, il relativo vizio e assorbire tutte le altre censure, non potendo dettare le regole dell'azione amministrativa nei confronti di un organo che non ha ancora esercitato il suo *munus*.

⁸⁵ Non è dunque possibile una tutela "anticipata" dell'interesse legittimo; la pressione del principio dell'effettività della tutela, peraltro, implica che il divieto riguardi le decisioni di merito e non quelle su istanze cautelari.

⁸⁶ In dottrina si confrontano tesi diverse: basti qui citare le riflessioni di M. Mazzamuto, *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 67 e ss.; M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo – Profili critici*, Napoli, 2018 e A. Carbone, *Dialogo sul potere con Michele Trimarchi*, in *Dir. e processo amm.*, 2022, 244 e ss.

⁸⁷ La stessa esigenza, scaturente dal regime di diritto amministrativo, di attivare e concludere la dinamica norma-potere-effetto (che è un corollario strutturale di quel regime), spiega i meccanismi di semplificazione procedimentale, che, come ancora si dirà nel testo, si caratterizzano non solo per la riduzione di passaggi procedurali, ma anche per l'ansia, che li pervade, di giungere comunque a una decisione.

⁸⁸ Art. 31, comma 3, d.lgs 104/2010: «Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione». Accanto a questa reazione codificata, con riferimento alla fase di cognizione esiste poi il ben più complesso e discusso istituto dell'one shot temperato, di creazione giurisprudenziale e volto principalmente a contrastare lo "stillicidio" decisionale: Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321.

XI) *Le leggi provvedimento e la riserva di regime di diritto amministrativo*

Giungiamo così alla terza ipotesi di deroga al meccanismo (criterio strutturale del regime) di imputazione di decisioni in capo all'organizzazione-amministrazione.

A tal fine, occorre volgere l'attenzione verso un "confine" diverso, quello che la separa dalla legge.

Il legislatore soprattutto attraverso leggi-provvedimento "occupa" spazi dell'amministrazione⁸⁹, così insidiando quella riserva di amministrazione talora evocata dalla giurisprudenza costituzionale⁹⁰.

Il fenomeno può essere letto come irritazione della politica che mira a raggiungere obiettivi specifici, ritenuti irrinunciabili, tanto da suscitare una specifica disciplina legislativa⁹¹.

Tutto ciò si traduce in un repentino e drastico mutamento di regime giuridico, con fuoriuscita da quello di diritto amministrativo, caratterizzato dalla necessaria intermediazione di un soggetto pubblico nella gestione di pretese e interessi.

Non è un caso che si smarrisca, appunto, quella intermediazione, con i suoi corollari semantici "strutturali" e "distintivi" che caratterizzano il regime amministrativo (*supra*, sub 7), primo tra tutti la tutela offerta dal giudice amministrativo.

Simile è il ragionamento che può essere condotto nei confronti dei meccanismi di "semplificazione" sfrenata e condotta con strumenti plurimi⁹², espressione di un'ansia di provvedere che non trova quiete.

Ovviamente, il giurista non deve limitarsi a registrare il fenomeno della "contrazione" dei confini del diritto amministrativo (ché – per ancorare la rifles-

⁸⁹ Secondo S. Casese, *La nuova discrezionalità*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2022, 725 e ss., «questa tendenza deriva, da un lato, da sfiducia nell'amministrazione e quindi dall'intento di non lasciare spazio alla discrezionalità amministrativa; dall'altro dall'ambizione di molti legislatori di 'amministrare per legge', ciò che consente ad essi di negoziare con interessi settoriali o microsettoriali, con frequenti fenomeni di 'cattura'. Inoltre, la tendenza alla forte invasione parlamentare degli spazi dell'azione amministrativa è spesso voluta dalla stessa amministrazione e dagli stessi amministratori pubblici, per evitare di prendere responsabilità. La legge provvedimento – per lo più decreto-legge – consente al governo e all'amministrazione di sottrarsi al controllo giurisdizionale (e produce un ulteriore effetto, quello di ampliare il ricorso al giudice amministrativo come strumento di accesso al giudice costituzionale). Allo spostamento di una notevole quantità di decisioni amministrative nell'area legislativa concorrono quindi molti poteri pubblici, comprese le amministrazioni e gli amministratori pubblici il cui ambito di azione viene in tal modo limitato».

⁹⁰ A tale riserva, pur se con riferimento al settore specifico dominato dall'esigenza di garantire la massima diffusione degli impianti alimentati da energie rinnovabili, fa riferimento, da ultimo, Corte cost., 30 luglio 2021, n. 177 (dichiarando l'incostituzionalità di una legge regionale che poneva un divieto generale). In argomento, dal punto di vista generale, v. D. Vaiano, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996.

⁹¹ Sul tema, solo in parte analogo, delle situazioni di emergenza, *ex multis*, v. G. Tropea, *Potere di ordinanza, normalizzazione dell'emergenza e trasformazioni dell'ordinamento*, in *Dir. amm.*, 2021, 885 e ss. Sulla rilevanza normativa delle ordinanze, v. G. Morbidelli, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Dir. amm.*, 2016, 33 e ss.

⁹² V. P.L. Portaluri, *Note sulla semplificazione per silentium (con qualche complicazione)*, in *Nuove autonomie*, 2008, 657 e ss., M. Immordino, *La difficile attuazione degli istituti di semplificazione documentale – Il caso dell'autocertificazione*, in *Nuove autonomie*, 2008, 603 e ss. ed E. Casetta, *La difficoltà di semplificare*, in *Dir. amm.*, 1998, 335 e ss.

sione al tema del convegno – di questo si tratta), dovendosi anzi interrogare circa la compatibilità di questo fenomeno con la semantica del diritto costituzionale, ma anche tenendo conto della presenza di interessi primari e di vincoli sovranazionali (v. *infra*, sub 9).

Restando all'interno del sub-sistema del diritto amministrativo, tutto ciò determina una sorta di “sconfessione” della centralità dell'organizzazione-pubblica amministrazione (stratificando, ancora una volta, funzioni al “centro”, nel sistema della politica, e dunque rendendo l'amministrazione un'anonima “periferia”), di cui infatti, soprattutto la dottrina, immediatamente lamenta l'indebolimento e l'emarginazione.

La nozione di “riserva di amministrazione”, cui sopra si è fatto cenno è appunto il risultato dello sforzo volto a identificare un “territorio” di “regime” non intaccabile neppure dal legislatore.

Essa, cioè, tenendo conto che l'esercizio procedimentalizzato dei poteri integra un criterio strutturale del regime di diritto amministrativo, è propriamente una “riserva di regime”.

XII) *La distinzione tra (regime di diritto amministrativo della) discrezionalità e interpretazione (propria del sistema del diritto in generale)*

Si è accennato più sopra (sub X) alla discrezionalità.

La sua analisi consente di mettere a tema (tracciando ulteriori confini) due situazioni e due fattispecie differenti dalla discrezionalità medesima: l'interpretazione e la discrezionalità tecnica.

In riferimento a esse l'amministrazione agisce nel rispetto di un regime (e, cioè, di una semantica) distinta da quella del diritto amministrativo.

Quanto all'interpretazione, può in estrema sintesi osservarsi che si tratta di operazione comunicativa sottoposta a un “regime”, appunto diverso⁹³, riconducibile al sistema generale del diritto, che si ricava dall'art. 12 delle preleggi⁹⁴. Tale regi-

⁹³ V., sul punto, E. Casetta, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. economia*, 1998, 503 e ss., il quale analizza in particolare la diversa tesi di L. Benvenuti, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986 (e mi piace ricordare che quest'anno cade il centenario dalla nascita del Maestro torinese). Sull'interpretazione, la letteratura è sconfinata. Oltre a M.S. Giannini, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, *ex multis*, di recente, v. A. Cioffi, *Il problema dell'interpretazione nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, 127 e ss.; M. Monteduro, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica*, Padova, 2012; A. Romano Tassone, *Sul problema dell'analogia nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2011, 1 e ss.

⁹⁴ «Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato». In generale, v. M. Fracanzani, *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano, 2003. Da ultimo, per acute osservazioni in argomento, v. F. Saitta, *Interprete senza partito?*, cit., 97 e ss.

me, vincolante per tutti gli operatori del diritto, guida giudici e amministrazioni nel procedimento, talora molto arduo⁹⁵, di ricostruzione del significato delle norme.

La discrezionalità dell'amministrazione, invece, è "gestita" secondo una semantica diversa, propria del diritto amministrativo, regolata dal principio della ragionevolezza della scelta⁹⁶.

Giova aggiungere – sfiorando un tema su cui vi è profonda divergenza di opinioni in dottrina e giurisprudenza⁹⁷ – che il regime di diritto amministrativo qui delineato si fonda sull'attribuzione di un potere per la cura di interessi pubblici che rimane tale anche se (non discrezionale, e, cioè) vincolato⁹⁸: ciò è confermato dall'art. 21 *octies*, l. 241/1990, che espressamente si riferisce a provvedimenti di natura vincolata e, sotto il profilo della tutela, dall'art. 31, d.lgs. 104/2010, che ammette la possibilità che il giudice amministrativo – che, ai sensi dell'art. 7, sindacava l'esercizio del potere – giudichi di attività vincolate.

Va aggiunto che, in taluni ambiti ("confini"), il diritto pone ulteriori specifici canoni per lo svolgimento della scelta discrezionale. Di interesse, al riguardo, è il caso del settore dei contratti pubblici: ai sensi dell'art. 1, d.lgs. 36/2023, «il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale». Si noti – art. 4 – che tale principio è, al contempo, anche un canone interpretativo (prioritario rispetto agli altri principi della fiducia e dell'accesso al mercato), sicché vi è una sovrapposizione tra "semantiche". Resta però il fatto che solo nel caso della discrezionalità l'ordinamento giuridico si affida al regime amministrativo per la produzione di effetti giuridici in forza di una scelta rimessa all'amministrazione. L'interpretazione, come sopra chiarito, è invece operazione comunicativa che eccede il tema del potere discrezionale, investendo qualsiasi normativa che i soggetti pubblici debbono applicare, anche l'insieme di regole che non concernono il riconoscimento di spazi decisionali in capo alle amministrazioni.

Piuttosto, ancora considerando il settore dei contratti, si può osservare che il principio del risultato costituisce anche «criterio prioritario ... per l'individuazione della regola del caso concreto». Il codice – oltre a confermare che nella contrattazione pubblica vi è esercizio di potere discrezionale, dato che, letto in combinato disposto con la definizione di autonomia contrattuale⁹⁹, attesta la piena ricon-

⁹⁵ Si pensi al caso di «contraddizione o incompatibilità tra norme, sussumibile nella fattispecie generale dell'«antinomia normativa»»: Cons. Stato, ad. plen., 25 gennaio 2022, n. 2. V. altresì ad. plen., 27 luglio 2016, n. 22.

⁹⁶ V., sul tema, i contributi ospitati nel Volume *Discrezionalità e amministrazione*, Atti del Convegno nazionale Aipda, Bologna, 7-8 ottobre 2022, Napoli, 2023. Interessanti e innovativi spunti in ordine al paradigma della razionalità (con riflessi in tema di merito e di sindacato giurisdizionale) sono offerti da A. Zito, *Teoria della scelta razionale e teoria giuridica della discrezionalità amministrativa: prolegomeni per un inquadramento sistematico*, in *Nuove autonomie*, 2022, 87 e ss.

⁹⁷ Si v., per tutti, C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008.

⁹⁸ *Ex multis*, v. Cons. Stato, ad. plen., 24 maggio 2007, n. 8 e Cons. giust. amm. Reg. Sic., 9 dicembre 2022, n. 1279.

⁹⁹ V. *supra*, nt. 75.

ducibilità della materia al regime di diritto amministrativo – distingue, dunque, tra esercizio di potere discrezionale e individuazione della regola del caso concreto (che è, evidentemente, operazione diversa anche dall'individuazione del significato di una norma di cui si occupa l'art. 4). Essa sembra indicare il momento dell'applicazione del diritto al caso concreto nella scansione “norma-potere-effetto” in assenza di un potere discrezionale, là dove l'amministrazione debba valutare fatti complessi per assumere una decisione che, in quanto espressione di autonomia, ha comunque il significato di porre la regola del caso concreto.

Quanto illustrato consente di trattare l'ulteriore tema di confine cui sopra si faceva riferimento.

XIII) *L'organizzazione che rende prestazioni della scienza: distinzione tra valutazioni tecniche e accertamenti tecnici; cenni al tema del sindacato e al criterio dell'opinabilità*

La discrezionalità pura si differenzia da quella tecnica¹⁰⁰. Più nel dettaglio, in una prospettiva sistemica, soltanto in quest'ultimo caso le organizzazioni-amministrazioni si rivolgono a scienza e tecnica: il regime del diritto amministrativo, dal canto suo, “comprende” le osservazioni di un altro sistema; la discrezionalità tecnica, in altri termini, è una forma di accoppiamento strutturale tra scienza e diritto.

L'accenno a questo duplice “confine” (tra discrezionalità pura e discrezionalità tecnica da un lato; tra diritto e scienza/tecnica, dall'altro lato) impone di riflettere sul tipo di prestazione che il sistema della scienza e della tecnica offre al sistema del diritto e al bisogno di decidere che promana dalle amministrazioni.

Giova intanto sfatare un falso mito, evidenziando cioè la difficoltà di contrapporre scienze esatte e scienze inesatte (ovvero, per assumere un complementare punto di vista, quella di separare osservazione oggettiva e valutazione). Pur se probabilmente la scienza ha la verità oggettiva come proprio orizzonte di fondo, essa non è però in grado di accertarla, perché il risultato scientifico dipende dal punto di osservazione. Anche la geometria, come dimostrato dalla relatività gene-

¹⁰⁰ Sull'ambiguità della formula, v. G.C. Spattini, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1, 133 e ss., in part. 184. In argomento, *ex multis*, v. V. Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 463 e ss.; C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; F. Salvia, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 687 e ss.; D. De Pretis, *Valutazioni amministrative e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; F.G. Scoca, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, a cura di V. Parisio, Milano, 1998, 11 e ss.; N. Paolantonio, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 319 e ss.; P. Lazzara, *Autorità amministrative indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001; A. Travi, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 439 e ss.; F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, 2005; F. Volpe, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, 4, 791 e ss.; A. Giusti, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2007; C. Videtta, *L'amministrazione della tecnica. la tecnica fra procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2009.

rale, dipende da certi assunti: vero è che le rette parallele non si incontrano, ma ciò è “vero” soltanto nella geometria euclidea.

Nella prospettiva sistemica, quanto illustrato implica che, se la scienza si definisce come strutturalmente incompetente a rivelare un’oggettività impossibile da conseguire, nessun sistema, neppure quello del diritto, può farsi banale, rassicurato e agevolato portavoce¹⁰¹ di accertamenti oggettivi frutto di “osservazioni” del sistema della scienza.

L’accenno consente di riferirsi anche alla differenza tra discrezionalità tecnica (che rileva allorché, onde operare la qualificazione di un fatto, non sia sufficiente porre in essere una semplice attività di apprendimento e una consequenziale dichiarazione di scienza, ma sia richiesta un’attività di valutazione guidata da regole tecniche) e accertamento tecnico (il fatto “semplice”, quale è, ad esempio, la gradazione alcolica, non è suscettibile di varia valutazione, ma si espone all’applicazione del criterio che si incentra sulla coppia “sussistenza/insussistenza”). Questa distinzione è probabilmente da rivedere, almeno nella misura in cui pretenda di ricevere dalla scienza osservazioni oggettive per tracciare il confine tra le due “operazioni”.

Il sistema del diritto, a ogni buon conto, opera incessantemente e autopoieticamente per risolvere i problemi del rilievo della tecnica dal proprio “punto di vista” e, cioè, sul piano sostanziale strutturando procedure (al riguardo, si consideri ad esempio che l’art. 17, l. 241/1990 è interpretabile come norma che si riferisce anche agli accertamenti) e, sotto il versante processuale, definendo lo spazio del sindacato giurisdizionale¹⁰².

Nell’ottica sistemica, occorre continuare a chiedersi che cosa, a tali fini, possa il diritto chiedere (e ricevere) in termini di “osservazioni” dalla scienza, tenendo conto che la domanda di prestazione è limitata a quanto strettamente necessario a un’organizzazione (l’amministrazione) per “decidere” un problema specifico

¹⁰¹ In generale, v. A. Barone, *La scienza «incerta» davanti al giudice amministrativo: riflessioni introdotte*, in *Dir. e processo amm.*, 2015, 401 e ss. Considerazioni analoghe a quelle svolte nel testo possono essere estese all’economia, ove quel sistema, ad esempio, sia chiamato a definire cosa è esattamente un mercato rilevante.

¹⁰² Si ricordi che, tra i criteri strutturali del regime di diritto amministrativo, vi sono l’identificazione dei moduli procedimentali e la garanzia di una tutela adeguata nei confronti dell’amministrazione (*supra*, sub 7). Varie sono le soluzioni “create” nel sistema del diritto e suggerite dalla dottrina (la letteratura, sul punto, è sterminata; da ultimo, v. A. Moliterni, a cura di, *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell’ordinamento*, Napoli, 2021, la recensione di M. Ramajoli su *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 1265 e F. Saitta, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e «preferenza di amministrazione»*, in *Il Processo*, 2020, 3, 749 e ss.): basti qui accennare alla distinzione tra sindacato forte, intrinseco, debole ed estrinseco in ragione del tasso di indeterminatezza della fattispecie, alla teoria della riserva di valutazione tecnica in capo ad alcuni soggetti – autorità indipendenti – dotati di specifica competenza, all’assenza di limiti all’accertamento del fatto quando si faccia questione del riconoscimento pieno delle situazioni giuridiche soggettive.

assorbendo incertezza, evitando, dunque, di esondare da quei confini e da questa esigenza concreta¹⁰³.

Si tratta di una prestazione assai preziosa, pur diversa dall'oggettività. Essa è costituita in primo luogo da uno specifico condensato semantico integrato da regole scientifiche e da protocolli applicativi.

Quel costrutto semantico governa le scelte effettuate dall'amministrazione in relazione a questa porzione dell'attività: come accennato, l'amministrazione è organizzazione rilevante per il sistema del diritto, ma può esserlo anche per altri sistemi, di cui si intesti il codice binario, sicché, sotto questo specifico punto di vista, essa "è organizzazione della scienza e della tecnica (o di altro subsistema)" e rende prestazioni che confluiscono in una successiva e propria decisione amministrativa.

Alla luce di quanto fin qui rilevato, si deve quindi intanto precisare che, in caso di valutazione tecnica, non si fa questione di potere discrezionale, pur essendo necessario effettuare una duplice precisazione.

In primo luogo, talora accade che, per scelta di diritto positivo, l'amministrazione disponga "anche" di poteri discrezionali (che si aprono dopo avere interpretato una norma che lascia uno spazio di scelta in capo all'amministrazione, non predefinendo compiutamente la regola da seguire): solo in tal caso scatta lo specifico regime della discrezionalità, anche sotto il profilo della sindacabilità e dei suoi limiti, ma ciò accade esclusivamente con riferimento all'esercizio di quel potere.

In secondo luogo, vi sono casi in cui discrezionale (e dunque sindacabile alla luce del principio di ragionevolezza) è la scelta, alla luce di un interesse pubblico (ad esempio la finalità pro concorrenziale in relazione a taluni mercati), di uno dei modelli o protocolli scientifici (o economici) forniti dal sistema diverso dal diritto¹⁰⁴: ciò è sufficiente per giustificare il sindacato sulla ragionevolezza della scelta di un modello rispetto all'altro.

Ciò chiarito (tornando all'asse principale del discorso), si può procedere oltre nel ragionamento formulando un'ulteriore osservazione: escluso che il momento applicativo di una regola tecnica a un fatto complesso sia riconducibile al potere discrezionale, esso va qualificato come operazione scientifica (che ha

¹⁰³ Il sistema del diritto, in particolare, non avanza quelle pretese più elevate e rigorose che sono invece presenti nel campo della ricerca pura.

¹⁰⁴ *Ex multis*, v. Cons. Stato, sez. II, 5 ottobre 2022, n. 8523: «pur in presenza di ineludibile discrezionalità dell'Autorità (Areva) nella individuazione e nella disciplina dei criteri utili a determinare la tariffa (vuoi in relazione al riparto capacity/commodity, vuoi a quello entry/exit, o ad altri) – trattandosi di elementi non predefiniti in maniera vincolante dalla normativa di settore – nella specie emerge l'illegittimità del sistema tariffario per cui è causa, complessivamente considerato in quanto, sia per le disfunzionalità (rispetto al richiamato precepto normativo) di detti criteri già adeguatamente evidenziate dal TAR, sia per l'assenza di ulteriori meccanismi perequativi, risultano indubbiamente carenti le misure idonee ad assicurare il perseguimento del più volte menzionato obiettivo di tutela delle aree meridionali del Paese».

senso alla luce della semantica della scienza). Erroneo, allora, è il riferimento al merito e al “trattamento” di questa “forma comunicativa” (insindacabile, come più sopra chiarito, alla luce del regime del diritto amministrativo)¹⁰⁵.

Al solito, come accade nei casi di accoppiamento strutturale, i problemi sono osservati dal sistema con una forma a due valori, che serve a “scremare” il campo delle alternative.

Se il giudizio tecnico è, secondo le regole della tecnica e della scienza, inattendibile per l’insufficienza del criterio o per un vizio del procedimento applicativo, l’“osservazione”, che “irrita” il sistema del diritto, inducendolo immediatamente a riallinearsi, è ritenuta dallo stesso censurabile.

Se, invece, il criterio è stato correttamente individuato e applicato, ancorché il risultato sia opinabile, il giudice deve arrestare il proprio sindacato.

Si spiega così la semantica che fa perno sull’impiego della forma (o criterio) dell’opinabilità¹⁰⁶, la quale, appunto, consente di dividere il campo tra decisioni insindacabili e decisioni sindacabili¹⁰⁷.

Il diritto, in sostanza, per attrazione nell’ambito di un sindacato complessivo sull’azione, assegna al giudice il compito di validazione di semantiche scientifiche e, cioè, della verifica del rispetto, nella decisione scientifica concreta, della cornice predecisionale tipica della scienza che conduce a risultati non oggettivamente inattaccabili, ma solo attendibili. Assai significativo è il fatto che, al fine di svolgere questo ufficio, il giudice si affidi (in particolare, attraverso la consulenza tecnica di ufficio o la verifica¹⁰⁸) a organizzazioni o a “ruoli” riconosciuti nel sistema della scienza e, dunque, a operazioni comunicative a essa riconducibili.

In presenza di realtà fattuali che si espongono a una ricostruzione ritenuta dalla scienza non opinabile, anche se la loro verifica involge profili tecnici, non vi sono limiti al sindacato e all’accertamento sul fatto per verificare l’attendibilità del risultato. Ove il giudice riconosca che la decisione effettuata dall’amministrazione non è “validabile” nel sistema della scienza alla luce delle sue premesse deci-

¹⁰⁵ Quanto osservato nel testo spiega statuizioni quale quella di seguito riportata (Cons. Stato, sez. I, 30 novembre 2020, n. 1958): «La discrezionalità tecnica si riferisce, infatti, al momento conoscitivo ed implica un giudizio e non una scelta, non manifestazione di volontà, che può tuttavia giungere in un momento successivo».

¹⁰⁶ Da ultimo, v. G. Greco, *Discrezionalità tecnica, margini di opinabilità delle valutazioni e sanzioni amministrative*, in Forum Aipda <https://www.aipda.it/wp-content/uploads/2022/10/contributo-Prof.-Greco.pdf>.

¹⁰⁷ Tale criterio, secondo un procedimento che sconta una certa carenza di rigore logico (perché imposta una equivalenza forse non corretta fra natura dell’oggetto di osservazione e caratteri dell’osservazione), dà significato anche al concetto di fatto complesso sopra evocato: è complesso il fatto oggetto di apprezzamenti – frutto di metodi scientifici – opinabili.

¹⁰⁸ In generale, v. G. De Giorgi Cezzi, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, Napoli, 2003; L. Giani, *L’accertamento del fatto da parte del giudice amministrativo tra valutazioni tecniche ed eccesso di potere giurisdizionale*, in G. De Giorgi Cezzi, G. Greco, G. Morbidelli, P.L. Portaluri, F.G. Scoca (a cura di), *Scritti in onore di Ernesto Sticchi Damiani*, Napoli, 2018, 24 e ss.; S. Rodolfo Masera, *Verificazioni e valutazioni tecniche: la “dimensione” processuale del problema*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2021, 406 e ss.

sionali, attiva la reazione tipica del regime del diritto amministrativo, qualificando come illegittimo l'atto finale.

Se invece l'applicazione dei criteri tecnici conduce a un esito appunto opinabile, il giudice potrà censurare la scelta solo se ritenuta inattendibile; a fronte della bontà del criterio tecnico elaborato o applicato, cioè, il giudice non può sostituire a tale criterio un altro che ritenga migliore o più condivisibile.

Il confine, dunque, è qui ancora una volta netto¹⁰⁹ e non corre sul crinale della verità/non verità.

Il giudice deve verificare che l'amministrazione non abbia esorbitato dall'ambito delimitato dal sistema della scienza ("margini di opinabilità")¹¹⁰; per fare questo può e deve identificare i modelli scientifici e (a condizione che l'operazione sia ripetibile¹¹¹) verificare la bontà della loro applicazione e, cioè, applicare una semantica propria del sistema della scienza. In sintesi, il regime del diritto non tollera che l'organizzazione-amministrazione, chiamata a rendere un giudizio tecnico, tradisca la semantica della scienza (o del settore in "nome" del quale agisce¹¹²).

¹⁰⁹ Si v. Cons. Stato, sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167, secondo cui «a differenza delle scelte politico-amministrative (c.d. "discrezionalità amministrativa") – dove il sindacato giurisdizionale è incentrato sulla 'ragionevole' ponderazione degli interessi, pubblici e privati, non previamente selezionati e graduati dalle norme – le valutazioni dei fatti complessi richiedenti particolari competenze (c.d. "discrezionalità tecnica") vanno vagliate al lume del diverso e più severo parametro della 'attendibilità' tecnico-scientifica. Quando la valutazione del fatto complesso viene preso in considerazione dalla norma attributiva del potere, non nella dimensione oggettiva di fatto 'storico', bensì di fatto 'mediato' dalla valutazione casistica e concreta delegata all'Amministrazione, il giudice non è chiamato, sempre e comunque, a 'definire' la fattispecie sostanziale. Difendendo parametri normativi a priori che possano fungere da premessa del ragionamento sillogistico, il giudice non 'deduce' ma 'valuta' se la decisione pubblica rientri o meno nella (ristretta) gamma delle risposte maggiormente plausibili e convincenti alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli altri elementi del caso concreto. È ben possibile per l'interessato – oltre a far valere il rispetto delle garanzie formali e procedurali strumentali alla tutela della propria posizione giuridica e gli indici di eccesso di potere – contestare ab intrinseco il nucleo dell'apprezzamento complesso, ma in tal caso egli ha l'onere di metterne seriamente in discussione l'attendibilità tecnico-scientifica». Per un commento di tale decisione, si v. F.G. Scoca, L. Lamberti, *Valutazioni tecniche, tutela del patrimonio culturale e principio di proporzionalità*, in www.federalismi.it, 6 settembre 2023. Ai sensi dell'art. 7, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3 (che ha dato attuazione all'art. 9, par. 1, della Direttiva 2014/104/UE), poi, «il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame è necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima».

¹¹⁰ Secondo Cass. civ., Sez. Unite, 14 maggio 2014, n. 10411, «il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicarne della legittimità, salvo non includano valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità (come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza), nel qual caso il sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica della non esorbitanza dai suddetti margini di opinabilità, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante» (v. anche Cons. Stato, sez. IV, 10 dicembre 2014, n. 6050).

¹¹¹ V. Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità*, cit., 495 e ss.

¹¹² Il tradimento della semantica può avvenire per ragioni diverse tra di loro: tra le più irritanti vi è quella di piegare modelli e criteri applicativi a un fine che nulla ha a che fare con la scientificità. Anche in tale ipotesi, il giudice dovrebbe censurare quell'uso distorto delle risorse e dei protocolli scientifici. Come chiarito nel

Il divieto di superare il limite indicato, in conclusione, non deriva dall'esigenza di rispettare l'amministrazione o dall'esistenza di una riserva di competenza, ma dalla necessità di non sconfessare la semantica della scienza, il che accadrebbe ove un giudice pretendesse di imporre una propria "verità" o un proprio modello decisionale, dopo che il sistema del diritto si è ancorato alle indicazioni (in termini di regole e criteri applicativi) della scienza medesima, pur se i criteri sono applicati da un'amministrazione¹¹³.

XIV) *Il perimetro del potere amministrativo*

In presenza di una trama normativa che riconosce poteri amministrativi (dunque in relazione a un criterio strutturale del "regime di diritto amministra-

testo, la censura dovrebbe essere definita restando nella semantica e nel regime della scienza; in quel sistema, si noti, sussistono non solo processi di validazione dei risultati, ma anche forme di controllo diffuso della comunità di riferimento, che reagirebbe assai irritata a un uso siffatto di modelli e procedure, che, apparentemente producendo un giudizio solo opinabile, va ben oltre il mero errore in buona fede. Dal punto di vista pratico, risulta difficile (ma forse non impossibile), anche in ragione del tecnicismo e dei limiti dell'indagine processuale, per il Giudice assumere quel ruolo e interpretare quella irritazione (ciò spiega probabilmente perché, onde assicurare giustizia, il giudice non possa fare altro che verificare l'irragionevolezza complessiva della procedura, accostando – e indebitamente sovrapponendo – valutazione tecnica e merito). Resta il fatto (magra consolazione per chi abbia subito un pregiudizio da una valutazione ingiusta) che, dal punto di vista sistemico, quella irritazione potrebbe tradursi in una reazione dell'ordinamento (imponendo trasparenza, diffusione dei dati e così via) e/o della comunità scientifica (compresi i professori universitari), in quest'ultimo caso attraverso osservazioni di censura e di critica nei confronti di chi, avendo un ruolo di decisore, non tanto ha adottato un atto illegittimo, quanto ha tradito la semantica di quel sistema o sub-sistema scientifico. Ciò, tuttavia, non sempre accade, in ragione dei rapporti di forza e dei meccanismi comunicativi che schermano contingenze: ovviamente, tale latenza crea ulteriore irritazione in chi osserva, all'interno delle organizzazioni, come le persone vengono "trattate". Secondo Luhmann, infatti (N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*, cit., 233; sia consentito rinviare ancora a F. Fracchia, *I fannulloni pubblici e l'irritazione di brunetta*, cit.), nelle organizzazioni diventano rilevanti le carriere. Esse sono considerate alla stregua di strumenti di integrazione che consentono esperienze di tempo, richiedono il concorso di autoselezione ed eteroselezione e operano in uno spazio di incertezza. La carriera, appunto, presuppone che l'individuo "osservi come viene osservato".

¹¹³ Giova osservare che la verità (rilevante ai fini dell'assunzione di talune decisioni) viene costruita all'interno di un procedimento amministrativo. Ciò spiega perché, anche in caso di "osservazioni scientifiche irripetibili", il giudice possa verificare la correttezza di quel percorso istruttorio utilizzando anche la semantica tipica (trasparenza, partecipazione, vizi della motivazione, carenze istruttorie e così via) del regime del diritto amministrativo. *Ex multis*, v. Cons. Stato, sez. II, 27 settembre 2022, n. 8339, secondo cui sulle questioni attinenti la valutazione dell'attitudine militare non possono «essere disposte verificazioni da parte di organi esterni, stante il principio di irripetibilità delle prove concorsuali – che costituisce il principale motivo per cui queste non sono sindacabili in sede giurisdizionale nemmeno negli ordinamenti più avanzati – in considerazione che queste avverrebbero in un contesto completamente diverso rispetto a quello selettivo che incide sulla performance del candidato. Tali giudizi sono sindacabili, in sede di legittimità, esclusivamente sotto il profilo della correttezza del procedimento e dei criteri, senza investire i risultati della valutazione stessa, tranne, ovviamente, i casi, assolutamente eccezionali, in cui questi risultino così macroscopicamente erronei, da essere riconosciuti come tali anche da un non esperto nella materia; evenienza che, tuttavia, non si è verificata nel caso di specie». Residua, cioè, «uno spazio per la verifica disposta in sede giudiziale solo laddove con questa si miri ad accertare che il giudizio della Commissione è stato frutto di travisamento oppure è inattendibile per inaffidabilità delle metodiche utilizzate o per errata interpretazione dei risultati degli accertamenti»: Cons. Stato, sez. IV, 13 settembre 2019, n. 4561.

tivo”), la Cassazione ha di recente ammesso la “coesistenza” di diritti soggettivi fondamentali la cui lesione potrebbe essere sindacata dal Giudice ordinario.

Cass., Sez. un., 27 luglio 2022, n. 23436, che ha giudicato un caso in cui la *causa petendi* risiedeva «non nell’illegittima mancata adozione dell’uno piuttosto che dell’altro provvedimento discrezionale, ma ... nell’abbandono, da parte delle autorità pubbliche, di una posizione di garanzia» e, cioè, «nella colpevole inerzia, nella non-attività», in particolare, ha statuito che “la condotta di mera inerzia addebitata alle amministrazioni convenute rileva come puro fatto».

Così prosegue la Suprema Corte: «La mera inerzia della P.A. non può mettere in crisi il principio di supremazia della persona e il nucleo essenziale e irriducibile di quel diritto»; «di fronte al comportamento materiale di pura inerzia delle autorità pubbliche, rientrando nell’ordinario contributo causale violativo del *neminem laedere*, la posizione giuridica del privato non assume i contorni dell’interesse legittimo»; «alla P.A. è riconosciuta una discrezionalità attiva, attinente cioè alla scelta delle misure più idonee, non anche la discrezionalità nel non agire». Sulla base di questi presupposti, la sentenza statuisce che «manca nella specie qualsiasi manifestazione di autorità della P.A. che evidenzi la coesistenza con il diritto anche di un interesse legittimo correlato al primo. Con la domanda giudiziale non vengono contestati i poteri autoritativi della P.A., perché il danno lamentato è provocato, in base alla causa pretendi, da una mera inattività, da un comportamento puramente materiale».

La tesi di fondo (alimentata dalla commendevole preoccupazione che i diritti fondamentali non vengano “erosi” nel loro nucleo), secondo cui il potere esiste solo se si trasfigura in discrezionalità attiva, mentre la completa inerzia lo “spegne”, non convince proprio perché sconfessa uno dei criteri strutturali (e differenziali) del regime.

La ricostruzione in esame, infatti, qualifica la natura della situazione giuridica (e, in buona sostanza, riconduce o esclude l’attrazione del problema al regime amministrativo) in forza non già della conformazione fornita dall’ordinamento, bensì della scelta episodica del soggetto pubblico di esercitare o di astenersi dall’uso del potere, quasi che tale ultimo accidente (che è tecnicamente una contingenza, nel senso che appare come un’eventualità “possibile” e diversa dal fatto fisiologico dello svolgimento della funzione) elida l’esistenza di un potere assegnato dalla norma, che è invece ragione sufficiente per negare la giurisdizione del giudice ordinario in ragione dell’ambientazione pubblicistica del “problema”.

La tensione a decidere (chiudendo la dinamica norma-potere-effetto), propria del regime amministrativo, viene qui usata dalla Cassazione come grimaldello per uscire dal regime (soltanto) ove l’amministrazione non agisca.

In quanto comunicazione condensata, sembra invece che la semantica (regime giuridico) non possa strutturarsi, modularsi e scomparire con riferimento a fatti episodici e contingenti, i quali, di per sé, attivano piuttosto riallineamenti e reazioni, ma non certo un mutamento completo della precedente cornice decisionale.

XV) *Preclusioni e cedimenti del regime di diritto amministrativo*

Sempre nella prospettiva di porre confini per ridurre la complessità e assorbire l'incertezza, vanno da ultimo menzionati i meccanismi preclusivi (quali quelli introdotti dall'art. 10-*bis*, l. 241/1990) per contrastare l'agire amministrativo reiteratamente e pervicacemente frazionato e ostativo¹¹⁴.

Essi sono riconducibili a premesse decisionali (che, a differenza delle altre cornici predecisionali, non sono fissati in astratto e per un numero indefinito di future decisioni) che impediscono nel futuro (all'interno della stessa "storia"¹¹⁵) all'organizzazione di tornare al punto di partenza per la tematizzazione del medesimo problema amministrativo¹¹⁶.

Dal punto di vista sistemico¹¹⁷, qui come in altri casi in cui il potere si "spegne" totalmente o parzialmente in forza di preclusioni o di altri meccanismi analoghi, che si applicano addirittura a tutte le "storie procedimentali" (si pensi alla Scia¹¹⁸ e alla situazione che si viene a creare decorsi i termini per l'esercizio dei poteri delineati dall'art. 19, l. 241/1990, oppure ancora al termine per l'esercizio dei poteri di autotutela), si può dire che si assiste a un'altra forma di contrazione del regime amministrativo ordinario, che, come illustrato nel corso del par. 7, fa perno sulla presenza del potere. Essa, infatti, si accompagna a una restrizione della tutela (o, comunque, a un mutamento del suo "regime"¹¹⁹), che ben si per-

¹¹⁴ Da ultimo, in argomento, v. A. Zito, *Discrezionalità amministrativa e consumazione del potere*, in Forum Aipda < <https://www.aipda.it/wp-content/uploads/2022/10/contributo-Prof.-Zito.pdf>>. V. poi M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo - Profili critici*, Napoli, 2018 e M. A. Sandulli, *Silenio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Il processo*, 2022, 11 e ss.

¹¹⁵ V. *supra*, nt. 79.

¹¹⁶ Non si tratta dell'unico esempio: basti considerare la nuova disciplina delle concessioni, contenuta nel codice dei contratti, che non contempla più il potere dell'amministrazione di revocarle. Per un caso specifico di preclusione sotto il profilo processuale, v. B. Merola-S. Perongini, *Occupazione acquisitiva: giudicato implicito civile ed efficacia preclusiva nel processo amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 2021, 502 e ss.

¹¹⁷ Peraltro, poiché non sempre si tratta di "forme" di differenziazione immutabili (ma di decisioni all'interno di una singola "storia procedimentale"), si spiega anche la reazione della giurisprudenza che consente, in condizioni particolari alcuni temperamenti all'applicazione della disciplina (Cons. Stato, sez. VI, 4 maggio 2002, n. 3480).

¹¹⁸ In argomento, v. F. Liguori, *Accesso alla tutela processuale avverso la Scia nella recente giurisprudenza*, in *Persona e amm.*, 2019, fasc. 2, 85 e ss.

¹¹⁹ Secondo Corte cost. 6 febbraio 2019, n. 45, «le verifiche cui è chiamata l'amministrazione ai sensi del comma 6-ter sono dunque quelle già puntualmente disciplinate dall'art. 19, da esercitarsi entro i sessanta o trenta giorni dalla presentazione della SCIA (commi 3 e 6-*bis*), e poi entro i successivi diciotto mesi (comma 4, che rinvia all'art. 21-novies). Decorsi questi termini, la situazione soggettiva del segnalante si consolida definitivamente nei confronti dell'amministrazione, ormai priva di poteri, e quindi anche del terzo. Questi, infatti, è titolare di un interesse legittimo pretensivo all'esercizio del controllo amministrativo, e quindi, venuta meno la

cepisce ponendosi soprattutto nei panni non già del beneficiario del meccanismo che placa l'ansia ordinamentale di garantire un risultato intangibile (destinatario di autorizzazione o di sovvenzione, segnalante e così via), bensì del terzo pregiudicato dalla misura che pone fine all'incertezza senza (più) offrire così all'organizzazione in sede di autotutela, come al giudice amministrativo in sede processuale, la possibilità di tematizzare l'intero problema e l'esigenza di tutela dell'interesse del terzo.

Il rilievo consente una duplice riflessione più generale: da un lato, esso mostra come il regime di diritto amministrativo offra più tutela al terzo rispetto a quello di diritto comune; d'altro lato, tornando alla Scia, suggerisce che sarebbe più opportuno effettuare una netta scelta di (campo/confine e, cioè, di) regime, evitando forme di ibridazione: diritto privato (liberalizzando davvero alcuni settori di attività, non più condizionati, al momento dell'inizio delle stesse e, cioè, dell'entrata nel "mercato", da titoli o condizionamenti pubblicistici), oppure diritto amministrativo (autorizzazione), con il consueto e completo corredo di forme di tutela incentrata sull'impugnazione di un atto.

9. *Una riflessione di sintesi: un soggetto forte con i deboli, ma (dal punto di vista sistemico) debole con i forti*

L'analisi complessiva dei temi specifici fin qui svolta mostra una certa tendenza, non del tutto rassicurante (e di cui talora gli stessi amministrativisti sono in qualche modo "responsabili": I e II), all'indebolimento del metodo, dei confini del regime del diritto amministrativo, dell'amministrazione o del suo giudice (VI, XI, XIV, XV), pur con salutari reazioni (III); quell'analisi, più in generale, rivela la costante necessità di contenere le esondazioni di altri sistemi (X e XI)

La conclusione è singolare: l'amministrazione è dal punto di vista sistemico un ambito in qualche misura costantemente "sotto attacco"; eppure, essa appare sempre pericolosa e arrogante nei confronti dei privati¹²⁰.

Nonostante il paradosso di un soggetto forte con i deboli e (ma non mancano alcune vistose eccezioni) debole con i (sistemi) forti, quel sistema va presidiato, perché il tracollo dei confini porterebbe pregiudizi assai maggiori degli apparenti benefici così guadagnati: diminuzione di tutela, spazi eccessivi per il merca-

possibilità di dialogo con il corrispondente potere, anche l'interesse si estingue». Ancora: «al di là delle modalità di tutela dell'interesse legittimo, poi, rimane il fatto giuridico di un'attività che si assuma illecita, nei confronti della quale valgono le ordinarie regole di tutela civilistica del risarcimento del danno, eventualmente in forma specifica».

¹²⁰ Anzi, proprio questa preoccupazione giustifica la strutturazione di uno specifico regime, che esibisce anche peculiari caratteri sotto il profilo della tutela.

to e per la politica, assenza di voci critiche della dottrina, superamento di una tradizione consolidata e raffinata.

L'arroganza del potere, in altri termini, non verrebbe comunque meno con la scomparsa del diritto amministrativo, del relativo regime o del giudice amministrativo.

PARTE II

Nuove frontiere, diritto amministrativo e (nozione giuridica di) transizione

10. *Le crisi della modernità e il diritto: una nuova frontiera per l'amministrazione?*

Tra i grandi problemi che (anche) il diritto deve tematizzare vi sono le crisi della modernità, che possiamo osservare collocandoci all'interno delle stesse o, talora, sul loro "confine". Come anticipato *supra* (par. 1), infatti, abbiamo appena lasciato alle spalle la crisi pandemica, assistiamo alla crisi geopolitica dell'Ucraina, siamo nel mezzo di una crisi energetica, per non parlare della crisi migratoria, della drammatica crisi climatica e della transizione verde.

Evidente e immediata l'obiezione all'approccio qui prospettato: proprio il "metodo" sopra illustrato, che raccomanda di separare, di distinguere e di essere tecnicamente sorvegliati imporrebbe di non ricondurre tutte queste crisi disomogenee a un unico orizzonte problematico indistinto, pena una pericolosa deriva descrittiva e/o un eccessivo ampliamento del compasso dell'analisi.

In realtà, si ritiene che: a) quelle crisi (sul cui confine ci attestiamo e le cui manifestazioni sempre più frequenti costituiscono motivo di apprensione per chiunque) possano essere trattate unitariamente dai sistemi; b) l'analisi giuridica sia uno strumento concettuale essenziale sia per coglierne caratteri e sviluppi, sia per indicare modelli legittimi di comportamento, potendo a pieno titolo occuparsene, senza abdicare all'economia, alla storia, alla scienza o alla filosofia; c) l'amministrazione e il diritto amministrativo rivestano in questo contesto un ruolo assai importante; d) il metodo sopra delineato consenta di opportunamente "distinguere" e gestire la complessità.

a) Dal primo punto di vista, come più distesamente osservato in altre sedi¹²¹, quelle crisi hanno gli stessi identici caratteri¹²², sorgono di norma legate tra di loro, sono solo apparentemente imprevedibili, hanno effetti analoghi, sono trattati dall'ordinamento accentuando il valore della solidarietà, impattano sul ruolo delle amministrazioni, sui conti pubblici e sui temi della giustizia. Questi dati, colti nel loro complesso, giustificano una trattazione unitaria delle crisi della modernità (che, in realtà, sono ricorrenti nella storia, ma non con la frequenza attuale¹²³). Per altro verso, i sistemi sociali tematizzano qualsiasi problema rientri nel loro campo di osservazione a condizione che possa essere utilizzato il codice e indipendentemente dalla loro estensione: in questo senso “reclamano una competenza universale” e non possono disinteressarsi delle questioni che incessantemente si profilano al loro orizzonte. Ciò non implica alcuna indebita generalizzazione o forma di interdisciplinarietà; quello che è piuttosto necessario è attenersi al codice del sistema e al tecnicismo del metodo.

b) Dal secondo punto di vista, tra i sistemi sociali, il diritto è imprescindibile onde affrontare quei problemi per almeno due ragioni: da un lato, quando (e poiché: ma ciò accade sempre) vengono in evidenza i temi della giustizia, il suo apporto non può essere negato, atteso che la semantica del diritto dà a essa particolare rilievo¹²⁴; d'altro lato (in senso più propriamente luhmanniano), occorre strutturare aspettative e questa prestazione può essere offerta solo dal diritto che, dunque, risolve l'altro grande problema, accanto a quello della complessità, e, cioè, quello della contingenza o pericolo della delusione. Ciò non esclude, ovviamente, che anche altri sistemi (applicando il loro codice) possano tematizzare quei problemi; essi tuttavia non sono in grado di svolgere l'essenziale funzione del diritto. Né l'economia, né la scienza, né la filosofia, né la storia, infatti, possono assolvere questa funzione essenziale nelle “transizioni” (concetto su cui

¹²¹ F. Fracchia-P. Pantalone, Napoli, *Decider(ci) per la morte: crisi, sostenibilità, energie rinnovabili e semplificazioni procedurali. Interpretare il presente con il paradigma delle relazioni intergenerazionali nutrite di solidarietà*, Napoli 2022. Quello qui delineato è un vero programma non individuale di ricerca (I. Lakatos, *The methodology of scientific research programmes*. Cambridge, 1978), che implica l'applicazione di un ben definito paradigma e che ha avuto uno sviluppo nel volume di P. Pantalone, *La crisi pandemica dal punto di vista dei doveri. Diagnosi, prognosi e terapia dei problemi intergenerazionali secondo il diritto amministrativo*, Napoli, 2023.

¹²² Si ponga mente ai seguenti caratteri: globalità o, comunque, globalità delle cause e dimensione locale degli effetti e viceversa, carattere diffuso del danno, incertezza della tecnica, pluralità di aggressori e di vittime, varietà di concause, disconnessione spaziale e temporale tra causa ed effetto, asimmetrie informative, difficoltà di quantificare i pregiudizi, intreccio con l'etica, rilevanza dell'innovazione tecnologica, difficoltà di individuare i centri decisionali più appropriati, necessità di apprestare risposte multiscalarari e differenziate e di elaborare complesse strategie con orizzonti temporali non immediati.

¹²³ Per l'individuazione dei caratteri distintivi delle crisi della modernità rispetto a quelle analoghe ricorrenti nella storia, v. F. Fracchia, P. Pantalone, Napoli, *Decider(ci) per la morte*, cit., 89 e ss.

¹²⁴ Il concetto di equità intergenerazionale è una leva formidabile per l'applicazione del canone della giustizia: è infatti difficile giustificare un impegno a farci carico delle generazioni future escludendo che ciò imponga di guardare a chi soffre ed è debole qui ed ora.

si tornerà *infra*) che, attraverso il codice giuridico binario “legittimo/illegittimo”, assicura che le decisioni assunte nella gestione delle crisi siano accettate anche se non condivise, senza “andare in piazza” e “fare rivoluzioni”. Solo il diritto permette che le aspettative, ancorché frustrate, rimangano tali e che questa eventualità sia accettata *ex ante*. Per questa ragione il diritto non può “chiamarsi fuori” dal dibattito o venirne escluso.

c) Dal terzo punto di vista, ancora indulgiando sui caratteri dei problemi qui in esame, la centralità dell’amministrazione e delle sue competenze è innegabile (si pensi alla rilevanza delle funzioni amministrative nella lotta al Covid e nella fase successiva¹²⁵, nel contrasto al *climate change* o nel governo dei flussi migratori); questo dato non può non chiamare in causa il diritto amministrativo e chi lo studia e lo sistematizza.

d) Il metodo delineato *supra* (par. 7), infine, fornisce criteri per tematizzare efficacemente i problemi della modernità. Anzi, più in generale, il diritto amministrativo ha già definito una completa “sotto-semantica” che si ritiene essere del tutto idonea (e forse più idonea rispetto a quella riferibile ad altri sub-sistemi, quali il diritto internazionale, il diritto comparato o quello costituzionale) a trattare questi problemi.

11. *Responsabilità intergenerazionali, amministrazione pubblica e diritto amministrativo; la nozione giuridica di transizione (in cammino verso “nuove frontiere”)*

Prima di analizzare questa semantica, va ripreso un dato di diritto positivo che appare innegabile e, cioè, il fatto che le crisi sopra indicate sono osservate dal diritto non già riconoscendo (o, quanto meno, soltanto riconoscendo) intangibili diritti e pretese assolute, bensì attivando doveri e responsabilità comuni ma differenziate, cui la disciplina giuridica offre appunto crescente copertura.

In estrema sintesi, la stella polare è quella della solidarietà e il principio che informa quella disciplina (che possiamo definire come il “diritto delle relazioni intergenerazionali intrinse di responsabilità”, che trova applicazione ogni qual volta occorra assumere decisioni con impatti sulle generazioni future), dotata di una sua specifica autonomia, è lo sviluppo sostenibile¹²⁶ che, come noto, esprime appunto un canone di responsabilità intergenerazionale fin dal momento in cui

¹²⁵ V. F. Manganaro, *L'intervento pubblico nell'economia al tempo della crisi pandemica*, in www.astrid-online.it, 2021, fasc. 14.

¹²⁶ Il paradigma è più distesamente illustrato in F. Fracchia, P. Pantalone, *Decider(ci) per la morte: crisi, sostenibilità, energie rinnovabili e semplificazioni procedurali. Interpretare il presente con il paradigma delle relazioni intergenerazionali nutrite di solidarietà*, Napoli, 2022. Esso è stato applicato alla crisi pandemica da P.

fu forgiata la famosa definizione da parte della World Commission on Environment and Development presieduta da Brundtland.

Dal punto di vista costituzionale, le coordinate di fondo sono in Italia offerte dall'art. 2, Cost. e dall'art. 9, Cost. L'art. 9, Cost.¹²⁷, in particolare, pur formalmente espresso con riferimento all'ambientale, costituisce oggi il referente di livello più elevato di questo nuovo settore del diritto. Collocato addirittura tra i principi fondamentali, esso impegna la Repubblica nel suo complesso a tutelare l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi; se coraggiosamente interpretato (e nel lungo periodo) può fornire solido supporto normativo alla profondità intergenerazionale di decisioni responsabili (che vanno assunte "anche nell'interesse delle future generazioni"¹²⁸), dimostrando che non tutti i valori sono equidistanti e raccomandando la virtù della sostenibilità e, quindi, dell'equità intergenerazionale verso i più deboli. D'altro canto, innegabile è la tendenza ad ampliare il concetto di sviluppo sostenibile (e, cioè, il principio cardine sopra menzionato). Basti pensare all'Agenda ONU 2030 per lo Sviluppo Sostenibile e ai suoi 17 obiettivi: essi non riguardano solo l'ambiente ma, mostrando una tensione espansiva molto netta, coprono molti ambiti diversi. In molte Costituzioni (in Italia, si consideri l'art. 81) la sostenibilità si è allargata fino a includere i temi del debito pubblico e del bilancio (riconducibili a un'altra manifestazione della responsabilità intergenerazionale¹²⁹). L'ampliamento della portata del principio giustifica il tentativo

Pantalone, *La crisi pandemica dal punto di vista dei doveri. Diagnosi, prognosi e terapia dei problemi intergenerazionali secondo il diritto amministrativo*, Napoli, 2023.

¹²⁷ Sulla riforma costituzionale, *ex multis*, si v. F. De Leonardi, *La riforma "bilancio" dell'art. 9 Cost. e la riforma "programma" dell'art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura*, in *Aperta Contrada*, 2022; 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.; G. Grasso, *L'espansione della categoria dei doveri costituzionali nella riforma costituzionale sull'ambiente*, in *Menabò di Etica ed Economia*, 2022; M. Delsignore, A. Marra, M. Ramajoli, *La riforma costituzionale e il nuovo volto del legislatore nella tutela dell'ambiente*, in *Riv. giur. ambiente*, 2022, 1 e ss.; M. Olivi, *L'art. 9 della Costituzione e la tutela degli animali selvatici*, in *AmbienteDiritto.it*, 4, 2022; A.L. De Cesaris, *Ambiente e Costituzione*, in *www.federalismi.it*, 2021, 3; T.E. Frosini, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, *ivi*, 2021; L. Cassetti, *Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà di iniziativa economica?*, *ivi*, 2021. Sia consentito il rinvio anche a F. Fracchia, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo"*, in *Dir. economia - www.ildirittoeconomie.it*, 2022, 1, 15 e ss. e Id., *I doveri intergenerazionali. La prospettiva dell'amministrativista e l'esigenza di una teoria generale dei doveri intergenerazionali*, *ibid.*, 2021, 55 e ss.

¹²⁸ Da ultimo, v. le acute riflessioni di V. Caputi Jambrenghi, *Libertà e autorità, II, Dottrine sulle libertà. Diritti delle future generazioni*, Napoli, 2023.

¹²⁹ Secondo Corte cost., 14 febbraio 2019, n. 18, che ha scrutinato la legittimità costituzionale di una disciplina avente a oggetto la riformulazione o rimodulazione dei piani di riequilibrio finanziario pluriennale degli enti locali in predisposto e la restituzione delle anticipazioni di liquidità a essi erogate, «la lunghissima dilazione temporale finisce per configgere anche con elementari principi di equità intergenerazionale, atteso che sugli amministrati futuri verranno a gravare sia risalenti e importanti quote di deficit, sia la restituzione dei prestiti autorizzati nel corso della procedura di rientro dalla norma impugnata. Ciò senza contare gli ulteriori disavanzi che potrebbero maturare negli esercizi intermedi, i quali sarebbero difficilmente separabili e imputabili ai sopravvenuti responsabili». *Ex multis*, si v. A.M. Giampaolino, *Ambiente e generazioni future nella giurisprudenza della Corte costituzionale dell'ultimo decennio*, in G. Colombini (a cura di) *Scritti in onore di Aldo Carosi*, Napoli,

di unificare la prospettiva dell'indagine, in modo da comprendere l'intera gamma di rapporti giuridici coinvolti da tale principio.

Si diceva prima della presenza di una semantica già sedimentata, che pare oggi raccordarsi e rafforzarsi con il sopra menzionato formante costituzionale, consentendo al diritto di "trattare" questi temi nel loro complesso e nei loro molteplici risvolti. Essa è quella propria del diritto dell'ambiente, settore che, in gran parte, è da ricondurre al diritto amministrativo (in forza dei criteri strutturali e differenziali indicati nel corso del par. 7).

L'ambiente e i suoi problemi, in ogni caso, sono percepiti come l'esempio paradigmatico di crisi intergenerazionale moderna e questo spiega perché il relativo diritto sia il fattore trainante della costruzione di una disciplina applicabile alle restanti questioni intergenerazionali. La "forza" della tematica ambientale, così preoccupante nella modernità, dunque, forgia i caratteri del diritto delle scelte intergenerazionali¹³⁰. Nell'orbita della stella polare del dovere e della responsabilità, vengono in particolare in rilievo i principi "chi inquina paga" e di "responsabilità comune, ma differenziata" e, soprattutto, i canoni di prevenzione e di precauzione, tutti precipitati della sostenibilità. Essi si applicano ormai diffusamente e trasversalmente ai vari livelli normativi coinvolti (ché, come ancora si dirà, la risposta taglia verticalmente gli ordinamenti, da quello sovranazionale a quello locale), per la semplice ragione che i problemi intergenerazionali sono "glocali"¹³¹. I canoni in esame, inoltre, sono al contempo principi che vincolano le Istituzioni nell'adozione di politiche pubbliche che impattano sulle generazioni future e criteri per sindacare addirittura la costituzionalità delle scelte legislative che, nel tentativo di contrastare le grandi crisi, più profondamente incidono sull'evoluzione della nostra società¹³².

Non può al riguardo essere negato che, proprio sotto la pressione di quella preoccupazione, stiamo assistendo a un vero cambio di paradigma (si considerino ancora l'Agenda 2030, che esordisce con l'impegno «*transforming our world*», ma anche documenti quali Green New Deal, Next Generation Eu e PNRR¹³³) che,

2021 491 e ss., nonché F. Lillo, D. Siclari, *Prolegomeni sul ruolo della sostenibilità e dell'equilibrio di bilancio in chiave intergenerazionale, alla luce delle pronunce della Corte costituzionale*, *ibidem*, 533 e ss.

¹³⁰ Sia consentito rinviare a F. Fracchia, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. economia*, 2002, 215 e ss.; Id., *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in <http://www.rqda.eu/>, *Riv. quad. dir. ambiente*, 2010, 12 e ss.; Id. *The Legal Definition of Environment: from Right to Duty*, in *ICFAI Journal of Environmental Law (IJEL)*, April, 2006, 17 ss.; Id., *L'ambiente nella prospettiva giuridica*, in F. Cuturi (a cura di) *La natura come soggetto di diritti*, Firenze, 2020, 159 e ss. e Id., *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro*, Torino 2010. Sui principi ambientali, v. P. Dell'Anno, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Padova, 2004 e M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente. Come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007.

¹³¹ *Supra*, nt. 122.

¹³² Si auspica, cioè, uno scarto normativo (o un'interpretazione creativa) che svincoli la sostenibilità dal riferimento necessario ed esclusivo all'ambiente.

¹³³ V. in generale (e sotto profili diversi) F. De Leonardis, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici – Verso uno stato circolare?*, in *Dir. amm.*, 2017, 163 e ss.; Id., *Sustainable production as a dri-*

pur traendo origine dalle politiche ambientali, investe l'intera società, con effetti evidentemente intergenerazionali.

La semantica delle responsabilità intergenerazionali, indicando che quei problemi vanno affrontati in una prospettiva multiscalare (non esiste né un unico livello normativo competente a “trattare” quei temi, né un unico strumento o meccanismo giuridico atto a gestire i problemi intergenerazionali, né un unico centro decisionale competente ad affrontarli) e adottando strategie con orizzonti temporali non immediati, consente di mettere a tema anche un ulteriore concetto di cui molto si discute proprio per illuminare il cambiamento di fondo che stiamo vivendo: la transizione¹³⁴.

Essa è di interesse ai nostri fini perché indica la direzione di marcia (che coinvolge le amministrazioni) verso nuovi territori e il superamento di confini.

In generale, la parola “transizione” esprime un passaggio da un “prima” a un “dopo”. L'aggettivo ambientale (ma analogo discorso si può estendere alle transizioni energetiche, digitali, sanitarie, demografiche¹³⁵, epidemiologiche) invece, spiega e indica la direzione o l'alveo di questo cambiamento.

Quanto testé osservato non consente di offrire una spiegazione specifica del fenomeno e, soprattutto, non è un concetto giuridicamente utile. Non si è, cioè, al cospetto di un'osservazione diversa da quella che potrebbe essere resa da altri sistemi (storia, economia, scienza). A questo proposito, va notato che le fonti giuridiche nazionali ed europee non propongono alcuna definizione generale.

Occorre guardare dunque oltre, alla ricerca di altri dati di diritto positivo.

Un primo spunto giuridico scaturisce dagli studi sulla risposta alla crisi pandemica e, cioè, sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza che, tra l'altro, contiene un espresso riferimento – elevandola a proprio pilastro – alla transizione eco-

ver for rewriting European Treaties, in *Dir. economia - www.ildirittodelleconomia.it*, 2023, 1, I-XVII; A. Sandulli, *Economic planning and administrative transformations in the ngeu and nrrp: a paradigm shift*, in *IJPL*, 2022, 3 e ss.; S. Vernile, *L'ambiente come “opportunità”. Una riflessione sul contributo alla tutela ambientale da parte del “secondo” e del “quarto settore” tra greenwashing, economia circolare e nudge regulation*, in *Dir. economia - www.ildirittodelleconomia.it*, 2022, 3, 11 e ss. e S. Gardini (a cura di), *Percorsi di circolarità tra diritto ed economia*, ibid., numero speciale, 2023.

¹³⁴ In argomento, v. F. de Leonardis, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2021, 779 e ss.; M. Petrachi, *La tutela dell'ambiente nel prima della transizione ecologica*, Torino, 2023; G. Severini, *La “transizione” come ordinamento giuridico*, *Giustizia insieme - www.giustiziaiinsieme.it*, novembre 2022; F. Vetrò, *Sviluppo sostenibile, transizione energetica e neutralità climatica*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2022, 53 e ss.; S. Masini, *“Transizione ecologica” dell'agricoltura*, in *Dir. agroalimentare*, 2022, 45 e ss.; G. Sgueo, *La visione e la voce nella transizione digitale dei governi democratici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 1015 e ss.; B. Boschetti, *Transizione digitale e amministrazione (eco)sistemica*, in *Studi parlamentari e politica costituzionale*, 2021, 209, 53 e ss.; T. Favaro, *Regolare la “transizione energetica”. Stato, mercato, innovazione*, Padova, 2020.

¹³⁵ Vero è che vi è un aumento complessivo della popolazione, ma, a tacere della crisi della natalità in molti Paesi, compresa l'Italia, esso si accompagna a un notevole incremento dell'età media degli abitanti del pianeta, con una sorta di ribaltamento della piramide demografica (il tasso di natalità in Cina, ad esempio, è recentemente diminuito: devo a Pietro Terna alcune suggestioni sul punto.)

gica. In dottrina, il PNRR è stato acutamente considerato come un atto di pianificazione con copertura così legislativa come di diritto eurounitario e, soprattutto, relativo a una serie di attività e di iniziative svolte in vista di un risultato¹³⁶. Il rilievo è importante, considerando che il raggiungimento dei risultati della transizione è una condizione per ottenere fondi europei. Di conseguenza, il risultato deve avere una precisa pregnanza giuridica.

Ciò suggerisce la necessità di forgiare un paradigma teorico in grado di esprimere sia questa “continuità”, sia la rilevanza del risultato (nel caso della transizione energetica, costituito dalla progressiva sostituzione dei combustibili fossili con le energie rinnovabili).

In altri termini, la transizione si configura come un insieme di strumenti, che, dal punto di vista giuridico, sono rilevanti solo se considerati nel loro insieme e nella prospettiva di una continuità funzionalizzata in vista di un risultato.

Ecco dunque affiorare una prima (parte di) definizione che voglia essere specificamente giuridica: la transizione è una “forma di funzione”. In questa espressione di sintesi¹³⁷, il termine “funzione” indica l’attività (considerata nel suo insieme) svolta per raggiungere un obiettivo; il termine “forma” è invece usato per significare che la transizione è la forma giuridica attraverso la quale la funzione può essere “osservata” nel corso del suo “farsi”. Essa è la manifestazione esterna e giuridicamente rilevante di una funzione, ossia, per attingere al lessico luhmanniano, una “forma” dotata dell’attitudine di riunire in una sintesi varie operazioni comunicative.

Siffatta funzione, che per un certo periodo (quello in cui l’attuale Ministero dell’ambiente e della sicurezza energetica si è chiamato Ministero della “transizione ecologia”) ha avuto anche un significativo riflesso organizzativo, coinvolge diversi atti e strumenti giuridici (dalle leggi alle decisioni amministrative, per giungere alle attività concrete, tutte finalizzate alle riforme o al raggiungimento degli obiettivi), nonché molteplici soggetti (a più livelli istituzionali); includendo probabilmente pure i giudici, richiede spesso la collaborazione di attori privati¹³⁸.

¹³⁶ Ci si riferisce a F. Cintioli, *Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR: una proposta per il Giudice, Giustizia-amministrativa* - www.giustizia-amministrativa.it, 12 novembre 2021. V. altresì L. Torchia, *Il sistema amministrativo italiano e il fondo di ripresa e resilienza*, in *Astrid Online* - www.astrid-online.it, 10 novembre 2020; Id., *L’Amministrazione presa sul serio e l’attuazione del PNRR*, in *Forum Next Generation UE*, aipda.it, 1° aprile 2021; A. Sciortino, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all’indirizzo politico “normativo?”*, in *Federalismi* - www.federalismi.it, 28 luglio 2021; N. Lupo, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *Federalismi* - www.federalismi.it, 12 gennaio 2022; M. Clarich, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Astrid Online* - www.astrid-online.it, 21 luglio 2021.

¹³⁷ Essa, ovviamente, si ispira alle riflessioni di F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubblico*, 1952, 118 e ss.

¹³⁸ Il risultato è un vincolo giuridico che nasce dalla legge e che condiziona non solo il Governo e l’intera amministrazione, ma, come osservato dalla dottrina sopra citata (F. Cintioli, *Risultato amministrativo, discrezionalità*, cit.), anche gli interpreti.

Lo sforzo di fornire una definizione giuridica della transizione (offrendo, dunque, agli altri sistemi una specifica prestazione del sistema del diritto, in primo luogo, come si dirà, in termini di legittimità della stessa) può a questo punto essere completato compiendo un ulteriore scarto argomentativo.

Si è più sopra a lungo indugiato sulla prestazione che possono offrire i giuristi e il sistema del diritto, attraverso le relative semantiche. Giova riprendere questo spunto e aggiungere che la funzione dei paradigmi giuridici (anche suggeriti dagli studiosi) è duplice: risolvere problemi, indicando conseguenze operative derivanti dai principi giuridici generali; descrivere il “mondo reale” e le caratteristiche dell’oggetto della ricerca.

Circa l’osservazione del “mondo reale”, va ribadito che ciò a cui stiamo assistendo oggi, osservando le transizioni, non è semplicemente una strategia settoriale: il PNRR mira a un cambiamento strutturale della società, poiché delinea un nuovo modello di sviluppo sociale, istituzionale ed economico.

Per altro verso, nelle transizioni (si pensi a quella ecologica, pur se in essa la tendenza di fondo a privilegiare le energie rinnovabili è molto chiara), si coglie spesso una sorta di “stop and go”. Ad esempio, l’irrompere della crisi energetica legata alla guerra ha comportato un “disturbo” della transizione ambientale (basti citare il dibattito sulla riapertura delle centrali a carbone o sulla rivalutazione dell’energia nucleare). Il problema di considerare e spiegare questi aspetti non può essere eluso, così come non va trascurato che la transizione può essere effettuata solo utilizzando un approccio multilivello. Vi è, inoltre, una sorta di “convitato di pietra” nella riflessione sulle transizioni: le future generazioni. Questo riferimento è espressamente contenuto in formule impiegate per indicare programmi quali il “*Next generation EU*” e, comunque, è implicitamente ricavabile dal fatto che l’orizzonte temporale delle strategie è di lungo periodo¹³⁹.

Tutti questi aspetti debbono trovare evidenza e spiegazione all’interno dello sforzo definitorio.

Ciò è possibile tornando circolarmente alla semantica delle responsabilità intergenerazionali e al regime del nuovo ed emergente sistema del diritto delle relazioni intergenerazionali.

La transizione, concludendo l’analisi che ci si era proposti di svolgere, cioè, non è solo “forma della funzione”, ma, anche e soprattutto, una “forma di adempimento di doveri intergenerazionali”, regolata da uno specifico insieme di norme alle quali sono assoggettati tutti gli attori, tutti i comportamenti e tutte le iniziative considerati congiuntamente.

Vediamo il paradigma all’opera.

¹³⁹ Il Piano Nazionale di Transizione Ecologica, ad esempio, fissa al 2050 il momento in cui l’Italia deve raggiungere il chiaro e ambizioso obiettivo di operare a zero emissioni di carbonio.

Quanto all'“osservazione del mondo”, la tesi della forma di adempimento dei doveri dà il giusto risalto, in seno alle transizioni, al “convitato di pietra”, posto che le prossime generazioni sono condizionate dal loro esito. Inoltre, tale paradigma è in linea con l'idea di un cambiamento strutturale della società e del modello di sviluppo (un cambiamento siffatto è propriamente l'esito finale delle scelte intergenerazionali), peraltro calato dall'alto, e con il fatto che, durante il periodo di transizione, spiccano le dimensioni della solidarietà e del dovere (in tema di crisi energetica, ad esempio, siamo stati tutti chiamati a contribuire con sacrifici individuali al contenimento dei consumi e al raggiungimento degli obiettivi). Il paradigma spiega poi l'approccio multilivello, poiché ogni sede decisionale è potenzialmente coinvolta in base alle proprie responsabilità (che sono, appunto, comuni ma differenziate). Anche i momenti di “stop and go” che caratterizzano – e talora frenano – le transizioni sono riconducibili al paradigma: le politiche che hanno un impatto sulle generazioni future sono lunghi percorsi; la responsabilità e la solidarietà intergenerazionale, per loro natura, devono essere adattate e ricalibrate, soffrono momenti di crisi e arresto, pur mantenendo fermo l'obiettivo finale.

A proposito di obiettivo finale, nelle transizioni esso è talmente pregnante¹⁴⁰ da portare a forzature del fisiologico regime di diritto amministrativo (v. *supra*, par. 7, *sub* XI): la politica, cioè, può irritare il diritto fino al punto di sostituire alla dinamica incentrata sull'intervento dell'amministrazione sottoposta al regime del diritto amministrativo meccanismi diversi, quali la legificazione di atti di programmazione (PNRR), lo svuotamento delle sedi decisionali ordinarie o, comunque, alcune deroghe ai regimi tradizionali¹⁴¹.

Nelle transizioni si devono dunque registrare una forma diversa di contrazione del regime del diritto amministrativo e una possibile riduzione di spazi per l'azione delle amministrazioni. Ciò, tuttavia, può avvenire solo entro certi limi-

¹⁴⁰ L'art. 1, comma 2, d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito nella l. 29 luglio 2021, n. 108 stabilisce che la sollecita e puntuale realizzazione degli interventi inclusi nel PNRR «assume preminente valore per l'interesse nazionale».

¹⁴¹ Per la “legificazione” dell'elenco degli impianti che ricadono nel PNIEC, v. d.l. 77/2021, conv. nella l. 108/2021. Ai sensi dell'art. 22, comma 7, d.lgs. 199/2021, invece, «le aree non incluse tra le aree idonee non possono essere dichiarate non idonee all'installazione di impianti di produzione di energia rinnovabile, in sede di pianificazione territoriale ovvero nell'ambito di singoli procedimenti, in ragione della sola mancata inclusione nel novero delle aree idonee». Un altro esempio, apparentemente minore, di “deroga” (invero discutibile) al regime ordinario si trae dal d.m. 28 settembre 2021, n. 396, contenente l'avviso relativo alla procedura selezione, di progetti finanziati con i fondi PNRR [in particolare: MISSIONE 2 (M2) Rivoluzione verde e transizione ecologica/ Componente 1 (M2C1) - Agricoltura sostenibile ed economia circolare/PNRR per l'Economia circolare/ Investimento 1.1 - Realizzazione nuovi impianti e ammodernamento di impianti esistenti]: il punto 4 statuisce che «i beni mobili e immobili, materiali ed immateriali, e le opere, previsti per l'attuazione degli interventi proposti ed oggetto del presente decreto dovranno necessariamente rimanere di proprietà pubblica», dunque creando in sostanza un nuovo regime di appartenenza pubblica necessaria e illimitata nel tempo in relazione ai fondi su cui insistono impianti di gestione dei rifiuti finanziati con fondi PNRR.

ti: come insegna l'esperienza del PNRR¹⁴², il regime del diritto amministrativo reclama le proprie ragioni posto che, una volta varate riforme e linee di intervento da parte della politica e della legge, la loro attuazione (la c.d. "messa a terra") non può prescindere dall'intervento delle amministrazioni.

Infine, circa l'altra funzione dei paradigmi (risolvere problemi), la transizione quale forma di adempimento di doveri intergenerazionali retti da uno specifico "diritto"¹⁴³ offre una cornice di principi (pur se assai generici) alla luce dei quali illuminare le politiche pubbliche e, soprattutto, sindacare, da parti delle diverse magistrature, le scelte di transizione, financo quelle consacrate nella legge.

L'applicazione del codice legittimo/legittimo alle transizioni è una prestazione essenziale per gli altri sistemi: la politica, l'economia, la scienza, la storia, l'etica.

PARTE III

Vecchie frontiere e loro assestamenti: sovranismo e globalizzazione

12. *La crisi della globalizzazione, il diritto amministrativo e il materiale regolatorio prodotto oltre le colonne d'Ercole della sovranità*

Il diritto amministrativo ha da sempre dovuto accettare e registrare "aperture" verso forme di regolazione poste al di là dei confini dello Stato¹⁴⁴, gestendo o subendo la ricaduta sul territorio nazionale delle regolazioni ultrastatali che impattano sui poteri pubblici¹⁴⁵.

Il fenomeno è legato a quello della globalizzazione (fatto storico-economico) soprattutto dei mercati, in ordine alla quale, anche alla luce delle recenti crisi e della emergente forte competizione tra Stati, nel dibattito non solo giuridico (basti citare la voce di Paul Krugman, che si unisce a un coro di critiche che a tratti appaiono tardive) si è prospettata la necessità di un profondo ripensamento. La globalizzazione giuridica, d'altro canto, difficilmente può avere un compas-

¹⁴² Si v. F. Cintioli, *Sulle riforme costituzionali e l'Amministrazione in Italia*, in www.federalismi.it, 2023, 2 e ss.

¹⁴³ Essa, come detto, unitamente alla espressione "forma della funzione", è al contempo anche luhmannianamente una "forma" dotata dell'attitudine di riunire in una sintesi varie operazioni comunicative.

¹⁴⁴ In argomento, v. G. Della Cananea, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009.

¹⁴⁵ Non interessa qui riprendere alcuni dubbi sulla metodologia di studio del diritto globale, sulla sua delimitazione e definizione, sulla sua effettiva capacità di differenziarsi in base a un proprio specifico codice e su quello che può definirsi come slittamento epistemologico (dalla descrizione dell'essere all'indicazione del dover essere): sia consentito al riguardo rinviare a F. Fracchia, *Sovranismi, globalizzazione e diritto amministrativo: sull'utilità di un approccio dialogante e a più dimensioni*, in www.federalismi.it, 2018, n. 17.

so più ampio della globalizzazione economica, essendo normalmente incapace di penetrare là dove gli scenari economici sono schermati (si pensi a Cina e Russia).

La crisi del concetto di globalizzazione è stata innescata anche dal fatto che, almeno in certe regioni del globo (si pensi al Sudamerica e, più in generale, al Sud del Mondo), essa è stata percepita come l'esito di una forma di americanizzazione e di occidentalizzazione non democratica o, comunque, come un meccanismo che crea (e che ha finto di ignorare) diseguaglianze, ingiustizie e impatti sull'ambiente. Non può sfuggire, al riguardo, che la globalizzazione e il diritto globale riflettono un approccio post-moderno, che mira a sostituirsi alle narrazioni tradizionali¹⁴⁶: anche il postmodernismo, tuttavia, non è altro che una diversa "narrazione" e consiste nella descrizione di un panorama destrutturato che, però, nasconde interessi, relazioni e obiettivi e che certamente non è neutro e indolore. Non è un caso che di globalizzazione si sia occupato il sistema della politica, collocando tendenzialmente a sinistra i difensori dell'ordine globalizzato (che andrebbe di pari passo con l'affermazione, in basso, di un forte individualismo nella società) e posizionando invece a destra i critici di questa duplice tendenza. A ogni buon conto, anche a volere ipotizzare che, abbattendo barriere e ampliando gli spazi di competizione sul mercato, essa potesse favorire la pace, la severissima risposta della storia (guerra in Ucraina) ha svelato il carattere illusorio di quella convinzione. Chi fa le spese della crisi della globalizzazione, poi, è soprattutto l'occidente globalizzato e dipendente da altri mercati, che ha reagito mettendo in campo politiche protezionistiche (come l'*Inflation Reduction Act* americano, che corrisponde alle analoghe iniziative di Cina e India) e ha focalizzato l'attenzione sulla sicurezza interna.

Più in generale, se ovviamente esistono interessi globali, si può dubitare che sussista davvero una gestione globale degli stessi o di alcuni di essi, in ragione della presenza di numerose barriere e sacche di particolarismo. L'esempio delle crisi della modernità è ancora una volta eloquente: solo una parte del diritto globale compone e ha composto la relativa cornice regolatoria, come dimostrato dalla vicenda della recente pandemia. Le risposte a quelle crisi hanno costantemente messo al centro della scena le politiche statali e le amministrazioni, riducendo gli spazi del mercato globale (PNRR e crisi energetica sono un esempio significativo di questa tendenza) e richiedendo o suscitando una produzione normativa nazionale, se non addirittura locale. Da questo punto di vista, il paradigma del diritto delle responsabilità intergenerazionali, fondato su un approccio multilivello, appare adeguato a descrivere il riflesso giuridico della risposta a quelle crisi e a quei problemi

¹⁴⁶ Tutto viene descritto come frazionato, frammentato, instabile, globalizzato ma anche delocalizzato, senza centro (spesso sostituito da reti e autorità non politicamente responsabili) o baricentro; senza territorio e sovranità; senza distinzione tra diritto privato e pubblico o tra soggetti sovrani e altri attori. V. anche quanto si dirà nel corso del paragrafo successivo circa la riconducibilità della globalizzazione a un "sistema", nonché M. Ramajoli, *A Post-Modern Administrative Law?*, in *Ius-publicum.com*, 2016, 1 e ss.

“glocali” che, appunto, esigono approcci variegati e pluridimensionali. L’accento consente di aggiungere che il diritto (oggettivo) globale, presupponendo l’assenza di confini e quindi di limiti, tende a valorizzare, quali pretese a tutela illimitata, i diritti (soggettivi) umani, fondamentali, intangibili e, appunto, privi di vincoli¹⁴⁷, che infatti, in quel contesto, si moltiplicano. Il diritto (oggettivo) delle responsabilità intergenerazionali, invece, riconosce la presenza dei confini e di limiti (responsabilità comuni ma differenziate) e li valorizza realisticamente attraverso la creazione dei doveri (art. 2 e art. 9, Cost., sviluppo sostenibile e così via).

Il sovranismo, a ogni buon conto, sta innalzando una più densa barriera alla penetrazione di materiale regolatorio non statale. Il diritto nazionale serra le fila¹⁴⁸, anche per irritazione della politica. Legato a questo tema, sussiste un ulteriore fattore che pare minare specificamente la diffusione del diritto globale, insito nel carattere medesimo che ne giustifica l’interesse e, cioè, nel suo carattere antistatale¹⁴⁹.

Si può in ogni caso discutere circa la qualificazione come amministrativo del diritto globale. I settori maggiormente interessati, infatti, sono piuttosto il diritto internazionale o parzialmente il diritto europeo: l’origine delle norme, poi, è spesso privatistica. In ogni caso, le regole globali smarriscono molte delle caratteristiche del regime del diritto amministrativo (la distinzione amministrazione-giustizia, la specificità dei principi, che sembrano piuttosto generali, se non di diritto naturale).

Quanto ai soggetti pubblici nazionali, poi, solo una parte del materiale ultrastatale risulta applicato direttamente dalle nostre amministrazioni. Molte norme, infatti, sono filtrate dal diritto interno¹⁵⁰ o sono di provenienza europea e, dunque, “atterrano” inglobandosi nel nostro ordinamento. Sviate fonti ultrastata-

¹⁴⁷ Invero, al riferimento al diritto non sempre fa seguito il riconoscimento delle pregnanti conseguenze giuridiche che assistono i nostri diritti soggettivi o, comunque, le pretese azionabili davanti a un giudice. Tale richiamo (una tipica “forma” che riduce complessità offrendo uno sguardo sul mondo) appare piuttosto riconducibile alla semantica della politica. Il caso del “diritto” all’ambiente, talora forse frettolosamente salutato come soluzione giuridica finale per i problemi ambientali, magari invocando qualche precedente emerso in contesti giuridici e culturali del tutto differenti dal nostro (in luogo di costruire – certo più faticosi – percorsi di responsabilità), è ancora una volta emblematico: quella prospettiva si basa su di un uso enfatico e poco sorvegliato della categoria (una sorta di *greenwashing* giuridico, che sembra soprattutto finalizzato a placare le coscienze), mentre, per assicurare una vera protezione, occorre continuamente dimostrare l’inadempimento di concreti doveri.

¹⁴⁸ Basti pensare alla disciplina in tema di golden powers, in cui il Governo, sulla base di «un’ampia valutazione geopolitica proiettata a scenari futuri», applica una normativa «tesa, da un lato, a preservare il Paese da possibili fattori di rischio prospetticamente rilevanti, dall’altro, e contestualmente, ad arginare iniziative di Paesi terzi potenzialmente pericolosi» (Cons. Stato, sez. IV, 14 gennaio 2023, n. 289). V., peraltro, di recente, per una lettura riduttiva della nozione di investimento estero diretto, Corte Giust. UE, seconda sezione, 13 luglio 2023, causa C-106/22, Xella Magyarország Építőanyagipari Kft. c. Innovációs és Technológiai Miniszter.

¹⁴⁹ Nello scritto già citato (F. Fracchia, *Sovranismi, globalizzazione e diritto amministrativo*, cit.) si è fatto al riguardo riferimento a una vicenda culturale che in epoca recente si è prodotta in un settore distinto (quello delle lingue), ma con caratteristiche in parte analoghe al settore giuridico: proprio l’attitudine antistatale è stata una delle cause del fallimento dell’esperanto, lingua concepita forse in una logica top-down senza riuscire né a entrare in empatia con le persone comuni, né a rispondere ai loro bisogni quotidiani.

¹⁵⁰ *Ex multis*, v. art. 13, comma 4, d.lgs. 36/2013.

li pongono eccezioni o limiti al proprio campo di applicazione o barriere rigide e talora rilevantissime, come accade nel settore dei contratti (dove il diritto ultranazionale pattizio conosce eccezioni, introduce soglie di valore e tipizza i soggetti¹⁵¹).

Dal punto di vista dei vari sub-sistemi del diritto, il materiale globale prodotto da regolatori che si collocano oltre le colonne d'Ercole dello Stato risulta attratto dal diritto tradizionale nel cui contesto sorge (internazionale), atterra o con cui interferisce (privato, amministrativo e così via), senza comportare significative modificazioni scientifiche, continuando a essere "vaghiato" secondo gli schemi concettuali propri di quei diritti.

Quel materiale, infine, potrebbe riguardare anche il diritto amministrativo nazionale, che però coglie solo quella quota di regole che si colloca nei suoi confini. Applicando la semantica del relativo regime, in sostanza, il diritto amministrativo osserva il materiale globale e se ne interessa nella misura in cui il giudice amministrativo lo consideri paradigma di legittimità e la sua giurisdizione abbracci le relative controversie. Per il resto, se ne disinteressa totalmente, anche se le regole ultrastatali dovessero esibire alcune caratteristiche affini a quelle del diritto amministrativo.

13. *Una lettura sistemica della (crisi della) globalizzazione e delle sue nuove frontiere, tra IA e responsabilità*

Il diritto ultrastatale applicabile direttamente alle amministrazioni e ai privati, dunque, è solo una parte del tutto (pur culturalmente interessante).

Se tutto ciò è vero, e pur tenendo conto di quanto osservato nel corso del paragrafo precedente sulla crisi della globalizzazione, va però aggiunto che sarebbe un errore negare l'esistenza o, meglio, distogliere l'attenzione dalle aperture dell'ordinamento (pur se parziali e circoscritte e, appunto, secondo logiche pendolari, destinate in alcuni momenti a comprimersi) ai materiali giuridici derivanti dal diritto ultranazionale. Basti porre mente al fatto che, nella crisi pandemica e nella conseguente ricostruzione, l'Europa (con la relativa importante produzione normativa) ha fatto fortunatamente sentire fortemente anche la propria voce e il proprio peso¹⁵², pur non potendo prescindere dalla cornice della sovranità dei vari Stati. Onde rendersi conto del fatto che le amministrazioni sono esposte a regole non prodotte dalle fonti tradizionali, si consideri anche la diffusione della tecnica e dell'intelligenza artificiale¹⁵³.

¹⁵¹ Per un'analisi più distesa, sia consentito rinviare a F. Fracchia, *Fonti internazionali*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019, 63 e ss.

¹⁵² Si pensi all'acquisto centralizzato dei vaccini e al Next Generation Ue.

¹⁵³ R. Ferrara, *La globalizzazione e il diritto pubblico*, in *www.federalismi.it*, 2023, n. 19, 23 e ss.

Al riguardo, richiamando quanto già osservato *supra*, par. 5, non si può non sottolineare una significativa analogia tra globalizzazione e sistema della tecnica¹⁵⁴. Anche la globalizzazione, infatti, comporta la sostituzione, rispetto a un approccio differenziale funzionale, di una forma di differenziazione centro-periferia (per esemplificare: G8-resto del mondo; BCE-Stati membri; regolatori globali, soprattutto quelli che impongono standard, contrapposti ai soggetti sovrani; organi tecnici che pretendono di definire come più attendibili risultati scientifici assunti a livello globale e sovranazionale), ove nel centro si stratificano plurime funzioni.

In prospettiva sistemica¹⁵⁵, cioè, la globalizzazione può essere considerata come la tensione verso l'emersione di un nuovo sistema o come una trasfigurazione di quello economico, profilo che, tra l'altro spiega la difficoltà di fornirne un inquadramento giuridico¹⁵⁶. Tale sistema, infatti, elabora (o ha cercato di elaborare) ruoli, modelli comportamentali, forme per ridurre la complessità¹⁵⁷ e per osservare problemi e, cioè, in sintesi, una propria chiara semantica, creando peraltro notevole latenza. Il punto è già stato sfiorato accennando alla crisi ucraina, ma merita di essere ripreso: è stato un errore ipotizzare che tutto ciò potesse soppiantare le sovranità, il sistema della politica e fornire analoghe prestazioni¹⁵⁸. Anche se circola la battuta secondo cui dove passano le carovane dei mercanti non vi sono conflitti, l'economia e il mercato non sconfiggono la guerra e, da soli, non risolvono le crisi (come dimostrato da quella energetica, conseguente alla guerra)¹⁵⁹.

Ancora in chiave sistemica, le difficoltà che attualmente incontra la globalizzazione sono specularmente suscettibili di essere colte e rappresentate come gli esiti di percorsi di disincantata decentralizzazione e di ri-differenziazione di funzioni e sistemi.

Per tornare al ragionamento di fondo, la globalizzazione si configura comunque come una componente strutturale del nostro ordinamento e della nostra storia (tra l'altro presente nel corso dei secoli), in parte indipendente dall'incremento o dal decremento del tasso di sovranismo e davvero è impensabile che essa, pur

¹⁵⁴ Conseguentemente, occorre richiamare l'esigenza che il giurista "vigili" per evitare che il sistema del diritto si ritragga a favore di un fenomeno regolatorio autonomo e che il suo studio sia ridotto a una lettura esclusivamente interdisciplinare.

¹⁵⁵ In generale, v. N. Luhmann, *Globalization or world society: how to conceive of modern society?*, in *International review of sociology*, 1997, 67 e ss.

¹⁵⁶ Sia ancora consentito rinviare a F. Fracchia, *Sovranismi, globalizzazione e diritto amministrativo*, cit.

¹⁵⁷ Tra questi vi è uno specifico *medium* linguistico privilegiato, l'inglese, che riduce la complessità, ma anche le possibilità comunicative.

¹⁵⁸ G. Amato, *Bentornato Stato, ma*, Bologna, 2022.

¹⁵⁹ I fenomeni della globalizzazione e della tecnica non sono coincidenti, anche se la prima – per così dire – si appoggia alla seconda o di essa si giova e viceversa. L'AI sembra in ogni caso una nuova frontiera (o manifestazione del fenomeno, altrove in parte recessivo) della globalizzazione, sicché gli strumenti concettuali affinati nello studio del diritto globale, ormai sedimentati, potrebbero utilmente essere impiegati per indagare quel settore dal suo interno, registrando però le sacche di resistenza opposte dal sistema del diritto (e dalla politica) che reclamano il proprio ineliminabile punto di osservazione differenziato.

subendo battute di arresto, scompaia dall'orizzonte. Anzi, va ribadito che l'esperienza recente ha mostrato come i problemi intergenerazionali della modernità siano appunto "anche" (ma certamente non solo) globali e tutti tra loro interconnessi.

Occorre in conclusione evitare un duplice errore per eccesso.

Da un lato, costituirebbe una visione eccessivamente angusta l'opzione di utilizzare il punto di vista globale quale privilegiato luogo di osservazione (anche) del diritto amministrativo. Evitando il rischio della sineddoche, il diritto globale non può diventare il "tutto" e, cioè, l'unico dato problematico che interessa il giurista: esso copre situazioni di estensione limitata e variabile nel tempo, mentre gli orizzonti di diritto domestico rimangono evidenti o prevalenti e, in certi momenti storici come l'attuale, sono destinati a dilatarsi.

D'altro lato, sarebbe altrettanto erroneo ipotizzare che la componente ultrastatale del sistema giuridico sia diventata irrilevante.

La globalizzazione (così come l'interdipendenza tra mercati – confermata dalle stime del Pil – e sistemi) non è tramontata. Occorre piuttosto prendere atto che è svanita l'illusione che quel fenomeno possa sostituirsi alla politica, così come è in crisi l'atteggiamento di generico e acritico apprezzamento nei suoi confronti o nei confronti dell'obiettivo della sfrenata apertura dei mercati.

Ciò si traduce, sul piano giuridico, nell'incremento della dimensione del tasso di responsabilità nelle scelte che hanno impatti globali (*recte*: di quella quota che ha carattere intergenerazionale) e nella necessità di impiegare, al riguardo, i principi – chi inquina (o pregiudica) paga, precauzione, prevenzione e, soprattutto, sostenibilità di quelle scelte – sopra illustrati nel corso del par. 8.

Non è un caso che le responsabilità ambientali, cristallizzate anche da materiale regolatorio non statale, in particolare da quello frutto dell'autoregolamentazione dei soggetti che operano sui mercati, penetrino ormai in modo imponente nel sistema dell'economia e condizionino in misura via via crescente i comportamenti delle imprese¹⁶⁰.

Anche in questa ipotesi, l'ambiente funge da fattore trainante e da nuovo corpus (ancorché non esclusivo) oggetto delle regole nate al di fuori dei "confini" della sovranità, pur se anch'esse sembrano destinate a venire "filtrate" da fonti europee o nazionali¹⁶¹ e, cioè, a essere ricondotte all'alveo dei tradizionali regimi di diritto.

¹⁶⁰ Si ponga mente alle regole di protezione ambientale che si applicano anche alle imprese in forza del c.d. *soft law* (devo questa indicazione a M. Allena). Sui rapporti tra ambiente e globalizzazione, v. G. Rossi, *Storicità e gradualità dell'emersione dell'interesse ambientale nella sfera giuridica*, in Id., *Diritto dell'ambiente*, V ed., Torino, 2021, 7 e ss.

¹⁶¹ Si conferma così che il c.d. diritto globale è solo una parte, pur interessante e rilevante, del "tutto-sistema del diritto".

Paesaggio, pianificazione e sviluppo sostenibile*

Paola Lombardi

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il Codice Urbani tra tutela e valorizzazione del paesaggio. – 3. La centralità della pianificazione paesaggistica nell'ottica dello sviluppo sostenibile. – 3.1. *Segue*: Piano paesaggistico e sviluppo sostenibile tra giurisprudenza costituzionale ed esperienze regionali. – 4. Paesaggio, pianificazione e riforma degli artt. 9 e 41 Cost.: qualche spunto di riflessione. – 5. Il paesaggio tra Agenda 2030 e PNRR. – 6. Conclusioni.

1. *Premessa*

Nel 1990, Beniamino Caravita, occupandosi di ambiente e delle altre nozioni ad esso contigue come quella di paesaggio, esprimeva la personale convinzione che, nel loro approfondimento, dovesse occupare un ruolo centrale e primario l'uomo, in un intreccio di diritti e doveri, individuali e collettivi, i cui profili di solidarietà, anche nell'ottica di uno sviluppo sostenibile, trovassero nuovo spazio di fronte ai motivi dell'individualismo: «se si vuole, quasi una sorta di “fondamentalismo” antropologico (dell'uomo di oggi, ma anche in nome dell'uomo di domani, delle generazioni future), da opporre ad un – inaccettabile, almeno nelle sue componenti estremistiche – “fondamentalismo” ecologico»¹.

A distanza di più di trent'anni, colpisce la grande lungimiranza di queste affermazioni, soprattutto se messe a confronto con l'attuale necessità di dare attuazione al complesso di riforme messe in gioco dal documento che incorpora la più vasta strategia di contrasto degli effetti della pandemia da Covid-19 elaborata in Italia: il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).

Per saggiare la loro perdurante attualità, il punto di osservazione che qui si propone è quello rivolto nella direzione degli strumenti di pianificazione paesaggistica.

* Il presente lavoro è destinato agli Scritti per Beniamino Caravita.

¹ B. Caravita, *Diritto pubblico dell'ambiente*, Bologna, 1990, 23-24.

Se questa costituisce materia la cui disciplina legislativa non ha subito negli ultimi anni modifiche di particolare rilievo, è forse oggi possibile analizzarla in modo differente proprio alla luce (ma non solo) di quanto è scaturito dal PNRR, soprattutto se ci si colloca in una prospettiva tradizionalmente meno indagata rispetto a quella che considera i piani paesaggistici esclusivamente come strumenti di tutela e di vincolo.

Infatti, si vuole qui fare riferimento al piano come veicolo di sviluppo: in particolare, di sviluppo sostenibile.

2. *Il Codice Urbani tra tutela e valorizzazione del paesaggio*

Il punto di partenza della riflessione non può che essere costituito dal Codice dei beni culturali e del paesaggio, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, anche conosciuto come Codice Urbani.

In esso, come del resto nella considerazione della dottrina e della giurisprudenza, la valorizzazione del paesaggio, di cui è stata nettamente affermata la distinzione rispetto alla sua tutela a partire dal d.lgs. 112/1998², appare recessiva, specie se messa a confronto sia con la valorizzazione del patrimonio culturale, che con la stessa tutela del paesaggio.

Quanto al primo profilo, all'esito della riforma del Titolo V della Costituzione, la valorizzazione del paesaggio è divenuta materia di competenza legislativa concorrente: si noti infatti come l'espressione «valorizzazione dei beni culturali ed ambientali», contenuta nell'art. 117 Cost., comma 3, venga comunemente interpretata come riferita anche alla valorizzazione dei beni «paesaggistici», riflettendo la denominazione «ambientali» quella impropria dell'ormai abrogato d.lgs. 490/1999, a suo tempo costituente il Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali³.

Tuttavia, se ai principi in materia di valorizzazione dei beni culturali il Codice del 2004 riserva un apposito capo composto da diversi articoli, alla valorizzazione dei beni paesaggistici dedica solo pochi commi⁴, per quanto ne sia stata individuata come possibile ragione giustificatrice il fatto che la valorizzazione del paesaggio «è, piuttosto che rapporto giuridico, attività materiale» e che sussiste

² Ha sottolineato come la distinzione tra tutela e valorizzazione dei beni culturali e del paesaggio risalga al sopracitato decreto legislativo, G. Corso, *Articolo 1*, in *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M. Cammelli, Bologna, 2007, 55-56.

³ L'aspetto è messo in luce da G. Severini, *La valorizzazione del paesaggio*, in *www.federalismi.it* e ripreso da M. Immordino, L. Gianì, *Art. 131*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2019, 1169.

⁴ Sul punto, L. Casini, *La valorizzazione del paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 388.

un'asimmetria di natura sostanziale tra valorizzazione dei beni culturali e valorizzazione dei beni paesaggistici che esprime, per quest'ultima, una ridotta esigenza di normazione che consegue alla tendenziale libera accessibilità per tutti del paesaggio e dei beni di cui si compone⁵.

Quanto al secondo profilo, a ben vedere collegato al primo, se si guarda all'art. 131, dedicato in generale al «Paesaggio», ci si rende conto come in esso la prospettiva prevalente resti quella della tutela, la quale, ai fini del Codice, «è volta a riconoscere, salvaguardare, e ove necessario, recuperare i valori culturali» espressi dal paesaggio (comma 4).

D'altra parte, è sulla tutela «che si gioca il potere, che cedono i diritti, che si articola il consenso. Della valorizzazione – che, ancor più che per i beni culturali, non è funzione ablatoria, riduttiva, restrittiva, ma attività mera che aggiunge e non sottrae – non si disputa»⁶.

Eppure, è proprio la valorizzazione a consentire di svolgere le riflessioni più utili all'economia di questo lavoro.

Da attuarsi comunque nel doveroso rispetto delle esigenze di tutela e conservazione del paesaggio, che la precedono, per l'art. 131, comma 5, essa deve concorrere «a promuovere lo sviluppo della cultura».

La disposizione è di particolare interesse, in quanto evidenzia come la saldatura tra cultura e paesaggio, che emerge dai primi due commi dell'art. 9 Cost., sia riferibile non solo alla tutela del paesaggio, ma anche alla sua valorizzazione, la quale, per questa via, si pone quale condizione imprescindibile di evoluzione dell'uomo e della società civile e, pertanto, si rivela funzionale a «realizzare ed elevare le attitudini della persona» in sintonia con gli art. 2 e 3 della Costituzione⁷.

E questo, in linea con quanto disposto dall'art. 6 del Codice, dedicato alla valorizzazione del patrimonio culturale, ai sensi del quale «in riferimento al paesaggio, la valorizzazione comprende altresì la riqualificazione degli immobili e delle aree sottoposti a tutela compromessi o degradati, ovvero la realizzazione di nuovi valori paesaggistici coerenti ed integrati».

Al suddetto fine «promozionale»⁸, prosegue il comma 5 dell'art. 131, le pubbliche amministrazioni che intervengono sul territorio devono in primo luogo promuovere apposite attività di conoscenza, riqualificazione e fruizione del

⁵ Considerazioni e virgolettato sono di G. Severini, *La valorizzazione del paesaggio*, cit.

⁶ Così, efficacemente, ancora G. Severini, *La valorizzazione del paesaggio*, cit.

⁷ M. Immordino, L. Giani, *Art. 131*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., 1170.

⁸ Sulla funzione promozionale della valorizzazione del paesaggio, S. Amorosino, *La valorizzazione del paesaggio e del patrimonio naturale*, in *Riv. giur. edil.*, 2009, III, 103, nonché Id., *Beni naturali energie rinnovabili paesaggio. Studi «in itinere»*, Napoli, Jovene, 2012, 37.

paesaggio, che in questo modo conferiscono alla valorizzazione un significato vicino a quello di restauro e di restituzione di valore “sottratto”⁹.

L’articolo, tuttavia, richiama anche la necessità che sia favorita e sostenuta dagli stessi soggetti la realizzazione di “nuovi” valori paesaggistici, che siano coerenti e integrati, riprendendo letteralmente la disposizione già contenuta nel citato art. 6.

Inoltre, l’art. 131 aggiunge che tali nuovi valori devono essere altresì «rispondenti a criteri di qualità e sostenibilità» (comma 6), conferendo, per questa via, alla valorizzazione un carattere “poliforme”¹⁰ che le consente di affrancarsi da una mera funzionalizzazione alle esigenze di tutela, per raggiungere la produzione anche di valore “aggiunto”.

Due sono allora le conseguenze di rilievo, direttamente collegate l’una all’altra.

Da una parte, la produzione di valore aggiunto di cui si parla, visibile ad esempio in termini di maggiore interesse alla fruizione o maggiore accessibilità di un bene paesaggistico, dovrebbe manifestarsi in un’eternità economicamente apprezzabile in termini di benessere e di sostegno nei confronti del territorio e della popolazione su di esso stanziata.

Dall’altra, nella tradizionale “dicotomia” tra tutela e valorizzazione¹¹, se la prima è riconducibile ad un’attività statica di conservazione e di cura¹², è nella seconda che più marcatamente l’attenzione per il paesaggio si colloca in una prospettiva dinamica, trasformativa, attenta agli altri interessi che necessariamente gravano sul medesimo substrato materiale¹³ e, soprattutto, funzionalizzata ad uno “sviluppo” che, stando alla lettera del Codice, deve rispettare il criterio della sostenibilità.

In un momento in cui non si avvertono solo gli effetti della pandemia, ma pure quelli di una guerra e della necessità di ridurre il consumo del suolo anche in

⁹ L. Casini, *La valorizzazione del paesaggio*, cit., 389. Sul punto anche P. Marzaro, *Paesaggio*, in *Trattato di diritto dell’ambiente*, diretto da P. Dell’Anno, E. Picozza, III, Padova, 2015, 324. Nel senso che la fruizione del paesaggio è funzionale tanto alla sua tutela, quanto alla sua valorizzazione, G. Corso, *Articolo 1*, cit., 55-56.

¹⁰ S. Amorosino, *La valorizzazione del paesaggio e del patrimonio naturale*, op. loc. cit. Su questi stessi caratteri della funzione di valorizzazione del paesaggio, M. Interlandi, C. Napolitano, *L’azione dei pubblici poteri in tema di paesaggio*, in *Diritto dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Cabiddu, N. Grasso, Torino, 2021, 248.

¹¹ Per l’approfondimento della dicotomia tra tutela e valorizzazione del paesaggio, S. foà, *Art. 131*, in *Commentario breve alle leggi in materia di urbanistica ed edilizia*, a cura di R. Ferrara, G.F. Ferrari, Padova, 2019, 1021, nonché Id., *Dalla Convenzione europea al Codice dei beni culturali e del paesaggio: obiettivi di tutela e valorizzazione*, in *Trattato di diritto dell’ambiente*, diretto da R. Ferrara, M.A. Sandulli, III. *La tutela del paesaggio*, a cura di A. Crosetti, Milano, 2014, 431 ss.

¹² M. Immordino, *Paesaggio (tutela del)*, in *Digesto disc. pubbl.*, XV, Torino, 1995, 573.

¹³ Così P. Marzaro, *Le nuove forme della tutela del paesaggio: autolimiti delle amministrazioni e proporzionalità delle scelte*, in *Riv. giur. urb.*, 2014, 113-114, che conseguentemente sottolinea l’importanza della ragionevolezza e della proporzionalità delle stesse scelte di tutela.

un'ottica di contenimento della spesa pubblica, quella di cui oggi stiamo parlando non potrà che essere una "valorizzazione sostenibile" del paesaggio¹⁴.

3. *La centralità della pianificazione paesaggistica nell'ottica dello sviluppo sostenibile*

Altre disposizioni che si rivelano utili, al fine di ricevere conferme e portare ad ulteriori conseguenze questa riflessione, sono contenute negli articoli che il Codice Urbani dedica alla pianificazione paesaggistica.

L'art. 133, dedicato alla cooperazione tra amministrazioni pubbliche per la conservazione e valorizzazione del paesaggio, chiama lo Stato e le regioni, nella definizione congiunta degli indirizzi e criteri che riguardano l'attività di pianificazione territoriale, a considerare, sempre nel rispetto delle esigenze di tutela, «anche finalità di sviluppo territoriale sostenibile» (comma 2).

Ai sensi dell'art. 135, i piani di cui si parla possono essere piani paesaggistici per così dire "puri", ovvero piani urbanistico-territoriali con specifica considerazione dei valori paesaggistici¹⁵.

L'articolo da ultimo citato, intitolato «Pianificazione paesaggistica», chiama i piani a definire, per ogni ambito individuato e delimitato in ragione delle sue peculiari caratteristiche paesaggistiche, apposite previsioni e prescrizioni orientate soprattutto nella direzione della salvaguardia e conservazione (comma 4).

Eppure, le prescrizioni dettate per la disciplina dell'uso del territorio ai fini della tutela del paesaggio sono precedute da un comma che impone alle regioni di attribuire innanzitutto ad ogni ambito, in sede di pianificazione, «adeguati obiettivi di qualità» (comma 3).

In questa sede, il legislatore utilizza un concetto non propriamente giuridico¹⁶ che rinvia alla necessità di specificare i risultati da perseguire, per ciascun ambito territoriale, in termini di miglioramento della qualità del paesaggio.

Concetto che, si noti, pur essendo anteposto alle previsioni di stretta tutela nell'art. 135, viene poi messo illogicamente in coda¹⁷ dall'art. 143 del Codice

¹⁴ L'espressione è di L. Casini, *La valorizzazione del paesaggio*, cit., 395.

¹⁵ Sulle due possibili forme dei piani paesaggistici, di recente, L. Paoli, *Formazione e gestione del Piano Paesaggistico Regionale: spunti di riflessione alla luce dell'esperienza toscana*, in *Riv. giur. urb.*, 2022, 604 ss.

¹⁶ Così S. Amorosino, *Introduzione al diritto del paesaggio*, Roma-Bari, Laterza, 2010, 171-172 e Id., *Artt. 143-145*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2019, 1289, ripresi da M.C. Colombo, F. Florian, *Il governo dei beni culturali*, in *Diritto dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Cabiddu, N. Grasso, Torino, 2021, 29. Sul punto, si veda altresì P. Lombardi, *La pianificazione paesaggistica*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, diretto da R. Ferrara, M.A. Sandulli, III. *La tutela del paesaggio*, a cura di A. Crosetti, Milano, 2014, 577.

¹⁷ Lo rileva S. Amorosino, *Artt. 143-145*, cit., 1292.

nell'elenco dei contenuti obbligatori del piano paesaggistico¹⁸, nel quale è immediatamente preceduto dalla «individuazione delle misure necessarie per il corretto inserimento, nel contesto paesaggistico, degli interventi di trasformazione del territorio, *al fine di realizzare uno sviluppo sostenibile delle aree interessate*» (art. 143, comma 1, lett. h), il corsivo è aggiunto).

Una lettura coordinata delle disposizioni richiamate consente comunque di svolgere alcune importanti riflessioni.

Si noti in primo luogo il peculiare accostamento tra le due distinte forme di pianificazione richiamate dall'art. 135: qualora (ed è in effetti l'ipotesi più diffusa)¹⁹ la regione scelga di calare la normativa a tutela del paesaggio nella pianificazione territoriale non di settore, la dimensione paesaggistica avrà immediatamente la necessità di confrontarsi con i fatti della società, dell'economia e della cultura, e con i numerosi altri interessi che insistono sul territorio.

Per questa via, il procedimento pianificatorio, «luogo elettivo di garanzia' per gli interessi sensibili coinvolti nell'uso del territorio»²⁰ opportunamente consegnato alla «sicura guida della mano pubblica»²¹, recupera nettamente una funzione di regolamentazione «globale» dello stesso, inteso quale contesto unitario di soddisfacimento delle esigenze spirituali e di lavoro delle collettività su di esso stanziate²², nel suo essere «luogo delle convivenze» tra interessi²³.

E ciò anche nella prospettiva della valorizzazione del paesaggio, che è prevista come doverosa²⁴ in sede di predisposizione di uno strumento avente il compi-

¹⁸ Si confronti infatti il comma 1 dell'art. 143, che solo all'ultima lettera del suo elenco, la i), richiama la «individuazione dei diversi ambiti e dei relativi obiettivi di qualità, a termini dell'art. 135, comma 3». Per un approfondimento dei contenuti del piano paesaggistico, tra i più recenti, S. Amoroso, *Artt. 143-145*, cit., 1284 ss., A. Crosetti, R. Ferrara, F. Fracchia, N. Olivetti Rason, *Introduzione al diritto dell'ambiente*, Roma-Bari, 2018, 301 ss. e P. Lombardi, *La pianificazione paesaggistica*, cit., 579 ss. In giurisprudenza, sugli stessi argomenti, si vedano Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisdiz., 18 marzo 2019, n. 248, in *Foro amm.*, 2019, 3, 506, Cons. St., sez. VI, 30 dicembre 2011, n. 7004, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 12, 3827 e Tar Sardegna, sez. II, 10 aprile 2009, n. 498, in *Foro amm. T.A.R.*, 2009, 4, 1263.

¹⁹ Per l'esame di alcune esperienze regionali in materia, si veda *infra* nel testo.

²⁰ P. Marzaro, *Quale piano per il futuro dell'urbanistica? O quale futuro per un giusto procedimento di pianificazione urbanistica?*, in *Studi in onore di Filippo Salvia*, a cura di G. Corso, M. Immordino, Napoli, 2023, 461-462.

²¹ M.R. Spasiano, *Riflessioni in tema di rigenerazione urbana*, in *Riv. giur. urb.*, 2022, 402.

²² M. Immordino, *Paesaggio (tutela del)*, cit., 587.

²³ Così, efficacemente, P. Marzaro, *La pianificazione paesaggistica come 'luogo di convivenze' e la centralità del procedimento nella 'duplicità' del sistema*, in *Aa.Vv., Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, III, Napoli, 2013, 1571.

²⁴ Questo profilo di doverosità è rimarcato non solo dalla dottrina (per tutti, G. Severini, *La valorizzazione del paesaggio*, cit.), ma anche dalla giurisprudenza amministrativa: in proposito, si vedano Cons. St., sez. VI, 11 gennaio 2013, n. 118, in *Foro amm. C.d.S.*, 2013, 1, 221, Tar Lazio, Roma, sez. II, 6 dicembre 2010, n. 35381, in *Foro amm. T.A.R.*, 2010, 12, 3867 e Cons. St., sez. IV, 5 luglio 2010, n. 4244, in www.giustizia-amministrativa.it.

to di definire un quadro di programmazione che coordini l'interazione tra i singoli interventi sul territorio²⁵.

Il tutto alla luce di una disciplina codicistica che, ai sensi dell'art. 145, definisce le previsioni del piano paesaggistico inderogabili da parte del sistema di pianificazione per lo sviluppo economico, cogenti e prevalenti rispetto agli strumenti urbanistici degli enti locali e, per quanto attiene specificamente alla tutela del paesaggio, alle disposizioni contenute negli atti di pianificazione ad incidenza territoriale previsti dalle normative di settore²⁶.

La normativa mette poi in evidenza un dato certamente non ultimo per ordine d'importanza: è nella pianificazione che la disciplina del paesaggio (evidentemente, anche nella prospettiva della valorizzazione) trova il suo più saldo ancoraggio alla dimensione dello sviluppo sostenibile.

3.1. Segue: *Piano paesaggistico e sviluppo sostenibile tra giurisprudenza costituzionale ed esperienze regionali*

La circostanza da ultimo evidenziata è stata, ancora di recente, messa in rilievo dalla Corte costituzionale, la quale, soprattutto al fine di proteggere la complessiva efficacia del piano paesaggistico dalla pluralità e dalla parcellizzazione degli interventi delle amministrazioni locali, ha affermato che il piano paesaggistico è strumento di ricognizione del territorio oggetto di pianificazione non solo ai fini della salvaguardia e valorizzazione dei beni paesaggistici, ma anche nell'ottica dello sviluppo sostenibile e dell'uso consapevole del suolo, in modo da poter consentire l'individuazione delle misure necessarie per il corretto inserimento, nel contesto paesaggistico, degli interventi di trasformazione del territorio²⁷.

Del collegamento tra pianificazione paesaggistica e sviluppo sostenibile si trova sicura traccia anche nella legislazione regionale.

E così, solo per fare due significativi esempi in cui una parte del piano territoriale regionale viene specificamente dedicata alla protezione del paesaggio²⁸,

²⁵ Sul piano paesaggistico come sede elettiva e idonea per definire gli interventi di valorizzazione del paesaggio, anche S. Amoroso, *Beni naturali energie rinnovabili paesaggio. Studi «in itinere»*, cit., 49 ss. e L. Casini, *La valorizzazione del paesaggio*, cit., 392.

²⁶ Ha ribadito il principio di prevalenza delle disposizioni dei piani paesaggistici su quelle contenute negli atti di pianificazione ad incidenza territoriale previste dalla normativa di settore Corte cost., 28 dicembre 2021, n. 261, in *Giur. cost.*, 2021, 2837, con nota di E. Furno, *La Corte costituzionale conferma il primato dei piani paesaggistici sulla pianificazione territoriale tra esigenze di tutela e recupero del territorio*.

²⁷ Così Corte cost., 25 luglio 2022, n. 197, in *Riv. giur. edil.*, 2022, I, 1127, Id., 28 febbraio 2022, n. 45, ivi, 334, Id., 28 dicembre 2021, n. 261, cit., Id., 23 novembre 2021, n. 219, in *Foro amm.*, 2022, II, 611 e Id., 15 aprile 2019, n. 86, in *Giur. cost.*, 2019, 1008.

²⁸ Per una recente rassegna della legislazione regionale più "virtuosa", nel senso di orientare la pianificazione paesaggistica nella direzione dello sviluppo sostenibile, E. Frediani, *Tendenze evolutive del dialogo pubbli-*

La l. rg. Emilia-Romagna 21 dicembre 2017, n. 24, recante la *Disciplina regionale sulla tutela e l'uso del territorio*, chiama le amministrazioni pubbliche, ciascuna nell'ambito della propria competenza, a contribuire alla tutela, alla valorizzazione e alla gestione "sostenibile" del paesaggio, «ritenuto componente essenziale del contesto di vita della popolazione regionale, in quanto espressione dell'identità culturale e dei valori storico testimoniali, naturali, morfologici ed estetici del territorio» (art. 62, comma 3).

Allo scopo, il piano territoriale paesistico regionale deve individuare, per ognuno dei propri ambiti paesaggistici, gli obiettivi di qualità paesaggistica ai fini della individuazione delle linee di sviluppo sostenibile del territorio, compatibilmente con i valori e i significati riconosciuti del paesaggio (art. 64, comma 5, lett. b).

Di particolare rilievo è poi la l. rg. Lombardia 11 marzo 2005, n. 12, *Legge per il governo del territorio*, che fin dal suo art. 1 richiama la necessità che il governo del territorio s'ispiri al criterio della sostenibilità, anche nel rispetto delle peculiarità storiche, culturali, naturalistiche e paesaggistiche che connotano la Lombardia, dovendo la regione definire «indirizzi di pianificazione atti a garantire processi di sviluppo sostenibili» (art. 1, comma 3, lett a).

Si tratta di principi ripresi nel successivo art. 2, il quale, nel definire come criterio caratterizzante il governo del territorio lombardo quello della «sostenibilità ambientale e, in particolare, il risparmio di risorse territoriali, ambientali ed energetiche e il riuso di materia in un'ottica di economia circolare» (comma 5, lett. c-ter), richiede che tutti gli strumenti di pianificazione territoriale siano uniformati «al criterio della sostenibilità, intesa come la garanzia di uguale possibilità di crescita del benessere dei cittadini e di salvaguardia dei diritti delle future generazioni» (comma 3).

A tal fine, in sede di valutazione ambientale dei piani, occorre che la giunta regionale individui «un sistema di indicatori di qualità che permettano la valutazione degli atti di governo del territorio in chiave di sostenibilità ambientale» (art. 4), così come il piano territoriale regionale deve definire «gli elementi costituenti limiti essenziali di salvaguardia della sostenibilità ambientale dello sviluppo socio-economico del territorio regionale» (art. 19, comma 2).

Da tutto ciò che precede, tre sono allora le conseguenze di rilievo.

In primo luogo, il principio dello sviluppo sostenibile, nato per la specifica materia ambientale e ritenuto dalla normativa codicistica pienamente appli-

cabile anche alla materia del paesaggio, rivela una particolare attitudine espansiva²⁹, anche segnando “un profilo strutturale comune” ai due blocchi di materie³⁰.

In secondo luogo, il Codice conferma una naturale “vocazione dinamica” dello strumento di piano, che si apprezza proprio nella prospettiva di uno sviluppo di cui risulta essere il vero “motore”³¹ e che si differenzia rispetto alla “staticità” del regime vincolistico, maggiormente legato ad una prospettiva conservativa.

In terzo luogo, vista nella dimensione dello sviluppo sostenibile, tende a sfumare la tradizionale dicotomia tra tutela e valorizzazione del paesaggio, che si rivelano capaci di intrattenere una virtuosa relazione di reciproco scambio, in applicazione di un diverso paradigma che parte dal presupposto per il quale la valorizzazione può essere di supporto alla tutela, specie nel suo aumentare la consapevolezza dei valori del paesaggio e, di conseguenza, il benessere della relativa popolazione³².

In sede di pianificazione paesaggistica, l’operazione più difficile che l’amministrazione dovrà compiere nell’esercizio della propria discrezionalità sarà allora quella di trovare il giusto punto di equilibrio tra tutela e sviluppo, conservazione e valorizzazione, partendo del presupposto che il «collegamento tra protezione del paesaggio e valori economici non deve tuttavia essere inteso come giustificazione di una recessione “in misura accettabile” del primo rispetto ai secondi»³³.

4. *Paesaggio, pianificazione e riforma degli artt. 9 e 41 Cost.: qualche spunto di riflessione*

La considerazione delle scelte di piano, poste a confronto con i fatti dell’economia e della società, porta a rivolgere brevemente l’attenzione, nella prospettiva della pianificazione, alla riforma degli artt. 9 e 41 Cost. introdotta dalla l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1.

²⁹ Sul punto, anche al di fuori dello specifico contesto paesaggistico, di recente, F. Fracchia, S. Vernile, *Lo sviluppo sostenibile oltre il diritto ambientale*, in *Le regioni*, 2022, spec. 14 ss., nonché F. Fracchia, *Decider(c) per la morte: interpretare il presente con il paradigma delle relazioni intergenerazionali nutrite di solidarietà*, in questa *Rivista*, Numero speciale - aprile 2023, 11 ss.

³⁰ Così E. Boscolo, *Il (nuovo) paesaggio: tutela, gestione e recupero di un bene comune*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, I, Napoli, 2020, 436-437. Sui principi per la tutela dell’ambiente, sempre attuale risulta lo scritto di R. Ferrara, *i principi comunitari della tutela dell’ambiente*, in *La tutela dell’ambiente*, a cura di R. Ferrara, Torino, 2006, 1 ss.

³¹ Sul piano paesaggistico come strumento di sviluppo sostenibile delle aree interessate, P. Lombardi, art. 143, in *Commentario breve alle leggi in materia di urbanistica ed edilizia*, a cura di R. Ferrara, G.F. Ferrari, Padova, W2019, 1073.

³² C. Vitale, M. Cerquetti, C. Nanni, *Il Parco tematico di Mutonia a Santarcangelo di Romagna. Valorizzazione del paesaggio, gestione di beni comuni e sviluppo dei territori: una lettura in prospettiva giuridico-manageriale*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2019, 1059.

³³ Così Tar Sardegna, sez. II, 12 novembre 2007, n. 2048, in *Foro amm. T.A.R.*, 2007, 11, 3626.

È interessante notare che, a fronte dell'inserimento, tra i principi fondamentali di cui all'art. 9, della tutela dell'ambiente accanto alla già prevista tutela del paesaggio, il revisionato art. 41, per il quale oggi l'iniziativa economica non può svolgersi in modo da recare danno non solo alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana, ma anche alla salute e all'ambiente, non recupera una simmetria analoga in favore del paesaggio.

La dottrina che ha rilevato questa circostanza ne ricava come conseguenza il rischio che la tutela del paesaggio in Costituzione, paragonata al risalto ormai conferito all'ambiente, possa ora leggersi riduttivamente, perché «non indirizzata alla massima soddisfazione, o al minor sacrificio, nel confronto con altri interessi pubblici presenti nella stessa fonte superprimaria»³⁴.

Non solo. È stato altresì rilevato come un altro rischio possa essere quello che il paesaggio resti un concetto così evanescente da non riuscire a confrontarsi con l'attuale transizione ecologica, di cui sarebbe invece evidente l'orientamento verso un obiettivo di sviluppo «fondato solo sul profitto e sul potere», anziché sull'uomo e sul suo rapporto con la natura³⁵.

In verità, e lasciando sullo sfondo il non ancora sopito dibattito relativo alla possibilità di affermare che quello ambientale sia ormai divenuto un interesse «tiranno»³⁶, appare plausibile una diversa lettura della relazione oggi intercorrente tra ambiente e paesaggio nella prospettiva dell'art. 41 Cost.

Non sembra infatti possibile escludere che, proprio rafforzando il valore della tutela dell'ambiente nel confronto con l'iniziativa economica, la riforma abbia piuttosto dato vigore alla stessa protezione del paesaggio, allungando su di essa il mantello protettivo fornito all'ambiente all'interno di un doveroso bilanciamento tra interessi che, così come oggi imposto dal suddetto articolo, dovrà essere svolto non solo dal Parlamento in fase legislativa, ma anche dalla Corte costituzionale in sede di controllo di legittimità³⁷.

Con una conseguenza molto rilevante.

L'esito di questo delicato bilanciamento di interessi, all'interno del quale il principio dello sviluppo sostenibile dovrà evidentemente svolgere il rinnovato ruolo che gli è stato conferito dalla Costituzione, si dovrà successivamente river-

³⁴ Così M. Gola, *Paesaggio e dintorni*, in *Scritti in onore di Maria Immordino*, II, Napoli, 2022, 1664-1665.

³⁵ G.M. Flick, *L'articolo 9 della Costituzione oggi: dalla convivenza alla sopravvivenza*, in www.federalismi.it.

³⁶ Su questo dibattito, si rinvia alle riflessioni che chi scrive ha svolto in *Ambiente e generazioni future: la dimensione temporale della solidarietà*, in www.federalismi.it.

³⁷ Sul bilanciamento d'interessi oggi imposto dall'art. 41 Cost., si vedano G. Azzariti, *Appunto per l'audizione presso la Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica del 16 gennaio 2020 – Modifica articolo 9 della Costituzione*, in *Rivista AIC*, f. 2020, 1, pp. 71-72 e L. Casseti, *Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di "nuovi" equilibri tra iniziative economica privata e ambiente*, in www.federalismi.it.

sare all'interno delle scelte contenute negli atti di pianificazione aventi incidenza territoriale³⁸, in relazione alle quali l'amministrazione dovrà fornire una motivazione inevitabilmente più circostanziata rispetto al passato.

Infatti, posto che sempre più di frequente la stessa è chiamata dalle leggi, anche regionali, a fare una rigorosa applicazione del suddetto principio, altrettanto rigorosa dovrà essere, all'interno del procedimento di formazione del piano, l'applicazione dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza delle scelte, con tutto ciò che ne consegue in relazione all'estensione del sindacato che il giudice amministrativo fosse chiamato a svolgere su di esse.

Del resto, va evidenziato come, proprio a seguito della riforma costituzionale, stia emergendo una particolare sensibilità dei giudici amministrativi nei confronti degli interventi volti a realizzare lo sviluppo sostenibile, che li portano a richiedere una motivazione "rafforzata" delle decisioni aventi una diretta incidenza sul paesaggio ed a condurre una più approfondita analisi sull'applicazione dei parametri di ragionevolezza che supportano l'amministrazione nel temperamento degli interessi.

Per questa via pare potersi sostenere che, in giurisprudenza, stia progressivamente prendendo forma una sorta di priorità logica delle ragioni che sostengono iniziative in grado di favorire la transizione ecologica³⁹.

Priorità che, si vuol qui precisare, non sono certamente poste al servizio di una concezione assolutizzante della protezione del paesaggio, ma sono unicamente rivolte ad implementare la ragionevolezza delle scelte dell'amministrazione nell'era della transizione ecologica.

Emblematica, in questo senso, è la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167⁴⁰, successivamente ripresa e pienamente condivisa da T.a.r. Molise, sez. I, 27 ottobre 2022, n. 392⁴¹, pronunciata in materia di rapporto tra paesaggio ed impianti di energia da fonti rinnovabili proprio alla luce della riforma degli art. 9 e 41 Cost.

A fronte della decisione dell'Amministrazione dei beni culturali di impedire la realizzazione di impianti di produzione di energia eolica al fine della tutela culturale delle adiacenti croci votive e viarie collocate lungo il crinale di confine tra due comuni del Molise, il giudice amministrativo di secondo grado ha osservato che «l'interesse pubblico alla tutela del patrimonio culturale non ha, nel caso con-

³⁸ Sull'impatto della riforma costituzionale sulle scelte pianificatorie, anche G. Di Fiore, *La costituzionalizzazione della tutela dell'ambiente: luci e ombre in una riflessione ancora "a caldo"*, in *Scritti in onore di Maria Immordino*, II, Napoli, 2022, 1214 ss.

³⁹ Sul punto, si vedano le considerazioni di S. Valaguzza, *L'ambiente da valore a principio (costituzionale)*, in *Riv. giur. amb.*, 2022, 1035 ss.

⁴⁰ In *Riv. giur. edil.*, 2022, I, 1480 ss.

⁴¹ In *www.giustizia-amministrativa.it*.

creto, il peso e l'urgenza per sacrificare interamente l'interesse ambientale indifferibile della transizione ecologica, la quale comporta la trasformazione del sistema produttivo in un modello più sostenibile che renda meno dannosi per l'ambiente la produzione di energia, la produzione industriale e, in generale, lo stile di vita delle persone». E questo in considerazione del fatto che «la recente legge di riforma costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1, nell'accostare dialetticamente la tutela dell'ambiente con il valore dell'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), segna il superamento del bilanciamento tra valori contrapposti all'insegna di una nuova assiologia compositiva».

Per tornare comunque al tema della pianificazione paesaggistica, che qui ci occupa, quello che sembra in ogni caso possibile ricavare da tutto ciò che precede è l'assoluta rilevanza strategica della dimensione territoriale delle scelte, la quale, se non induce propriamente a predicare l'inefficacia della dimensione pianificatoria di area vasta nella prospettiva della tutela del paesaggio, per la troppo ampia schiera d'interessi che oggi è necessario considerare, porta quanto meno ad attribuire alla delimitazione degli "ambiti paesaggistici" di pianificazione, ed all'attività conoscitiva ad essa prodromica, un ruolo centrale.

5. *Il paesaggio tra Agenda 2030 e PNRR*

Ragionare sul paesaggio in un'ottica di sviluppo sostenibile significa riflettere sul documento che, allo stato attuale, costituisce la più significativa espressione del nuovo approccio globale ai problemi della sostenibilità: l'Agenda 2030, approvata dalle Nazioni Unite nel 2015⁴².

Se, come ha recentemente scritto l'Alleanza Italiana per lo Sviluppo Sostenibile (ASviS) nel suo Rapporto sui Territori 2022, i territori «possono e devono essere promotori di un cambiamento di paradigma in un momento storico che ha mostrato ripetutamente la fragilità del sistema socioeconomico in cui viviamo»⁴³, l'attenzione va rivolta, in particolare, all'undicesimo Obiettivo dell'Agenda, intitolato «Città e comunità sostenibili», volto a «Rendere le città e gli insediamenti umani inclusivi, sicuri, duraturi e sostenibili».

In esso, il Target n. 3 richiama la necessità di «aumentare l'urbanizzazione inclusiva e sostenibile e la capacità di pianificazione e gestione partecipata e integra-

⁴² Per un approfondimento di questo documento, soprattutto nella prospettiva degli obiettivi e target che di esso si vogliono analizzare in questa sede, P. Lombardi, *Riflessioni sul diritto all'abitazione tra Carta sociale europea, Corte costituzionale e PNRR*, in www.federalismi.it.

⁴³ ASviS, *I territori e gli Obiettivi di sviluppo sostenibile*, pubblicato il 2 dicembre 2022 in www.asvis.it.

ta dell'insediamento umano», mentre il Target n. 4 richiede di «Rafforzare gli impegni per proteggere e salvaguardare il patrimonio culturale e naturale del mondo».

Partendo da quest'ultimo Target, si noti come esso costituisca l'unica sede in cui il suddetto patrimonio viene richiamato dall'Agenda, in una prospettiva eminentemente di protezione che qui è pensata non come "fine", ma come "mezzo", un mezzo che serve per la realizzazione di un obiettivo tutto incentrato sull'insediamento umano, nel senso di renderlo duraturo e sostenibile.

Una disciplina del paesaggio, dunque, la cui efficacia passa necessariamente attraverso la sua configurazione quale disciplina dell'ambiente sia urbano che naturale⁴⁴.

Il Target n. 3 fornisce invece utili indicazioni sulle caratteristiche che deve avere un sistema di pianificazione che sia realmente al servizio di un insediamento umano sostenibile: volgendo questa volta lo sguardo nella direzione dello sviluppo del territorio, esso valorizza una gestione, non solo partecipata, ma anche "integrata" dell'insediamento stesso.

Molto interessante è il fatto che il Rapporto sui Territori 2022 ribadisca quanto ASviS abbia più volte sostenuto nei propri documenti pubblicati nel medesimo anno⁴⁵: la realizzazione del Target da ultimo indicato è strettamente legata alla "Strategia nazionale delle *Green Community*", introdotta dall'art. 72 della legge n. 221/2015 sulla *Green Economy*, di cui peraltro l'Alleanza lamenta una scarsa attuazione nel primo settennio di sperimentazione anche con riferimento all'adozione dell'Agenda per lo sviluppo sostenibile delle aree interne e della montagna, già segnalata come necessaria nel Rapporto sui Territori 2021.

Pur in mancanza di una definizione normativa di "comunità verde"⁴⁶, la strategia guarda al territorio inteso come espressione di assetti antropologici⁴⁷, individuando «il valore dei territori rurali e di montagna che intendono sfruttare in modo equilibrato le risorse principali di cui dispongono, tra cui in primo luogo acqua, boschi e paesaggio, e aprire un nuovo rapporto sussidiario e di scambio con le comunità urbane e metropolitane» (art. 72, comma 2).

A questa strategia ha dedicato specifica attenzione il PNRR.

Partendo dal presupposto che l'Italia ha un patrimonio unico da proteggere, costituito da un ecosistema naturale, agricolo e di biodiversità che rappresenta l'elemento distintivo dell'identità, cultura, storia e dello sviluppo economico

⁴⁴ G.F. Cartei, *Autonomia locale e pianificazione del paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 743.

⁴⁵ Il riferimento è ad ASviS, *Il Piano nazionale di Ripresa e Resilienza, la Legge di Bilancio 2022 e lo sviluppo sostenibile*, pubblicato il 17 marzo 2022 e a Id., *L'Italia e gli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile*, pubblicato il 20 settembre 2022, entrambi in www.asvis.it.

⁴⁶ La circostanza è sottolineata da A. Di Cagno, *Le Green Communities: spunti per una ricostruzione giuridica e prospettive di attuazione tra pubblico e privato*, in www.ambientediritto.it, utile anche per un tentativo di individuazione della natura giuridica delle comunità verdi.

⁴⁷ Su questa visione del territorio, M.R. Spasiano, *Riflessioni in tema di rigenerazione urbana*, cit., 401.

presente e futuro, il Piano, nella sua “Missione 2: Rivoluzione verde e transizione ecologica”, ha previsto una Componente 1, intitolata “Agricoltura sostenibile ed economia circolare”, la quale, nello specifico ambito dedicato allo sviluppo di “progetti integrati” (M2C1.3), ha destinato alle *Green Communities*, nel numero complessivo di 30⁴⁸, 0,14 miliardi di euro⁴⁹ (Investimento 3.2).

Allo scopo, l’investimento intende fornire alle suddette comunità locali supporto nella elaborazione e attuazione di “piani di sviluppo sostenibili” sia da un punto di vista ambientale, che economico-sociale.

Si noti in primo luogo la centralità conferita alla pianificazione, che per di più viene rapportata alla dimensione “locale”, a conferma di quanto si è già in precedenza rilevato in riferimento agli ambiti territoriali ottimali d’intervento.

In secondo luogo, viene recuperata nel PNRR la prospettiva già emersa in Agenda 2030: il paesaggio non è tanto considerato come valore da proteggere in sé, ma come strumento che deve comunque essere al servizio di una comunità o di un insediamento abitativo, di cui va garantita una gestione “integrata” al fine di migliorare le condizioni di vita della popolazione, anche in termini di maggiore attrattività e competitività dei territori.

Detto in altre parole, riemerge la necessità, già evidenziata dalle disposizioni del Codice Urbani, che l’intervento sul paesaggio, attuato mediante lo strumento di piano, produca un valore aggiunto per il territorio e la sua popolazione.

6. Conclusioni

Secondo il Rapporto 2022 dell’Istituto Nazionale di Statistica sul Bes (Benessere equo e sostenibile) in Italia⁵⁰, l’Italia conserva il primato nella Lista del Patrimonio mondiale dell’Unesco.

Il documento tuttavia segnala con preoccupazione il fatto che l’Italia sia un Paese che destina solo l’1,3 per mille del proprio PIL per paesaggio e patrimonio culturale, per di più secondo una tendenza complessivamente discendente nell’ultimo decennio considerato, benché sia il Paese dell’Unione europea che spende di più per la protezione della biodiversità e del paesaggio.

Interessante è il fatto che il Rapporto Bes dello scorso anno⁵¹ abbia salutato con favore la modifica della Costituzione cui più sopra si è fatto cenno, sostenendo come essa rappresenti un sicuro passo nella direzione di un approccio “inte-

⁴⁸ Sul punto, si veda il decreto del Ministro degli Affari regionali e delle autonomie del 30 marzo 2022, che ha individuato tre progetti pilota come modello per la selezione delle trenta previste comunità.

⁴⁹ Il dato è aggiornato al 29 agosto 2023.

⁵⁰ ISTAT, *Rapporto Bes 2022*, pubblicato il 20 aprile 2023 in www.istat.it.

⁵¹ ISTAT, *Rapporto Bes 2021*, pubblicato il 21 aprile 2022 in www.istat.it.

grato” allo sviluppo sostenibile: «in questo approccio, che deve ora concretizzarsi nella prassi della pianificazione a tutti i livelli, il paesaggio – prodotto dell’interazione tra natura e cultura – diventa la categoria più utile e funzionale per la lettura del territorio: non più un catalogo di vincoli ma la matrice nella quale vanno collocati gli interventi e rispetto alla quale va valutata la loro sostenibilità»⁵².

Queste affermazioni colpiscono se messe a confronto con quella dottrina che ha giustamente rilevato come l’intervento di revisione costituzionale avrebbe dovuto affermare formalmente il principio di integrazione delle esigenze di protezione dell’ambiente in tutte le politiche ed azioni pubbliche, nel suo essere funzionale allo scopo di favorire il dialogo tra le ragioni dell’ecologia e quelle dell’economia⁵³.

In ogni caso, per tornare al punto dal quale si era partiti, vale a dire la pianificazione paesaggistica, le indicazioni che derivano dalle riflessioni sin qui svolte sono nel senso che essa diventa veicolo di sviluppo nella misura in cui si orienti verso scelte sostenibili, dando significato alla visione, marcatamente antropocentrica del principio dello sviluppo sostenibile⁵⁴, che nel 1990 emergeva dalle pagine del Manuale di Beniamino Caravita.

La sostenibilità, non solo ambientale, ma anche economica, viene chiaramente riconosciuta come principio che deve guidare la pianificazione, colorando di ulteriore significato la ragionevolezza e la proporzionalità delle scelte che essa implica.

Questo pare condurre ad un’importante conclusione.

Probabilmente, è lo stesso regime vincolistico a dover essere ripensato alla luce di quanto precede, poiché la conservazione del paesaggio ne richiede oggi, più che mai, una gestione attiva, che rispetti quanto meno due coordinate fondamentali: in primo luogo, e come l’esempio delle *Green Communities* dimostra, il necessario coinvolgimento della società civile presente sul territorio, il cui benessere verrà evidentemente aumentato senza costi aggiuntivi anche attraverso la maggiore consapevolezza dei valori con cui convive.

⁵² ISTAT, *op. ult. cit.*, 161.

⁵³ Sul principio d’integrazione e sulla sua assenza nella Costituzione revisionata, si rinvia alle riflessioni svolte da R. Ferrara, *Il cambiamento climatico e il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR): un’introduzione al tema*, in *Dir. soc.*, 2021, 278, Id., *La tutela dell’ambiente e il principio di integrazione: tra mito e realtà*, in *Riv. giur. urb.*, 2021, 14 ss. e Id., *Agricoltura e ambiente: è solo un problema di sostenibilità?*, in *Studi in onore di Carlo Emanuele Gallo*, a cura di M. Andreis, G. Crepaldi, S. Foà, R. Morzenti Pellegrini, M. Ricciardo Calderaro, Torino, 2023, 297 ss.

⁵⁴ F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell’altro tra protezione dell’ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010, *passim*, spec. 126 ss. Più di recente, per l’approfondimento in chiave antropocentrica di questo principio, F. Fracchia, S. Vernile, *Lo sviluppo sostenibile oltre il diritto ambientale*, cit., 15 ss. utile anche per la disamina di alcune leggi regionali che, in materia ambientale ma non solo, hanno dato rilievo al principio dello sviluppo sostenibile in una prospettiva nettamente antropocentrica, con considerazioni riferite in particolare ad aspetti economici e sociali (34 ss.).

In secondo luogo, un'adeguata attività conoscitiva del territorio, svolta anche – se non soprattutto – in prospettiva multidisciplinare: se i fatti dell'ambiente, dell'economia e della società sono oggi più che mai destinati a confrontarsi, quella stessa conoscenza che, a ben vedere è presupposta dalla elaborazione di un buono strumento di pianificazione paesaggistica, richiederà inevitabilmente il confronto dei relativi saperi⁵⁵.

Un confronto che si gioca, per l'appunto, nella prospettiva dell'integrazione.

E si tratta di un'integrazione che, a ben vedere, va operata innanzitutto tra tutela e valorizzazione del paesaggio sotto la guida del principio dello sviluppo sostenibile, la cui corretta applicazione rivela che il beneficio che i due possono trarre, in realtà, non è unidirezionale, bensì reciproco.

⁵⁵ Sul punto, si rinvia alle considerazioni di M.R. Spasiano, *Il diritto amministrativo nell'era della transdisciplinarietà*, in *Dir. soc.*, 2021, 657 ss.

Paola Lombardi - Abstract

Paesaggio, pianificazione e sviluppo sostenibile

Lo scritto prende in considerazione il paesaggio dal punto di vista della sua valorizzazione e degli strumenti della sua pianificazione. Se questa costituisce materia la cui disciplina legislativa non ha subito negli ultimi anni modifiche di particolare rilievo, è forse oggi possibile analizzarla in modo differente alla luce di quanto è scaturito dal PNRR, soprattutto se ci si colloca in una prospettiva tradizionalmente meno indagata rispetto a quella che considera i piani paesaggistici esclusivamente come strumenti di tutela e di vincolo. Infatti, si vuole qui fare riferimento al piano come veicolo di sviluppo: in particolare, di sviluppo sostenibile.

Landscape, Planning and Sustainable Development

The paper takes into consideration the Landscape by its enhancement and Landscape Planning.

If this is a matter whose recently legislative framework has not undergone significant changes, maybe today it is possible to analyze it in a different way, especially in the light of what has emerged from the PNRR.

The perspective of this essay is traditionally less investigated than the one that considers Landscape Plans exclusively as instruments of protection. In fact, the essay wants to refer to the Plan as a vehicle of Development: in particular, of Sustainable Development.

Profili finanziari dell'autonomia differenziata: criticità connesse alla definizione dei c.d. Lep e ai meccanismi di finanziamento delle funzioni trasferite *

Danilo Pappano

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il contesto di inattuazione del sistema di finanziamento delle funzioni delle autonomie territoriali delineato dalla legge n. 42/2009 in cui si inserisce il disegno di legge di attuazione dell'art. 116 c. 3, Cost. – 3. Le disposizioni relative ai profili finanziari dell'autonomia differenziata nel disegno di legge di attuazione dell'art. 116 c. 3, Cost. – 4. L'equivoco dei c.d. Lep nel processo di attuazione dell'art. 116 c. 3, Cost.: *nomen «non» est consequentia rerum*. – 5. Alcune criticità nella determinazione dei fabbisogni standard relativi ai c.d. Lep. – 6. Alcune criticità nelle modalità di finanziamento a regime previste nel disegno di legge per le funzioni trasferite *ex art.* 116 c. 3, Cost. – 7. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

L'art. 116 c. 3 della Costituzione prevede, come noto, che le regioni a statuto ordinario possono ottenere «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» con riguardo a tutte le venti materie di legislazione concorrente previste dall'art. 117 c. 3 della Costituzione e ad alcune delle materie di legislazione esclusiva statale previste dal comma 2, e in particolare alle «norme generali sull'istruzione» (lett. n), all'organizzazione della giustizia di pace (lett. l), e alla «tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e della tutela dei beni culturali» (lett. s).

L'attribuzione avviene «con legge statale, su iniziativa della regione interessata, sentiti gli enti locali. La legge è approvata dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti, sulla base di un'intesa tra lo Stato e la regione interessata». La disposizione precisa che l'attribuzione avviene «nel rispetto dei principi di cui

* Il lavoro rielabora la relazione tenuta al convegno «Autonomia differenziata. Work in progress», svoltosi presso l'Università della Calabria il 17 marzo 2023.

all'articolo 119 della Costituzione» che, come noto, riguarda l'autonomia finanziaria di entrata e di spesa di regioni, province, città metropolitane e comuni.

La scarna disciplina dell'art. 116 c. 3 della Costituzione ha posto numerose questioni interpretative. La dottrina si è interrogata a partire dalla delimitazione stessa della dimensione del trasferimento di funzioni che sarebbe consentito dalla disposizione. Una interpretazione letterale, infatti, non escluderebbe che tutte le quindici regioni a statuto ordinario possano richiedere e ottenere le condizioni particolari di autonomia in tutte le ventitré materie previste. Si tratterebbe però di una interpretazione eccessivamente estensiva incompatibile con l'esigenza di unitarietà del sistema, perché, come da più parti evidenziato, l'art. 116 c. 3 non può diventare un modello di distribuzione delle funzioni tra Stato e regioni parallelo a quello generale previsto dagli articoli 117 e 118 della Costituzione, ma si pone piuttosto come uno strumento speciale diretto ad intercettare e valorizzare specificità locali in una sorta di «differenziazione a margine»¹ nel quadro generale dell'assetto delle competenze².

Ulteriori questioni hanno riguardato poi come noto gli aspetti procedurali perché il procedimento da seguire è solo sommariamente disciplinato nell'articolo 116 c. 3, e gli aspetti finanziari legati al finanziamento delle funzioni, perché sul punto la disposizione si limita a prevedere che l'operazione di trasferimento avvenga nel rispetto dei principi previsti dall'art. 119 della Costituzione.

¹ L'espressione è di A. Petretto, utilizzata nella sua audizione presso la Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale in data 12 giugno 2019 in occasione dei percorsi di autonomia avviati da Lombardia, Veneto ed Emilia Romagna, che avevano portato all'approvazione nel febbraio del 2018 delle intese preliminari, c.d. pre-intese (resoconto stenografico disponibile all'indirizzo http://documenti.camera.it/leg18/resoconti/commissioni/stenografici/html/62/audiz2/audizione/2019/06/12/indice_stenografico.0014.html).

² Alla base dell'art. 116 c. 3 «l'idea non è che le regioni possono avere tutte le ventitré materie di maggiore autonomia, ma che ne abbiano alcune, soprattutto differenziandole in base alla tipicità dei territori», così A. Celotto, *Indagine conoscitiva sul processo di attuazione del regionalismo differenziato ai sensi dell'art. 116, terzo comma, della Costituzione* (pag. 4, resoconto seduta n. 4 del 9 maggio 2019, disponibile all'indirizzo http://documenti.camera.it/leg18/resoconti/commissioni/stenografici/pdf/23/indag/c23_regioni/2019/05/09/leg.18.stencomm.data20190509.U1.com23.indag.c23_regioni.0004.pdf). Nello stesso senso A.M. Giuffrè secondo cui l'art. 116 c. 3 «non è stato redatto e pensato per consentire una richiesta in blocco di autonomia differenziata in tutte le materie previste» perché le regioni richiedenti diventerebbero così nella sostanza «regioni a statuto speciale». Ne deriverebbe che la quesizione non sarebbe più di attuazione dell'art. 116 c. 3, ma piuttosto di modifica della Costituzione ex art.138 (p. 15, resoconto seduta n. 1 del 1° aprile /2019, disponibile all'indirizzo http://documenti.camera.it/leg18/resoconti/commissioni/stenografici/pdf/23/indag/c23_regioni/2019/04/01/leg.18.stencomm.data20190401.U1.com23.indag.c23_regioni.0001.pdf). L'impossibilità di equiparare l'autonomia differenziata a quella delle regioni a statuto speciale, o anche di considerarla un *tertium genus* che si aggiunge a quella ordinaria o speciale, è sottolineata da E.M. Marengi, *Principi e metodi del regionalismo differenziato*, in Aa.Vv., *Diritto amministrativo e società civile*, vol. III, Bologna, 2020, 48, il quale sottolinea che «la previsione dell'art. 116 non è senza limiti. Essa va letta, per i contenuti e gli obiettivi ordinamentali programmati, in relazione ai principi costituzionali interdipendenti e connessi espressi dagli artt. 5, 117, 118, 119, 120 Cost.».

Quanto agli aspetti procedurali ci si è chiesto, ad esempio, a chi spetta l'iniziativa³, in cosa consiste la consultazione degli enti locali e quale è la sua valenza⁴; se vi è un obbligo di avvio dei negoziati o di concludere l'intesa⁵; chi sono i soggetti che conducono i negoziati⁶; a chi spetta l'iniziativa legislativa diretta all'adozione della legge di approvazione dell'intesa⁷; quali sono i contenuti del disegno di legge; se l'attribuzione di particolari condizioni di autonomia può essere a termine⁸; se, infine, l'intesa è modificabile dal Parlamento in sede di approvazione e se una legge successiva può modificare la legge di approvazione dell'intesa⁹.

³ L'iniziativa è rivolta al Presidente del Consiglio dei ministri e al Ministro per gli affari regionali (art. 1, comma 571, della legge n. 147 del 2013 - legge di stabilità 2014) da parte della regione interessata che nell'ambito della propria autonomia statutaria e legislativa individua l'organo competente all'avvio del procedimento per il regionalismo differenziato. In Lombardia, Veneto ed in Emilia-Romagna la competenza è affidata al Consiglio regionale. L'art. 2 c. 1 del disegno di legge di attuazione dell'autonomia differenziata approvato il 16 marzo 2023 conferma nella sostanza la soluzione indicata.

⁴ Poiché la disposizione non indica gli enti locali da coinvolgere, anche in questo caso la soluzione è rimessa all'autonomia regionale. Nei percorsi avviati nel 2017 da Lombardia e Veneto, si è sottoposta la decisione a referendum consultivo. In ogni caso, lo strumento di raccordo istituzionale potrebbe essere, dove istituito, il Consiglio delle autonomie locali definito dall'art. 123, ultimo comma, della Costituzione, «organo di consultazione fra la regione e gli enti locali». Ulteriori punti controversi riguardano la natura del parere e il momento in cui va richiesto. Sul primo punto, la Regione è tenuta alla consultazione, ma il parere non è da ritenersi vincolante; sul secondo punto, il momento della richiesta è rimesso alla discrezionalità del legislatore ma non oltre la sottoscrizione dell'intesa, quando non sono più possibili modifiche, e ragionevolmente, anche se in questo caso non obbligatoriamente, prima della formulazione della proposta.

⁵ Quanto all'obbligo di avvio dei negoziati ai fini dell'intesa, che non è previsto dalla Costituzione, l'articolo 1, c. 571, della legge n. 147/2013 ha imposto al Governo di attivarsi sulle iniziative delle regioni nel termine di 60 giorni dal loro ricevimento; tuttavia, deve ritenersi che non sussiste alcun obbligo di conclusione dell'intesa. Il citato disegno di legge di attuazione dell'art. 116 c. 3 della Costituzione conferma l'obbligo di avvio dei negoziati e stabilisce che il Presidente del Consiglio (o il Ministro per gli affari regionali e le autonomie) «avvia il negoziato con la regione richiedente» diretto alla conclusione dell'intesa dopo aver acquisito entro trenta giorni la valutazione dei Ministri competenti per materia e del MEF, e che, decorso tale termine infruttuosamente, «avvia comunque il negoziato» (nella disposizione, l'art. 2 c. 1, si usa l'indicativo).

⁶ Quanto ai soggetti che conducono i negoziati, per lo Stato il soggetto individuato dalla legge è il Governo che, come si è detto, è tenuto ad attivarsi sulle iniziative delle regioni; per la regione, il soggetto competente è individuato dalla singola regione nella sua autonomia.

⁷ La presentazione alle Camere del disegno di legge di approvazione dell'intesa si ritiene spettare al Governo, ma anche alla regione interessata nel rispetto del principio di leale collaborazione. Peraltro non potrebbe escludersi, nel silenzio dell'art. 116, c. 3, l'iniziativa di altri soggetti legittimati all'iniziativa legislativa, mediante ad esempio, un disegno di legge di iniziativa popolare. Il citato disegno di legge di attuazione dell'art. 116 c. 3 della Costituzione limita l'iniziativa legislativa al Governo ma coinvolge nella decisione la Regione interessata, perché prevede che «con lo schema di intesa definitivo, il Consiglio dei ministri [...] delibera un disegno di legge di approvazione dell'intesa, che vi è allegata. Alla seduta del Consiglio dei Ministri per l'esame dello schema di disegno di legge e dello schema di intesa definitivo partecipa il Presidente della Giunta regionale» (art. 2 c. 6).

⁸ Non vi sono dubbi in dottrina, sulla possibilità che il disegno di legge preveda l'attribuzione di forme e condizioni particolari di autonomia per un determinato periodo di tempo soprattutto al fine di valutarne l'efficacia. Il citato disegno di legge di attuazione dell'art. 116 c. 3 della Costituzione prevede che «l'intesa [...] indica la propria durata, comunque non superiore a 10 anni» (art. 7 c. 1), e che alla scadenza del termine di durata, l'intesa si intende rinnovata per un uguale periodo, salvo diversa volontà dello Stato o della regione, manifestata almeno dodici mesi prima della scadenza (art. 7 c. 2).

⁹ L'art. 116 c. 3, Cost. prevede che la legge sia approvata «sulla base di intese fra lo Stato e la regione interessata», e ciò dovrebbe escludere che essa possa prescindere dai contenuti dell'intesa, o che si possa procedere

Quanto ai profili finanziari, fermi restando il rispetto dell'equilibrio di bilancio e dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea (art. 119 c. 1) e dal divieto di ricorrere all'indebitamento per finanziare spese non di investimento (art. 119 c. 6), le questioni hanno riguardato, da un lato, le modalità di finanziamento delle funzioni trasferite con riguardo in particolare alla garanzia del loro integrale finanziamento (art. 119 c. 4) e alla disponibilità di risorse proprie o comunque senza vincolo di destinazione (art. 119 c. 2 e 3), dall'altro, la necessità di non alterare il livello di risorse delle altre regioni e di non compromettere la perequazione dei territori con minore capacità fiscale.

re in caso di mancata sottoscrizione dell'intesa. Parte della dottrina, richiamando l'art. 8 della Costituzione, che con riferimento alla legge di disciplina dei rapporti fra lo Stato e le confessioni religiose acattoliche utilizza un'espressione analoga, e cioè che deve avvenire «sulla base di intesa», ritiene che alla legge di approvazione dell'intesa ex art. 116, c. 3 Cost. sia consentito il mero recepimento dei suoi contenuti, senza possibilità di modifiche e/o integrazioni, che sarebbero anche contrarie al principio di leale collaborazione fra Stato ed autonomie locali perché metterebbero in discussione il comune accordo raggiunto nell'intesa. Secondo A. D'Atena, *A proposito della clausola di asimmetria (art. 116, u.c. Cost.)*, in *Riv. AIC*, 2020, 4, «le modifiche da parte del Parlamento «priverebbero l'atto finale del procedimento della possibilità di essere considerato, in tutto e per tutto, una legge adottata sulla base d'intesa, secondo quanto stabilisce l'articolo 116. E richiederebbero, conseguentemente, la riapertura del negoziato tra lo Stato e la regione». Dubita dell'analogia con la procedura dall'art. 8 della Costituzione, e richiama invece l'applicazione delle norme per l'approvazione dei trattati internazionali, G. Piccirilli, *Gli "Accordi preliminari" per la differenziazione regionale. Primi spunti sulla procedura da seguire per l'attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost.*, in *Diritti Regionali*, 2018, 11-12. La questione non è risolta con il citato disegno di attuazione dell'art. 116 c. 3 della Costituzione (art. 2 c. 4) che non prevede espressamente la possibilità di modifiche da parte della legge di approvazione dell'intesa e sembra propendere per l'esclusione di tale possibilità, perché nel disegno di legge il Parlamento è coinvolto nella procedura di adozione dell'intesa preliminare. Dopo l'approvazione dello schema di intesa preliminare negoziata tra Stato e regione, da parte del Consiglio dei Ministri, è previsto il parere della Conferenza unificata Stato-regioni-autonomie locali entro trenta giorni dalla data di sua trasmissione, e dopo il parere reso dalla citata Conferenza unificata, si prevede che «lo schema di intesa preliminare è immediatamente trasmesso alle Camere per l'esame da parte dei competenti organi parlamentari, che si esprimono con atti di indirizzo, secondo i rispettivi regolamenti, entro sessanta giorni dalla data di trasmissione dello schema di intesa preliminare, udito il Presidente della Giunta regionale» (art. 2 c. 4). Lo schema di intesa definitivo, da inviare alla regione interessata per l'approvazione, è predisposto dal Governo sulla base degli indirizzi delle Camere e, se necessario, dopo un ulteriore negoziato; tuttavia il ruolo del Parlamento sembra essere comunque non centrale perché è previsto che il Governo possa procedere comunque, e quindi anche in assenza degli indirizzi delle Camere, una volta decorso il termine di 60 giorni per la loro adozione (art. 2 c. 4). Sulla questione relativa al ruolo del Parlamento nella procedura di attuazione dell'art. 116 c. 3 della Costituzione, sulla possibilità di emendare l'intesa o la successiva legge rinforzata, con riferimento anche al disegno di legge di attuazione, si veda D. D'Alessandro, *Intese, differenziazione (paritaria per dissociazione?) e bilanciamento dei diritti*, in *Munus*, in corso di pubblicazione. Si vedano anche R. Dickman, *Note in tema di legge di attribuzione di "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia" ai sensi dell'art. 116, terzo comma, Cost.*, in *Federalismi.it*, 2019, editoriale 6 marzo 2019; D. Mone, *Autonomia differenziata come mezzo di unità statale: la lettura dell'art. 116, comma 3 Cost., conforme a Costituzione*, in *Rivista AIC*, 2019, 1; A. Piraino, *Ancora su regionalismo differenziato: ruolo del Parlamento e unità e indivisibilità della Repubblica*, in *Federalismi.it*, 2019, 4. Più di recente V. Grossi, *L'evoluzione del ruolo della legge quadro nel sistema dell'art. 116 c. 3, Cost: posizioni dottrinarie e funzione politica*, cit., 46 ss.; R. Di Maria, *La procedura per l'attuazione del c.d. "regionalismo differenziato": dalla marginalizzazione delle assemblee elettive e degli Enti locali, alla perplessa definizione dei l.e.p.*, in *Italian papers on federalism*, 2023, 1; A. Napolitano, *L'irrinunciabile funzione del Parlamento per una equilibrata e funzionale attuazione del procedimento di autonomia differenziata*, in *Italian papers on federalism*, 2023, 2, 67 ss.; L. Moroni, *Il regionalismo differenziato tra forma legislativa e sostanza amministrativa*, in *Federalismi.it*, 2023, 11, 140 ss.

Di fronte a tante problematiche, ci si è chiesto se non fosse necessaria una legge costituzionale di attuazione diretta ad integrare le scarse previsioni dall'articolo 116 c. 3¹⁰.

Una legge di integrazione costituzionale non vi è stata e alcune delle domande poste, in particolare sull'iter procedimentale, hanno ricevuto risposta in singole disposizioni legislative ordinarie adottate in occasione dell'avvio dei percorsi di autonomia da parte di alcune regioni.

Già in passato, infatti, a partire dal 2006, erano state avviate delle iniziative che complice la crisi economico-finanziaria iniziata in quegli anni erano poi state abbandonate¹¹. La crisi economico-finanziaria del 2008 e la conseguente crisi dei debiti sovrani avevano determinato il prevalere della tendenza centralista rispetto alle esigenze dell'autonomia e avevano fatto convergere verso l'uniformità anche le regioni più ricche¹².

L'allentarsi della morsa della crisi economico-finanziaria, o della sua percezione, e un contesto politico maggiormente favorevole a livello di governo centrale, avevano determinato l'avvio nel 2017 di nuovi percorsi di autonomia differenziata richiesti da Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna. I successivi negoziati erano arrivati, come noto, alla conclusione nel febbraio del 2018 di un'intesa preliminare con il Governo centrale in tutti e tre i casi¹³, e ne era seguito un

¹⁰ Sul punto in particolare L. Ronchetti, *L'attuazione del regionalismo differenziato esige norme costituzionali di integrazione*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, 1.

¹¹ Ciò era accaduto sia in Lombardia, Piemonte e Veneto che avevano avviato il procedimento nel 2006, sia in Toscana, che aveva avviato il procedimento nel 2003. Per la dottrina coeva a questi tentativi, si vedano M. Cecchetti, *Attuazione della riforma costituzionale e differenziazione delle regioni di diritto comune*, in *Osservatorio sul federalismo*, 2002, disponibile all'indirizzo www.federalismi.it/federalismi/document/ACFA98.pdf; A. Morrone, *Il regionalismo differenziato*, *Commento all'art. 116, comma 3, della Costituzione*, in *Fed. Fisc.*, 2007, 1, 139 ss.; L. Violini, *Regionalismo differenziato e utilizzazione dell'art. 116, co. 3 Cost. (con particolare riguardo al regime dei diritti sociali)*, in *Ist. del Fed.*, 2008, 87 ss.; G. Di Cosimo, *Sui contenuti del regionalismo differenziato*, in *Ist. del Fed.*, 2008, I, 63 ss.; R. Bin, *regionalismo differenziato e utilizzazione dell'art. 116, terzo comma, Cost. Alcune tesi per aprire il dibattito*, in *Ist. del fed.*, 2008.

¹² Sul punto, L. Michelotti, *A dieci anni dalla costituzionalizzazione del regionalismo asimmetrico: una mano sul freno a leva oppure un piede sull'acceleratore per l'art. 116, terzo comma, Cost.?*, in *Le Regioni*, 2012, 1-2, 110 ss.; M. Mezzanotte, *La legge di stabilità 2014 e l'art. 116 c. 3, Cost.*, in www.forumcostituzionale.it, 14 luglio 2014.

¹³ I percorsi erano iniziati a partire dal 2017 e avevano portato il 28 febbraio 2018 alla sottoscrizione di tre accordi preliminari (c.d. pre-intese). L'unico documento ufficiale pubblicato dal Dipartimento per gli affari regionali e le autonomie è il Titolo I (Sezione generale, art. 1-8) della bozza d'intesa tra il Governo e le tre regioni che conteneva oltre all'elenco delle materie richieste (23 per il Veneto, 20 per la Lombardia e 16 per l'Emilia-Romagna), anche le modalità per l'attribuzione delle risorse. Per un'ampia ricostruzione, M. De Donno, P. Messina, *Regionalismo differenziato e ordinamento locale: le richieste di Emilia-Romagna, Veneto e Lombardia. Quale idea di autonomia regionale?* in *Ist. del fed.*, 2018, 2, 471 ss. Un'ampia analisi si trova in Aa.Vv., *Sull'art. 116, III comma, della Costituzione*, (relazioni del gruppo di Lavoro del Seminario di studi e ricerche parlamentari «Silvano Tosi», 2020, disponibile all'indirizzo <https://www.osservatoriosullefonti.it/archivi/archivio-saggi/numeri-speciali/speciale-sull-art-116-iii-comma-della-costituzione-1-2020/1495-sull-art-116-iii-comma-della-costituzione/file>). Utile anche il *Dossier* del servizio studi del Senato della Repubblica, "Il regionalismo differenziato con le regioni e gli accordi preliminari Emilia Romagna, Lombardia e Veneto" (maggio 2018, n. 16), reperibile

effetto emulativo da parte di altre Regioni che avevano annunciato la volontà di avviare propri processi di autonomia differenziata¹⁴.

Anche questi nuovi tentativi però, come noto, sono prima stati rallentati dal cambio di governo nel 2018¹⁵ e poi si sono fermati con l'irrompere della crisi pandemica.

Una nuova spinta alla realizzazione dell'autonomia differenziata è arrivata di recente dal Governo nato all'esito delle elezioni politiche del settembre 2022, che ha sposato la via dell'approvazione di una legge statale ordinaria di attuazione dell'art. 116 c. 3, e il 16 marzo 2023 il Consiglio dei ministri ha approvato un disegno di legge (c.d. disegno di legge Calderoli) diretto a disciplinare nel suo complesso il processo di attribuzione di particolari condizioni di autonomia, con riferimento tanto agli aspetti procedimentali, quanto a quelli finanziari¹⁶.

Nel presente lavoro non si affronteranno tutte le questioni poste dal disegno di legge, ma ci si occuperà solo dei profili finanziari connessi al finanziamento delle funzioni trasferite evidenziandone alcuni elementi di criticità sia in generale

bile sul sito www.senato.it. Molto critico su questi percorsi di autonomia differenziata è il giudizio di F. Manganaro, *Decentramento statale ed autonomie territoriali al tempo del regionalismo differenziato*, in *Aa.Vv., Diritto amministrativo e società civile*, vol. III, Bologna, 2020, 87, secondo il quale «il modello previsto di regionalismo differenziato costituisce una evidente violazione del principio di eguaglianza poiché si muove nella direzione opposta rispetto alle necessarie azioni positive per il riequilibrio dei diritti». In senso analogo R. Bin, *L'insostenibile leggerezza dell'autonomia "differenziata": allegramente verso l'eversione*, in *Forum dei quaderni Costituzionali*, 2019; G. Viesti, *Autonomia differenziata: Un processo distruttivo*, in *Il Mulino*, 2019, 3, 410 ss.; M. Villone, *Italia, divisa e diseguale: regionalismo differenziato o secessione occulta?*, Napoli, 2019. Sul punto si vedano anche F. Cortese, *La nuova stagione del regionalismo differenziato: questioni e prospettive, tra regola ed eccezione*, in *Le Regioni*, 4/2017, 689 ss.; G. Falcon, *Il regionalismo differenziato alla prova, diciassette anni dopo la riforma costituzionale*, in *Le regioni*, 2017, 625 ss.; R. Bin, *L'attuazione dell'autonomia differenziata*, in *Forum dei quaderni costituzionali*, 2017; L. Vandelli, *Il regionalismo differenziato*, in *Riv. AIC*, 2019, 3, 574 ss.; R. Bifulco, *I limiti del regionalismo differenziato*, in *Riv. AIC*, 4, 260 ss.; F. Violini, *L'autonomia delle Regioni italiane dopo i referendum e le richieste di maggiori poteri ex art. 116, comma 3, Cost.*, in *Rivista AIC*, 2018, 4, 319 ss.; Id., *Una forma di Stato a regionalismo differenziato? Percorsi e argomenti per l'attuazione dell'art. 116, III comma, Cost.*, Torino, 2021.

¹⁴ Avevano emanato atti formali o annunciato iniziative le regioni Campania, Liguria, Lazio, Marche, Piemonte, Toscana e Umbria.

¹⁵ Sul punto, F. Violini, *Il regionalismo differenziato in bilico tra due Governi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, 3.

¹⁶ Sul disegno di legge si rinvia a F. Pizzetti, *Prime osservazioni sul ddl "Disposizioni per l'Autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario*, in *Astrid Rassegna*, 2023, 3; G. Lauri, *Le "proposte Calderoli" sull'autonomia differenziata (e una controproposta)*, *Osservatorio AIC*, 2023, 3, 5 ss.; R. Di Maria, *Prime impressioni sulla bozza di disegno di legge per l'attuazione del c.d. "regionalismo differenziato" ex art. 116, co. 3, Cost.*, in *Diritto Regionali*, 2023, 1, 1 ss.; E. Jorio, *La bozza Calderoli di attuazione del regionalismo differenziato*, in *Astrid Rassegna*, 2023, 1; L. Spadacini, *L'autonomia differenziata: considerazioni a margine del ddl Calderoli e delle disposizioni della legge di bilancio 2023*, in *Federalismi.it*, 2023, 10, 217 ss.; M. Carli, *L'attuazione dell'autonomia differenziata*, in *Oss. sulle fonti*, 2023, 1, 5 ss.; O. Chessa, *In tema di "autonomia regionale differenziata": sui profili procedurali del DDL Calderoli come «legge generale di attuazione»*, in *Astrid Rassegna*, 2023, 5; V. Grossi, *L'evoluzione del ruolo della legge quadro nel sistema dell'art. 116 c. 3, Cost: posizioni dottrinarie e funzione politica*, in *Italian papers on federalism*, 2023, 46 ss.; M. Podetta, *Il tentativo di attuazione dell'autonomia differenziata: dal disegno di legge Calderoli alla legge di bilancio per il 2023*, in *Consulta online*, 2023, 2, 353 ss.; F. Manganaro, *Regionalismo differenziato e divari di cittadinanza nelle più recenti proposte di riforma*, in *Astrid Rassegna*, 2023, 3.

con riguardo al complessivo impianto del processo di attuazione in atto, sia più nello specifico, con riferimento ad alcune disposizioni del disegno di legge relative ai meccanismi di finanziamento a regime delle funzioni trasferite.

Prima di procedere, per comprendere a pieno la vicenda, è però necessario premettere una sintetica e schematica ricostruzione, limitata ai profili rilevanti per il prosieguo del discorso, dello stato dell'arte dei rapporti finanziari tra Stato e regioni disciplinati dalla legge n. 42/2009, in attuazione dell'art. 119 della Costituzione, che rappresenta il modello generale di finanziamento delle funzioni per le regioni a statuto ordinario dal quale il modello di finanziamento *ex art.* 116 c. 3 dovrebbe differenziarsi.

2. *Il contesto di inattuazione del sistema di finanziamento delle funzioni delle autonomie territoriali delineato dalla legge n. 42/2009 in cui si inserisce il disegno di legge di attuazione dell'art. 116 c. 3, Cost.*

Il disegno di legge di attuazione dell'art. 116 c. 3 della Costituzione viene adottato in un contesto in cui il sistema di federalismo fiscale delineato dalla legge delega n. 42/2009, dopo più di 20 anni, nonostante l'adozione dei relativi decreti legislativi delegati, è ancora nel complesso inattuato, e solo alcuni limitati profili sono divenuti pienamente operativi.

È utile allora riassumere brevemente il quadro di inattuazione dell'articolo 119 della Costituzione tralasciandone le ragioni che richiederebbero una riflessione più approfondita che non è possibile svolgere in questa sede¹⁷.

La legge n. 42/2009 aveva delineato un sistema sintetizzabile in questi termini.

Si sarebbe dovuto innanzitutto procedere alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni in quattro ambiti di materie e in particolare nell'istruzione, nella sanità, nell'assistenza sociale e nel trasporto locale¹⁸. A queste materie la legge prevedeva l'aggiunta di quelle per le quali già esistessero dei Lep fissati dalla legislazione statale¹⁹.

I livelli essenziali delle prestazioni sarebbero stati determinati direttamente dalla legge statale in conformità all'art. 117, c. 2 lett. m) della Costituzione.

Il finanziamento delle funzioni amministrative di regioni ed enti locali connesse ai livelli essenziali delle prestazioni sarebbe avvenuto con risorse statali. Il finanziamento delle altre funzioni non legate ai livelli essenziali sarebbe stato rimes-

¹⁷ Sul punto sia consentito rinviare a D. Pappano, *L'incompleta e travagliata attuazione del federalismo fiscale tra differimenti, battute d'arresto e «salti in avanti»*, in Aa.Vv., *Quaderno n. 24 dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari (seminari 2016-2019)*, Torino, 2020.

¹⁸ Per quest'ultimo con riferimento solo alle spese in conto capitale.

¹⁹ Art. 14, c. 1 lett. e), d.lgs. n. 68/2011.

so invece all'autonomia finanziaria delle regioni e quindi finanziato con risorse proprie e per i territori con minore capacità fiscale anche con risorse derivanti dalla perequazione²⁰. A questo fine era prevista la creazione di un Fondo perequativo per il finanziamento delle funzioni per i territori con minore capacità fiscale.

La legge prevedeva inoltre che le risorse statali da trasferire non sarebbero state più individuate con il criterio della spesa storica, ma con il nuovo criterio del fabbisogno standard considerato più trasparente e portatore di una maggiore responsabilizzazione dei decisori politici riguardo alle decisioni di spesa.

Il sistema avrebbe dovuto essere improntato ad una maggiore territorialità delle risorse, infatti si prevedeva l'eliminazione dei trasferimenti statali diretti di parte corrente e di ordine generale e loro sostituzione con risorse della fiscalità statale legata al territorio regionale (c.d. fiscalizzazione dei trasferimenti), e cioè con risorse derivanti da una percentuale del gettito di tributi statali prodotto nel territorio, ferma restando la garanzia della perequazione. Con dPCM si sarebbero dovuti individuare i trasferimenti da eliminare e determinare le aliquote di tributi erariali (Iva e Irpef) il cui gettito legato al territorio li avrebbe sostituiti. Con riguardo a comuni e province la legge si occupava anche del finanziamento delle «funzioni fondamentali» attribuite dall'art. 117 della Costituzione alla competenza legislativa esclusiva statale. La legge prevedeva la determinazione delle funzioni fondamentali anch'esse da finanziare con risorse statali, e anche in questo

²⁰ Cfr. art. 8 c. 1 lett. a) della legge n. 42/2009 e artt. 14 e 15 del d.lgs. n. 68/2011. In dottrina si era dubitato della scelta operata dalla legge n. 42/2009 di finanziare integralmente con risorse statali solo le funzioni connesse ai livelli essenziali delle prestazioni e, per i comuni, le funzioni fondamentali, e di rimettere il finanziamento delle altre funzioni all'autonomia finanziaria di regioni e comuni. Secondo una lettura che privilegia infatti il polo della uniformità, sotteso al principio di uguaglianza sostanziale, l'art. 119 c. 4 della Costituzione imporrebbe il finanziamento integrale delle funzioni di regioni ed enti locali, e dunque la scelta operata dalla legge n. 42/2009 di finanziamento da parte dello Stato delle sole funzioni connesse ai livelli essenziali, e non anche delle altre funzioni, non sarebbe compatibile con il dettato costituzionale. In questo senso, S. Gambino, *Principio di eguaglianza come limite al federalismo fiscale*, in S. Gambino, G. D'Ignazio, E. Jorio, (a cura di), *Il federalismo fiscale. Commento articolo per articolo alla legge 5 maggio 2009 n. 42*, Rimini, 2009, p. 297, secondo cui è costituzionalmente incompatibile con le previsioni dell'art. 119 c. 4 «una differenziazione fra le funzioni attribuite ai diversi livelli di governo, con la previsione dell'integrale copertura finanziaria delle sole funzioni concernenti i livelli essenziali delle prestazioni [...] nel mentre tale copertura finanziaria non è assicurata alle altre funzioni pubbliche del sistema regionale e degli altri enti autonomi della Repubblica». L'autore ha ribadito la lettura anche con riferimento all'attuale processo di attuazione dell'art. 116 c. 3, in S. Gambino, *Regionalismo differenziato e principi fondamentali della Carta*, *Riv. Dir. Aut. Terr.*, 2023, 1. Secondo un'interpretazione diversa che invece privilegia il polo della differenziazione, quando l'art. 119 c. 4 della Costituzione si limita a prevedere che le fonti di finanziamento previste nei tre commi precedenti (cioè tributi ed entrate proprie, partecipazioni al gettito e quote del fondo perequativo) siano «sufficienti a finanziare integralmente il normale esercizio delle funzioni», comprende tra le fonti di finanziamento anche le «entrate proprie» che sono frutto dell'esercizio dell'autonomia di entrata. Ciò confermerebbe che il dettato costituzionale, e l'avverbio «integralmente» non esclude che siano finanziate integralmente dallo Stato solo alcune funzioni, quelle connesse ai livelli essenziali delle prestazioni, come è stato previsto dalla legge n. 42/2009. Sul punto sia consentito il rinvio, anche riguardo ai riferimenti bibliografici, a D. Pappano, *Autonomia finanziaria degli enti territoriali e garanzia dei diritti al tempo della crisi*, in *Federalismi.it*, 2016, 1.

caso mediante fiscalizzazione dei trasferimenti realizzata attraverso la creazione di un fondo alimentato da parte del gettito Imu-Tasi prodotto nel comune, ferma restando la perequazione per le funzioni non fondamentali (c.d. Fondo di solidarietà comunale). Anche in questo caso le risorse da trasferire derivanti dal fondo per il finanziamento delle funzioni fondamentali sarebbero state individuate per il tramite dei fabbisogni standard da individuare entro un dato termine.

Fino ad oggi il quadro brevemente sintetizzato è rimasto inattuato, nonostante l'approvazione dei vari decreti delegati, perché su alcuni capisaldi del sistema non sono stati adottati gli atti amministrativi operativi che avrebbero dovuto farlo entrare a regime.

Innanzitutto con riguardo alle Regioni non sono ancora stati definiti i Lep e i relativi fabbisogni standard salvo che per la sanità, quindi il criterio della spesa storica è ancora il criterio ordinario di assegnazione delle risorse nei settori dell'assistenza sociale, dell'istruzione e del trasporto pubblico locale. A partire dal 2013 il termine per la definizione dei Lep è stato più volte differito intervenendo sul d.lgs. n. 68/2011, e l'ultimo differimento prevede, con una formula curiosa, che la fase a regime sarà «a decorrere dal 2027 o da un anno antecedente ove ricorrano le condizioni di cui al presente decreto legislativo»²¹.

Non è ancora stato istituito il fondo perequativo anch'esso differito al 2027²².

Non si è ancora proceduto alla fiscalizzazione dei trasferimenti. Non sono ancora stati individuati i trasferimenti statali da eliminare e il differimento del termine per la loro individuazione è ora arrivato al 31 dicembre 2023²³. Di conseguenza non è stato possibile individuare le aliquote dei tributi erariali diretti a

²¹ Art. 15 c. 1, d.lgs. n. 68/2011.

²² Art. 15 c. 5, d.lgs. n. 68/2011. Anche per il fondo perequativo si usa la formula «dal 2027 o da un anno antecedente ove ricorrano le condizioni di cui al presente decreto legislativo». Il Fondo perequativo finanzia anche le funzioni non connesse ai livelli essenziali delle prestazioni rispetto alle quali la perequazione è effettuata con le risorse dell'addizionale Irpef. Le quote del fondo da assegnare alle regioni sono determinate individuando il gettito medio per abitante dell'addizionale regionale Irpef; le regioni nelle quali il gettito è superiore alla media nazionale alimentano il fondo perequativo che è ripartito tra le regioni nelle quali il gettito è inferiore a quello nazionale, con l'obiettivo di ridurre le differenze tra i territori con diversa capacità fiscale in misura non inferiore al 75% (art. 15 c 7).

²³ Art. 7 c. 2 d.lgs. n. 68/2011 secondo cui «con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, adottato, sulla base delle valutazioni della Commissione tecnica paritetica per l'attuazione del federalismo fiscale ovvero, ove effettivamente costituita, della Conferenza permanente per il coordinamento della finanza pubblica, entro il 31 dicembre 2023, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro per gli affari regionali e le autonomie, sentita la Conferenza unificata e previo parere delle Commissioni della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica competenti per i profili di carattere finanziario, sono individuati i trasferimenti statali di cui al comma 1. Con ulteriore decreto adottato con le modalità previste dal primo periodo possono essere individuati ulteriori trasferimenti suscettibili di soppressione».

sostituirli e l'ultimo intervento normativo ha differito anche in questo caso il termine per la loro individuazione al 2027²⁴.

Si è dato attuazione alla legge n. 42/2009, per le regioni, solo con riguardo alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni in sanità e al loro finanziamento mediante fabbisogni standard²⁵, e per comuni e province, con riguardo alla determinazione delle «funzioni fondamentali» e dei relativi fabbisogni standard²⁶.

La sostanziale inattuazione della legge n. 42/2009, ha spinto a ritenere che l'attuale assetto dei rapporti finanziari tra Stato e regioni sia retto da ormai circa venti anni da una «Costituzione finanziaria provvisoria»²⁷ in deroga all'art. 119.

²⁴ Art. 7 c. 1, primo periodo, d.lgs. n. 68/2011, secondo cui «a decorrere dall'anno 2027 o da un anno antecedente ove ricorrano le condizioni di cui al presente decreto legislativo sono soppressi tutti i trasferimenti statali di parte corrente e, ove non finanziati tramite il ricorso all'indebitamento, in conto capitale, alle regioni a statuto ordinario aventi carattere di generalità e permanenza e destinati all'esercizio delle competenze regionali, ivi compresi quelli finalizzati all'esercizio di funzioni da parte di province e comuni»

²⁵ Per le Regioni con riguardo al settore sanitario, invece, si è proceduto come previsto dal d.lgs. n. 68/2011 ad un sistema di riparto che, a fronte di un vincolo macroeconomico definito di finanziamento (fabbisogno sanitario standard), tiene conto dei costi registrati da 3 regioni di riferimento (c.d. regioni benchmark). Il decreto prevede annualmente l'individuazione di tre regioni che facciano da regioni di riferimento per l'individuazione dei valori di costo delle funzioni. Il riparto tra le regioni avviene facendo riferimento alla media pro-capite ponderata del costo registrato dalle regioni benchmark in base alla popolazione della singola regione (pesata per età). L'art 27 c. 1 del d.lgs. n. 68/2011 prevede che «il Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, d'intesa [...] con la conferenza Stato-Regioni [...] determina annualmente, sulla base della procedura definita nel presente articolo, i costi e i fabbisogni standard regionali». A decorrere dall'anno 2017 è previsto (c. 1-bis) che: a) la determinazione dei costi e dei fabbisogni standard avviene entro il 15 febbraio dell'anno di riferimento ed è aggiornata ove lo richieda l'eventuale ridefinizione del livello del finanziamento per il Servizio sanitario nazionale. Inoltre «qualora non venga raggiunta l'intesa di cui al comma 1 entro il predetto termine, con decreto del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da adottarsi entro il 15 marzo dell'anno di riferimento, si provvede alla determinazione dei costi e dei fabbisogni standard in via provvisoria, facendosi riferimento alla proposta di riparto del Ministero della salute presentata in Conferenza Stato-regioni, ed assegnando alle singole regioni il valore regionale individuato nella medesima proposta, al netto dello 0,5 per cento. Con il medesimo decreto si provvede all'assegnazione alle regioni del 95 per cento del finanziamento degli obiettivi di piano sanitario nazionale».

²⁶ Determinate le funzioni fondamentali dei comuni, sono stati definiti i fabbisogni standard operativi dal 2015 quale criterio di individuazione delle risorse da trasferire. Per i comuni si è attuata la fiscalizzazione dei trasferimenti mediante la creazione del «Fondo di solidarietà comunale» (FSC), alimentato da una quota del gettito Imu-Tasi per immobili non commerciali prodotto sul territorio, salva comunque la perequazione. Il Fondo di solidarietà comunale non è però ancora completamente a regime perché le risorse da trasferire non sono individuate e attribuite al 100% con il criterio dei fabbisogni standard. Nel 2019 la determinazione delle risorse da trasferire avveniva per il 45% mediante i fabbisogni standard e per il 55% mediante il criterio della spesa storica ed è stato previsto un percorso graduale di aumento del peso dei fabbisogni standard del 5% all'anno per raggiungere il 100% nel 2030. Il Fondo di solidarietà comunale comprende anche i comuni di Sicilia e Sardegna ma per questi rimane il criterio della spesa storica. Il Fondo è stato istituito dalla legge n. 228 del 2012 (legge di stabilità 2013, art. 1 c. 380 lett. b). Era stato concepito come strumento transitorio fino al 2014, ma poi ha assunto carattere di stabilità con la legge n. 147/2013 (art. 1 c. 730) che ha inserito il comma 380-ter nell'art. 1 della legge n. 228/2012). Il Fondo ha così sostituito per i Comuni il «Fondo perequativo per Comuni e Province», operante ora solo per le Province, e il precedente «Fondo sperimentale di riequilibrio» inizialmente previsto per finanziare la progressiva eliminazione dei trasferimenti statali e regionali.

²⁷ L'espressione è stata utilizzata da G.M. Salerno, nell'audizione presso la Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale in data 13 luglio 2022, in qualità di Direttore dell'Istituto di studi sui sistemi regionali federali e sulle autonomie «Massimo Severo Giannini» del Consiglio naziona-

Solo negli ultimi due anni, l'attuazione del federalismo fiscale quale sistema di finanziamento delle funzioni delle autonomie territoriali, è tornata al centro del dibattito perché è divenuto uno degli interventi collegati al Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR, da attuare entro il 2026)²⁸, che ha rappresentato, come noto, l'occasione per il rilancio anche di altri processi di riforma²⁹.

Le conseguenze più immediate di questo rinnovato interesse si registrano con riguardo alla determinazione di livelli essenziali delle prestazioni sociali. La missione 5 del PNRR, «Inclusione e coesione», stanziava molte risorse (1,45 miliardi di euro) per le infrastrutture sociali, le famiglie, le comunità ed il terzo settore.³⁰

Le disposizioni contenute nella legge di bilancio 2021 (n. 178/2020) e nella legge di bilancio 2022 (n. 234/2022), hanno contribuito a definire i livelli essenziali di alcune prestazioni sociali (LEPS)³¹, come ad esempio il numero dei posti nei «servizi educativi per l'infanzia»³² e il numero di assistenti sociali nei comu-

le delle ricerche, ISSIRFA-CNR, (resoconto stenografico disponibile all'indirizzo <http://documenti.camera.it/leg18/resoconti/commissioni/stenografici/xhtml/62/audiz2/audizione/2022/07/13/resoconto.0063.html#stenograficoCommissione.tit00020.int00050>). L'espressione è ribadita in G.M. Salerno, *Con il procedimento di determinazione dei LEP (e relativi costi e fabbisogni standard) la legge di bilancio riapre il cantiere dell'autonomia differenziata*, in *Federalismi.it*, 2023, 1, ix.

²⁸ Approvato con il decreto-legge 6 maggio 2021, n. 59 (Misure urgenti relative al Fondo complementare al Piano nazionale di ripresa e resilienza e altre misure urgenti per gli investimenti), convertito, con modificazioni, in legge 1° luglio 2021, n. 101.

²⁹ Erano obiettivi collegati al PNRR, ad esempio, il riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica avvenuto con il d.lgs. 22 dicembre 2022 n. 201 e il riordino della disciplina degli appalti pubblici che ha portato all'approvazione di un nuovo codice adottato con il d.lgs. 31 marzo 2023 n. 26.

³⁰ È anche prevista l'adozione di una legge quadro per un sistema di interventi in favore degli anziani non autosufficienti.

³¹ I livelli essenziali delle prestazioni sociali (art. 1, c. 159, legge n. 234/2021) sono «costituiti dagli interventi, dai servizi, dalle attività e dalle prestazioni integrate che la Repubblica assicura, sulla base di quanto previsto dall'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione e in coerenza con i principi e i criteri indicati agli articoli 1 e 2 della legge n. 328/2000, con carattere di universalità su tutto il territorio nazionale per garantire qualità della vita, pari opportunità, non discriminazione, prevenzione, eliminazione o riduzione delle condizioni di svantaggio e di vulnerabilità». Per un'ampia riflessione sui Leps si veda G.M. Napolitano, *Finalmente i livelli essenziali delle prestazioni sociali? La legge di bilancio 2022 tra ambiguità e nuovi sviluppi*, in *Diritti regionali*, 2023, 1.

³² Si tratta dei servizi educativi per l'infanzia di cui all'articolo 2 c. 3 lett. a) del d.lgs. 13 aprile 2017 n. 65 (*Istituzione del sistema integrato di educazione e di istruzione dalla nascita sino a sei anni a norma dell'art. 1 c. 180-181 della legge 13 luglio 2015 n. 107*). La legge di bilancio 2022 (art. 1 c. 172) nel rifinanziare il Fondo di solidarietà comunale (riformulando l'articolo 1, comma 449, lett. d-sexies, della legge 11 dicembre 2016, n. 232) ha previsto per il finanziamento dei posti negli asili nido fino al 2026 risorse, ripartite in quote annuali, dirette ad incrementare in percentuale il numero dei posti disponibili «sino al raggiungimento di un livello minimo che ciascun comune o bacino territoriale è tenuto a garantire». La legge precisa che «il livello minimo da garantire [...] è definito quale numero dei posti dei predetti servizi educativi per l'infanzia, equivalenti in termini di costo standard al servizio a tempo pieno dei nidi, in proporzione alla popolazione ricompresa nella fascia di età da 3 a 36 mesi, ed è fissato su base locale nel 33 per cento, inclusivo del servizio privato».

ni³³, alcune misure per la non autosufficienza³⁴ e in materia di trasporto scolastico di studenti disabili³⁵.

L'accelerazione connessa al PNRR ha coinvolto anche l'autonomia differenziata. La legge di bilancio 2023, infatti, ha disciplinato le modalità di determinazione dei Lep «ai fini della completa attuazione dell'art. 116, terzo comma della Costituzione e del pieno superamento dei divari territoriali nel godimento delle prestazioni [...]» definendo i Lep «quale soglia di spesa costituzionalmente necessaria che costituisce nucleo invalicabile per erogare le prestazioni sociali di natura fondamentale per assicurare uno svolgimento leale e trasparente dei rapporti finanziari tra lo Stato e le autonomie territoriali, per favorire un'equa ed efficiente allocazione delle risorse collegate al Piano nazionale di ripresa e resilienza, [...], e il pieno superamento dei divari territoriali nel godimento delle prestazioni inerenti ai diritti civili e sociali e quale condizione per l'attribuzione di ulteriori funzioni».

La legge pone la determinazione dei Lep come condizione per l'attuazione dell'art. 116 c. 3, Cost., precisando che «l'attribuzione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia di cui all'art. 116, terzo comma della Costituzione

³³ L'art. 1 c. 797 della legge 30 dicembre 2020, n. 178 prevede che «al fine di potenziare il sistema dei servizi sociali comunali, gestiti in forma singola o associata, e, contestualmente, i servizi di cui all'articolo 7, comma 1, del decreto legislativo 15 settembre 2017, n. 147, nella prospettiva del raggiungimento, nei limiti delle risorse disponibili a legislazione vigente, di un livello essenziale delle prestazioni e dei servizi sociali definito da un rapporto tra assistenti sociali impiegati nei servizi sociali territoriali e popolazione residente pari a 1 a 5.000 in ogni ambito territoriale di cui all'articolo 8, comma 3, lettera a), della legge 8 novembre 2000, n. 328 [...]». La disposizione prevede poi un contributo per i comuni per raggiungere il rapporto 1 a 5000 abitanti e per i comuni che conseguano un rapporto eccedente fino ad 1 a 4000.

³⁴ La legge (art. 1 c. 170) prevede che «in sede di prima applicazione sono definiti i seguenti Leps, individuati come prioritari nell'ambito del Piano nazionale degli interventi e dei servizi sociali 2021-2023 [...]: a) pronto intervento sociale; b) supervisione del personale dei servizi sociali; c) servizi sociali per le dimissioni protette; d) prevenzione dell'allontanamento familiare; e) servizi per la residenza fittizia; f) progetti per il dopo di noi e per la vita indipendente». Individua poi espressamente (art. 1 c. 162) le aree in cui gli ambiti territoriali sociali (ATS) erogano «i servizi socio-assistenziali volti a promuovere la continuità e la qualità di vita a domicilio e nel contesto sociale di appartenenza delle persone anziane non autosufficienti, comprese le nuove forme di coabitazione solidale delle persone anziane». Per «gli altri ambiti diversi dalla non autosufficienza» non prevede direttamente le prestazioni, ma ne prevede l'individuazione (art. 1 c. 169) entro diciotto mesi dall'entrata in vigore della legge, con uno o più decreti del Ministero del lavoro e delle politiche sociali con riferimento alle aree di intervento e ai servizi già elencati nell'art. 22, c. 2 e 4, della legge n. 328/2000.

³⁵ Quanto al trasporto degli alunni disabili non può dirsi che la legge di bilancio 2022 abbia definito i Leps. La legge infatti (art. 1 c. 174) rfinanzia il Fondo di solidarietà comunale stanziando risorse annuali fino al 2027 vincolate ad «incrementare, nel limite delle risorse disponibili per ciascun anno e dei livelli essenziali delle prestazioni (Lep), il numero di studenti disabili frequentanti la scuola dell'infanzia, la scuola primaria e la scuola secondaria di primo grado, privi di autonomia a cui viene fornito il trasporto per raggiungere la sede scolastica». La legge, che non si riferisce a tutta la scuola dell'obbligo perché non comprende anche la scuola secondaria di 2° grado, non prevede un livello minimo di servizi, né livelli minimi di diffusione o copertura del servizio, né prevede tempistiche per la definizione dei Leps, ma si limita a rinviare «fino alla definizione dei Leps», a un decreto del Ministero degli Interni, di concerto con altri Ministeri, l'indicazione degli «obiettivi di incremento della percentuale di studenti disabili trasportati» (art. 1 c. 791).

[...] è consentita subordinatamente alla determinazione dei relativi livelli essenziali delle prestazioni (LEP)»³⁶.

Prevede inoltre che la determinazione dei LEP avvenga nel rispetto dell'obbligo di copertura previsto per le leggi di spesa, e comunque, «nell'ambito degli stanziamenti di bilancio a legislazione vigente».³⁷

Quanto al procedimento di determinazione, la legge prevede che i Lep siano individuati all'esito di un'attività istruttoria³⁸ svolta da una struttura presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, appositamente costituita e denominata «Cabina di regia per la determinazione dei Lep».³⁹

Questi sono poi adottati con dPCM, su proposta del Ministro degli affari regionali e le autonomie, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, acquisita l'intesa della Conferenza unificata Stato, Regioni autonomie territoriali (comma 796).⁴⁰

Nel contesto sinteticamente descritto, caratterizzato da un lato da una sostanziale inattuazione del sistema generale di finanziamento delle funzioni amministrative delle autonomie territoriali *ex art* 119 della Costituzione, e dall'altro, dalla frenesia di riforma connessa alle scadenze del PNRR, si inserisce il disegno di legge di attuazione dell'art. 116 c. 3 della Costituzione, del quale nei prossimi paragrafi si darà conto con riguardo ai profili di carattere finanziario legati al finanziamento delle funzioni trasferite.

³⁶ Art. 1 c. 791, ultimo periodo, della citata legge di bilancio 2023, secondo cui «l'attribuzione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia di cui all'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, relative a materie o ambiti di materie riferibili ai sensi del comma 793 lett c), del presente articolo, ai diritti civili e sociali che devono essere garantiti in tutto il territorio nazionale, è consentita subordinatamente alla determinazione dei relativi livelli essenziali delle prestazioni (LEP)».

³⁷ Art. 1 c. 794 della citata legge di bilancio 2023.

³⁸ L'attività istruttoria consiste nella determinazione «nel rispetto dell'articolo 17 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, e, comunque, nell'ambito degli stanziamenti di bilancio a legislazione vigente, i LEP, sulla base delle ipotesi tecniche formulate dalla Commissione tecnica per i fabbisogni standard, ai sensi dell'articolo 1, comma 29.-*bis*, della legge 28 dicembre 2015, n. 208, predisposte secondo il procedimento e le metodologie di cui all'articolo 5, comma 1, lettere a), b), c), e) e f), del decreto legislativo 26 novembre 2010, n. 216, ed elaborate con l'ausilio della società Soluzioni per il sistema economico - SOSE S.p.A., in collaborazione con l'Istituto nazionale di statistica e con la struttura tecnica di supporto alla Conferenza delle regioni e delle province autonome presso il Centro interregionale di studi e documentazione (CINSEDO) delle regioni» (comma 793 lett. d).

³⁹ La cabina di regia è supportata da una Commissione tecnica per i fabbisogni standard che elabora ipotesi tecniche con l'ausilio di SOSE S.p.A., dell'Istat e del Centro interregionale di studi e documentazione delle Regioni (CINSEDO).

⁴⁰ Con dPCM del 23 marzo 2023 è stato istituito il Comitato per l'individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni (CLEP) concernenti i diritti civili e sociali da garantire su tutto il territorio nazionale, a supporto della Cabina di regia presso la Presidenza del Consiglio. Il Comitato, presieduto da Sabino Cassese, è composto da 61 esperti (53 uomini e 8 donne), di varie discipline (giuridiche, economiche, matematiche, ecc.), in campo accademico e amministrativo, che saranno suddivisi in 10 gruppi di lavoro in base alla propria area di competenza.

3. *Le disposizioni relative ai profili finanziari dell'autonomia differenziata nel disegno di legge di attuazione dell'art. 116 c. 3, Cost.*

Il disegno di legge di attuazione dell'art. 116 c. 3 della Costituzione quanto ai profili finanziari connessi al trasferimento delle funzioni fissa alcuni capisaldi.

Il primo riguarda la necessità di previa determinazione dei Lep ai fini del processo di riforma.

Determinare prima quale sia il livello di garanzia delle prestazioni cui le regioni sono vincolate nell'esercizio delle competenze proprie o trasferite non può che essere infatti il presupposto di ogni operazione di trasferimento di risorse per il loro finanziamento.

La definizione dei livelli essenziali delle prestazioni, del resto, rappresenta anche nel modello delineato dalla legge n. 42/2009 l'architrave del sistema: se lo Stato finanzia le funzioni che impone alle regioni, sulla base della sua competenza legislativa esclusiva, di svolgere secondo determinati livelli di garanzia dei diritti civili e sociali, è necessario individuare preliminarmente non solo chi fa cosa (assetto delle competenze) ma anche come deve essere fatto (livello essenziale della prestazione).

Se ciò vale per il modello generale di finanziamento previsto per le 15 regioni a statuto ordinario, a maggior ragione deve valere nel caso in cui una o più regioni, in una delle 23 materie indicate dall'art. 116 c. 3 della Costituzione, acquisiscano la responsabilità di ulteriori funzioni che sono svolte invece dallo Stato nelle altre regioni.

La previa determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni non può che rappresentare allora lo strumento per un'attuazione coordinata del "sistema generale" ex art. 119 Cost. e di quello «speciale» ex art. 116, perché vincola le regioni tanto nell'esercizio delle funzioni *ab origine* di propria competenza, tanto nell'esercizio delle funzioni acquisite sulla base di condizioni differenziate di autonomia, e in entrambi i casi, il loro finanziamento è garantito integralmente da parte dello Stato.

Sul punto il disegno di legge di attuazione dell'art. 116 c. 3 ribadisce quanto già previsto nella legge di bilancio 2023 prima citata, e cioè la regola secondo cui il trasferimento delle funzioni con le relative risorse umane, strumentali e finanziarie, effettuato secondo modalità e quantificazione individuate nelle intese tra Stato e regione interessata, potrà partire «solo dopo la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni e dei relativi costi e fabbisogni standard» (art. 4 c. 1 della bozza di disegno di legge).

Si tratta di una precisazione che prende atto del fatto che la previsione del livello di tutela da garantire rispetto alla funzione da trasferire non può che essere un *prius* logico rispetto alla individuazione delle risorse necessarie. A conferma

di questa conclusione il disegno di legge si preoccupa di precisare che nel caso di nuovi oneri dopo la loro determinazione, l'autonomia differenziata avvenga solo dopo la previsione della loro copertura. Quanto al procedimento di determinazione dei LEP, il disegno di legge rinvia alla legge di bilancio 2023⁴¹ (art. 3 c. 1 della bozza di disegno di legge).

Un secondo caposaldo riguarda il rapporto tra la regione destinataria di condizioni particolari di autonomia e le altre regioni e sul punto il disegno di legge detta regole a garanzia tanto della regione parte dell'intesa Stato-regione e destinataria quindi delle nuove funzioni, tanto delle altre regioni non parti dell'intesa.

Quanto a quest'ultime, il disegno di legge intende assicurare sul fatto che l'attuazione dell'autonomia differenziata non deve avvenire a danno delle altre regioni le quali non devono subire pregiudizi e ricevere meno risorse rispetto al livello di risorse garantito in precedenza, oltre alla garanzia della eventuale perequazione. L'art. 8 c. 3 del decreto prevede infatti «la garanzia dell'invarianza finanziaria [...] per le singole regioni che non siano parte dell'intesa», nonché la garanzia del «finanziamento delle iniziative finalizzate ad attuare le previsioni dell'articolo 119 c. 3 e c. 5 della Costituzione», che, come noto, si riferiscono rispettivamente alle risorse legate alla perequazione per i territori con minore capacità fiscale, e a quelle denominate «risorse aggiuntive» o «interventi speciali» e destinate a favore «di determinati comuni, province, città metropolitane e regioni» al fine di «promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri economici e sociali, per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona, o per provvedere a scopi diversi dal normale esercizio delle loro funzioni».

Quanto alla regione destinataria di nuove funzioni in autonomia differenziata, il citato art. 8 c. 3 fa espresso richiamo all'art. 119 c. 4 della Costituzione, pertanto il disegno di legge sembrerebbe fissare la regola di integrale finanziamento con risorse statali delle funzioni trasferite. Sul punto è il caso di precisare che nella legge n. 42/2009 si è fissato un assetto nel quale sono oggetto di finanziamento integrale con risorse statali solo quelle connesse alla garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni, le restanti funzioni sarebbero finanziate con le risorse frutto di esercizio della autonomia regionale. Si ripete con riguardo all'autonomia differenziata il dibattito intorno all'interpretazione da dare all'avverbio «integralmente» dell'art. 119 c. 4, Cost. Se si interpreta il richiamo al quarto comma dell'art. 119 nel senso che lo Stato finanzia tutte le funzioni trasferite in autonomia differenziata, si introduce un disallineamento con il sistema della legge n. 42/2009. Una funzione non collegata alla garanzia di un determinato livello essenziale delle prestazioni che riguarda diritti civili e sociali, continuerebbe ad

⁴¹ Il rinvio è alla legge 29 dicembre 2022 n. 187 (bilancio 2023), art. 1 c. da 791 a 801.

essere finanziata dallo Stato se trasferita alla regione *ex art.* 116 c. 3, quando invece nel quadro delineato sulla base dell'art. 119 dalla legge n. 42/2009, una funzione non connessa ai livelli essenziali delle prestazioni dovrebbe essere finanziata con risorse autonome, salvo le risorse derivanti dalla perequazione per i territori con minore capacità fiscale⁴².

Il disegno di legge detta infine alcune regole anche in ordine ai meccanismi di finanziamento delle funzioni trasferite e alla relativa competenza.

Questa è affidata ad un organo paritetico Stato – regione, (che non vede la partecipazione di rappresentanti delle altre regioni), cui è rimessa, ai fini del finanziamento delle funzioni trasferite, l'individuazione di «un'aliquota di partecipazione al gettito di un tributo erariale prodotto sul territorio regionale» (art. 5). La disposizione non prevede ulteriori vincoli o specificazioni lasciando dunque all'organo paritetico un'ampia discrezionalità sul contenuto dell'intesa nella disciplina del funzionamento concreto del meccanismo.

La disciplina che si è descritta, tanto della legge di bilancio 2023 relativa al procedimento di fissazione dei Lep, quanto del disegno di legge di attuazione, suscita diverse perplessità sia di ordine generale, sia più specifiche, di cui si darà conto nei prossimi paragrafi, a partire dall'operazione a monte di definizione dei Lep e di calcolo dei relativi fabbisogni standard, e fino alla scarsa disciplina dei meccanismi di finanziamento a regime delle funzioni trasferite.

4. *L'equivoco dei c.d. Lep nel processo di attuazione dell'art. 116 c. 3, Cost.: nomen «non» est consequentia rerum*

Si è visto nel precedente paragrafo che, non essendo stati definiti i LEP nel processo di attuazione dell'art. 119 della Costituzione quale modello generale di finanziamento delle funzioni delle regioni, il processo di attuazione dell'autonomia differenziata *ex art.* 116 c. 3 si svolge sulla base della rassicurante previsione che potrà procedersi alla cessione delle funzioni solo dopo la loro determinazione.

Tuttavia la disciplina suscita alcune perplessità a partire proprio dai Lep in essa considerati.

Una prima perplessità, per così dire a monte del processo di attuazione, si lega alla possibilità di individuare dei Lep da determinare solo «ai fini dell'attuazione dell'art. 116 c. 3 della Costituzione».

La garanzia di un determinato livello di tutela di un diritto fondamentale può essere la risultante dell'esercizio contemporaneo di più funzioni di com-

⁴² Sul dibattito intorno all'interpretazione da dare all'avverbio «integralmente» dell'art. 119 c. 4, Cost. si veda la precedente nota n. 21.

petenza di enti territoriali diversi, e l'obiettivo di tutela rimane lo stesso tanto se assicurato dall'esercizio delle competenze nel sistema di riparto *ex artt.* 117 e 118 della Costituzione, tanto se in una regione la funzione statale è stata ceduta a quest'ultima sulla base di particolari condizioni di autonomia *ex art.* 116 c. 3.

Per questo motivo appare almeno discutibile poter (e riuscire a) distinguere tra Lep determinati ai fini dell'attuazione dell'art. 116 c. 3 della Costituzione e Lep determinati ai fini dell'attuazione del sistema ordinario di riparto di competenze, e di conseguenza poter attuare l'art. 116 c. 3 finché rimane invece inattuato il sistema di finanziamento prefigurato dalla legge n. 42/2009 sulla base dell'art. 119 della Costituzione. Del resto, si è già detto in precedenza che appare singolare sul fronte del meccanismo di finanziamento delle funzioni, potersi differenziare da un modello generale che ancora nella sostanza non c'è e di cui i Lep costituiscono le fondamenta.

Ma le perplessità riguardano anche un ulteriore centrale aspetto che coinvolge la natura stessa dei Lep indicati nella citata legge di bilancio 2023, richiamata dal disegno di legge di attuazione.

Si è di fronte davvero ai «livelli essenziali delle prestazioni» che la Costituzione pone a garanzia del principio di eguaglianza nella tutela dei diritti sociali e meglio definiti dalla Corte costituzionale, o invece dietro al *nomen iuris* in realtà c'è qualcosa di diverso, meno significativo sul piano costituzionale?

La domanda si pone perché se si è di fronte ai Lep in senso proprio allora si possono avanzare almeno due profili di incostituzionalità della disciplina contenuta nella legge di bilancio 2023 di determinazione dei Lep, cui il disegno di legge di attuazione rinvia.

Il primo profilo di incostituzionalità riguarda la previsione che la determinazione dei Lep avvenga «nei limiti degli stanziamenti di bilancio a legislazione vigente».

Sul punto, è noto che la Corte Costituzionale ha da tempo affermato la prevalenza della tutela dei diritti fondamentali sugli altri interessi che tali non sono.

Nella sentenza n. 275 del 2016, ad esempio, con riguardo al meccanismo di finanziamento del servizio di trasporto scolastico di alunni disabili, la Corte ha dichiarato la incostituzionalità di una legge di bilancio della Regione Abruzzo la quale aveva previsto che la regione finanziasse il servizio svolto dalla provincia per il 50% del suo costo, ma nei limiti degli stanziamenti di bilancio⁴³. La Corte dichiarando incostituzionale l'inciso «nei limiti degli stanziamenti di bilancio» ha sottolineato che lo stesso finiva per mettere sullo stesso piano la tutela di un diritto fondamentale e quella di tante esigenze minori e a volte discutibili retrostanti

⁴³ Così Corte costituzionale, 16 dicembre 2016, n. 275, Pres. P. Grossi, est. G. Prosperetti in www.cortecostituzionale.it.

ad una qualsiasi decisione di spesa, il cui perseguimento metteva a rischio la tutela di un diritto sociale⁴⁴. La Corte afferma così il primato della tutela di un diritto fondamentale il cui bilanciamento in rapporto alle risorse può avvenire soltanto con un altro diritto fondamentale e non con qualsiasi altra esigenza di bilancio che di fronte alla necessità di tutela di un diritto fondamentale è destinata a soccombere. La determinazione dei Lep richiederebbe a monte un'opera di riordino e razionalizzazione della spesa pubblica al fine di garantire priorità di tutela ai diritti fondamentali rispetto al perseguimento di interessi di varia natura, o addirittura di micro-interessi, a volte clientelari, finanziati nei numerosi stanziamenti di bilancio e nei mille rivoli in cui si disperdono le risorse pubbliche.

Il secondo profilo di incostituzionalità riguarda invece la fonte di adozione dei Lep la cui determinazione è demandata completamente ad un atto amministrativo statale quale il dPCM e non è invece effettuata direttamente con legge come si è proceduto all'indomani dell'approvazione della riforma del titolo V e come è previsto nel d.lgs. n. 68/2011 di attuazione della legge 42/2009⁴⁵.

Dopo la riforma del titolo V della Costituzione, nel settore sanitario, si dubitava della legittimità del dPCM 29 novembre 2001⁴⁶ con cui lo Stato aveva individuato le prestazioni a carico del servizio sanitario nazionale, tanto che il legislatore statale per eliminare i dubbi era intervenuto prevedendo che le prestazioni riconducibili ai livelli essenziali garantiti dal servizio sanitario nazionale erano quelli previsti nel dPCM 29 novembre 2001. La legge prevedeva contestualmente, con una particolare opera di delegificazione, che sarebbero state possibili eventuali modifiche e integrazioni delle prestazioni mediante successivi dPCM⁴⁷. Su questa disciplina, come noto, si è poi espressa la Corte costituzionale che ne ha confermato la validità annullando un decreto del Ministero della sanità che aveva introdotto ulteriori prestazioni, perché individuate con forme e modalità non riconducibili alla speciale procedura introdotta dalla legge con cui si era data copertura con legge al citato dPCM⁴⁸.

⁴⁴ Sul bilanciamento tra risorse e diritti, o più correttamente, sul bilanciamento tra diritti in relazioni alle risorse, e sulle fibrillazioni prodotte dai vincoli di bilancio e dalla scarsità di risorse, sia consentito il rinvio a D. Pappano, *Autonomia finanziaria degli enti territoriali e garanzia dei diritti al tempo della crisi*, cit..

⁴⁵ Ritiene che il dPCM sia una «forma difficilmente componibile con la riserva di legge contenuta nell'art. 117 c. 2 lett m) della Costituzione» S. Staiano, *Salvare il regionalismo dalla differenziazione dissolutiva*, in *Federalismi.it*, 2023, 7, XII. Nello stesso senso S. Gambino, *Regionalismo differenziato e principi fondamentali della Carta*, cit., 321.

⁴⁶ Adottato sulla base dall'art. 1, c. 6, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, s.m.i.

⁴⁷ L'art. 54 della legge 27 dicembre 2002, n. 289 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2003),

⁴⁸ Il riferimento è a Corte costituzionale 13-27 marzo 2003, n. 88, che evidenziava come «al di là di ogni valutazione di merito sul procedimento configurato e sulla stessa adeguatezza dei livelli essenziali in tal modo individuati, resta indubbio che in tutto il settore sanitario esiste attualmente una precisa procedura, individuata con fonte legislativa, per la determinazione di quanto previsto nell'art. 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione e che questa determinazione è intervenuta appunto con il dPCM 29 novembre 2001». La Corte

Analogamente, la disciplina generale del d.lgs. n. 68/2011, di attuazione della legge n. 42/2009, ha demandato alla legge la «determinazione» dei livelli essenziali delle prestazioni con riferimento alle materie dell'assistenza, dell'istruzione e del trasporto pubblico locale e ad un dPCM⁴⁹ la sola preliminare «ricognizione» (art. 13 c. 4 e 5)⁵⁰.

La normativa citata non esclude dunque l'uso dei dPCM in materia, e la stessa Corte costituzionale lo ha ammesso per assicurare una certa elasticità nell'aggiornamento delle singole prestazioni in ambiti caratterizzati dall'evoluzione tecnico-scientifica, come la tutela della salute, in modo da garantirne l'appropriatezza secondo la scienza medica⁵¹, ritenendo inoltre il dPCM idoneo parametro di legittimità costituzionale per le leggi regionali che dovessero incidere in senso restrittivo⁵².

annullava così il decreto del Ministero della sanità (del 14 giugno 2002) sul funzionamento dei servizi per le tossicodipendenze delle aziende sanitarie locali perché «non spetta allo Stato determinare ulteriori limiti organizzativi e funzionali in materia di Sert.T, con forme e modalità non riconducibili alla speciale procedura di determinazione dei livelli essenziali di assistenza nel settore sanitario legislativamente stabilita». La cristallizzazione in una legge del dPCM citato aveva avuto effetti anche nella giurisprudenza amministrativa del Consiglio di Stato che ha ritenuto con tale operazione superati i dubbi di legittimità costituzionale relativi al dPCM 29/11/2001 (così Cons. Stato, ord. n. 1002 del 2003), dopo che in precedenza, sulla base della necessità della definizione con legge dei livelli di assistenza, aveva invece in sede cautelare sospeso una sentenza del Tar Lazio (sez. III, 23 maggio 2002, n. 6252) che aveva respinto il ricorso di una struttura accreditata al Servizio sanitario nazionale che aveva impugnato il citato dPCM e i relativi atti regionali esecutivi di rimodulazione delle prestazioni (Cons. Stato, ord. n. 4485 del 2002, in *Foro amm.*, 2002, 5).

⁴⁹ Il dPCM è adottato, su proposta del Ministro competente, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, con il Ministro per gli affari regionali e le autonomie, d'intesa con la Conferenza unificata e previo parere delle Commissioni della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica competenti per i profili di carattere finanziario (art. 13 c. 4 d.lgs. 68/2011).

⁵⁰ La disposizione aggiunge che «fino alla loro determinazione con legge», sono stabiliti tramite intesa conclusa in sede di Conferenza unificata, i servizi da erogare, aventi caratteristiche di generalità e permanenza, e il relativo fabbisogno, nel rispetto dei vincoli di finanza pubblica.

⁵¹ La riserva di legge e l'impossibilità di utilizzo di atti amministrativi nella determinazione dei livelli essenziali sono state invocate dalle regioni che nell'esercizio della loro potestà legislativa non ritenendosi vincolate da un atto amministrativo statale, erano intervenute con propria legge a modificare livelli essenziali individuati dallo Stato anche mediante l'utilizzo di dPCM. Da un lato, quindi, lo Stato invocava la riserva alla legge statale della definizione dei livelli essenziali, dall'altro, la regione eccepeva che la sua potestà legislativa non poteva essere vincolata da un atto amministrativo statale e che senza la recezione in una legge regionale le prescrizioni afferenti ai Lea non vigessero nell'ambito dell'ordinamento regionale. Si veda Corte costituzionale 19-26 giugno 2002, n. 282 che accoglieva per violazione dell'art. 117 c. 3, la questione sollevata dallo Stato contro la legge regionale Marche che aveva disposto la sospensione di alcuni interventi di psicoturgia fino a che non si sarebbero definite in modo certo e circostanziato le situazioni cliniche per le quali quelle terapie fossero efficaci e non si sarebbe stabilito che non arrecassero danni alla salute dei pazienti. Secondo il Governo, con riferimento alla decisione circa l'ammissione o il divieto di singole terapie, non vi era spazio per l'intervento regionale, e per quanto non disposto dallo Stato, anche in via regolamentare, avrebbero dovuto valere solo le regole dell'arte e della scienza medica eventualmente recepite da documenti ufficiali delle autorità sanitarie.

⁵² Si veda Corte costituzionale 24 aprile 2020, n. 72 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una legge della Regione Puglia che con riguardo ai trattamenti assicurati alle persone non autosufficienti, li limitava solo ad anziani e soggetti affetti da demenza, in difformità da un dPCM del 2017 che faceva riferimento alla sola condizione di non autosufficienza dei soggetti assistiti, senza prevedere requisiti di età o la ricorrenza di specifiche patologie. Secondo la Corte «la normativa censurata muove dall'erroneo presupposto che, senza rece-

Il dibattito in ordine agli strumenti normativi utilizzabili in materia di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni può dirsi assestato sulla distinzione tra «livelli essenziali» e «prestazioni», i primi riservati alla legge ai sensi dell'art. 117 c. 2 lett. m), e le seconde individuabili anche con fonte secondaria o amministrativa, soprattutto quando si tratta di estendere la tutela a nuove prestazioni⁵³.

E, quanto alla disciplina del procedimento di adozione del dPCM, è richiesto da un lato, il coinvolgimento delle Regioni in ossequio al principio di leale collaborazione, e dall'altro, di non marginalizzare il ruolo del Parlamento.

Una normativa allora potrebbe risultare non rispettosa della riserva di legge se affidasse al dPCM non solo l'individuazione delle prestazioni da erogare, ma a monte, la determinazione stessa del livello essenziale di tutela del diritto, se non coinvolgesse le regioni nel procedimento e infine se marginalizzasse eccessivamente il ruolo del Parlamento.

La legge di bilancio 2023 sembra carente su due dei tre elementi indicati.

Demanda infatti a dei dPCM tanto la definizione del livello di tutela del diritto, quanto la individuazione delle prestazioni; coinvolge le regioni nel procedimento mediante l'intesa sullo schema di decreto in Conferenza unificata, ma non dice nulla sul ruolo del Parlamento.

Solo il disegno di legge di attuazione al fine di coinvolgere anche il Parlamento, ha aggiunto la previsione di un parere delle Camere cui va trasmesso lo schema di decreto dopo l'intesa in Conferenza unificata, ma se le Camere non si esprimono nel termine di quarantacinque giorni dalla richiesta, il Presidente del Consiglio può procedere all'adozione del decreto. Il dPCM dunque potrà essere emesso in assenza del parere delle Camere e se non si è raggiunta l'intesa in Conferenza unificata, anche in assenza di quest'ultima. La legge inoltre prevede anche la possibilità di nomina di un commissario per la predisposizione degli schemi di dPCM nell'ipotesi in cui la Cabina di regia non svolga l'attività istruttoria tempestivamente e gli schemi di dPCM non siano predisposti nei termini stabiliti. Il rinvio dell'intera operazione ad atti amministrativi, fino alla possibilità di un intervento di un commissario governativo, e il ruolo collaterale ed eventuale del Parlamento, sono dunque alla base dei dubbi della compatibilità con la Costituzione della disposizione.

zione in una legge regionale, le prescrizioni afferenti ai LEA non vengano nell'ambito dell'ordinamento regionale», e la limitazione ai soli anziani e ai soggetti affetti da demenza e la conseguente esclusione di altri soggetti non autosufficienti non trovano riscontro nel dPCM del 2017 che «costituisce il provvedimento finale del procedimento di individuazione dei LEA previsto sin dalla legge n. 502 del 1992 e quindi attua e specifica l'art. 117, secondo comma, lettera m), Cost. Da ciò consegue la violazione di detto parametro e la fondatezza della proposta questione di legittimità».

⁵³ Sul punto, E. Pesaresi, *La «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni» e la materia «tutela della salute»: la proiezione indivisibile di un concetto unitario di cittadinanza nell'era del decentramento istituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2006, n. 2, 1733.

Le due censure di incostituzionalità, e soprattutto quella relativa alla definizione dei Lep nei limiti degli stanziamenti di bilancio a legislazione vigente, sono difficilmente superabili se si ritiene che la legge di bilancio 2023 prima e il disegno di legge di attuazione poi, si riferiscano ai livelli delle prestazioni connessi alla tutela dei diritti fondamentali delineati e difesi dalla Corte costituzionale, la quale anche nella più recente giurisprudenza ha stigmatizzato il ritardo nella loro adozione da parte del legislatore⁵⁴.

Ciò induce a ritenere che non si è davvero di fronte ai Lep che concernono diritti civili e sociali posti a garanzia dell'uguaglianza e che rappresentano necessariamente il presupposto di ogni operazione di trasferimento di funzioni dal centro alla periferia, ma che si è invece di fronte a qualcos'altro, meno rilevante sul piano costituzionale.

La sensazione è che, malgrado il *nomen iuris* di LEP, si è di fronte alla mera individuazione di quanto lo Stato attualmente fa con le risorse a disposizione derivanti dalle attuali decisioni di bilancio con riguardo alle funzioni trasferibili *ex art. 116 c. 3*, in modo che la Regione garantisca poi lo stesso livello di prestazione se acquisirà la funzione in virtù di condizioni particolari di autonomia.

Si tratta, in altri termini, di un mero strumento per procedere ad attuare comunque l'autonomia differenziata in assenza di un vero coordinamento con l'attuazione della legge n. 42/2009 e in assenza di una vera determinazione a monte dei livelli essenziali delle prestazioni, presupposto dell'esercizio delle competenze delle autonomie territoriali, tanto nell'assetto generale *ex artt. 117 e 118* della Costituzione, quanto nella sua deroga *ex art. 116 c. 3* della Costituzione.

In questi termini, e cioè se non si è di fronte ai Lep in senso tecnico, da garantire sulla base dei vincoli costituzionali, si spiegano tanto la previsione della individuazione dei c.d. LEP mediante semplice dPCM, quanto la previsione della loro individuazione nei limiti degli stanziamenti di bilancio.

⁵⁴ Nella sentenza 26 novembre 2021 n. 220, ad esempio, (in www.cortecostituzionale.it), relativa alla incostituzionalità per lesione dell'autonomia finanziaria dei Comuni, della normativa statale che aveva previsto un contributo ristorativo della perdita di gettito derivante dall'abolizione dell'IMU sulla prima casa, la Corte Costituzionale, pur dichiarando infondata la questione, ha precisato che «la non fondatezza della questione peraltro non esime questa Corte dal valutare negativamente il perdurante ritardo dello Stato nel definire i LEP, i quali indicano la soglia di spesa costituzionalmente necessaria per erogare le prestazioni sociali di natura fondamentale, nonché «il nucleo invalicabile di garanzie minime» per rendere effettivi tali diritti (*ex multis*, sentenze n. 142 del 2021 e n. 62 del 2020). In questa prospettiva i LEP rappresentano un elemento imprescindibile per uno svolgimento leale e trasparente dei rapporti finanziari fra lo Stato e le autonomie territoriali (*ex multis*, sentenze n. 197 del 2019 e n. 117 del 2018). Oltre a rappresentare un valido strumento per ridurre il contenzioso sulle regolazioni finanziarie fra enti (se non altro, per consentire la dimostrazione della lesività dei tagli subiti), l'adempimento di questo dovere dello Stato appare, peraltro, particolarmente urgente anche in vista di un'equa ed efficiente allocazione delle risorse collegate al Piano nazionale di ripresa e resilienza, PNRR [...]. In definitiva, il ritardo nella definizione dei LEP rappresenta un ostacolo non solo alla piena attuazione dell'autonomia finanziaria degli enti territoriali, ma anche al pieno superamento dei divari territoriali nel godimento delle prestazioni inerenti ai diritti sociali».

Anzi, quest'ultima risulta addirittura coerente con l'assenza a monte di una riorganizzazione della spesa diretta a garantire per il futuro la prevalenza e la priorità dei diritti fondamentali rispetto ad esigenze meno significative e non costituzionalmente garantite.

La lettura che qui si propone mette a nudo un punto critico dell'attuale operazione di attuazione dell'art. 116 c. 3 della Costituzione e ridimensiona l'enfasi posta dal disegno di legge sulla tematica dei Lep, relegati loro malgrado, ad una sorta di funzione di «foglia di fico» della riforma: assicurare che essa, diversamente dal processo di attuazione della legge n. 42/2009, non presenterebbe il peccato originale della mancata determinazione dei Lep.

In questa prospettiva anche altre norme, condivisibili in astratto, diventano superflue o contraddittorie. È il caso della previsione secondo cui la determinazione dei Lep avviene nel rispetto dell'obbligo di copertura (art. 8 c.2) e di quella secondo cui (art. 4 c.1), nel caso in cui ne derivassero nuovi oneri, questi andranno coperti prima del trasferimento delle funzioni. Se la prima disposizione appare superflua perché ovvia, la seconda risulta contraddittoria perché se la determinazione dei c.d. Lep deve avvenire nei limiti degli stanziamenti di bilancio, difficilmente ne potranno derivare nuovi oneri.

Tutto l'impianto normativo sembra voler assicurare rispetto ad un'autonomia differenziata da attuare comunque, anche indipendentemente dall'attuazione del modello generale di finanziamento delle funzioni delineato sulla base dell'art. 119 della Costituzione.

In effetti ciò non potrà avere che l'effetto di perpetuare la situazione esistente di inattuazione del sistema generale *ex art.* 119 Cost. di finanziamento delle funzioni e soprattutto di ulteriore rinvio di quell'opera di riordino della spesa pubblica, avviata più volte in passato e non portata a termine, a partire dalla quale possono più efficacemente definirsi proprio i livelli essenziali delle prestazioni.

5. *Alcune criticità nella determinazione dei fabbisogni standard relativi ai c.d. Lep*

Oltre che la fissazione dei Lep, è condizione per il trasferimento delle funzioni anche la determinazione dei relativi fabbisogni standard che rappresentano, come nel sistema della legge n. 42/2009, il criterio di individuazione delle risorse statali da trasferire alla regione destinataria di particolari condizioni di autonomia per finanziare le funzioni cedute, ed esercitate invece dallo Stato nelle altre regioni.

Anche le modalità di calcolo dei fabbisogni standard sono indicate non dal disegno di legge di attuazione ma dalla legge di bilancio 2023 (art. 1 c. 793 lett.

d) la quale rinvia al «procedimento e alle metodologie usate per il calcolo dei fabbisogni standard delle funzioni fondamentali di comuni e province ai sensi del d.lgs. n. 216/2020». ⁵⁵

È positivo che il calcolo dei fabbisogni standard rimanga in capo allo Stato e non sia demandato di volta in volta alle singole negoziazioni tra Stato e regione interessata dal trasferimento, come accadeva nelle pre-intese del 2018, ⁵⁶ nelle quali si prevedeva anche un periodo transitorio di un anno, non più presente nel disegno di legge, in cui le risorse trasferite sarebbero state calcolate dallo Stato mediante il criterio della spesa storica, per poi passare al trasferimento mediante i fabbisogni standard ⁵⁷.

Tuttavia va tenuto presente che il calcolo dei fabbisogni standard porta con sé alcune criticità che è bene sottolineare.

Se i c.d. Lep, nel prefigurato processo di attuazione dell'art. 116 c. 3, Cost individueranno il livello di prestazione garantito dallo Stato rispetto alla funzione da trasferire, il calcolo del fabbisogno standard sarà effettuato a partire da quanto lo Stato spende per quella funzione nelle diverse regioni.

Il livello di spesa da parte dello Stato sarà diverso in valore assoluto da regione a regione e si procederà, analogamente a quanto accaduto per il calcolo dei fabbisogni standard relativi alle funzioni fondamentali di comuni e province, o in sanità, al calcolo di una media ponderata e corretta mediante variabili considerate rilevanti (c.d. variabili *dummy*) della spesa che lo Stato sostiene nelle diverse regioni; il valore individuato dovrebbe rappresentare il fabbisogno standard per l'esercizio della funzione trasferita.

Ma la spesa sostenuta dallo Stato nelle diverse regioni verrà calcolata sulla base di quale criterio?

La domanda è importante perché il criterio utilizzato in partenza potrebbe determinare effetti differenti in ordine alla distribuzione delle risorse tra aree più ricche e aree meno ricche del paese.

Ad esempio per individuare il fabbisogno standard per l'esercizio delle funzioni in materia di istruzione passate alla regione si potrebbe fare riferimento alla

⁵⁵ La disposizione richiama espressamente i criteri e le metodologie di cui all'articolo 5, comma 1, lettere a), b), c), e) e f), del decreto legislativo 26 novembre 2010, n. 216.

⁵⁶ Nelle bozze delle tre pre-intese del 2018 l'individuazione tanto dei fabbisogni standard, quanto delle metodologie di calcolo era demandata ad un Comitato paritetico fra Stato- Regioni composto da rappresentanti dei governi nazionali e regionali (art. 5, identico in ognuna). In caso di mancata individuazione dei fabbisogni standard era previsto che le risorse dovevano essere determinate ad un livello non inferiore alla media *pro capite* nazionale della spesa statale delle funzioni attribuite.

⁵⁷ Le bozze delle pre-intese prevedevano che le risorse da trasferire sarebbero state determinate inizialmente dal Governo (mediante dPCM) sulla base della spesa storica sostenuta dallo Stato per le medesime funzioni, e successivamente, entro un anno dall'emanazione del decreto del Governo, si sarebbe proceduto alla determinazione mediante i fabbisogni standard.

spesa sostenuta dallo Stato in rapporto al numero degli abitanti oppure in rapporto al numero degli studenti (cioè degli utenti del servizio scolastico).

Quale criterio si sceglierà se utilizzando il criterio della spesa per abitante, la spesa dello Stato in una regione meno ricca risultasse maggiore rispetto a quella nelle regioni più ricche, o viceversa, utilizzando il criterio della spesa per studente, il risultato fosse invece contrario, e cioè ci si accorgesse che la spesa dallo Stato nelle regioni più ricche è in realtà maggiore della spesa in quelle con minore capacità fiscale?

In questo secondo caso, sarebbe difficilmente accettabile una cristallizzazione dell'assetto esistente e si dovrebbe procedere ad un riequilibrio, che sarebbe però poco praticabile politicamente perché difficilmente accettato dalle regioni più ricche che dovrebbero subire una riduzione di risorse.

Diventerebbe invece più praticabile il calcolo a partire dalla spesa per abitante perché, cristallizzando la situazione risultante sulla base di questo criterio, le regioni più ricche non dovrebbero subire riduzioni di risorse ed inoltre, almeno formalmente, risulterebbe che le regioni più povere continuerebbero a ricevere più risorse in rapporto alle regioni più ricche.

Ecco arrivati al cuore del problema politico dietro il calcolo dei fabbisogni standard, il vero *punctus dolens* e una delle principali ragioni dell'inattuazione della riforma del federalismo fiscale della legge n. 42/2009. In un ordinamento con due velocità l'uguaglianza si raggiunge riducendo la velocità di chi va più veloce e portando tutti ad una velocità più bassa ma uguale per tutti, oppure creando le condizioni per cui chi viaggia ad una velocità inferiore la possa aumentare, senza però il rilascio dell'acceleratore da parte di chi va più veloce?

È evidente che si tratta di un problema politico centrale, perché se si può riuscire ad ottenere che chi già ha di più non abbia ulteriori risorse, difficilmente si riuscirà ad ottenere da parte di chi ha di più una riduzione di risorse.

Dinamiche analoghe, del resto, si sono avute, ad esempio, nel calcolo dei fabbisogni standard rispetto alle funzioni fondamentali di comuni e province. Il calcolo dei fabbisogni è avvenuto partendo dalla spesa media sostenuta per lo svolgimento di quelle funzioni da *cluster* di comuni con le stesse caratteristiche, corretta sulla base di numerose variabili che tenessero conto delle diversità di contesto da regione a regione. Trattandosi di una media sia pure ponderata e pesata, ne è derivato che chi spendeva di più, anche se in valore assoluto ha ricevuto in qualche caso meno risorse, ha continuato a ricevere più risorse in rapporto a comuni che spendevano di meno. E non a caso si è evidenziato che con il calcolo dei fabbisogni standard si fossero in un certo senso cristallizzate le differenze presenti tra comuni con maggiore capacità fiscale rispetto a quelli con capacità fiscale minore.

Si tratta di dinamiche di cui si dovrà tener conto quando si procederà all'individuazione dei fabbisogni standard relativi ai c.d. Lep connessi alle funzioni da trasferire in autonomia differenziata.

6. *Alcune criticità nelle modalità di finanziamento a regime previste nel disegno di legge per le funzioni trasferite ex art. 116 c. 3, Cost.*

Una volta individuato mediante il fabbisogno standard l'entità delle risorse statali necessarie a finanziare le funzioni oggetto di trasferimento, quanto alle modalità di finanziamento il disegno di legge di attuazione (art. 5, c. 2) si limita a prevedere che l'intesa Stato-regione interessata «individua le modalità di finanziamento delle funzioni attribuite attraverso compartecipazioni al gettito di uno o più tributi erariali maturato nel territorio regionale nel rispetto dell'articolo 17 della legge 31 dicembre 2009 n. 196, nonché nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 119, quarto comma della Costituzione».

La disposizione ribadisce da un lato che il finanziamento delle funzioni trasferite avvenga nel rispetto dell'obbligo di copertura previsto dal citato articolo 17, e dall'altro assicura con il richiamo all'art. 119 c. 4 della Costituzione, il finanziamento integrale delle funzioni trasferite da parte dello Stato mediante risorse derivanti da tributi statali legati al territorio.

Si è già evidenziato nei precedenti paragrafi il possibile disallineamento con quanto previsto in generale dalla legge n. 42/2009 che impone il finanziamento da parte dello Stato delle sole funzioni legate ai livelli essenziali delle prestazioni e, per i comuni, delle funzioni fondamentali, mentre per le altre funzioni il finanziamento dovrebbe avvenire mediante risorse autonome, fatte salve soltanto le quote del fondo perequativo legate alla perequazione dei territori con minore capacità fiscale.

Tuttavia, a parte la questione di come interpretare l'avverbio «integralmente» dell'art. 119 c. 4 della Costituzione già affrontata nei precedenti paragrafi, la previsione del disegno di legge di attuazione suscita perplessità per l'ampio margine di manovra lasciato all'intesa Stato-regione.

La disposizione si limita a prevedere semplicemente che le risorse statali derivano da compartecipazioni al gettito prodotto sul territorio della regione di tributi erariali rinviando all'intesa Stato-regione l'individuazione dei tributi e le relative modalità di finanziamento, senza prevedere ulteriori limiti o vincoli.

Nulla si dice ad esempio sulle caratteristiche dell'aliquota di compartecipazione al gettito del tributo erariale da individuare nell'intesa.

Si deve trattare di un'aliquota che rimane sempre fissa o di un'aliquota da aggiornare in base alla dinamica del gettito nella regione interessata?

La domanda si pone perché un'aliquota che rimane fissa indipendentemente dalla dinamica del gettito può dar luogo a scenari differenti a seconda che il livello di risorse risulti superiore o inferiore al fabbisogno.

In caso di gettito inferiore al fabbisogno per effetto di un andamento economico sfavorevole, difficilmente si potrebbe ammettere che la regione sopporti il rischio di minori risorse derivanti dal gettito, e ciò per l'operare da un lato della perequazione, e dall'altro della garanzia ultima dello Stato dei livelli essenziali delle prestazioni relative a diritti civili e sociali anche eventualmente, se necessario, con il reperimento di ulteriori risorse mediante scostamenti di bilancio.

In caso invece di gettito superiore al fabbisogno, l'aliquota fissa garantirebbe alla regione un *surplus* di risorse, peraltro senza vincolo di destinazione, sottraendole alla perequazione. Inoltre, se contestualmente la dinamica del gettito in altre regioni fosse sfavorevole e quindi le risorse si attestassero al di sotto del fabbisogno, a parità di saldo complessivo, lo Stato per garantire il livello di risorse nelle altre regioni, dovrebbe aumentare la spesa pubblica, nonostante il *surplus* di risorse nella regione destinataria di autonomia differenziata⁵⁸.

I due effetti descritti, di possibile sottrazione di risorse alla perequazione e di eventuale rischio di aumento della spesa pubblica, non si verificherebbe invece se l'aliquota da individuare nell'intesa fosse da aggiornare in ragione del diverso andamento del rapporto tra fabbisogno e risorse derivanti dal gettito.

Sarebbe dunque preferibile nel disegno di legge la previsione di vincoli più precisi e specifici in ordine alla individuazione delle modalità concrete di finanziamento a regime delle funzioni trasferite *ex art. 116 c. 3, Cost.*

⁵⁸ Si tratta di una preoccupazione espressa dall'Ufficio parlamentare di bilancio a proposito delle c.d. pre-intese del 2018 che prevedevano una disposizione sul punto simile a quella dell'attuale disegno di legge di attuazione. Secondo l'articolo l'art. 5 (identico in tutte e tre le pre-intese) l'attuazione del sistema non doveva comportare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica o determinare incrementi della pressione fiscale sui contribuenti delle Regioni. Inoltre a regime il finanziamento sarebbe derivato da compartecipazioni al gettito maturato nel territorio regionale di Irpef e altri eventuali tributi da individuare. L'Ufficio parlamentare del bilancio aveva espresso preoccupazioni per possibili rischi sulla tenuta dei conti pubblici e sulla garanzia di perequazione, non nella fase iniziale, ma in quella a regime, nel caso in cui i fabbisogni di spesa e le risorse avessero registrato nel tempo dinamiche di evoluzione differenti (audizione del 10 luglio 2019 presso la Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale *Attuazione e prospettive del federalismo fiscale sulle procedure in atto per la definizione delle intese ai sensi dell'art. 116 c. 3 della Costituzione*). L'Ufficio parlamentare di bilancio suggeriva l'inserimento di un meccanismo di revisione periodica delle aliquote, definito cooperativo, attraverso la loro rideterminazione secondo l'andamento di fabbisogni e risorse decisa dallo Stato o presso un organismo rappresentativo di raccordo. Paventava i rischi indicati nel testo invece con riguardo all'eventuale meccanismo, definito autonomista, di cristallizzazione delle aliquote (in particolare pp. 8-10 del testo dell'audizione).

7. Considerazioni conclusive

Nei precedenti paragrafi si sono evidenziate alcune criticità dell'attuale processo di attuazione dell'articolo 116 c. 3 della Costituzione, e in particolare delle disposizioni della legge di bilancio 2023, che disciplinano la definizione dei livelli essenziali delle prestazioni, e del disegno di legge di attuazione approvato nel marzo del 2023.

Una prima criticità è di ordine logico-generale: la differenziazione anche riguardo ai profili di finanziamento delle funzioni presuppone un modello generale da cui appunto differenziarsi. Se questo ancora non c'è si rischia di creare un sistema di finanziamento delle nuove funzioni parallelo e alternativo all'articolo 119 della Costituzione, e non invece un meccanismo derogatorio, ma ad esso integrato⁵⁹. Che questo sia il rischio emerge già dall'analisi della disciplina della legge di bilancio 2023, richiamata dal disegno di legge, che disciplina la determinazione dei Lep «ai fini dell'attuazione dell'art. 116 c. 3 della Costituzione» ritenendo evidentemente di poter definire un livello di tutela di un diritto indipendentemente dalla sua individuazione nel quadro del sistema ordinario dell'assetto delle funzioni *ex artt.* 117 e 118 Cost., come se la tutela di un livello essenziale di tutela, che rimane la risultante dell'esercizio contemporaneo di funzioni di più enti territoriali, fosse diversa se garantita nell'assetto ordinario delle competenze o in autonomia differenziata. In realtà la determinazione dei Lep (in senso proprio) in virtù della loro trasversalità alle funzioni proprie o trasferite delle regioni dovrebbe escludere la possibilità di un'attuazione del modello differenziato *ex art.* 116 c. 3 anticipata rispetto a quella del modello generale di finanziamento.

Se la Costituzione è rispettata se un diritto è garantito quando le prestazioni che lo concernono non si assestino al di sotto di una certa soglia, ciò vale tanto se la funzione è esercitata dallo Stato sulla base dell'assetto di competenze *ex art.* 117-118 della Costituzione, tanto se è esercitata dalla regione al posto dello Stato *ex art.* 116 c. 3 Cost. Un'autonomia differenziata che sul fronte dei profili finanziari e dei meccanismi di finanziamento delle risorse avvenga prima che il sistema generale da cui ci si dovrebbe differenziare sia stato attuato rischia di diventare non un modello derogatorio/speciale di finanziamento delle funzioni rispetto a quello generale, ma piuttosto un modello parallelo e alternativo ad esso, tanto più esteso quanto più è alto il numero delle regioni che avvieranno processi di autonomia differenziata e quanto più sarà ampio l'ambito delle materie richieste.

⁵⁹ L'attuazione dell'art. 119 della Costituzione «dovrebbe precedere, secondo la logica della buona legislazione, ogni legge di riordino funzionale, compresa quella di differenziazione, che dovrebbe trovare definito, già nella fase della sua elaborazione, l'assetto della finanza locale, e, in questa, in particolare, i Lep e i meccanismi di perequazione», così S. Staiano, *Salvare il regionalismo dalla differenziazione dissolutiva*, cit., X.

Se è vero l'art. 116 c. 3 della Costituzione prevede un meccanismo di «differenziazione per estensione»⁶⁰ del modello di autonomia previsto dagli artt. 117 e 118 Cost, è altrettanto vero, parafrasando l'espressione, che sul piano dei profili finanziari, l'attuale processo di attuazione dell'art. 116 c. 3 rappresenta una sorta di «inadempimento/inattuazione per estensione» dell'art. 119 della Costituzione.

Una conferma della preoccupazione appena espressa è data dai profili di incostituzionalità della disciplina dei c.d. Lep di cui si è parlato in precedenza.

L'individuazione dei c.d. Lep nei limiti delle disposizioni di bilancio induce a ritenere che i dPCM cui è rimessa la loro completa individuazione, non metteranno in campo un'opera di rideterminazione delle scelte di bilancio in funzione del livello di tutela che si vuole garantire ai diritti fondamentali, ma al contrario, la ricaveranno a partire dagli attuali condizionamenti di bilancio in cui hanno rilievo interessi di varia natura, localistici, micro-settoriali o anche clientelari.

I dPCM offriranno semplicemente una fotografia di ciò che attualmente lo Stato fa nelle materie in cui riconoscere condizioni particolari di autonomia, funzionale a procedere comunque nell'attuazione dell'autonomia differenziata, ma senza incidere in via definitiva sulla determinazione del livello di tutela posto a garanzia dell'uguaglianza sostanziale che valga tanto nel sistema generale di finanziamento delle funzioni, tanto in quello derogatorio *ex* art. 116 c. 3, Cost.

Si è dunque anni luce distante dalla fissazione dei Lep «in senso tecnico» che la Corte costituzionale ha contribuito a definire, e che possono considerarsi la garanzia di quel «tasso di disuguaglianza accettabile»⁶¹ per l'ordinamento che rappresenta la naturale conseguenza di ogni operazione di potenziamento dell'autonomia a livello locale, e che anche per questo non dovrebbero essere rimessi, come accade nella disciplina della legge di bilancio 2023, interamente alla decisione del Governo con un intervento del Parlamento ancillare o addirittura assente.

Accanto a queste perplessità di ordine generale sull'impianto complessivo della normativa, e chiarito che nella riforma malgrado il *nomen iuris*, non si è di fronte alla determinazione di Lep «in senso tecnico», si sono evidenziate alcune ulteriori perplessità sulle disposizioni del disegno di legge di attuazione, tanto con riferimento al calcolo dei fabbisogni standard relativi ai c.d. Lep, tanto con riferimento ai meccanismi di finanziamento a regime delle funzioni trasferite.

⁶⁰ L'espressione è di G. Piperata e utilizzata nell'intervento al Convegno *Autonomia differenziata. Work in progress*, tenutosi presso l'Università della Calabria il 17 marzo 2023.

⁶¹ L'espressione è in G. Rossi, A. Benedetti, *La competenza legislativa statale esclusiva in materia di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*, in *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2002, 22, secondo cui «la tensione tra uniformità e differenziazione trova quindi nell'interrogativo sul tasso di disuguaglianza accettabile il suo snodo centrale, a prescindere dal quale ogni discussione sulla dinamica dei confini tra competenze centrali e competenze autonomistiche è condannata alla sterilità».

In particolare, si è avvertito delle difficoltà connesse alla determinazione dei fabbisogni standard e dei rischi di cristallizzazione delle differenze a seconda delle modalità di calcolo di quanto lo stato spende in media nelle diverse regioni con riguardo alla funzione da trasferire. Inoltre, quanto all'ampia discrezionalità lasciata all'intesa Stato-regione nella definizione dei meccanismi di finanziamento a regime delle funzioni trasferite, si sono evidenziati i rischi di sottrazione di risorse alla perequazione e di tenuta dei conti pubblici nel caso di scelta di aliquote fisse e non invece aggiornabili in base alla dinamica del gettito prodotto sul territorio dall'imposta erariale.

Tutto ciò dovrebbe imporre maggiore cautela nel perseguimento dell'attuazione dell'articolo 116 c. 3 della Costituzione.

La volontà politica di un'attuazione «a tutti i costi» dell'autonomia differenziata, favorita da una certa frenesia connessa alle scadenze del PNRR, rischia di produrre uno sordinato salto in avanti, tanto più lungo quanto più ampio è il novero delle nuove funzioni trasferite, e tanto più alternativo rispetto al modello generale quanto maggiore è il numero delle Regioni che avvieranno le procedure di richiesta di autonomia differenziata. Un salto in avanti che però non è destinato a superare un ostacolo, ma piuttosto a crearlo.

Se uno degli errori del titolo V era stato quello di non definire il punto di equilibrio fra le due esigenze opposte dell'uguaglianza e della differenziazione accettabile, ma di massimizzarle entrambe, con il risultato di rimettere alla Corte costituzionale quello che sarebbe il primo compito della politica⁶², nell'attuale processo di attuazione dell'art. 116 c. 3 della Costituzione, il problema invece è che la scelta politica, massimizzando oltre modo il polo dell'autonomia e quindi della differenziazione, rischia di oltrepassare quella soglia di disuguaglianza compatibile con gli articoli 3 e 5 della Costituzione, ed è prevedibile che sarà ancora una volta la Corte costituzionale a dover intervenire.

⁶² In questo senso G. Rossi, in *Appunto sul regionalismo differenziato*, in *Ridiam.it*, 2019, 1.

Profili finanziari dell'autonomia differenziata: criticità connesse alla definizione dei c.d. Lep e ai meccanismi di finanziamento delle funzioni trasferite

L'articolo analizza i profili finanziari del processo in corso di attuazione dell'articolo 116 c. 3 della Costituzione, tanto con riferimento alle disposizioni della legge di bilancio del 2023, con cui è stata disciplinata la procedura di individuazione dei c.d. Lep, tanto con riguardo alle disposizioni finanziarie contenute nel disegno di legge di attuazione approvato dal Consiglio dei Ministri nel marzo del 2023. Dopo aver evidenziato la contraddizione di un'attuazione dell'art 116 c. 3 della Costituzione in assenza dell'attuazione del modello generale di finanziamento delle funzioni delle autonomie territoriali prefigurato dalla legge n. 42/2009, l'autore sottolinea alcune criticità dell'operazione a monte di definizione dei Lep e di calcolo dei relativi fabbisogni standard, considerata dalla normativa quale presupposto del trasferimento delle funzioni in autonomia differenziata. Sottolineando alcuni profili di illegittimità costituzionale della disciplina che regola il procedimento di definizione dei Lep, l'autore dubita che si tratti realmente dei Lep previsti dalla Costituzione a garanzia dell'uguaglianza, e ritiene che si sia di fronte a qualcosa di meno significativo sul piano costituzionale, mero strumento per attuare comunque e ad ogni costo l'autonomia differenziata. Evidenzia inoltre la particolare delicatezza dell'operazione di calcolo dei fabbisogni standard ed esprime alcune perplessità sulle disposizioni concernenti i meccanismi di finanziamento a regime delle funzioni trasferite previsti nel disegno di legge di attuazione.

Financial profiles of the differentiated autonomy: critical issues connected to the definition of the so-called Lep and the financing mechanisms of the transferred functions.

The article analyzes the financial profiles of the ongoing implementation process of Italian Constitution article 116 c. 3, both with reference to the provisions of the 2023 budget law, relating to procedure for identifying of the so-called Lep, both with regard to the financial provisions contained in the implementation bill approved by the Council of Ministers in March 2023. The article highlights the contradiction of an implementation of Constitution article 116 c. 3 in the absence of the implementation of general financing model of the territorial autonomies functions, prefigured by law n. 42/2009. It also highlights some critical issues on upstream definition of the essential levels of prestations (so-called Lep), and on the calculation of the related standard needs, considered by the legislation as a prerequisite for transferring of functions in differentiated autonomy. After having underlined some aspects of constitutional illegitimacy of the provisions of the 2023 budget law relating to the procedure for defining the so-called Lep, the author doubts that they are really the so-called Lep envisaged by the Constitution to guarantee equality, and instead believes that it is something less significant on the constitutional level, usefull only for implementing at all costs the differentiated autonomy. He also highlights the particular delicacy of the standard needs calculation and expresses some perplexities about the provisions concerning the fully operational financing mechanisms of the functions transferred envisaged in the implementation bill.

Articoli e saggi

Rigenerare per ripartire: la “città intelligente” nel prisma delle riqualificazioni e delle rigenerazioni urbanistiche

Gianluigi Delle Cave

SOMMARIO: 1. Introduzione al tema. – 2. La città intelligente “*at a glance*”: breve inquadramento normativo. – 3. Rigenerazione urbana: una chiave di volta per le città intelligenti? – 3.1. La rigenerazione urbana tra criticità e prospettive di sviluppo verso il modello *Smart city*. – 4. La normativa rilevante: tra passato, presente e PNRR. – 5. Le periferie urbane per le città intelligenti. – 5.1. Rigenerazione e periferie: poteri pubblici nell’implementazione della *City* “secondaria”. – 6. Riflessioni a mo’ di conclusioni: il connubio necessario tra rigenerazione e *Smart city*.

1. *Introduzione al tema*

Il tema della rigenerazione urbana si impone – nello scenario giuridico odierno – come ineludibile all’attenzione non solo del legislatore nazionale, regionale e delle comunità locali, ma anche dei giuristi. Sono, infatti, numerose le norme statali e regionali che disciplinano interventi nel campo dell’urbanistica e dell’edilizia nel quadro di riferimento della rigenerazione urbana, con una visione strategica, attraverso piani e programmi complessi che hanno profondamente innovato e modificato la pianificazione comunale nelle forme e nei contenuti¹.

Orbene, il riuso e la rifunzionalizzazione ecosostenibile di aree pubbliche e di strutture edilizie pubbliche esistenti per finalità di interesse pubblico, il miglioramento della qualità del decoro urbano e del tessuto sociale e ambientale, le iniziative volte al miglioramento energetico dell’edilizia urbana ecc. (tutte iniziative che, a ben vedere, colgono l’essenza anche della realizzazione delle c.d. “*Smart cities*”, di cui meglio si dirà nel seguito), nel più ampio quadro delle rigenerazioni urbanistiche, richiedono, senza dubbio, pure una regia pubblica attenta e disci-

¹ Sul punto, si veda R. Dipace, *La rigenerazione urbana a guida pubblica*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2022, 2, 27-42. Nel medesimo fascicolo tematico della rivista appena citata, si segnalano, *ex aliis*, L. De Lucia, *Il nuovo testo unificato sulla rigenerazione urbana. Osservazioni critiche* (7-26) nonché F. Di Lascio, *Governare la rigenerazione urbana* (88-115).

plinata, quantomeno nella “gestione” di due grandi direttrici: quella della pianificazione (oggetto del presente scritto) e quella dei finanziamenti.

Da tale angolo visuale, dunque, i programmi di rigenerazione urbana, intesi come strumenti per la realizzazione delle “città intelligenti”, si manifestano come una nuova generazione di programmi complessi che si configurano come piani (i) politematici, coinvolgendo una pluralità di interessi, anche estranei alla materia urbanistica e (ii) flessibili, tali da prevedere continue modificazioni e adattamenti, salvaguardando allo stesso tempo gli obiettivi generali di pianificazione².

Alla luce di quanto sopra brevemente detto, il presente scritto vuole offrire, anzitutto, una ricognizione sintetica (ma organica) sui concetti di *Smart City* e rigenerazione urbana, muovendo dal dato normativo applicabile, per poi analizzarne, contestualmente, le possibili interconnessioni e finalità congiunte, senza trascurare la disamina del *quantum* di potere pubblico sia necessario per coniugare la città intelligente con gli strumenti rigenerativi.

A tal fine, svolte alcune considerazioni su *ratio* e finalità della *Smart City*, si esporranno, dapprima, le ragioni a fondamento della normativa sulla rigenerazione urbana per poi virare sulle commistioni con la città intelligente e sul rapporto, in particolare, con le “periferie” urbane (anche con riferimenti comparatistici, in nota, alla normativa e all’esperienza spagnola/catalana); ciò avanzando, allo stesso tempo, suggerimenti che potrebbero, nei limiti del presente scritto, contribuire a superare taluni profili problematici nel connubio tra gli istituti sopra richiamati.

2. *La città intelligente “at a glance”: breve inquadramento normativo*

Prima di “addentrarsi” nella disamina della relazione tra la c.d. “*Smart city*”³ e la rigenerazione urbana, pare utile premettere, in *incipit* al presente scritto, alcune bre-

² R. Dipace, *La rigenerazione urbana tra programmazione e pianificazione*, in *Riv. giur. ed.*, 2014, 2, 237-259; A. Giusti, *La rigenerazione urbana*, Napoli, 2018, 53-54; sul punto, più di recente, E. Boscolo, *Le periferie in degrado (socio-territoriale) e i (plurimi) fallimenti dell’urbanistica italiana*, in *Riv. giur. urb.*, 2021, 3, 54 ss.

³ In dottrina, sul concetto di *Smart City*, si vedano, *ex aliis*, V. Parisio, *Smart cities, digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni, diritto: spunti di riflessione*, in V. Aguado I Cudolà, V. Parisio, O. Casanovas I Ibañez, *El derecho a la ciudad: el reto de las smart cities*, Atelier, Barcellona, 2018; F. Fracchia, P. Pantalone, *Smart City: condividere per innovare (e con il rischio di escludere?)*, in *Federalismi*, 22, 2015; F. Fracchia, P. Pantalone, *Salvaguardia delle identità locali, corretto uso del territorio ed esigenze del mercato: il caso delle locazioni brevi ai tempi della sharing economy*, in *Consulta online*, 2022, 1; S. Antoniazzi, *Smart city: l’intreccio di riferimenti normativi e l’innovazione tecnologica nella gestione dei servizi pubblici locali*, in *Il Merito*, 2018; Id., *Smart City: quadro generale di atti, programmi e competenze di livello sovranazionale, nazionale e locale*, in G.F. Ferrari (a cura di), *La prossima città*, 2017, Mimesis, Milano, 479 ss.; E. Ferrero, *Le smart cities nell’ordinamento giuridico*, in *Foro it.*, 2015, 3, 456 ss.; Id., *Riflessioni sul Patto globale per l’ambiente: quale ruolo per le «smart cities»?*, in *Ambiente&Sviluppo*, 2019, 2, 127 ss.; A. Pensi, *L’inquadramento giuridico delle «città intelligenti»*, in *GiustAmm*, 2015, 9, 1-10; A. Simonati, *La partecipazione dei privati al governo del territorio nella legislazione regionale: fra tradizione e sperimentazione, per una nuova urbanistica “reticolare”*, in *Riv. giur. ed.*, 2016, 3, 268 ss.; F. Gaspari, *Città intelligenti e intervento pubblico*, in *Dir. economia*, 2019, 98, 71-110; C. Accocella, G. Laneve, *Città intelligenti e diritti: nuove prospettive di consumo nel prisma della socialità*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2021, 2, 105 ss.; R. Ferrara, *The Smart City and the Green Economy in Europe: a*

vissime indicazioni normative relative al concetto di “città intelligente” (trattasi di una ricognizione “perimetrata” alle più recenti disposizioni sul tema⁴); indicazioni utili per comprendere la stretta, quasi genetica, interrelazione tra la città *smart* e la riqualificazione *de qua* che caratterizza, di fatto, la nuova stagione urbanistico-edilizia nazionale.

Sul piano europeo, in prima battuta, si segnala che la dimensione urbana delle politiche relative alle città “intelligenti” trova – anzitutto – sviluppo con il Patto di Amsterdam del 30 maggio 2016, istitutivo della c.d. “Agenda urbana europea”. Nello stesso periodo storico, si assiste anche all’avvio del programma “Europa 2020”⁵, ovvero di quella «strategia decennale comunitaria volta a una crescita più intelligente, sostenibile e solidale in materia di occupazione, ricerca e sviluppo, clima ed energia, istruzione, integrazione sociale e riduzione della povertà»⁶. La crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva suggerita dalla strategia *de qua*, infatti, non può che passare – a detta delle autorità eurounitarie istituzionali – attraverso la città ed in questa misura la “rigenerazione urbana” è destinata a svolgere una funzione determinante per lo stesso sviluppo urbano⁷.

In tali termini e nella più generale dinamica evolutiva della visione della città intelligente, trova spazio pure: (i) la politica di coesione 2021-2027 dell’UE, ove la via maestra per lo sviluppo urbano sostenibile viene individuata proprio nelle

Critical Approach, in *Il Piemonte delle Autonomie*, 2, 2015; A. Cocchia, *Smart and Digital City: A Systematic Literature Review*, in R.P. Dameri, C. Rosenthal-Sabroux (a cura di), *Smart City. How to create Public and Economic Value with High Technology in Urban Space*, New York, 2014, 35 ss.; J.B. Auby, V. De Gregorio, *Le smart cities in Francia*, in *Ist. fed.*, 4, 2015, 975-993; C. Rochet, *Smart Cities: Reality or Fiction*, Wiley, New York, 2018; R. Sennett, *Costruire e abitare: Etica per la città*, Feltrinelli, Milano, 2018; C. Napoli, *La smart city tra ambizioni europee e lacune italiane: la sfida della sostenibilità urbana*, in *Le Regioni*, 2019, 2, 445 ss.; T. Favaro, *Verso la smart city: sviluppo economico e rigenerazione urbana*, in *Riv. giur. ed.*, 2020, 2, 87 ss.; G.F. Ferrari (a cura di), *Smart city. L’evoluzione di un’idea*, Mimesis, Milano, 2020; sia consentito il rinvio anche a G. Delle Cave, *Comunità intelligenti, enti locali, mobilità sostenibile: le Smart City al cospetto del potere pubblico*, in *Dir. economia*, 2021, 2, 385 ss.

⁴ Per una disamina completa dei profili normativi qui accennati, sia consentito il rinvio a G. Delle Cave, *Smart city, diritto alla città e pianificazione c.d. “intelligente”*, in *Federalismi.it*, 2023, 24, 1 ss.

⁵ L’atto denominato “Europa 2020”, avente ad oggetto “A strategy for smart, sustainable and inclusive growth”, è stato adottato con la Comunicazione del 3 marzo 2010, n. 2020 *final*. Successivamente, la Commissione ha poi effettuato un primo bilancio della strategia Europa 2020, reso pubblico attraverso la Comunicazione del 5 marzo 2014, n. 130 *final*.

⁶ G. Delle Cave, *op. cit.* La strategia, nello specifico, prevede due linee di sviluppo ben precise: (i) la linea *Smart Cities and Communities* (SSC1), che si concentra su sviluppo e implementazione di soluzioni che siano sostenibili, convenienti e replicabili, combinando energia e trasporti mediante le tecnologie ICT; (ii) la linea *Sustainable cities through Nature-based solutions* (SSC2-4) che ha come obiettivo quello del “rinverdimento” delle città ottenuta attraverso l’applicazione di soluzioni innovative e specifiche per le situazioni locali. In particolare, con la strategia “Europa 2020”, l’entità Smart city viene formalmente investita del ruolo di strumento principe per conseguire elevati livelli di occupazione, produttività e coesione sociale.

⁷ Significativo, nella definizione della “visione” europea sulle città, il documento “Città del futuro”, del 2010, che si inserisce anch’esso all’interno di questa progressiva definizione. La relazione, conclusiva della conferenza di esperti promossa dalla Commissione, riconosce i principali obiettivi della strategia Europa 2020, ma sottolinea la necessità di un approccio integrato, coerente e globale che coinvolga tutti i settori, i livelli amministrativi e i territori. Evidenzia dunque, tra l’altro, l’esigenza di una “governance” della questione urbana che non necessariamente si esaurisce a livello di autorità comunali, secondo una logica di *multilevel governance* che è peraltro frequentemente presente negli atti europei.

«policy comunitarie e locali aventi ad oggetto i *driver* dell'innovazione agganciati alla *governance* multilivellare»⁸; (ii) l'Agenda 2030 europea e delle Nazioni Unite⁹ e le *roadmap* verso la completa decarbonizzazione della società al 2050 (il riferimento è al c.d. “*Green Deal*” europeo¹⁰) con gli *step* intermedi¹¹; (iii) il piano straordinario “*Next generation EU*” (“NGEU”)¹², la cui prospettiva, in buona sostanza, si declina non solo nel riparare e recuperare l'esistente, ma di plasmare un modo migliore di vivere il mondo di domani¹³ (ciò affrontando una serie di sfide comuni che gli Stati

⁸ Per un approfondimento, G. Delle Cave, *op. ult. cit.*; V. Gamberale, S. Gatti, *Un nuovo paradigma (e capitali privati) per le infrastrutture. Le sfide del dopo pandemia*, in *Il Sole24Ore*, 2021. Su questo punto, in ogni caso, decisivo il ruolo pure dei fondi di investimento europei a lungo termine (ELFIT, il cui regolamento è in fase di revisione), relativi, tra gli altri, ai settori delle infrastrutture, dei trasporti e delle comunicazioni, in particolare per la ripresa dalla pandemia Covid-19. In particolare, si evidenzia nella Comunicazione COM 2019/650 (e COM 2019/652, avente ad oggetto raccomandazione sulla politica economica della zona euro), come l'attenzione delle politiche eurounitarie (e degli strumenti finanziari ad esse collegati) debba riparametrarsi sulle sfide di lungo periodo, vale a dire sul cambiamento climatico, la composizione demografica dell'UE e la trasformazione tecnologica.

⁹ La “territorializzazione” degli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile promossi dall'Agenda 2030 rappresenta attualmente un impegno importante delle P.A. locali per tradurre le grandi sfide globali in strumenti di misurazione concreti e facilmente attuabili su scala locale. Pare evidente come la recente attenzione alla “prestazione urbana” emerga pure dalle possibilità di misurazione ed elaborazione generate dalla *Smart city*: i cruscotti e le piattaforme urbane (*urban dashboard*) possono, infatti, raccogliere e sistematizzare diverse tipologie di dati con frequenza e risoluzione diversa. Va poi evidenziato come detta Agenda dedichi un obiettivo specifico alle città e comunità sostenibili (“Goal 11”) e richiede il coinvolgimento degli enti locali per l'attuazione di numerosi obiettivi e *target* (cfr. per una ricostruzione puntuale, ONU, *Transforming our world: the 2030 Agenda for sustainable development*, 25 settembre 2015). Tali obiettivi sono rinvenibili, *in nuce*, pure nell'Agenda Urbana Globale del 2016 (Habitat III) seguita dalla Carta di Leipzig del novembre 2020, adottata con l'obiettivo di realizzare città sostenibili, con un approccio *multilevel* e *multi-stakeholders*.

¹⁰ Con questo piano, l'UE intende raggiungere la neutralità climatica entro il 2050, trasformando le sfide ambientali in opportunità di crescita e riconversione del settore economico. Il piano d'azione si può riassumere in due obiettivi principali: (i) la promozione dell'uso efficiente delle risorse, passando a un'economia pulita e circolare; (ii) il ripristino delle biodiversità e ridurre l'inquinamento.

¹¹ Sul punto si segnala come anche il mondo vegetale è diventato uno dei nuovi *city user* nella gestione e pianificazione urbana. Ad esempio, la “Strategia Europea della Biodiversità verso il 2030: riportare la natura nella nostra vita” della Commissione UE (2020) pone al centro delle politiche globali la conservazione della specie quale azione imprescindibile per la sopravvivenza stessa dell'uomo sul pianeta. La natura diventa quindi un'interlocutrice al tavolo dello sviluppo della nuova città intelligente

¹² Cfr. COM(2020)456 *final*, “*Il momento dell'Europa: Riparare e prepararsi per la prossima generazione*”. Si veda, in particolare, il Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, che istituisce lo strumento per la ripresa e la resilienza.

¹³ Si vedano, in particolare, i sei pilastri che il Regolamento (UE) 2021/241 indica come fondativi dello stesso NGEU (in continuità, peraltro, con il *Green Deal* europeo): (i) la transizione verde, (ii) la trasformazione digitale, (iii) la crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva, (iv) la coesione sociale e territoriale (v) la salute e la resilienza dei sistemi istituzionali, (vi) le politiche per la prossima generazione.

membri devono prevedere nei loro piani nazionali di ripresa e resilienza¹⁴, riconducibili ai sette programmi faro europei, c.d. “*Flagship Programs*”¹⁵ 16.

Con riferimento al piano nazionale, invece, il dibattito italiano sulle “città intelligenti” (*rectius* “comunità”) affonda le proprie radici in un passato relativamente risalente, ovvero nella deliberazione del CIPE 21 dicembre 2000, n. 150, avente ad oggetto il “Programma nazionale ricerca”¹⁷ per gli anni 2001-2003¹⁸. Successivamente, l’art. 2-*bis* del d.l. 09 febbraio 2012, n. 5 (c.d. “Semplifica Italia”), ha previsto, *inter alia*, la «realizzazione delle infrastrutture tecnologiche e immateriali al servizio delle “comunità intelligenti” (*smart communities*), finalizzate a soddisfare la crescente domanda di servizi digitali in settori quali la mobilità, il risparmio energetico, il sistema educativo, la sicurezza, la sanità, i servizi sociali e la cultura»¹⁹.

¹⁴ Quanto al PNRR italiano, come meglio si dirà nel seguito, si veda il d.l. 06 maggio 2021, n. 59, recante misure urgenti in materia di fondo integrativo del piano nazionale di ripresa e resilienza e il d.l. 31 maggio 2021, n. 77, sulla governance del piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure per il rafforzamento delle strutture amministrative e l’accelerazione e lo snellimento delle procedure.

¹⁵ Nello specifico: utilizzare più energia pulita (*power up*); migliorare l’efficienza energetica degli edifici pubblici e privati (*renovate*); promuovere tecnologie pulite adeguate alle esigenze future per accelerare l’uso di sistemi di trasporto sostenibili, accessibili e intelligenti (*recharge and refuel*); estendere rapidamente i servizi veloci a banda larga a tutte le regioni e le famiglie, comprese le reti in fibra ottica e 5G (*connect*); digitalizzare la P.A. e i servizi pubblici, compresi i sistemi giudiziari e sanitari (*modernise*); aumentare la capacità di *cloud* industriale europeo di dati e lo sviluppo di processori più potenti (*scale-up*); adattare i sistemi di istruzione per promuovere le competenze digitali e la formazione scolastica (*reskill and upskill*). Si veda E. Croci, T. Molteni, *The Green Deal and the Recovery Plan: un nuovo quadro per una riconversione urbana sostenibile?*, in G.F. Ferrari (a cura di), *Le smart cities al tempo della resilienza*, Milano, 2021, 375 ss.

¹⁶ Per un approfondimento, si rinvia a G. Delle Cave, *op. ult. cit.*, ove, nel richiamare autorevoli Autori sul punto, si specifica che si tratta, a ben vedere, «di porre al centro della “riparazione dell’esistente” quel più ampio orizzonte della coesione territoriale che fa delle città non delle monadi securitarie e competitive, slegate l’una dall’altra, ma degli aggregatori di solidarietà e benessere collettivo».

¹⁷ Si tratta del programma adottato in attuazione del d.lgs. 05 giugno 1998, n. 204, recante disposizioni per il coordinamento, la programmazione e la valutazione della politica nazionale relativa alla ricerca scientifica e tecnologica, così come previsto dalla legge Bassanini. In particolare, tale Programma prevedeva l’adozione di un “Programma strategico tecnologie abilitanti la Società della conoscenza (ICT)”, composto a sua volta di sei grandi progetti, fra i quali figurava quello relativo alle Smart cities, denominato “Sviluppo di piattaforme abilitanti - comunità intelligenti”.

¹⁸ In tale sede, veniva infatti «ribadita l’esigenza di accelerare l’allineamento del Paese sulle strategie europee di sviluppo ed interconnessioni di reti nazionali a larga banda che rappresentano la condizione per ottenere il massimo risultato in termini di efficienza ed efficacia del Sistema Scientifico Nazionale e dell’Industria di beni e servizi» e si dava in certo senso mandato al governo di assicurare «nelle politiche di potenziamento delle infrastrutture strategiche del Paese [...] la dovuta priorità a questo intervento». Dando prova di straordinario intuito anche sotto il profilo lessicale, il CIPE definiva le reti digitali e le tecnologie dell’informazione «le forze abilitanti dell’accelerazione delle economie e delle società basate sulla conoscenza», quegli strumenti idonei ad accelerare «i processi di codificazione, disseminazione e creazione di conoscenza» e «i ritmi del cambiamento», nonché a sviluppare «infrastrutture informative su scala globale per comunicare, scoprire e fare affari».

¹⁹ Sul punto, come evidenziato anche in dottrina (S. Antoniazzi), pare appena il caso di rilevare che la predilezione all’utilizzo del sostantivo “comunità” in luogo di “città” intelligente già di per sé sembrerebbe confermare una modesta attenzione al territorio ed alle sue componenti, nonché una maggiore concentrazione sulle “abilità” necessarie a rendere un contesto smart: insistendo sulla *community* anziché sulla *city*, sin dalle origini del fenomeno “città intelligente” in Italia, il legislatore individua la c.d. “*smartness*” senza caratterizzare il territorio di cui tutti gli individui sono fruitori, bensì gli individui stessi.

L'ambito applicativo delle comunità intelligenti viene, poi, delegato dalla norma alle competenze dell'Agenzia per l'Italia Digitale²⁰ (AgID)²¹.

Un timido accenno alle città intelligenti è rinvenibile, successivamente, nella legge 27 dicembre 2019, n. 160 (recante "Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2020 e bilancio pluriennale per il triennio 2020-2022") il cui art. 1, comma 437, afferma che al fine di concorrere alla riduzione del disagio abitativo con particolare riferimento alle periferie e di favorire lo scambio tra le varie realtà regionali «è promosso il Programma innovativo nazionale per la qualità dell'abitare»²².

Ora, al di là delle pochissime fonti normative (sopra non esaustivamente individuate per ragioni di sinteticità) da cui trarre definizioni, o comunque indizi, con riferimento al perimetro giuridico e operativo della *Smart city*, ciò che preme evidenziare in questa sede è che, sul piano nazionale, il concetto di "città/comunità intelligente" si è comunque ancorato, in qualche modo, più alla *performance* digitale della Pubblica amministrazione²³ che agli aspetti squisitamente urbanistici ed edilizi della città, lasciando, di conseguenza, sullo sfondo tutte quelle tematiche legate pure alla "rigenerazione" urbana del territorio di riferimento della *City* stessa.

Un lieve cambio di tendenza sembrerebbe riscontrarsi nel recente "Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza" (PNRR)²⁴, ove si possono rintracciare alcuni

²⁰ Cfr. il d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (c.d. "Decreto sviluppo"). Più precisamente, l'art. 20, comma 3-*bis* del decreto legge sopra menzionato, conferisce all'AgID il compito di promuovere la definizione e lo sviluppo di grandi progetti strategici di ricerca e innovazione connessi alla realizzazione dell'Agenda digitale italiana, con l'obiettivo di favorire lo sviluppo delle comunità intelligenti, la produzione di beni pubblici rilevanti, la rete a banda ultralarga, fissa e mobile, tenendo conto delle singole specificità territoriali e della copertura delle aree a bassa densità abitativa, e i relativi servizi, la valorizzazione digitale dei beni culturali e paesaggistici, la sostenibilità ambientale, i trasporti e la mobilità, la difesa e la sicurezza, nonché al fine di mantenere e incrementare la presenza sul territorio nazionale di significative competenze di ricerca e innovazione industriale.

²¹ Cfr. M. Caporale, *L'attuazione delle smart cities. Competenze e coordinamento tra livelli di governo*, in *Ist. fed.*, 2015, 5, 949 ss.

²² Più nel dettaglio, la disposizione normativa da qua prevede che detto Programma è finalizzato a riqualificare e incrementare il patrimonio destinato all'edilizia residenziale sociale, a rigenerare il tessuto socio-economico, a incrementare l'accessibilità e la sicurezza dei luoghi e la rifunzionalizzazione di spazi e immobili pubblici, nonché a migliorare la coesione sociale e la qualità della vita dei cittadini pure «secondo il modello urbano della città intelligente, inclusiva e sostenibile».

²³ Da tale prospettiva, la *Smart city*, infatti, si conferma "orizzonte di riferimento" pure per il Programma Nazionale Ricerca 2021-2027. Nel paragrafo dedicato all'impatto dell'AI sui sistemi sociali si specifica infatti che «l'impatto è evidente per le *smart cities*, per l'ottenimento dei servizi, la pianificazione urbanistica e architettonica, i trasporti collettivi e la mobilità, fino all'economia e la finanza, il sistema assicurativo, l'individuazione e la gestione delle emergenze». Sul punto, si veda *Il PNRR 2021-2027 scalda i motori: una consultazione pubblica per definire l'Italia di domani*, 2020, ove si legge che il PNRR «individua i diversi ambiti di ricerca e innovazione su cui puntare, individuando le criticità del Paese e suggerendo la direzione che il sistema nazionale di ricerca dovrebbe seguire per recepire anche le istanze emergenziali e rispondere efficacemente alle necessità urgenti della società [...] Fra le tecnologie su cui puntare il Piano sottolinea l'importanza di robot, intelligenza artificiale, *digital twin*, *blockchain*: grazie a queste si potranno abilitare scenari di smart city e telemedicina, rivoluzionare i trasporti in un'ottica più ecologica e semplificare la burocrazia grazie alla digitalizzazione, riducendo la distanza tra persone e istituzioni».

²⁴ Trattasi del d.l. n. 77/2021, convertito in legge n. 108/2021. Il Piano prevede sei missioni specifiche (suddivise in sotto-missioni). Al di là della distribuzione delle risorse finanziarie tra grandi comparti di intervento, nel Piano l'obiettivo di superare in un'ottica strutturale le principali criticità del sistema Italia risultano dal ruolo decisivo che nel PNRR hanno le riforme: quelle orizzontali, con i due progetti relativi alla P.A. e alla giu-

indizi volti a recuperare, ricostruendola, «un’attenzione alla dimensione sociale della città da declinare su più piani, all’interno di un processo (anch’esso) di ricostruzione del senso di una dimensione urbana che non può sottrarsi alla sfida “intertemporale” di un mondo nuovo lanciata dalla tecnologia e dall’intelligenza artificiale e capace di ridefinire le forme della stessa esistenza (e quindi, convivenza) umana»²⁵. Tanto parrebbe confermato dalla *mission* stesse del PNRR, tra cui spicca – con riferimento al tema in trattazione – quello della rigenerazione urbana ma in connubio con la riduzione delle situazioni di emarginazione e degrado sociale²⁶, cui si associa quello dell’incremento del decoro urbano e del contesto sociale e ambientale.

3. *Rigenerazione urbana: una chiave di volta per le città intelligenti?*

Muovendo, quindi, al tema della “rigenerazione”, nell’ultimo decennio, al di là del concetto (come visto, più recente) di *Smart city*, si è andata lentamente ricomponendosi nella coscienza collettiva la percezione della funzione della regola concernente l’uso dei suoli.

In estrema sintesi, si è passati dalla definizione di regole funzionali a distinguere l’aggregato urbano dal contado, con venature di estetica urbana e igiene (cfr. la funzione “primaria” dei Regolamenti edilizi), fino al governo del territorio, inteso come piena acquisizione della consapevolezza della funzione economi-

stizia; quelle cosiddette abilitanti, come nel caso della semplificazione e della concorrenza; ed infine le altre riforme che accompagnano il Piano: quella fiscale, quella connessa al contrasto della natalità e per il sostegno dei figli (asili nido) e quella delle politiche attive del lavoro. Per quanto di interesse, poi, circa l’oggetto delle principali missioni rilevanti in tema *Smart City*: nella missione 1, l’obiettivo di sviluppare le reti ultraveloci (banda ultralarga e 5G) con il cosiddetto “Piano Italia” a 1 Gbps che consiste nel garantire, tra l’altro, connettività efficiente a 8,5 milioni di famiglie e imprese; nella missione 2, è previsto un insieme eterogeneo di interventi da effettuare nelle aree urbane che riguarderanno la messa in sicurezza del territorio, la sicurezza e l’adeguamento degli edifici, l’efficienza energetica e i sistemi di illuminazione pubblica. In generale, si tratta di misure volte principalmente a migliorare l’efficienza nella gestione delle risorse idriche; nella missione 3, l’attenzione è posta, principalmente, sulle ferrovie; con la missione 5, si punta, di fatto, alla rigenerazione urbana e all’*housing* sociale.

²⁵ Cfr. G. Delle Cave, *op. ult. cit.*, 51 ss.

²⁶ L’intervento c.d. “Piani Urbani Integrati” del PNRR è dedicato alle periferie delle Città Metropolitane e prevede espressamente una pianificazione urbanistica partecipata volta alla trasformazione di territori vulnerabili in città smart e sostenibili, limitando il consumo di suolo edificabile. Gli interventi potranno anche avvalersi della progettazione con il Terzo settore ai sensi dell’art. 55 del decreto legislativo 3 luglio 2017 n. 117 (Codice del Terzo settore, a norma dell’art. 1, comma 2, lettera b) legge 6 giugno 2016, n. 106) e la partecipazione di investimenti privati nella misura fino al 30 per cento. Obiettivo primario è recuperare spazi urbani e aree già esistenti allo scopo di migliorare la qualità della vita promuovendo processi di partecipazione sociale e imprenditoriale. I progetti dovranno restituire alle comunità una identità attraverso la promozione di attività sociali, culturali ed economiche con particolare attenzione agli aspetti ambientali. L’investimento prevede la predisposizione di programmi urbanistici di rigenerazione urbana partecipati, finalizzati al miglioramento di ampie aree urbane degradate, alla rigenerazione, alla rivitalizzazione economica, con particolare attenzione alla creazione di nuovi servizi alla persona e al miglioramento dell’accessibilità e dell’intermodalità delle infrastrutture anche allo scopo di trasformare territori metropolitani vulnerabili in territori efficienti, sostenibili e produttivi aumentando, ove possibile, il loro valore. Sul punto, AA.VV. (a cura di), *Position paper Urb@nit su Piano di Ripresa e Resilienza (PNRR) e città*, 2021.

ca e sociale delle regole urbanistiche, fermo restando sullo sfondo l'impianto concettuale della legge urbanistica del 1942 (e della legge "ponte" n. 765/1967)²⁷.

Ma, come si diceva, nell'ultimo decennio qualcosa di più profondo e radicale è andato maturando (anche in connessione con la città "sostenibile" più che "intelligente"), vale a dire il tema della rigenerazione del patrimonio urbano²⁸. L'idea di partenza è che «sia ormai giunta a termine l'epoca dell'urbanistica e dell'edilizia di espansione e, al suo posto, sia cominciata quella del riuso e del recupero dell'esistente»²⁹.

Utilizzando l'efficace metafora dell'economista Kenneth Boulding, si è passati dalla "cowboy economy" caratterizzata da sconfinata praterie di risorse inesauribili, alla "spaceship economy", l'economia dell'astronave, nella quale la terra è vista come un'astronave in orbita nello spazio e i suoi abitanti come astronauti che devono razionare le risorse disponibili, conservando e riutilizzando materie prime ed energia. Il suolo è tra le risorse più scarse, ormai in via di esaurimento: l'uomo/astronau-

²⁷ La rigenerazione urbana, come ampiamente detto in precedenza, non è un fenomeno nuovo nato con la legislazione in tema di contenimento del consumo di suolo dell'ultimo decennio, ma vanta radici ben più antiche: in proposito meritano di essere ricordati i piani di recupero di cui alla legge n. 457/78, nonché i vari programmi integrati di intervento di cui alla l. n. 179/1992, i piani di recupero urbano di cui alla l. n. 493/1993, i contratti di quartiere (del 1994 e del 2000), i programmi di riqualificazione urbana e sviluppo sostenibile (PRUSST) a fine anni '90, il programma di riabilitazione urbana previsto dall'art. 27 della l. n. 166/2002, e finanche il d. l. n. 70/2011 (c.d. "Decreto sviluppo"). L'urbanistica di terza generazione sconfessa integralmente il modello del piano regolatore, e la conseguente spinta alla "depianificazione" fa sì che la consensualità divenga il fulcro delle successive politiche di riqualificazione, il cardine dell'urbanistica della trasformazione. Al contrario, la legislazione in materia di contenimento del suolo e rigenerazione urbana dell'ultimo decennio riporta la pianificazione al centro delle politiche di trasformazione urbana, restituendo peso al decisore pubblico nei confronti dell'iniziativa e dell'interesse dei privati. Cfr. P. Chirulli, *Pianificazione urbanistica e riqualificazione dell'esistente*, in *Il governo del territorio tra fare e conservare*, Atti del convegno dell'Università di Trento, 2014, 68 ss.

²⁸ Con l'espressione patrimonio urbano si intende anche, per quanto qui di interesse, il complesso edilizio presente nelle città, consistente in strutture a destinazione abitativa e non abitativa, che versano in stato di abbandono e/o degrado, parchi, aree degradate ed anche spazi e luoghi pubblici dismessi, fabbricati industriali vuoti. Cfr. P. Urbani, *Sulla pianificazione urbanistica: modalità di acquisizione dei suoli, garanzia dei servizi pubblici e rigenerazione dei beni comuni*, in *Riv. giur. ed.*, 2019, 303 ss.; E. Tati, *L'Europa delle città. Per una politica europea del diritto urbano*, Milano, 2020; M. Dugato, *L'uso accettabile del territorio*, in *Ist. fed.*, 2017, 597 ss.

²⁹ P. Stella Richter (a cura di), *La generazione dei piani senza espansione*, Atti del XVII Convegno dell'AI-DU (Associazione Italiana di Diritto Urbanistico), Milano, 2015.

ta deve apprendere come utilizzare il suolo con parsimonia³⁰, se non vuole perdere la sua principale fonte alimentare e compromettere l'intero ecosistema³¹.

Del resto, la città, intesa come ordinamento giuridico complesso³², come visto, non è più solo il luogo in cui vengono garantiti funzioni e servizi essenziali, ma diviene «anche un fervente laboratorio di processi di architettura, trasformazione e rinnovazione urbana³³, oltre che di sperimentazione di dinamiche aggregative da gestire e valorizzare all'interno di un adeguato quadro giuridico»³⁴.

³⁰ A riguardo, nella decisione n. 1386/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 novembre 2013 su un Programma generale di azione dell'Unione in materia di ambiente fino al 2020 "Vivere bene entro i limiti del nostro pianeta" si legge che «ogni anno più di 1 000 km² di terreni vengono destinati a usi edilizi, industriali, di trasporto o ricreativi. È difficile e costoso invertire queste tendenze a lungo termine, e quasi sempre ciò richiede dei compromessi tra le varie esigenze di ordine sociale, economico ed ambientale. Le considerazioni ambientali, inclusa la protezione delle acque e la conservazione della biodiversità, dovrebbero essere integrate nelle decisioni che riguardano la pianificazione dell'uso dei terreni in modo da renderli più sostenibili, per progredire verso il conseguimento dell'obiettivo del "consumo netto di suolo pari a zero" entro il 2050» (punto 23). Cfr. in tema, anche la Comunicazione COM(2006)231 definitivo del 22 settembre 2006 intitolata "Strategia tematica per la protezione del suolo" nella quale sono indicati gli obiettivi ritenuti utili per proteggere il suolo e garantirne un uso sostenibile che dovranno essere attuati ai diversi livelli di governo. Sul rapporto tra consumo di suolo, rigenerazione urbana e governo del territorio è utile il richiamo a Corte cost., 16 luglio 2019 n. 179, ove i giudici hanno affermato che la legge regionale urbanistica della Lombardia qualifica in modo innovativo il territorio «non più solo come uno spazio topografico suscettibile di occupazione edificatoria ma [...] come una risorsa complessa che incarna molteplici vocazioni» (ovvero un "bene comune") ma anche il suolo «risorsa naturale eco-sistemica non rinnovabile, essenziale ai fini dell'equilibrio ambientale, capace di esprimere una funzione sociale e di incorporare una pluralità di interessi e utilità collettive, anche di natura intergenerazionale». Sul punto, si veda F. Di Lascio, *op. cit.*, 92; C. Pagliaroli, *Disciplina transitoria della legge regionale lombarda sul contenimento del consumo di suolo: profili di incostituzionalità*, in *Riv. giur. ed.*, 2019, 2, 853 ss.; F. Giglioni, *La sostenibilità ambientale come vincolo giuridico per la rigenerazione urbana*, *op. cit.*, 16 ss.; P. Carpentieri, *Il "consumo" del territorio e le sue limitazioni. La "rigenerazione urbana"*, in *federalismi.it*, 2020. Sul consumo di suolo, cfr. L. De Lucia, *Il contenimento del consumo di suolo e il futuro della pianificazione urbanistica e territoriale*, in G. De Giorgi Cezzi, P.L. Portaluri (a cura di), *La coesione politico-territoriale*, Firenze, 2017, 299 ss.; W. Gasparri, *Suolo, bene comune? Contenimento del consumo di suolo e funzione sociale della proprietà privata*, in *Dir. pubb.*, 2016, 69 ss.; E. Boscolo, *Beni comuni e consumo di suolo. Alla ricerca di una disciplina legislativa*, in P. Urbani (a cura di), *Politiche urbanistiche e gestione del territorio. Tra esigenze del mercato e coesione sociale*, Torino, 2015, 69 ss.

³¹ K.E. Boulding, *The economics of the coming spaceship earth*, in H. Jarrett (a cura di), *Environmental quality in a growing economy*, in *Baltimore, Johns Hopkins University Press*, 1966, 3-14.

³² Sul titolo di città, da concedere ai comuni che, in passato, si sono distinti come centri dotati di funzioni e cultura urbane, intese come particolare fermento culturale, democratico, economico e commerciale, A. Cerchia, *Art. 18*, in *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, *pp. cit.*, 118 ss.; A. Pubusa, *Città (voce)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, IV, che individua nella popolazione, funzioni, cultura e attività imprenditoriali gli elementi caratterizzanti la realtà urbana, e dunque la città. Cfr. anche P. Chirulli, C. Iaione, *La co-città. Diritto urbano e politiche pubbliche per i beni comuni e la rigenerazione urbana*, Napoli, 2018.

³³ Interessanti spunti di riflessione, in proposito, sono già rinvenibili in B. Secchi, *Cucire e legare*, in *Un progetto per l'urbanistica*, Torino, 1989, 28. Peraltro, A. Giusti, *pp. ult. cit.*, 109, specifica che «gli urbanisti e gli architetti più illuminati hanno percepito con sapiente anticipo rispetto al decisore pubblico che, avanti al rallentamento della crescita urbana e alle trasformazioni economiche e sociali collegate, le parole e i temi per raffrontare questo cambiamento avrebbero dovuto essere "cucire", "legare", "recuperare", spostando l'attenzione sulle periferie interne ed esterne».

³⁴ Come evidenziato da G. Piperata, *Il rapporto tra pubblico e privato nel contesto giuridico delle trasformazioni urbane*, in *Urb. e app.*, 2011, 508 ss., i paradigmi giuridici del governo del territorio sono cambiati a seguito dell'affermazione delle dinamiche tra pubblico e privato, per cui il secondo non è più semplice esecutore delle scelte urbanistiche fatte dal primo, ma diviene co-decisore delle politiche pianificatorie, intese come scelte operate in sede di pianificazione generale e non solamente attuativa. Cfr. anche G. Gardini, *Alla ricerca della*

Tali processi, intrisi di numerosi interessi in gioco, rendono preferibile l'utilizzo dell'espressione "rigenerazioni", la cui riuscita dipende dalla disponibilità di una varietà di mezzi e strumenti operativi e, non ultimo, anche dall'instaurazione di una efficace collaborazione tra amministrazione e privati³⁵ (pure nel perimetro della sussidiarietà orizzontale)³⁶. Come evidenziato in dottrina, tale "cambio di prospettiva" «da un lato, tradisce gli errori del passato, consistenti nei limiti del modello razionalistico di pianificazione, non in grado di recepire e valorizzare appieno le esigenze emergenti nelle città; dall'altro rimarca l'esigenza di legittimare i movimenti e le richieste della comunità mediante la costruzione di un patto pubblico-privato con cui regolare [...] gli interventi sulle aree urbane, rendendo al contempo meno incerto il ricorso agli strumenti urbanistici»³⁷.

Non a caso, infatti, le P.A. si sono già fatte interpreti delle istanze di recupero e valorizzazione di beni e spazi urbani attraverso l'adozione di appositi regolamenti³⁸, a

"città giusta". *La rigenerazione come metodo di pianificazione urbana*, in *federalismi.it.*, 2020, 44 ss.; A. Bianchi, *La rigenerazione urbana: un nuovo modo di pensare la città*, in *Riv. giur. mezz.*, 2020, 139 ss.

³⁵ Secondo F. Merloni, *Costituzione repubblicana, riforme amministrative e riforme del sistema amministrativo*, *op. cit.*, 112 ss., il principio di sussidiarietà impone dal basso un'analisi delle funzioni amministrative e la loro riallocazione in rapporto al loro contenuto (le attività di esercizio) e alla capacità di svolgerle ai diversi livelli. Per l'Autore, in sintesi, la distribuzione delle funzioni non può prescindere da due diversi e graduali criteri applicativi: «uno, omogeneo, che stabilisca il ruolo generale e le funzioni fondamentali per intere categorie di enti locali, ai diversi livelli di sussidiarietà, valido per tutto il territorio nazionale, uno, differenziato, che consenta di fissare tanto funzioni stabili, (nell'individuazione di funzioni "ulteriori", aggiuntive e coerenti con quelle attribuite con legge nazionale: funzioni attribuite o delegate con legge regionale, funzioni auto-attribuite dagli stessi enti locali, in presenza di risorse finanziarie sufficienti, ulteriori rispetto a quelle garantite dall'art. 119, comma 5), quanto le modalità di esercizio delle funzioni attribuite soprattutto sul piano organizzativo perché il contenuto vero dell'autonomia territoriale, oltre all'autogoverno, sta nella ricerca di strade innovative per l'organizzazione e l'esercizio delle funzioni affidate, nell'interesse dei cittadini. In un quadro che raggiunga rapidamente la stabilità delle funzioni, essenziale per il buon funzionamento delle amministrazioni e per dare certezza ai cittadini e alle imprese». In relazione alle prassi partecipative che si stanno imponendo quali nuovi e utili modelli di amministrazione, si veda anche 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, ove si rileva che «una delle caratteristiche essenziali del principio di sussidiarietà è [...] che esso può essere attuato direttamente da tutti i livelli istituzionali, anche quelli locali, senza la necessità della previa intermediazione legislativa».

³⁶ Approccio, questo, ormai molto attuale come più volte rilevato, se si pensa che gli interventi nella città non si limitano più a costruire un modello basato sull'ingresso delle persone in determinati luoghi e spazi, «ma si spingono oltre, coinvolgendo gli utenti finali nella progettazione, produzione ed erogazione di servizi, attraverso una gestione collettiva e condivisa del patrimonio urbano». Sul punto, G. Torelli, *Le ultime frontiere del recupero e della valorizzazione del patrimonio urbano: gli usi temporanei*, in *Dir. amm.*, 2021, 2, 475 ss.

³⁷ G. Torelli, *Ibidem*. Si veda anche R. Cavallo Perin, G.M. Racca, *Smart Cities for an Intelligent Way of Meeting Social Needs*, in J.B. Auby (a cura di), *Le futur du droit administratif. The future of administrative law*, SciencesPo, 2019, 431-437; S. Amoroso, *Realizzare le rigenerazioni urbane: spunti di riflessione*, in *Riv. giur. urb.*, 2020, 42 ss.; L. Vandelli, *Qualche appunto sulle tendenze delle istituzioni territoriali*, in *Le Regioni*, 2018, 85 ss.; D. Donati, *Le città collaborative: forme, garanzie e limiti delle relazioni orizzontali*, in *Ist. fed.*, 2019, 947 ss.; C. Iaione, *Sharing economy e diritto dell'innovazione. Il caso della mobilità urbana*, in *Munus*, 2019, 187 ss.

³⁸ Il riferimento è ai regolamenti comunali per la collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura e la rigenerazione dei c.d. "beni comuni urbani", il cui primo riferimento in ordine temporale è rappresentato dal regolamento del Comune di Bologna. Per maggiori approfondimenti, F. Di Lascio, *Quali tendenze in corso nella rigenerazione delle città?*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 2, 135 ss.; F. Giglioli, *I regolamenti comunali per la gestione dei beni comuni urbani come laboratorio per un nuovo diritto delle città*, *op. cit.*, 272 ss.; P. Michia-

testimonianza della loro predilezione a formalizzare nel dato di diritto positivo le attività di rigenerazione ed i rapporti giuridici che ne derivano. Più nel dettaglio, la possibilità di differenziare la rigenerazione urbana dalle iniziative rivolte a promuovere la mera riqualificazione edilizia (si badi bene, proprio poiché riferita a meri interventi di tipo edilizio, la riqualificazione sarebbe dunque *species* del più ampio *genus* della rigenerazione, intesa invece come novero di azioni complesse di contrasto al degrado urbano, incidenti non solo sull'ambito urbanistico ma anche sugli assetti socio-economici, culturali e occupazionali del territorio interessato³⁹) si gioca essenzialmente proprio sul versante dell'obiettivo perseguito dall'intervento pubblico, che si proietta anche sulla dimensione sociale ed economica del degrado urbano, senza peraltro «innescare dinamiche che possano portare ad un nuovo consumo del territorio»⁴⁰.

3.1. *La rigenerazione urbana tra criticità e prospettive di sviluppo verso il modello Smart City*

Le politiche di rigenerazione e recupero del patrimonio urbano, tuttavia, continuano a prestare il fianco a diverse criticità – soprattutto sotto il profilo operativo, profilo fondamentale per la transizione della città verso il modello *Smart city* – che l'introduzione pure di innovativi strumenti edilizi ha solo in parte risolto⁴¹. Innanzitutto, manca, ad oggi, un'attività di mappatura e schedatura degli immobili presenti sul territorio (un "censimento del mattone"), attività essenziale per ottenere i dati utili (es. numero di edifici, caratteristiche tecniche e soggetti proprietari) per decidere come ricostruirne, in chiave "intelligente", le funzioni originarie o prevedere possibili nuove destinazioni⁴². *In secundis*, non possono non essere considerati i limiti che il diritto di proprietà pone allo sviluppo delle politiche di rigenerazione urbana, impedendo un'arbitraria appropriazione e fruizione del bene da parte della comunità interessata ai processi di recupero⁴³.

ra, *I patti di collaborazione e il regolamento per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani. L'esperienza del Comune di Bologna*, in *Aedon*, 2016, 2.

³⁹ In particolare, come chiarito da R. Dipace, *La rigenerazione urbana tra programmazione e pianificazione*, in *Riv. giur. ed.*, 2014, 5, 237 ss., se «si assume come presupposto delle azioni di rigenerazione il degrado delle città non solo in chiave di degrado fisico ma anche come manifestazione di condizioni di disagio che determinano decadimento e privazione, la rigenerazione deve necessariamente consistere in un insieme integrato di azioni di carattere fisico, economico con una focalizzazione sulla inclusione sociale».

⁴⁰ Cfr. P. Carpentieri, *Il "consumo" del territorio e le sue limitazioni. La "rigenerazione urbana"*, in *federalismi.it*, 2020, 1, 44 ss.

⁴¹ Si pensi, ad esempio, al permesso di costruire in deroga ai sensi del d.P.R. n. 380/2001 per procedere con maggiore celerità al recupero di aree dismesse. In dottrina, E. Frediani, *Aree industriali dismesse e «aperture laterali»: la vicenda del permesso di costruire in deroga*, in *Dir. amm.*, 2019, 309 ss.

⁴² Sulla schedatura del patrimonio immobiliare, E. Boriani, G. Scaramozzino, *Il patrimonio immobiliare pubblico*, Rimini, 2013.

⁴³ Da qualche tempo, alcuni enti locali stanno ragionando sulla possibilità di disciplinare questo aspetto attraverso appositi regolamenti, senza però giungere a prevedere il trasferimento degli immobili privati, pur

Ovviamente, esistano degli strumenti autoritativi con cui le amministrazioni possono imporre al privato di intervenire sui propri immobili, ma per motivi di incolumità pubblica, sicurezza e contrasto al degrado urbano (non certo, allo stato, per la realizzazione della *City* digitale e sostenibile), o anche sostituirsi ad esso in caso di prolungata inerzia⁴⁴. Tuttavia, tali interventi non giungono ad ammettere il recupero dell'edificio mediante il suo contestuale affidamento a favore di terzi, a meno che non siano utilizzati strumenti di natura espropriativa⁴⁵.

Una sorta di “forzatura” del sistema sopra evidenziato sembrerebbe essere l'istituto degli “usi temporanei” (il riferimento normativo è l'art. 23 *quater* del d.P.R. n. 380/2001, introdotto dall'art. 10, comma 1, *m-bis*, l. n. 11 settembre 2020, n. 120⁴⁶). In particolare, la norma statale tende a replicare la struttura delle disposizioni regionali in materia⁴⁷, in particolare con riferimento (i) alle finalità degli usi in esame, sintetizzabili nel recupero di aree degradate, immobili e spazi dismessi o in via di dismissione, e nella promozione di iniziative di carattere socioculturale (di “aggregazione” o di inclusività se si vuole leggere la disposizione in chiave *Smart city*); (ii) all'autorizzazione da parte del Comune, volta a consentire utilizzazioni (anche) diverse da quelle stabilite dallo strumento urba-

dismessi ed in stato di degrado, nel patrimonio del comune, se non a fronte di veri e propri procedimenti di espropriazione, la cui base giuridica è rinvenuta nell'art. 838, comma 2, c.c. (*i.e.* la norma che consente alle amministrazioni di espropriare beni immobili altrui in stato di degrado, se questi possono nuocere al decoro delle città ed alla sicurezza e sanità pubblica; cfr. M. Roversi Monaco, *Il comune, amministratore del patrimonio edilizio inutilizzato*, in *Riv. giur. ed.*, 2016, 541 ss.). In ogni caso, il passaggio di proprietà dell'immobile abbandonato nel patrimonio del comune tramite regolamento è comunque “ostacolato” anche da ragioni di ordine costituzionale (*in primis* nell'art. 42 Cost.). Si veda, sul punto, Corte cost., 31 luglio 2020, n. 187; Id., 31 maggio 2018, n. 113; Id., 04 maggio 2017, n. 93; Id., 11 luglio 1989, n. 391; Id., 10 maggio 2012, n. 114, tutte in *cortecostituzionale.it*. Sui parametri di costituzionalità delle normative urbanistico-edilizie che incidono sul diritto di proprietà, S. Amoroso, *Una rilettura costituzionale della proprietà a rilevanza urbanistica*, in *Riv. giur. ed.*, 2019, 3, 33 ss., secondo cui «la legislazione urbanistica, ogni qual volta incida sulla proprietà privata, deve rispettare i seguenti canoni: ragionevolezza, proporzionalità, non discriminatorietà, affidamento del cittadino».

⁴⁴ Esemplicativo, il DDL n. 164/2018 che attribuisce ai comuni, in forma singola o associata, il potere di intervenire per ripristinare la funzione sociale dei beni pubblici e privati, abbandonati e inutilizzati da almeno dieci anni, eventualmente modificandone la destinazione d'uso con la conseguente acquisizione al patrimonio comunale.

⁴⁵ Si veda P. Capriotti, *L'inerzia proprietaria al tempo della rigenerazione urbana*, in *Riv. giur. urb.*, 2020, 49 ss. e F. Salvia, *Garanzie delle norme e garanzie del sistema: il caso della proprietà*, in *Dir. amm.*, 2007, 47 ss., secondo cui «il legislatore ha promosso le ablazioni sostanziali ogni qual volta abbia ritenuto doveroso tutelare specifici interessi, individuati principalmente nell'ambiente, difesa nazionale, beni culturali e tutela del suolo. Se ne evince che, in difetto degli stessi, la legge abbia rinunciato a giudicare come meritevoli di protezione rafforzata altre esigenze, quali ad esempio il recupero del patrimonio urbano, non orientando gli strumenti di ablazione a questi fini».

⁴⁶ Non è questa la sede per una disamina puntuale delle implicazioni tecniche dell'istituto. Si rinvia, per una migliore trattazione, a N. Millefiori, *L'art. 23-ter del testo unico dell'edilizia ed il problematico raccordo sistematico della nuova – rectius ulteriore – disciplina statale del mutamento di destinazione d'uso urbanisticamente rilevante nell'ordinamento di settore*, in *Riv. giur. ed.*, 2020, 2, 173 ss. e G. Pagliari, *Governo del territorio e consumo di suolo. Riflessioni sulla prospettiva della pianificazione urbanistica*, in *Riv. giur. ed.*, 2020, 5, 325 ss. In via pretoria, sul tema, si segnalano Cons. Stato, Sez. VI, 18 gennaio 2021, n. 534; Id., Sez. VI, 01 aprile 2019, n. 2148; Id., Sez. V, 27 marzo 2019, n. 2019; Id., Sez. VI, 20 novembre 2018, n. 6562; TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 21 settembre 2020, n. 1675, tutte in *giustizia-amministrativa.it*.

⁴⁷ Cfr. in particolare la l. r. Emilia-Romagna, n. 24/2017 (art. 16, comma 1); la l. r. Veneto n. 14/2017 (art. 8, comma 1); la l. r. Lombardia n. 12/2005 (51-*bis*, comma 1).

nistico generale, senza che ne derivi il mutamento della destinazione⁴⁸; (iii) al utilizzo della convenzione, attraverso la quale l'ente ammette l'uso temporaneo sull'immobile definendone gli estremi (durata, modalità, costi, oneri di ripristino, garanzie e sanzioni). Anche nel caso degli usi *de qua*, però, non è contemplata la possibilità di intervenire su aree o immobili privati in difetto del consenso del proprietario, la cui attivazione è anzi il presupposto per richiedere la convenzione che legittima l'uso temporaneo stesso (sul punto la migliore dottrina ha evidenziato proprio come «senza una specifica previsione legislativa statale, gli interventi sulla proprietà privata non sembrano autorizzabili attraverso altre disposizioni. Tanto è vero che anche le principali linee guida operative sugli usi temporanei preferiscono concentrarsi sul coinvolgimento del proprietario e, soprattutto, sull'individuazione degli incentivi – in particolar modo fiscali – da offrirgli per ottenere il consenso all'uso temporaneo dei suoi edifici inutilizzati o dismessi, anziché percorrere l'impervia strada dell'occupazione senza consenso»)⁴⁹.

Il vantaggio di tale istituto resta quello dell'utilizzo del bene edilizio diverso da quello individuato dallo strumento urbanistico generale, il che sembrerebbe poter consentire – nell'ottica della città “laboratorio” – una dislocazione di risorse urbane (anche sperimentali) idonee alla realizzazione della *Smart city* (si pensi alla riqualificazione di edifici in termini di creazione di spazi di condivisione e inclusione o di *co-working*, o ancora alle opportunità di *housing* sociale), seppure nell'incertezza, però, del passaggio tra usi “inter-categorie”, cioè da una categoria funzionale all'altra tra quelle elencate dall'art. 23-ter sopra citato (circo stanza che non richiederebbe, dunque, il rilascio del permesso di costruire, rendendo superfluo il provvedimento amministrativo a fronte di una trasformazione urbanistica)⁵⁰.

⁴⁸ Secondo il T.A.R. Toscana, Firenze, sez. III, 06 agosto 2021, n. 1137, laddove la destinazione legale dell'area non sia inquadrabile fra quelle previste dal c.d. “Codice dell'ambiente” (uso a verde pubblico/residenziale o uso industriale/commerciale), occorre verificare quale dei due usi sia più affine alla destinazione urbanistica, non trascurando l'effettivo utilizzo che del sito è stato fatto nel tempo. Di conseguenza, se, in esito alla già menzionata valutazione, il riferimento sia costituito dall'uso industriale/commerciale, l'amministrazione non può pretendere, a spese del privato, un intervento di ripristino non coerente con quell'uso, pur se si tratti di un'area caratterizzata da valore ambientale.

⁴⁹ Si vedano le ampie riflessioni di G. Torelli, *op. cit.*, secondo cui, in difetto dell'accordo con il proprietario, «gli usi temporanei sul patrimonio urbano in stato di abbandono o inutilizzato non sembrano perseguibili»; pertanto, «se questo è il quadro giuridico di riferimento, è naturale interrogarsi sulle utilità dell'art. 23-*quater* (e delle altre norme regionali) e sul suo carattere innovativo rispetto ad altre disposizioni, come ad esempio quelle sui beni comuni, rispetto alle quali non si intravedono differenze degne di nota nella regolazione dei processi di recupero, comunque costretti ad un avviso pubblico ed agli impedimenti posti dagli immobili privati». Si veda anche M. Ramajoli, *Gli accordi tra amministrazioni e privati ovvero della costruzione di una disciplina tipizzata*, in *Dir. amm.*, 2019, 675 ss.

⁵⁰ Occorrerebbe, però, a tal fine riconoscere e valorizzare maggiormente la centralità della “temporaneità” dell'uso, ovvero meglio quantificarla per via normativa primaria. La misura del tempo, nel caso degli usi di cui si discute, costituisce infatti «l'architrave su cui costruire questo tipo di azioni di rigenerazione e, pertanto, non dovrebbe essere lasciata alle libere determinazioni della funzione pianificatoria comunale» (potenzialmente non omogenee sul territorio nazionale con conseguente sfaldamento di un disegno comune relativo pure alle città intelligenti e soste-

Del resto, l'evoluzione di comunità cittadine sempre più portatrici di istanze di uguaglianza e di integrazione ed alla ricerca di luoghi di vita comuni quali spazi di coesione sociale, ha affidato al rinnovamento urbano anche le istanze sociali di superamento del degrado, delle situazioni di abbandono e di disagio, nell'idea che la città debba assumere anche la funzione di garantire la qualità della vita, l'inclusione sociale e la capacità di resilienza urbana⁵¹. Non si tratta, quindi, della riqualificazione ed il ripristino di un edificio e della sua funzionalità, ma la prospettiva di una strategia territoriale integrata, capace di interpretare e coniugare in modo adeguato la vasta trama degli interessi che s'innestano nel circuito relazionale territorio – istituzione – corpo sociale.

A ben vedere, infatti, la rigenerazione urbana è soprattutto una funzione di amministrazione attiva, che prevede, quale modalità ordinaria di realizzazione, il coinvolgimento fattivo dei privati, «sia come cittadini che in questo modo esercitano il proprio diritto di partecipazione alle scelte riguardanti la gestione del territorio locale, sia come operatori economici (proprietari singoli o associati, imprese private, società partecipate e concessionari pubblici) che finanziano in tutto o in parte le opere strumentali al riuso e alla valorizzazione di beni e spazi urbani»⁵² (da qui, l'estremo interesse per detta funzione di rigenerazione in termini di conversione della città in *Smart city*, ove ben si shakerano approcci *top-down* con quelli *bottom-up*).

4. *La normativa rilevante: tra passato, presente e PNRR*

Ciò detto, l'analisi del dibattito sul tema della rigenerazione urbana offre ancora una varietà di posizioni definitorie che s' inseriscono tra la mancanza di un inquadramento generale di tale categoria concettuale sul piano della legislazione statale⁵³ e,

nibili). Cfr. S. Amoroso, *Realizzare le rigenerazioni urbane: spunti di riflessione*, op. cit., che sottolinea proprio l'importanza della "durata" quale fattore fondamentale per le azioni delle rigenerazioni urbane, nonché G. Torelli, op. cit.

⁵¹ In ordine all'estensione dei fini delle politiche di governo del territorio che devono comprendere ed interpretare anche le esigenze di solidarietà e di integrazione del corpo sociale, si veda V. Cerulli Irelli, *Il «governo del territorio» nel nuovo assetto costituzionale*, in S. Civitarese Matteucci, E. Ferrari, P. Urbani (a cura di), *Il Governo del territorio*, Milano, 2003, 507 ss.; A. Police, *Urbanistica solidale ed esigenze di mercato: alla ricerca della città ideale*, in P. Urbani (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto urbanistico*, Torino, 2013, 31 ss.; A. Bartolini, *Patrimonio culturale ed urbanistica*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 12 ss.

⁵² La dottrina ha individuato nella rigenerazione urbana «una funzione amministrativa tipica di uno specifico modello di azione pubblica, al quale possiamo riferirci come enabling state». Cfr. E. Chiti, *La rigenerazione di spazi e beni pubblici: una nuova funzione amministrativa?*, op. cit., 31; A. Giusti, *La rigenerazione urbana. Temi, questioni e approcci nell'urbanistica di nuova generazione*, Napoli, 2018, 18 ss.

⁵³ Ed infatti, il legislatore nazionale, ad oggi (senza considerare, in buona sostanza, le novità sul tema di cui al PNRR) continua a disporre misure settoriali e frammentate in materia di rigenerazione urbana. Alcuni esempi recenti sono rappresentati: (i) dal c.d. "Ecobonus facciate", di cui alla legge 17 dicembre 2019, n. 160, che prevede una detrazione dall'imposta lorda (Irpaf o Ires) per interventi finalizzati al recupero o restauro della facciata esterna degli edifici esistenti, anche strumentali, ricomprendendo anche gli interventi di sola pulitura o tinteggiatura esterna; (ii) dal c.d. "decreto rilancio" (d.l. 19 maggio 2020, n. 34), che dispone detrazioni fiscali, *ex multis*, per interventi di isolamento termico delle superfici opache verticali, orizzontali e inclinate che

al contrario, una ricchissima produzione legislativa regionale⁵⁴, che assume il vessillo della rigenerazione urbana⁵⁵ ad emblema delle più recenti ed innovative discipline del territorio e del suo governo⁵⁶. Ed infatti, le discipline regionali sulla rigenerazione urbana⁵⁷ sono, a tutta evidenza, identificative di una tendenza emergente che supera la stagione dei c.d. “piani di terza generazione”⁵⁸ e concretizzano un attivismo di risposta dei parlamenti regionali⁵⁹ che si misura con la necessità di allineare ed inno-

interessano l'involucro dell'edificio con un'incidenza superiore al 25% della superficie disperdente lorda dell'edificio o dell'unità immobiliare situata all'interno di edifici plurifamiliari o per interventi di sostituzione degli impianti di climatizzazione invernale esistenti con impianti centralizzati per il riscaldamento, il raffrescamento o la fornitura di acqua calda sanitaria, a condensazione, con efficienza almeno pari alla classe A di prodotto.

⁵⁴ In prospettiva comparatistica, nell'ordinamento spagnolo, l'impulso alla rigenerazione, intesa come politica urbanistica attiva, proviene soprattutto dalla legislazione nazionale, visto che «en general, la mayoría de las leyes autonómicas no contemplan la regeneración urbana como uno de los elementos esenciales en el proceso de modernización de nuestras ciudades por lo que es preciso modificar y adaptar la legislación autonómica a los nuevos parámetros prestando atención en el desarrollo de las diferentes técnicas urbanísticas necesarias para la regeneración urbana de conformidad con la legalidad aplicable»; così M. Angeles Gonzales Bustos, *Marco regulador para la regeneración urbana*, in *Revista Vasca de Administración Pública*, 2017, 109-I, 350 ss.

⁵⁵ In dottrina, si segnala F. Di Lascio, *Quali tendenze in corso nella rigenerazione delle città?*, *op. cit.*, 137 ss., che vorrebbe rintracciare nell'art. 3-bis del d.P.R. n. 380/2001, introdotto dall'art. 17, comma 1, lett. b) del d.l. n. 133/2014 (c.d. decreto “Sblocca Cantieri”) relativo alla disciplina degli interventi di conservazione, lo scarso quadro normativo statale di riferimento a cui ricondurre la categoria giuridica della rigenerazione urbana.

⁵⁶ Ancora in chiave comparatistica, la Spagna, sul punto, ha recentemente approvato una legge quadro sul consumo di suolo e la rigenerazione urbana, in cui risulta chiara la stretta associazione tra questi temi e lo sviluppo urbano sostenibile. L'art. 1 del Real Decreto Legislativo n. 7 del 30 ottobre 2015 (*texto Refundido de la Ley del Suelo y Regeneración Urbana*) fissa infatti come obiettivo prioritario «el desarrollo sostenible, competitivo y eficiente del medio urbano, mediante el impulso y el fomento de las actuaciones que conducen a la rehabilitación y a la regeneración y renovación de los tejidos urbanos existentes, cuando sean necesarias para asegurar a los ciudadanos una adecuada calidad de vida y la efectividad de su derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada». La dottrina spagnola ha chiarito che con il concetto di “sviluppo territoriale e urbano sostenibile” si indicano le politiche pubbliche che tentano di soddisfare le necessità urbanistiche della società attuale senza compromettere le possibilità delle generazioni future di soddisfare le proprie. Il principio di sviluppo sostenibile fa sì che tutte le politiche pubbliche debbano essere indirizzate a un uso più razionale delle risorse naturali, armonizzando le esigenze economiche, occupazionali, la coesione sociale, la parità di trattamento e di opportunità, la salute, la sicurezza delle persone e la protezione dell'ambiente. Si veda M. Angeles Gonzales Bustos, *Ibidem*, 339 ss.; R. Martín Mateo, *La edificación sostenible*, in *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 2005, 8, 15-26; D. Fernández De Gatta Sánchez, *Medio Ambiente, urbanismo y edificación: de la política de la Unión Europea al Código técnico de la edificación y a la nueva Ley del suelo*, in *Revista de Derecho urbanístico*, 2007, 235, 26-86; Id., *Articulación y perspectivas del desarrollo sostenible en la Unión Europea*, in *Noticias de la Unión Europea*, 2007, 264, 35 ss.

⁵⁷ Sulla mutevolezza della nozione di rigenerazione urbana, concetto cangiante e declinabile “à la carte” dal legislatore nazionale e regionale, si vedano, in giurisprudenza, Corte cost., 10 marzo 2020, n. 119 e Id., 13 marzo 2020, n. 70, in *cortecostituzionale.it*.

⁵⁸ Secondo E. Boscolo, *op. cit.*, 5, nella perdurante incapacità del Parlamento di dettare la nuova legge urbanistica di principi fondamentali che, ai sensi dell'art. 117, 2 comma, Cost., dovrebbe orientare la legislazione regionale, talune regioni si sono mosse in maniera autonoma e «esaureta la stagione segnata dalle leggi regionali di terza generazione (con sdoppiamento del piano in una componente strutturale e in una operativa o, comunque, con frammentazione della struttura compatta del piano atto in più documenti riservati alle diverse funzioni conoscitive e regolatorie), emergono temi nuovi come quello del consumo di suolo». Cfr. anche T. Bonetti, *La riforma urbanistica in Emilia-Romagna tra presente e futuro*, in *Ist. fed.*, 2017, 681 ss., ove la legge regionale viene considerata «fortemente innovativa anche sul piano del metodo e degli strumenti posti al servizio della rigenerazione urbana, con un'intensa valorizzazione della partecipazione dei privati e della comunità locale di riferimento».

⁵⁹ Si vedano, in particolare, la l.r. Puglia 29 luglio 2008, n. 21; la l. r. Piemonte 14 luglio 2009, n. 20; la l. r. Marche 23 novembre 2011, n. 22; la l. r. Toscana 10 novembre 2014, n. 65; la l. r. Lombardia 28 novem-

vare la disciplina dell'uso e del governo del territorio in chiave corrispondente non soltanto alla trama variegata degli interessi, pubblici e privati, da sempre incidenti sul territorio, ma all'urgenza dei bisogni, anche d'ordine sociale ed economico⁶⁰, oltre che ambientale e digitale⁶¹, che attraversano il fenomeno urbano⁶².

bre 2014, n. 31; la l. r. Umbria 21 gennaio 2015, n. 1; la l. r. Veneto 09 giugno 2017, n. 56; la l. r. Lazio 18 luglio 2017, n. 7; la l. r. Emilia-Romagna 21 dicembre 2017, n. 24; la l. prov. autonoma di Trento 04 agosto 2015, n. 15; la l. prov. autonoma di Bolzano 10 luglio 2018, n. 9.

⁶⁰ La riconduzione della "questione sociale" alle finalità ed agli obiettivi perseguiti con gli interventi di rigenerazione urbana, appare evidente nella l.r. Lazio n. 7/2017 che individua nell'*incipit* dell'ordine delle finalità da perseguire quella di "promuovere, incentivare e realizzare, al fine di migliorare la qualità della vita dei cittadini, la rigenerazione urbana intesa in senso ampio e integrato comprendente, quindi, aspetti sociali, economici, urbanistici ed edilizi, anche per promuovere o rilanciare territori soggetti a situazioni di disagio o degrado sociali ed economici, favorendo forme di *co-housing* per la condivisione di spazi ed attività" (art. 1, comma 1, lett. a). Nella legge laziale, come del resto è rinvenibile in parte nelle altre dimensioni regionali richiamate, il livello comunale rimane l'essenziale punto di snodo, attuativo e gestorio, dei progetti di rigenerazione urbana e, altresì, delle forme di partecipazione e di trasparenza dei procedimenti decisori ed esecutivi. Ed infatti, l'art. 2, comma 4, della l. r. Lazio n. 7/2017 tipizza in modo esemplare il ruolo comunale nell'attuazione degli interventi di rigenerazione urbana: "I comuni, nel perseguire gli obiettivi e le finalità di cui all'articolo 1, valutando anche le proposte dei privati, ivi incluse quelle presentate da associazioni consortili di recupero urbano, approvano con le procedure di cui al comma 6 i programmi di rigenerazione urbana, indicando: a) la strategia localizzativa e di promozione sociale nonché le correlazioni e le ricadute rispetto alle previsioni dello strumento urbanistico generale vigente, evidenziate in uno schema d'inquadramento; b) gli obiettivi di riqualificazione urbana, di sostenibilità ambientale, sociali ed economici che si intendono conseguire attraverso la riduzione dei consumi idrici, energetici e della impermeabilizzazione dei suoli nonché gli interventi ammessi, ivi inclusa la delocalizzazione; c) le prescrizioni da seguire nella progettazione degli interventi; d) le premialità per il rinnovo del patrimonio edilizio esistente, per la realizzazione di opere pubbliche e/o per cessioni di aree aggiuntive in misura non superiore al 35 per cento della superficie lorda esistente; e) le destinazioni d'uso consentite nell'ambito del programma di intervento; f) la quota di alloggi da destinare ad edilizia residenziale pubblica e nel caso di edilizia sociale una quota non inferiore al 20 per cento; g) le opere di mitigazione e compensazione ambientale; h) le opere pubbliche o di pubblico interesse da realizzare; i) le aree verdi e verdi attrezzate; l) le politiche pubbliche, in particolare abitative, sociali, urbanistiche, paesaggistico-ambientali, culturali che concorrono al conseguimento degli obiettivi di cui alla lettera b); m) il programma dettagliato delle iniziative per la partecipazione civica e per il coinvolgimento di enti, forze sociali, economiche e culturali interessati ai programmi di rigenerazione; n) i soggetti pubblici, sociali ed economici che si ritiene utile coinvolgere nell'elaborazione, attuazione e gestione dei programmi di rigenerazione e le modalità di selezione dei soggetti privati; o) una relazione di fattibilità contenente il quadro economico ed i criteri per valutare la fattibilità dei diversi programmi di rigenerazione, in particolare considerando come riferimento il Protocollo ITACA Regione Lazio alla scala edilizia e urbana". Sul piano dell'effettività del principio della partecipazione e del principio della trasparenza amministrativa, assume rilievo quanto stabilito al comma 9, dell'art. 2: "La Regione riconosce il diritto dei cittadini all'informazione e partecipazione civica nell'elaborazione di tutti i programmi di trasformazione dei territori, compresi i programmi di rigenerazione urbana. L'adozione dei programmi di rigenerazione urbana da parte dei comuni è subordinata allo svolgimento di specifiche attività di informazione e partecipazione civica secondo quanto dettato dai relativi regolamenti comunali. Nei provvedimenti approvativi devono essere documentate le fasi relative alle procedure di partecipazione nelle modalità stabilite dall'amministrazione comunale".

⁶¹ Sempre con riferimento alla l.r. Lazio n. 7/2017, si veda, di recente, in tema di riqualificazione urbana, la determina dirigenziale QI/675 del 14 aprile 2023, con la quale il Dipartimento Urbanistica di Roma ha adottato la disciplina per regolare la valutazione dei progetti di rigenerazione urbana *ex art.* 6 l.r. cit. su immobili sottoposti alla Carta per la Qualità ("CQ"). La disciplina ha il pregio di individuare un *iter* preciso per i progetti che incidono su immobili ricadenti in CQ, con anche la possibilità di valutare lo "stralcio" di immobili non più meritevoli di protezione.

⁶² Si veda, ad esempio, la definizione di rigenerazione contenuta nella l.r. Lombardia del 2014, che fotografa la rigenerazione quale "insieme coordinato di interventi urbanistico-edilizi e di iniziative sociali che includono, anche avvalendosi di misure di ristrutturazione urbanistica [...] la riqualificazione dell'ambiente costruito, la riorganizzazione dell'ambiente urbano attraverso la realizzazione di attrezzature e infrastrutture, spazi verdi e ser-

Le iniziative di inclusione sociale, quindi, divengono il fulcro delle politiche di rigenerazione urbana, mentre il recupero edilizio è attività meramente strumentale al raggiungimento del fine solidaristico e sociale, ciò anche sfruttando il coinvolgimento dei privati, sotto la guida pubblica, come elemento dinamico della trasformazione urbana e, al tempo stesso, provando ad incanalare l'energia derivante dalla collaborazione tra decisore pubblico e cittadini all'interno di un percorso guidato (che è la perfetta sintesi delle iniziative volte alla costruzione, dall'alto e dal basso, della *Smart city*), che unisce uomo, territorio, società e ambiente all'interno di una visione integrata. In questo modo l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, «torna a legarsi allo svolgimento di attività di interesse generale, secondo il dettato dell'art. 118 Cost, anche e soprattutto in riferimento alla materia urbanistica, troppo a lungo scissa tra interessi predatori dei proprietari privati ed eccessi dirigistici della pianificazione pubblica»⁶³.

A ciò si aggiunga che la crisi economica e pandemica recente, oltre ad una maturata consapevolezza intorno al concetto di “sostenibilità”, stanno gradualmente restituendo forza al potere di pianificatorio delle collettività locali, e grazie ad esso, al decisore pubblico, che vede materializzarsi l'opportunità per tornare ad assumere un ruolo prevalente, rispetto agli interessi privati e speculativi collegati alla proprietà fondiaria, nella definizione delle politiche urbanistiche e urbane (nonché sostenibili e digitali) del paese.

Tale visione, di fatto, la si ritrova (seppur ancora parzialmente) anche nella normativa recente in materia di rigenerazione urbana: ed infatti, il d.l. n. 59/2021 – accanto agli impegni previsti nell'ambito del programma “Sicuro, verde e sociale” per la riqualificazione del patrimonio di edilizia residenziale pubblica – ha finanziato il programma dei “Piani urbani integrati”⁶⁴ (art. 2, comma 1, lett. l, d.l. n. 59 cit.).

Parallelamente proseguono i lavori parlamentari relativi a una serie di disegni di legge riguardanti l'introduzione di una normativa nazionale specifica in materia di rigenerazione urbana (il riferimento è al DDL A.S. n. 1131)⁶⁵. Il *file*

vizi, il recupero o il potenziamento di quelli esistenti, il risanamento del costruito mediante la previsione di infrastrutture ecologiche finalizzate all'incremento della biodiversità nell'ambiente urbano” (art. 2, comma 1, lett. e). La l.r. Piemonte del 2009, invece, disciplina i programmi di rigenerazione urbana per fini di “miglioramento della qualità architettonica, ambientale, energetica e sociale” (art. 14), nel quadro iniziale di una visione assai scarsa degli strumenti e del metodo amministrativo di partenariato pubblico-privato sugli interventi da realizzare.

⁶³ Si vedano, *amplius*, le riflessioni di M. DUGATO, *L'uso accettabile del territorio*, in *Ist. fed.*, 2017, 598 ss. e di R. DIPACE, *La rigenerazione urbana tra pianificazione e programmazione*, *Riv. giur. ed.*, 2014, 251 ss.

⁶⁴ Con 210 milioni di euro nel quadriennio 2021-2024.

⁶⁵ Attualmente le diverse iniziative sono confluite nel testo congiunto all'esame del Senato A.S. n. 1131. Il testo correla espressamente la rigenerazione urbana agli obiettivi di progressiva riduzione del consumo di suolo, in linea con la previsione di azzeramento entro il 2050 stabilita dalla Comunicazione della Commissione COM/2011/0571, confermata nella decisione n. 1386/2013/ UE del Parlamento europeo e del Consiglio e nel *Green Deal* Europeo, e con le linee guida della Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile dell'ONU.

rouge di tali iniziative risiede nei presupposti degli interventi di rigenerazione urbana, individuati in situazioni di degrado urbanistico, sociale, ambientale. La struttura si basa su un programma nazionale di rigenerazione urbana, che prevede bandi regionali di finanziamento dei progetti e monitoraggio sulla realizzazione⁶⁶. La competenza a livello nazionale è attribuita al Ministro della transizione ecologica, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, Ministro della cultura, Ministro dell'economia e delle finanze e con la Conferenza Unificata prevista dall'art. 8 d.lgs. n. 281/1997. Lo strumento operativo è costituito dal "Piano comunale di rigenerazione urbana", strutturato come parte integrante dello strumento urbanistico generale – in questa prospettiva è prevista la modifica dell'art. 7, comma 2, della l. n. 1150/1942 – e ha un duplice contenuto, ricognitivo e operativo: contiene un censimento del patrimonio immobiliare, integrato annualmente con l'indicazione degli immobili in stato di abbandono, e individua le aree degradate oggetto dei progetti di rigenerazione, definendo gli obiettivi generali e i costi degli interventi previsti⁶⁷. Nel caso che l'attività di progettazione degli interventi non possa essere svolta direttamente dall'amministrazione comunale è previsto il ricorso a procedure di gara nella forma del concorso di progettazione o del concorso di idee ai sensi degli artt. 152 e 156 del d.lgs. n. 50/2016. Il sistema si articola quindi su un'attività di pianificazione comunale⁶⁸ e una successiva selezione a livello regionale dei piani meritevoli di finanziamento e destinati all'attuazione⁶⁹. Per l'attuazione è fatto riferimento agli strumenti gene-

⁶⁶ Si veda G. Sigismondi, *PNRR e DDL Rigenerazione urbana*, in *Recovery Lab*, 2022.

⁶⁷ È inoltre stabilito che obiettivi e progetti debbano essere definiti secondo procedimenti che garantiscano la partecipazione diretta dei cittadini (non generalizzata, ma selezionata: residenti, soggetti locali, soggetti sociali e terzo settore). Alcune particolarità riguardano i centri storici, per i quali è previsto che il Piano per la rigenerazione urbana abbia come obiettivi da perseguire: a) l'uso sociale dei luoghi; b) il recupero funzionale con opportuni inserimenti tecnologici e infrastrutturali; c) il recupero del tessuto produttivo compatibile con l'insediamento e il riequilibrio insediativo. È inoltre stabilito un procedimento di approvazione d'intesa con la Soprintendenza ai beni paesaggistici e architettonici. In conseguenza dell'approvazione, per gli interventi edilizi conformi al piano non è richiesta l'autorizzazione paesaggistica (mentre resta necessario il parere ministeriale per i beni di interesse culturale ai sensi degli artt. 10 e 12 d.lgs. n. 42/2004).

⁶⁸ Si consideri che, con riferimento ad atti di pianificazione urbanistica che dispongono limiti ovvero restrizioni all'insediamento di attività economiche in determinati ambiti territoriali, il giudice è chiamato «*ad effettuare un riscontro molto più penetrante di quello che si riteneva consentito in passato e ciò per verificare, tramite un'analisi degli atti preparatori e delle concrete circostanze di fatto che a tali atti fanno da sfondo, se i divieti imposti possano ritenersi correlati ad effettive esigenze di tutela dell'ambiente urbano o afferenti all'ordinato assetto del territorio sotto il profilo della viabilità, della necessaria dotazione di standard o di altre opere pubbliche*». In caso contrario, tali limitazioni «*non sono più riconducibili a motivi imperativi di interesse generale e devono, pertanto, essere considerate illegittime*» (T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 10 agosto 2015, n. 4227; cfr. anche Cons. Stato, sez. IV, 07 novembre 2014, n. 5494).

⁶⁹ Restano ambiguità rispetto al coordinamento con il sistema di pianificazione previsto da alcune legislazioni regionali e al rispetto dell'ambito di competenza riservato ai comuni con riguardo alle scelte di pianificazione, secondo i principi stabiliti dalla Corte costituzionale nella sentenza 16 luglio 2019, n. 179, in *cortecostituzionale.it* (in particolare con riferimento all'individuazione degli incentivi plano-volumetrici per gli interventi, la cui definizione è riservata alla legge regionale).

ralmente previsti dalla normativa urbanistica e dal T.U. edilizia, con un richiamo espresso del Piano di recupero disciplinato dalla l. n. 457/1978⁷⁰.

Ancora più recentemente, il prosieguo dei lavori parlamentari relativi al DDL A.S. n. 1131 ha parzialmente rivisto i contenuti delle azioni volte alla rigenerazione urbana, pur confermandone finalità e obiettivi di fondo e definizione della nozione stessa, con alcune precisazioni. La prima prospettiva si arricchisce dei riferimenti all'efficienza energetica degli edifici, alla sicurezza sismica e alla mitigazione del rischio idrogeologico. Viene inoltre esplicitato il collegamento – già, peraltro, evidente nella disciplina complessiva – con gli obiettivi di azzeramento del consumo di suolo previsti per il 2050. È infine inserito un opportuno richiamo alle discipline regionali già in vigore e coerenti con i contenuti del DDL, delle quali è auspicata la valorizzazione. La definizione della nozione di rigenerazione urbana è parzialmente rivista: da «complesso sistematico di trasformazioni urbanistiche ed edilizie in ambiti urbani e su aree e complessi edilizi caratterizzati da degrado urbanistico edilizio, ambientale o socio-economico» ad «azioni di trasformazione urbana ed edilizia in ambiti urbani su aree e complessi edilizi, prioritariamente su quelli caratterizzati da degrado urbanistico, edilizio, ambientale o socio-economico».

L'ambito della nozione è quindi delineato in modo più ampio, e sembra poter comprendere senza incertezze interpretative anche interventi su singoli immobili o su aree circoscritte, secondo un indirizzo che trova conferma in altre disposizioni (in particolare per quanto riguarda gli interventi di rigenerazione a iniziativa privata).

Le modifiche più rilevanti riguardano i soggetti istituzionali coinvolti nella programmazione ai diversi livelli e nella definizione delle scelte operative di rigenerazione urbana (definiti dal DDL “*governance* e architettura istituzionale”). Il quadro precedente, infatti, strutturato attorno a una cabina di regia nazionale e a un sistema di finanziamento organizzato su bandi regionali è cambiato in modo radicale. Le competenze a livello ministeriale passano al Comitato interministeriale per le politiche urbane (“CIPU”, istituito dall’art. 12-*bis* del d.l. n. 83/2012 conv. In l. n. 134/2012), con funzioni di indirizzo e coordinamento⁷¹. Per quan-

⁷⁰ Per promuovere le iniziative di rigenerazione urbana sono previsti incentivi e semplificazioni. Nel primo ambito rientrano i benefici plano-volumetrici assentibili nel caso di demolizione e ricostruzione (con esclusione degli interventi nei centri storici) fino al 20% della volumetria o della superficie esistente (purché senza consumo di suolo), la riduzione fino al 70% del contributo di costruzione rispetto a quello previsto per le nuove costruzioni e agevolazioni fiscali per gli immobili. Nel secondo ambito è stabilita l'ammissibilità del mutamento della destinazione d'uso tra quelle previste dallo strumento urbanistico vigente o tra categorie funzionali compatibili o complementari, ridefinita in due gruppi (residenziale, turistico ricettivo, direzionale, dei servizi e commerciale limitatamente agli esercizi di vicinato; produttivo, direzionale, dei servizi e commerciale limitatamente alle medie e grandi strutture di vendita). Cfr., *amplius*, G. Sigismondi, *PNRR e DDL Rigenerazione*, *op. cit.*

⁷¹ Al CIPU spetta stabilire gli obiettivi del Programma nazionale per la rigenerazione urbana, i cui contenuti sono definiti dal Ministero per le infrastrutture e la mobilità sostenibili. Nel procedimento, che si con-

to riguarda gli strumenti operativi, è confermato un doppio livello, nazionale e locale, cui però sono da aggiungere le eventuali indicazioni programmatiche definite a livello regionale, nell'ambito dei pertinenti strumenti di pianificazione (come confermato dall'art. 3, c. 3 lett. a, del DDL).

Per lo strumento di livello locale sono invece previste alcune novità, delle quali è da definire la rilevanza effettiva. La differenza più evidente riguarda la denominazione dello strumento: al "Piano comunale di rigenerazione urbana" si sostituisce la "Programmazione comunale di rigenerazione urbana". Si assiste quindi, anche sul piano terminologico, all'abbandono del "piano" in favore di strumenti a più ampio respiro, fatto che sembrerebbe militare nel senso di una maggiore attenzione alla pianificazione strategica, essenziale per la *Smart city*. Costanza che sembra confermata dalla distinzione stessa del DDL tra scelte relative all'individuazione delle aree da destinare agli interventi di rigenerazione (riservate alla programmazione) e successiva attuazione degli interventi (da riservare ai tradizionali strumenti attuativi dello strumento urbanistico generale – con possibilità di prevedere varianti – o sulla base di accordi di programma)⁷².

Altro aspetto rilevante, pure i – chiave di realizzazione della *Smart city* sotto il vigile indirizzo e controllo dei pubblici poteri, è la disciplina degli interventi di rigenerazione ad iniziativa privata, distinguendo tra iniziative che riguardano i singoli immobili e iniziative che comprendono ambiti urbani più estesi. Per il primo tipo di interventi non è richiesto un coordinamento con la Programmazione comunale di rigenerazione urbana, salvo che si tratti di interventi su immobili del centro storico o inseriti in agglomerati urbani di valore storico⁷³. Gli interventi su ambiti urbani estesi sono autorizzati previa valutazione della loro coerenza con la Programmazione comunale di rigenerazione urbana: non si richiede quindi

clude con il provvedimento di adozione con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, è inoltre coinvolta la Conferenza Unificata prevista dall'art. 8 del d.lgs. 281/1997. Le competenze delle regioni e delle Province autonome di Trento e Bolzano sono complessivamente ampliate: riconosciuto l'ambito di disciplina definito dalla legislazione regionale già in vigore, il DDL riserva ora alle regioni l'individuazione delle risorse da destinare agli interventi di rigenerazione urbana promossi a livello locale e dei relativi criteri di assegnazione. Resta peraltro anche un ambito di interventi ammessi al finanziamento nazionale, la cui tipologia e i cui criteri di individuazione sono definiti dal Programma nazionale per la rigenerazione urbana: anche per questi interventi, però, il DDL non fa riferimento a un sistema di finanziamento per bandi, ma a «criteri, basati su indicatori territoriali socio economici, per definire le priorità di intervento». Si veda, per un approfondimento, G. Sigismondi, *PNRR e DDL Rigenerazione urbana 2*, in Recovery Lab, 2022.

⁷² Il DDL non individua espressamente a quale organo comunale spettino le competenze relative alla programmazione. È inoltre confermato il ricorso al concorso di progettazione o al concorso di idee per la definizione progettuale degli interventi previsti nella programmazione comunale che non possa essere eseguita direttamente dall'ente locale. Il concorso è finalizzato all'acquisizione dell'idea progettuale e di un progetto di fattibilità tecnica ed economica predisposto secondo le linee guida stabilite per l'affidamento dei contratti pubblici finanziati dalle risorse del PNRR (art. 48, comma 7, d.l. n. 77/2021).

⁷³ Gli interventi devono soddisfare determinati condizioni e possono essere autorizzati anche in deroga agli strumenti urbanistici: restano da valutare eventuali limiti alle possibilità di deroga e il coordinamento con la disciplina posta dall'art. 14, comma 1-*bis*, d.P.R. n. 380/2001.

una “compatibilità” pura (il che lascia spazio ai privati di meglio esprimere il loro *know how*, pure con riferimento alle iniziative sostenibili e digitali, cellule della città intelligente) lasciando però spazio alla discrezionalità all’amministrazione⁷⁴.

La sfida, insomma, posta dal PNRR sul tema sembrerebbe non già la conquista del territorio, ma il costruire “*in between*”, cioè “tra e nelle” cose⁷⁵. In questo modo, si trasformano le ipotesi di rigenerazione dell’esistente (e del suolo consumato) in momenti del complessivo processo di pianificazione del territorio comunale, rendendo le relative decisioni parte integrante dell’atto di piano⁷⁶. E però, al di là dei chiari riferimenti del PNRR, non può tacersi come le norme sulla “rigenerazione” (che sia intesa come bonifica edilizia, risanamento, riqualificazione, recupero, ricostruzione, riuso e, da ultimo, resilienza o comunque come strumento effettivo e fattuale per l’ammodernamento delle città, ai fini della realizzazione delle *Smart city*) in oggetto esistano, come detto, dal 1865 (la l. n. 1150 del 1942 ha introdotto il piano particolareggiato anche per la ricostruzione di grandi aree urbane; si pensi pure al 1978 con i piani di recupero della l. n. 457, passando dai programmi integrati di intervento – i PII – introdotti dalla l. n. 179 del 1992) per arrivare all’odierna copiosa legislazione (soprattutto regionale) in materia e agli strumenti urbanistici delle città italiane che dedicano sezioni e articoli delle loro norme tecniche di attuazione (NTA) al recupero dei tessuti urbani e del patrimonio edilizio esistente. Come evidenziato in via fattuale, «la riqualificazione di un quartiere, degradato o meno che sia, ha forti implicazioni socioeconomiche e culturali, come del resto tutte le trasformazioni urbanistiche e gli interventi edilizi (anche quelli che consumano suolo verde)»⁷⁷; trasformazioni che si legano fisiologicamente (e ne costituiscono quasi presupposto applicativo) alla città intelligente. Eppure, se si escludono pochi casi virtuosi, la rigenerazione urbana – catalizzatore della *Smart city* pure nel breve-medio termine – non decolla⁷⁸.

⁷⁴ Pare opportuno, infine, citare, tra le disposizioni del DDL in oggetto, la delega legislativa per la redazione di un nuovo Testo unico in materia edilizia, delega che comprende espressamente anche la definizione di nuovi *standard* urbanistici di indirizzo e coordinamento. Quasi contestualmente, peraltro, il Ministero per le infrastrutture e la mobilità sostenibili ha nominato una commissione con il compito di riformare la legislazione nazionale in materia di pianificazione del territorio, standard urbanistici e edilizia.

⁷⁵ Sulla rigenerazione urbana nel PNRR, cfr. M. Spasiano, *Riflessioni in tema di rigenerazione urbana*, in *Riv. giur. urb.*, 2022, 394-407; 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, 299-304.

⁷⁶ La figura della rigenerazione, in tale modo, coniuga due fattispecie giuridiche differenti ma convergenti, anche in chiave *Smart city*, ovvero forma di intervento sul patrimonio edilizio esistente e, allo stesso tempo, iniziativa diffusa ai fini della fruizione dei beni comuni urbani.

⁷⁷ Si veda G. Inzaghi, *Perché non serve una legge sulla rigenerazione urbana*, in *Chorus Life*, 2022.

⁷⁸ Peraltro, pare appena il caso di rilevare come le iniziative di rigenerazione siano, in concreto, strettamente condizionate dall’erogazione di finanziamenti europei. Pertanto, è evidente che le stesse dovrebbero tendere ai cinque obiettivi strategici posti a fondamento della politica di coesione 2021-2027. Del resto, già nell’attuale programmazione finanziaria i fondi FESR e FSE cui tutti i Comuni, a prescindere dalle proprie dimensioni, possono accedere anche in forma associata sono quelli connessi all’“Agenda digitale”, all’“Efficientamento

Ancora una volta, il potere pubblico è (e deve essere) protagonista: sono i Comuni che decidono gli indici di edificabilità, le destinazioni d'uso insediabili, l'entità degli oneri di urbanizzazione e dei contributi, le “procedure” per trasformare il territorio⁷⁹. Eppure, nello strumento urbanistico comunale, sia esso denominato PRG, PGT, PUC, ci sono già tutti gli ingredienti per la preparazione di un contesto urbano rigenerato, sostenibile e, sì, digitale. E la legge dà già alle amministrazioni locali tutti gli strumenti che servono: in sostanza, niente impedisce ai Comuni di aumentare l'edificabilità delle zone costruite (i limiti di densità fissati dal d.m. n. 1444 del 1968 sono elevati *ex se*), di stabilire che le destinazioni d'uso siano libere nella loro selezione da parte dei privati (ovviamente nei limiti della omogeneità urbana), piuttosto che vincolate per favorire gli usi socialmente necessari. Peraltro, con la perequazione urbanistica (definitivamente sdoganata dall'art. 2643, comma 2-*bis*, c.c.), i Comuni possono anche far decollare le volumetrie dalle zone da preservare (destinandole ad esempio a parchi digitali) facendole atterrare in quelle da rigenerare attraverso la “densificazione” (che costituisce il presupposto della “minimizzazione del consumo del suolo”).

Ancora, lo strumento urbanistico può consentire che si proceda con titolo diretto (permesso di costruire o SCIA) eventualmente convenzionato (per il reperimento delle aree a servizi o il pagamento del loro controvalore e per la realizzazione delle opere di urbanizzazione)⁸⁰, piuttosto che con piano attuativo di iniziativa pubblica piuttosto che privata⁸¹.

In buona sostanza, dunque, per il definitivo “lancio” della rigenerazione urbana quale “presupposto” e “fondamenta” della *Smart City*, anche al di là delle misure all'uopo previste dal PNRR, occorre, innanzitutto, che il potere pubblico agisca utilizzando (meglio) gli “attrezzi” che l'ordinamento già offre, seppure non esplicitamente, a tali fini, razionalizzando un sistema che costituisce la chiave di volta per la realizzazione della città intelligente in concreto, ciò – si suggerisce – attraverso: (i) l'eliminazione della norma di “degenerazione urbana”, per cui nei centri storici gli interventi di demolizione e ricostruzione sono considerati di nuova costruzione e dunque infattibili laddove (quasi ovunque) la volumetria esistente sia superiore a

energetico e fonti rinnovabili”, alla “Valorizzazione risorse naturali e culturali” e all’“Inclusione sociale e lotta alla povertà”: tutti obiettivi che, uniti tra loro, identificano la *Smart city*.

⁷⁹ Cfr. il d.p.c.m. 21 gennaio 2021, assegnazione ai comuni di contributi per investimenti in progetti di rigenerazione urbana, volti alla riduzione di fenomeni di marginalizzazione e degrado sociale.

⁸⁰ I Comuni possono agire anche, sussistendone i presupposti, con lo strumento del permesso di costruire in deroga, oppure promuovendo (o assecondando nel caso di progetti ad iniziativa privata) l'approvazione di un piano attuativo in variante puntuale al piano regolatore.

⁸¹ Non si dimentichi poi che – anche senza una legge – l'entità degli oneri e dei contributi può essere liberamente graduata dai consigli comunali a seconda della tipologia di intervento, così da stimolare le operazioni di riuso, caricando quelle che consumano suolo.

quella assegnata dall'indice di PRG⁸²; (ii) una totale revisione della disciplina sulle distanze (il riferimento è al d.m. del 1968); (iii) la possibilità di rigenerare gli edifici conformi alla disciplina urbanistica attuale ma in difformità alla precedente; (iv) lo stanziamento di maggiori fondi (confidando qui nel PNRR) «per aiutare i Comuni privi delle risorse economiche per adeguare e quindi attuare la propria disciplina urbanistica e che non possano avvalersi dell'iniziativa privata»⁸³.

5. *Le periferie urbane per le città intelligenti*

Si è spesso evidenziato come il “diritto alla città” (qui non oggetto di analisi puntuale) costituisca aspirazione alla localizzazione della garanzia dei “diritti essenziali ed indispensabili” delle persone nel contesto in cui vivono al fine di rafforzare la tutela ed il grado di esigibilità. Il riferimento è all'accesso ai servizi, alla sicurezza, alla mobilità urbana. È il contesto in cui si colloca il dibattito sul ruolo e sulle modalità dell'intervento pubblico per il miglioramento della qualità della vita nella città attraverso la riqualificazione urbanistico-territoriale-architettonica-ambientale ed il rafforzamento della coesione sociale⁸⁴ nelle zone degradate⁸⁵. Ed è il contesto, quindi, del tema del rapporto centro-periferia⁸⁶, della coniugazione delle anime della città proiettate verso la *Smart city*.

Se quindi «la città, nella sua interezza terminologica, appare quale naturale terminale delle politiche urbane», si tratta di verificare se possa costituire allo stesso tempo anche «il *locus* ottimale per uno sviluppo volto a superare le condi-

⁸² Si veda, in via pretoria, Cons. Stato, Sez. V, 03 settembre 2018, n. 5157, con commento di A. Giannelli, *Il rinnovo in favore del concessionario uscente quale forma di tutela del valore identitario di determinati locali “storici”: dalla dittatura della concorrenza alla dittatura della cd. eccezione culturale?*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 174 ss.

⁸³ Sul punto, si rinvia *amplius* a G. Inzaghi, *op. cit.*

⁸⁴ G. De Giorgi Cezzi, *La coesione politico-territoriale nelle politiche per il governo del territorio*, in *federalismi.it*, 2016, 24.

⁸⁵ Sulla nozione di “area degradata”, si veda il d.p.c.m. 15 ottobre 2015 (c.d. “Bando periferie”) che, oltre a rimarcare il principio secondo cui dall'attuazione degli interventi non dovrà derivare consumo di suolo, ha stabilito che fossero finanziabili progetti di riqualificazione relativi ad “aree degradate”. Il bando si è fatto carico di definire con chiarezza il significato del sintagma “area urbana degradata” attraverso uno schema *multi-criteria*, articolato in due macro-indici: di disagio sociale (definito da quattro fattori, ovvero tasso di disoccupazione, tasso di occupazione, tasso di concentrazione giovanile, tasso di scolarizzazione) e di disagio edilizio (definito sulla base dello stato di conservazione degli edifici).

⁸⁶ Il diritto urbanistico non ha messo a fuoco una nozione di periferia. La griglia delle zone omogenee in cui, secondo il d.m. 2 aprile 1968, n. 1444, deve suddividersi l'intero territorio comunale non contempla valutazioni di ordine qualitativo riferite ai funzionamenti urbani e alla disponibilità, qualità e accessibilità dei servizi. Come evidenziato in dottrina (E. Boscolo), in una tale disciplina di ordine unicamente quantitativo delle zone “C”, riservate all'espansione, replicata nei piani di zona riservati all'insediamento residenziale pubblico delineati dalla l. n. 167/1962 e da leggi speciali, può essere identificata una prima causa dello scadimento di interventi, che si sono trasformati in pochi anni in periferie.

zioni di svantaggio in tutte le sue articolazioni concrete»⁸⁷, circostanza, quest'ultima, che si impone, *de facto*, ai fini della realizzazione della città intelligente. Ed infatti, una ulteriore questione foriera di articolate problematicità (sul piano pure urbanistico) quanto alla realizzazione della *Smart city* riguarda anche l'espansione degli agglomerati urbani⁸⁸ con la creazione delle c.d. "periferie"⁸⁹.

Il tema "preoccupa" soprattutto con riferimento alle evoluzioni tecnologiche delle città (ed in particolare dei "centri" delle stesse), al processo di "smartifi-

⁸⁷ In tema di edilizia residenziale, ad esempio, la Corte costituzionale, pur negando la configurabilità di tale edilizia come materia a sé stante, ha utilizzato la clausola dei livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, comma 2, lett. m), per riaffermare la competenza statale in tema di determinazione dell'offerta minima di alloggi destinati a soddisfare le esigenze dei meno abbienti, finendo in tal modo con l'autorizzare interventi statali anche in tema di programmazione. In questa valenza la clausola dei livelli essenziali diviene il titolo che giustifica misure pubbliche statali e limiti alla legislazione regionale e con essa alla differenziazione degli interventi. Ciò in quanto «l'esigenza dell'abitazione assume i connotati di una pretesa volta a soddisfare un bisogno sociale ineludibile, un interesse protetto, cui l'ordinamento deve dare adeguata soddisfazione, anche se nei limiti della disponibilità delle risorse finanziarie»; Corte cost., 11 giugno 2014, n. 16816 in *cortecostituzionale.it*; Id., 07 marzo 2007, n. 94, in *Foro it.*, 2009, 6, 1720 ss.

⁸⁸ Secondo E. Boscolo, *Le periferie in degrado (socio-territoriale) e i (plurimi) fallimenti dell'urbanistica italiana*, in *Riv. giur. urb.*, 2021, 1, 54 ss., le tematiche connesse alla periferie non solo attengono alla rigenerazione delle medesime, ma riguardano anche il complesso rapporto con il centro: «mentre nei quartieri centrali, che si accingono a diventare "smart", si beneficia di occasioni di scambio sociale ed economico, nei contesti periferici si sommano gli effetti del disagio abitativo, della disoccupazione, della povertà di mezzi e di opportunità, in una spirale in cui degrado edilizio, ambientale e sociale si alimentano a vicenda». Peraltro, nel medesimo studio, pur rimarcando la diversità tra un centro storico e l'altro, si osserva che «ancora una volta diversa la tendenza in atto nei centri storici 'minori'. Qui si registra un processo di progressivo impoverimento e in molte città e paesi gli spazi centrali, costituiti da fabbricati che hanno perso molto del loro valore immobiliare e presentano condizioni igienico-strutturali sovente precarie, vengono rioccupati da soggetti deboli, spesso intere famiglie di immigrati stabilizzati o giovani con limitate risorse. Soggetti che adattano il patrimonio edilizio alle rispettive esigenze primarie, con scarsa attenzione al lascito storico appannato da decenni di abbandono. Si può parlare di risemantizzazione unplanned di questi spazi, di cui le politiche urbane tendono a non occuparsi, mentre l'urbanistica li etichetta semplicemente come ambiti degradati o sottoutilizzati, nelle more dell'attivazione di interventi rigenerativi che probabilmente non verranno mai (per mancanza delle precondizioni economiche)». Cfr. pure M. Timo, *Patrimonio culturale e centro storico: materialità e immaterialità*, in *Consulta online*, 2022, 1, 85 ss.

⁸⁹ Una definizione di "periferia", sul piano normativo, è rinvenibile nel d.m. 25 maggio 2016, che identifica le periferie con le aree urbane caratterizzate da situazioni di marginalità economica e sociale, degrado edilizio e carenza di servizi. Il decreto citato attua l'art. 1, comma 974, della l. n. 28 dicembre 2015, n. 208 ("legge di stabilità 2016") che prevede il "Programma straordinario di intervento per la riqualificazione urbana e la sicurezza delle periferie delle città metropolitane e dei comuni capoluoghi di provincia". Questo nuovo strumento è, come recita la norma stessa, finalizzato alla realizzazione di interventi urgenti per la rigenerazione delle aree urbane degradate attraverso la promozione di progetti di miglioramento della qualità del decoro urbano, di manutenzione, riuso e rifunionalizzazione delle aree pubbliche e delle strutture edilizie esistenti, rivolti all'accrescimento, *ex alius*, della sicurezza territoriale e della capacità di resilienza urbana, al potenziamento delle prestazioni urbane anche con riferimento alla mobilità sostenibile ecc. Come evidenziato in dottrina, però, «la 'nozione' data dal decreto attuativo del 2016, pur coerente con la legge di riferimento, appare tuttavia non adatta a comprendere tutto ciò che la periferia, o meglio le periferie, rappresentano, enfatizzandone solo l'accezione negativa – degrado, disservizio, disagio economico e sociale – che, pur diffusa, non rappresenta nel complesso le situazioni locali, diverse dal centro delle città di riferimento» (M. Gola, *Periferie, Viabilità e Trasporto urbano*, in M. Immordino, G. De Giorgi Cezzi, N. Gullo, M. Brocca (a cura di), *Periferie e diritti fondamentali*, op. cit., 374 ss.). Si veda, sul punto, pure il fondamentale contributo di M. Mazzamuto, *Esiste una nozione giuridica di periferia*, in *Nuove Autonomie*, 2016, 5 ss.

ficazione”, che, come detto, mira a costruire infrastrutture che garantiscano una gestione integrata e, appunto, “*smart*” dell’intero territorio, attraverso la coniugazione di concetti pure diversi tra loro come città intelligente ed economia circolare (paradigma attuativo delle politiche della c.d. “blue economy”).

A tal proposito, non sono mancate, recentemente, suggestioni relative all’implementazione di questo modello nell’ambito dei – soli – centri (soprattutto quelli storici). Si parla, a tal proposito, di “*historical smart city*”⁹⁰ e di “*smart environments*” (riduzione del fabbisogno energetico, mini-produzione energetica, raccolta e riciclaggio rifiuti, reti tecnologiche unificate, fibre ottiche, *wi-fi*), cioè un “centro cittadino” orientato sì alla transizione *smart* e a quella ecologica, ma nel rispetto pure dei valori culturali insiti nel territorio⁹¹. Ad ogni buon conto, il tema della riqualificazione sociale e culturale delle aree urbane centrali ma soprattutto di quelle degradate «incrocia inevitabilmente quello del miglioramento della “qualità dell’abitare”»⁹². Un ambito quest’ultimo che ha fatto registrare, più di recente e come detto, la sperimentazione di nuovi modelli di gestione del patrimonio pubblico ed in particolare di nuove forme di partenariato tra soggetti pubblici (per lo

⁹⁰ Cfr. M. Cerasoli, *Historical Small Smart City. Il recupero dei centri storici minori: una opportunità concreta (tra “modulazione della tutela” e nuove tecnologie)*, in *Rigenerazione urbana e mercato immobiliare*, 2018, 10-30, ove si legge che «La via “smart” è forse la più grande opportunità disponibile oggi per rivitalizzare il vastissimo patrimonio di centri storici».

⁹¹ Passaggio che sembrerebbe ben possibile. Ed infatti, l’art. 202 del d.lgs. n. 156/2006, Codice dell’ambiente, ad esempio e volgendo lo sguardo alla transizione ecologica, prevede che sia demandato alle singole Autorità d’ambito il compito di aggiudicare il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani mediante gara pubblica. La disposizione deve essere letta, soprattutto oggi, alla luce dei recenti sviluppi della materia del c.d. “*green public procurement*”, ossia relativa a quelle procedure d’appalto, da parte delle Amministrazioni pubbliche, che incoraggiano e favoriscono l’integrazione di considerazioni ambientali (ma anche del paesaggio) nella fase di aggiudicazione di un determinato servizio di pubblico interesse. In dottrina, sul punto, G.F. Fidone, *Gli appalti verdi all’alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2012, 5; C. Viviani, *Appalti sostenibili, green public procurement e socially responsible public procurement*, in *Urb. e app.*, 2016, 8-9; O. Hagi Kassim, *Gli appalti verdi*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell’ambiente*, Torino, 2021, 508 ss., ove si parla di «strumenti di mercato a tutela dell’ambiente»; F. Fracchia, S. Vernile, *I contratti pubblici come strumento di sviluppo ambientale*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2020, 2; P.M. Vipiana, *Considerazioni in tema di appalti verdi nelle smart cities*, in G.F. Ferrari (a cura di), *Le smart cities al tempo della resilienza*, op. cit., 403 ss.

⁹² In alcuni quartieri particolarmente degradati il coagulo di contraddizioni è così forte da mettere quotidianamente in crisi l’affermazione di una convivenza sociale fondata su una moderna concezione dei diritti di cittadinanza. Dai trasporti alla distribuzione dell’energia, dalle reti telematiche alla fruizione di spazi verdi; dai servizi per l’infanzia alle necessità dei disabili, dalle richieste di strutture assistenziali a quelle per il tempo libero (cinema, teatri, luoghi per concerti, impianti sportivi): «è la città l’interfaccia del cittadino, sono i suoi servizi a determinare la qualità della vita e la sostenibilità dello sviluppo». È quanto si legge nel parere 4.14 del Comitato economico e sociale espresso in merito alla comunicazione della CE (98/C/95/19) avente ad oggetto “la problematica urbana”. Il parere prosegue indicando, l’obiettivo della riqualificazione dei quartieri degradati, impegnando a questo scopo risorse umane e finanziarie, ma anche specificando, un po’ meno ovviamente, che la strategia di intervento da adottare deve essere capace di agire non solo sugli aspetti fisici del degrado, siano essi edilizi urbanistici ambientali, ma anche sulle problematiche sociali più rilevanti dell’occupazione e dell’emarginazione. Ed individua l’obiettivo finale di avere in ogni periferia «una piccola città nella città più grande» in modo che i diversi centri diffusi sul territorio metropolitano risultino integrati in una rete efficiente di trasporto e comunicazione.

più enti locali) e privati cittadini in forma singola o associata, che si sono fatti promotori di iniziative volte a garantire la piena fruizione pubblica dei beni collettivi (provvedendo alla relativa manutenzione, restauro e/o rigenerazione)⁹³.

Del resto, «la condizione delle periferie urbane in Italia denuncia alcuni tra i più gravi errori e fallimenti dell'urbanistica nostrana»⁹⁴. Errori il cui esito sono

⁹³ Si vedano, nuovamente, i c.d. "patti di collaborazione" tra i Comuni e i cittadini per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani, la cui diffusione è in costante aumento quale risposta al crescente degrado cui i beni ad uso pubblico sono esposti e che hanno finito con il costituire lo snodo dell'alleanza fra cittadini e amministrazione secondo il modello organizzativo dell'amministrazione condivisa. Si tratta di accordi tra amministrazioni locali e cittadini o formazioni sociali di vario tipo, di iniziativa per lo più privata, che hanno ad oggetto l'uso, la gestione o la rigenerazione di "beni comuni urbani", definiti con una formula ormai standardizzata come «beni, materiali e immateriali, che i cittadini e l'amministrazione riconoscono essere funzionali al benessere della comunità e dei suoi membri, all'esercizio dei diritti fondamentali della persona e all'interesse delle generazioni future, attivandosi di conseguenza nei loro confronti ai sensi dell'articolo 118, comma 4 della Costituzione, per garantirne e migliorarne la fruizione individuale e collettiva». Tali iniziative, lo si ribadisce, fondano direttamente sull'art.118, comma 4, Cost. quale espressione dell'autonomia iniziativa (dei cittadini) a prendersi cura di un interesse generale. Cfr. le riflessioni di G. Arena, *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2017, 1, 53 ss. Peraltro, secondo F. Cortese, *Che cosa, op. cit.*, 61, c'è una caratteristica comune a tutte le teorie dei beni comuni: l'"attitudine parassitaria" della categoria che cercano di introdurre. I beni comuni, cioè, «non vengono vissuti solo come entità puntuali, e sia pur differenti, che necessitano coerenti e proporzionati modelli di gestione; i beni comuni sono anche rappresentativi di un'istanza di istituzionalizzazione, che tende ad eccedere lo spazio della proprietà pubblica o della partecipazione amministrativa, per rilanciare una determinata idea sulla forma di Stato, sulla cittadinanza e sul ruolo della dialettica pubblico-privato nell'economia e, così, nella prestazione di determinati servizi divenuti "aperti" al mercato. I beni comuni, in buona sostanza, postulano sempre uno Stato e un'amministrazione diversi da quelli ora esistenti».

⁹⁴ In chiave comparata, in Spagna, il fenomeno della periferia urbana (i cosiddetti "extrarradio" o gli "arrabales", i sobborghi) va letta alla luce delle politiche di espansione urbana delle città che hanno abbandonato la compattezza funzionale e la densità tipica della città mediterranea per creare nuove aree residenziali, senza una netta separazione tra il paesaggio urbano e quello rurale che sbiadisce i limiti della città. Si tratta di un inurbamento "diluito", più distante dai centri urbani rispetto alle aree periferiche tradizionali, che si articola nei dintorni – ma a una certa distanza – dei nuclei a più elevata densità (c.d. "spread city"). In tal modo, la città tende a crescere in base a un modello di decentramento urbano che gli esperti chiamano "città senza centro" caratterizzato da una struttura reticolare in cui la periferia, che non cresce necessariamente a macchia d'olio come continuazione della città, occupa ora un posto influente. Questa modalità di sviluppo periurbano a bassa densità che si sparge per il territorio, si realizza in base al modello della città diffusa o orizzontale e fa spicco per la sua scarsa sostenibilità ambientale, giacché comporta un grande consumo di risorse naturali. In tal modo, la connotazione negativa insita nell'idea di periferia in quanto opposta al centro è ormai una realtà residua. Tutto ciò è reso possibile anche dagli standard urbanistici prescritti dalla legge in materia infrastrutture, arredi e verde pubblico. A titolo esemplificativo, la legislazione urbanistica catalana (*Texto Refundido de la Ley de urbanismo*) fissa le seguenti riserve per quanto riguarda il terreno edificabile, in base al fatto che il suo uso sia o no residenziale (Artt. 20-21): (a) nei settori destinati a uso residenziale, i progetti parziali di pianificazione urbanistica devono riservare una parte di suolo a sistemi, come minimo, nelle seguenti proporzioni: per zone verdi e spazi pubblici liberi, 20 m² di suolo per ogni 100 m² di area edificabile, con almeno il 10% della superficie dell'ambito di intervento urbanistico; per strutture pubbliche, il valore minore derivante dalle seguenti proporzioni: 20 m² di suolo per ogni 100 m² di area edificabile oppure 20 m² di suolo per ogni abitazione; in ogni caso, con almeno il 5% della superficie dell'ambito di intervento urbanistico, oltre al suolo adibito a servizi tecnici, se opportuno. Nel caso in cui la pianificazione urbanistica generale preveda il sistema urbanistico di case popolari, può stabilire che questa previsione di suolo destinato a strutture pubbliche sia adibita, in determinati settori, in misura totale o parziale al sistema urbanistico di case popolari; (b) nei settori d'uso non residenziale, i progetti parziali di pianificazione urbanistica devono osservare alle zone verdi almeno il 10% della superficie dell'ambito di intervento urbanistico e devono riservare a strutture e arredi almeno il 5% di tale superficie, oltre al suolo adibito a servizi

profonde diseguaglianze territoriali che si riflettono direttamente sulle condizioni di vita e sulle possibilità degli abitanti, negando loro parità dei punti di partenza. Si tratta, spesso, di quartieri (anche di notevoli dimensioni) che sono rimasti in condizione di “mono-funzionalità” (cioè solo residenziali), privi dei collegamenti con i centri urbani, sguarniti delle dotazioni territoriali e, ancor più, dei servizi (istruzione, assistenza, sport, etc.).

L'intero sistema di *welfare* urbano è rimasto in tal modo ottativo e questi pezzi di città sono receduti in breve tempo a luoghi del degrado.

Come evidenziato in dottrina, queste realtà sono «autentiche “trappole” per i residenti: erano stati loro promessi riscatto e piena integrazione mentre sono stati costretti a vivere in una condizione di disagio e marginalità sociale, prigionieri di “carriere di povertà”. Una condizione dalla quale è praticamente impossibile uscire anche per effetto dello stigma che si imprime sui singoli e ne segna le storie individuali (la periferia “come destino”). Povertà, occupazioni abusive, disoccupazione soprattutto giovanile sono divenute condizioni esistenziali per gli abitanti di questi quartieri»⁹⁵. Le periferie, quindi, «un tempo spazi ecotonali, osmotici, laboratori di integrazione», sono così divenute sacche di risentimento, formidabili serbatoi per ogni tipo di populismo e per tentazioni anche di rivolta. Sono queste, nell'immaginario collettivo, le periferie italiane, spazi separati da una faglia territoriale – “invisibile ma invalicabile”⁹⁶ – rispetto al resto delle città. E allora, mentre nei quartieri centrali, più sensibili, come detto, alla “*smartizzazione*”, si beneficia di occasioni di scambio sociale ed economico, nei contesti periferici si sommano gli effetti del disagio abitativo, della disoccupazione, della povertà di mezzi e di opportunità, in una spirale in cui degrado edilizio, ambientale e sociale si alimentano a vicenda.

Il tema delle periferie, del resto, è stato troppo a lungo confinato nel dibattito urbanistico, nell'illusione che per queste *bad lands* bastasse rendere più efficienti le soluzioni di pianificazione urbanistica⁹⁷ e di intervento infrastruttura-

tecniche, se opportuno. Sul tema, si veda J. Gifreu Font, *La sfida delle periferie urbane. Il diritto all'alloggio come strategia di integrazione urbana*, in M. Immordino, G. De Giorgi Cezzi, N. Gullo, M. Brocca (a cura di), *Periferie e diritti fondamentali*, op. cit., 314 ss.; L.M. Garcia Herrera, F. Sabatè Bel, M.A. Mejias Vera, V. Martín (a cura di), *Globalización: transformaciones urbanas, precarización social y discriminación de género*, Departamento de Geografía, Universidad de La Laguna, 2000.

⁹⁵ Si vedano le profonde riflessioni, sul punto, di E. Boscolo, *Le periferie e i fallimenti dell'urbanistica italiana*, in M. Immordino, G. De Giorgi Cezzi, N. Gullo, M. Brocca (a cura di), *Periferie e diritti fondamentali*, op. cit., 76 ss. Cfr. anche S. Vicari Haddock, *La città contemporanea*, Bologna, 2004, 126 ss.

⁹⁶ E. Boscolo, *Ibidem*; P. Stella Richter, R. Ferrara, C. E. Gallo, C. Videtta (a cura di), *Recupero urbanistico e ambientale delle aree industriali dismesse*, Napoli, 2008.

⁹⁷ A livello regionale, ad esempio, si è cercato di arginare tale fenomeno con la stagione dei piani urbanistici “contenitivi”, che si prefiggono l'obiettivo del definitivo superamento della tendenza alla diffusione insediativa, allo sfrangiamento dei confini a danno della campagna e all'allargamento a macchia d'olio della città diffusa (lo *sprawl* urbano più volte richiamato). Una tendenza, però, che in molte situazioni si è tradotta nella

le⁹⁸. Basti pensare agli interventi “di rilievo” (fallimentari) in tema di risanamento urbano, tra cui, *ex plurimis* e senza pretesa di esaustività, la l. n. 457 del 5 agosto 1978, la c.d. “legge sul piano decennale per l’edilizia”⁹⁹, che ha istituito i piani di recupero, la l. n. 25/1980 (di conversione del d. l. n. 269/1979), concernente la dilazione dell’esecuzione dei provvedimenti di rilascio per gli immobili adibiti ad uso abitazione e provvedimenti urgenti per l’edilizia, la l. n. 94/82 (di conversione del d.l. n. 9/1982), concernente norme per l’edilizia residenziale e provvidenze in materia di sfratti, la l. n. 47/1985, concernente norme in materia di controllo dell’attività urbanistico-edilizia, o ancora la l. n. 266/1997¹⁰⁰, che incentiva gli interventi di sostegno e di sviluppo locale in quelle aree caratterizzate da contesti particolarmente difficili, quali sono le periferie, al fine di promuovere la crescita economica attraverso la destinazione di finanziamenti alle attività imprenditoriali e la previsione di agevolazioni fiscali per i giovani imprenditori che intendano fissare la sede d’impresa in zone periferiche¹⁰¹.

formazione di tessuti connotati da un basso tasso di urbanità, a imminente rischio di recessione alla condizione di nuove periferie estese.

⁹⁸ Solo nell’ultimo decennio ci si è avveduti delle conseguenze che questo dato territoriale determina nello spaccato socioeconomico generale. Un percorso in direzione di una maggior consapevolezza, anche definitoria, ha preso avvio in corrispondenza dell’emanazione dei bandi statali del 2015 (“Piano nazionale per la riqualificazione sociale e culturale delle aree urbane degradate”, d.p.c.m. 15 ottobre 2015) e 2016 (“Programma straordinario di intervento per la riqualificazione urbana e la sicurezza delle periferie delle città metropolitane e dei comuni capoluogo di provincia”, l. n. 208/2015, art. 1, commi 974-977).

⁹⁹ La legge in oggetto, in particolare, costituisce il primo concreto tentativo di fornire una soluzione alle innumerevoli problematiche attinenti al recupero edilizio. In particolare, il recupero delle aree periferiche, così come quello dei centri storici, è preceduto da un’attenta analisi di tipo storico, artistico ed ambientale del territorio. Ciò distingue i piani di recupero dai semplici piani particolareggiati, che, a differenza dei primi, si limitano a tener conto dei profili inerenti la produzione, l’economia ed i costi relativi ai terreni ed agli immobili. Il compito di individuare le zone di degrado alle quali destinare gli interventi di recupero del patrimonio edilizio ed urbanistico è affidato ai Comuni, che provvedono con delibera consiliare. I piani di recupero di cui alla l. n. 457/1978 possono essere attuati, oltre che per iniziativa comunale, anche su proposta dei privati, ed hanno ad oggetto il recupero e la rivalorizzazione del patrimonio edilizio esistente. Un piano di recupero di un’area quasi inedita ovvero di una zona che difetti della presenza di immobili degradati sarebbe, pertanto, da considerarsi illegittimo.

¹⁰⁰ Si pensi anche ai PIC (Programmi di Iniziativa Comunitaria) *Urban I* ed *Urban II*, ai PPU (Progetti Pilota Urbani), ai POR (Programmi Operativi Regionali) predisposti dalle Regioni per la gestione dei fondi strutturali e di investimento di derivazione europea durante il periodo di programmazione; ovvero ai PRU (Programmi di Recupero Urbano) ed ai “Contratti di Quartiere”, direttamente gestiti dalle Regioni.

¹⁰¹ Accanto alle leggi succitate occorre far menzione dei c.d. “Contratti di Quartiere”, programmi sperimentali di recupero urbano da localizzare “in quartieri segnati da diffuso degrado delle costruzioni e dell’ambiente urbano e da carenze di servizi in un contesto di scarsa coesione sociale e di marcato disagio abitativo”, a partecipazione mista pubblico-privata, introdotti per la prima volta nel 1998 e poi confermati nel 2002. I Contratti di Quartiere sono programmi sperimentali di riqualificazione di quartieri urbani degradati, in origine, tuttavia, caratterizzati da un forte limite rappresentato dal vincolo di destinazione dei finanziamenti per interventi riguardanti i soli insediamenti di edilizia pubblica residenziale. Limite poi soppresso con la l. n. 21/2001. Al fine di consentire la concreta attuazione e conclusione delle iniziative in tema di recupero e riqualificazione urbana, la Conferenza Unificata, nella seduta del 15 aprile 2014, ha approvato su proposta della Direzione Generale per la condizione abitativa il documento che individua i c.d. “Contratti di Quartiere II”, ispirati ad una logica di forte impulso, coordinamento e monitoraggio da parte delle Regioni. In particolare, detti “Contratti II” hanno ad oggetto programmi di riqualificazione di quartieri periferici (o comunque degradati) che contengono misure

5.1. *Rigenerazione e periferie: potere pubblico nell'implementazione della City "secondaria"*

A fronte dei fallimenti del legislatore in tema di "pianificazioni" e periferie, quale soluzione? Ecco, dunque, l'urbanistica rigenerativa, sopra descritta, dovrebbe diventare il contenitore ordinario delle politiche locali per i frammenti più deboli della trama urbana e del tessuto socioeconomico, soprattutto se si vuole scommettere sulle periferie quali prua e poppa della *Smart city* "centripeta".

La rigenerazione urbana *smart*, come sopra individuata, deve quindi spingersi oltre l'intervento sul singolo frammento o compendio dismesso, estendendosi a (anche singoli) quartieri-periferia o a luoghi che presentano un gradiente di urbanità e un'offerta di servizi e opportunità insufficiente.

La *Smart city* applicata all'urbanistica, del resto, prevede interventi di demolizione-ricostruzione¹⁰², di rifunzionalizzazione, con ridisegno esteso anche allo spazio pubblico, il tutto correlato a progetti di intervento sociale, educativo, occupazionale, attraverso azioni destinate a "rimanere" in questi luoghi sino a «mutarne l'identità e l'ecosistema di vita degli abitanti, attraverso la digitalizzazione e un'impostazione urbana volta alla sostenibilità ambientale»¹⁰³.

volte all'incremento edilizio, ed interventi finalizzati ad incentivare lo sviluppo occupazionale della collettività insediata nel quartiere degradato oggetto del programma stesso. Sulla linea dei Contratti di Quartiere "I" (quelli del 1998/2002), inoltre, conferiscono un ruolo di rilievo alle Amministrazioni centrali, soprattutto in tema di finanziamenti, e ribadiscono la necessità che venga garantita una continuità in tema di risorse economico-finanziarie, anche di provenienza privata, affinché le iniziative di Comuni, capoluoghi e Città metropolitane possano essere adeguatamente sostenute, e si possa così eliminare, o quantomeno ridurre, la forte linea di demarcazione esistente tra il centro e la periferia.

¹⁰² Sul punto, si segnala la sentenza del T.A.R. Lazio, Roma, 27 dicembre 2022, n. 17543, ove i giudici hanno indagato il rapporto tra la normativa regionale (la l.r. n. 7/2017) e la disciplina statale (art. 5, comma 9, del d.l. n. 70/2011). Ad avviso del TAR, «è imprescindibile, al fine di conseguire la premialità richiesta, il perseguimento del duplice fine alternativamente richiesto dalla norma, ossia la razionalizzazione del patrimonio edilizio esistente o la riqualificazione di un'area urbana degradata». Ciò premesso, il TAR esamina l'art. 1, comma 1, lett. b) della l.r. n. 7/2017 (poiché l'intervento proposto dal ricorrente, ex art. 6 della l. r. cit., era volto a demolire e ricostruire, con cambio d'uso da alberghiero a residenziale, un fabbricato dismesso/in via di dismissione), affermando che «la legge regionale abbia subordinato l'attuazione degli interventi edilizi da essa previsti [...] al fine di: a) razionalizzare il patrimonio edilizio esistente o b) promuovere e agevolare la riqualificazione delle aree urbane degradate e delle aree produttive [...] nonché di complessi edilizi e di edifici in stato di degrado o di abbandono o dismessi o inutilizzati o in via di dismissione o da rilocalizzare». Dunque, ad avviso del TAR, «va esclusa ogni interpretazione estensiva della stessa che renda ammissibili interventi edilizi del tipo di quelli consentiti dalla legge rivolti ad edifici privi di quei caratteri di degrado, abbandono, dismissione, inutilizzo o in via di dismissione o rilocalizzazione che la norma pretende per legittimare il compimento di siffatti interventi incentivanti»; ancora, «gli interventi in questione, in tanto possono beneficiare di detta legislazione di favore in quanto, comunque, abbiano ad oggetto edifici insistenti in aree urbane degradate»; pertanto «in assenza di detto presupposto, l'intervento non può essere consentito».

¹⁰³ L'obiettivo da assumere «è quello di assicurare ai residenti una reale condizione di eguaglianza nei luoghi in cui oggi si registra invece la massima disuguaglianza territoriale, inflitta ai cittadini a causa del luogo di vita: la diseguaglianza dipendente, cioè, dall'essere costretti a vivere (per mancanza di alternative) in uno schlechte Adresse (un cattivo indirizzo, una provenienza a cui consegue un etichettamento sociale negativo)»; E. Boscolo,

Ancora una volta, è l'azione dei pubblici poteri che deve garantire con effettività il diritto alla città nella sua interezza, in grado di assicurare un fascio di diritti ai cittadini che si distribuiscono dalla sfera della sostenibilità, alla garanzia dell'accesso all'abitazione, ai servizi e agli spazi pubblici, sino ad assicurare la partecipazione attiva ai processi decisionali; diritto alla città, quindi, «come pretesa ad un *habitat* adeguato, a delle prestazioni abilitanti e alla democrazia urbana, che non può essere precluso agli abitanti delle periferie»¹⁰⁴. Pare opportuno richiamare, a tal fine, pure il ruolo delle città metropolitane, cui vengono attribuiti, come detto, compiti rilevanti in materia di pianificazione strategica (art. 44, lett. a, l. n. 56 del 2014), di determinazione di reti di servizi e infrastrutture (art. 44, lett. b, l. n. cit.) di strutturazione di sistemi coordinati di gestione dei servizi pubblici (art. 44, lett. c, l. n. cit.)¹⁰⁵. Da tale prospettiva, le città italiane sono – invece – contornate da corone¹⁰⁶ «costituite da espansioni a bassa densità ed a scarsissima offerta di servizi, esito di un modello pianificatorio dissipativo che rivela segnali di un profondo disagio degli abitanti»¹⁰⁷.

Si avverte, in buona sostanza, l'assenza di politiche urbane reali, programmi con una forte regia centrale¹⁰⁸, azioni di durata¹⁰⁹ promosse da attori che “restino” sui territori e che possano stringere partenariati con le risorse dello sponta-

op. ult. cit., 82; Id., *La riqualificazione urbana: una lettura giuridica*, in *urban@it*, 2017; G. Guzzardo, *La rigenerazione urbana*, in P. Stella Richter (a cura di), *Verso leggi regionali di quarta generazione*, Milano, 2019, 179 ss.; S. Villamena, *Programmi integrati di intervento: osservazioni su requisiti generali ed efficacia*, in P. Stella Richter (a cura di), *Sicurezza del territorio. Pianificazione e depianificazione*, Milano, 2014, 247 ss.; A. Giusti, *La rigenerazione urbana. Temi, questioni e approcci nell'urbanistica di nuova generazione*, Napoli, 2018.

¹⁰⁴ Gli abitanti della “*ville*” ma esclusi dalla autorappresentazione respingente della “*cité*” (R. Sennet, *Costruire e abitare. Etica per la città*, Milano, 2018, 5 ss.).

¹⁰⁵ Tutto ciò proprio in funzione di superamento degli squilibri tra centro e periferia; del resto, la legge di stabilità 2016, come detto, attribuisce alle città metropolitane anche un ruolo di promozione dei progetti nell'ambito del programma straordinario di riqualificazione delle periferie recentemente finanziato (cfr. d.m. 25 maggio 2016).

¹⁰⁶ Si badi bene che, oltre lo stereotipo della periferia “di cintura”, è innegabile che in alcune città i segmenti popolari siano incuneati pure come persistenze dentro la parte storica dell'insediamento urbano ove coesistono con monumenti, recuperi turistici e residenze di lusso (esempi sono Genova, Napoli e Palermo).

¹⁰⁷ “*Sprinkling*” (diffusione di particelle sparse) è il termine che il Comitato per il Capitale Naturale usa nel proprio Secondo Rapporto per dare il senso di come lo sviluppo a bassa densità si sia polverizzato e diffuso quasi ovunque e non si aggregi solamente attorno ai principali catalizzatori urbani. In dottrina, B. Romano, L. Fiorini, F. Zullo, A. Marucci, *Urban Growth Control DSS Techniques for De-Sprinkling Process in Italy*, in *Sustainability*, 2019, 9, 10 ss.

¹⁰⁸ Si pensi all'assegnazione di un ruolo maggiormente centrale alle città metropolitane (che redigono i piani territoriali metropolitani) e ai comuni e ramificazioni di prossimità, con agenzie di quartiere.

¹⁰⁹ Come evidenziato dalla Corte dei Conti (Sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, deliberazione 23 luglio 2019, n. 13/2019/g sul “Programma straordinario di intervento per la riqualificazione urbana e la sicurezza delle periferie delle città metropolitane e dei comuni capoluogo di provincia ed il piano nazionale per la riqualificazione sociale e culturale delle aree urbane degradate deliberazione”), «perché le azioni abbiano continuità è necessario abbandonare la logica dei bandi una tantum, che del resto non hanno dato i risultati enfaticamente annunciati, e prevedere un piano di lunga durata, con indicazione di un modello gestionale assistito da certezza e continuità di finanziamenti».

neismo sociale. *De contrario*, quindi, solo una visione unitaria del sistema “città” (sia essa *smart* o meno si badi bene) consente di immaginare (o proporre) meccanismi di compensazione e di riequilibrio tra le varie parti.

Al pianificatore pubblico, quindi, si richiedono abili strategie di *governance* urbana e territoriale, che comportano capacità di ascolto del territorio, ben più di quanto possano garantire gli strumenti della partecipazione tradizionalmente concepiti dalla legislazione urbanistica, e un’azione di accompagnamento dell’interazione tra i diversi attori socioeconomici, finalizzata a costruire un campo di relazioni urbane e meccanismi di apprendimento collettivo, decisivi per la creazione di capitale sociale. Si tratta di snodi che «debbono inevitabilmente precedere il momento decisionale e regolativo, perché questo possa calare nel tessuto urbano non come un corpo estraneo, ma come l’esito di un’azione costruita con la comunità sociale, coerente con la prospettiva di sviluppo elaborata in modo concertato, attraverso i canali di integrazione messi in moto dal decisore»¹¹⁰. Studi empirici mostrano, al riguardo, che l’incremento di aree verdi (e, dunque, il miglioramento dei servizi resi dal “sistema”) favorisce ad esempio l’integrazione tra le persone e la riduzione delle violenze, anche domestiche. È questa una ragione ulteriore per interessarsi di (e per “migliorare” le) periferie degradate, senza comunque dimenticare che molti diritti dei cittadini si definiscono in ragione della qualità e dei livelli dei servizi sopra citati (anche e soprattutto con riferimento alla città intelligente).

Da qui anche la necessaria implementazione delle infrastrutture essenziali¹¹¹ per la competitività – pure economica – delle periferie, strumenti indispensabili di coesione sociale, intesa come riconoscibilità di una collettività nei suoi valori urbani e sociali, nella qualità della vita e del lavoro, che dipende dalla disponibilità di un sistema di interventi a rete capaci di concorrere a costituire o ricostruire un tessuto sociale (pertanto, letta in termini di omogeneità e di osservanza del principio di uguaglianza, detta coesione – asse portante della *Smart city* – rappresenterebbe, a ben vedere, «un prerequisito delle politiche pubbliche e non un mero obiettivo da raggiungere per mezzo di tali politiche»¹¹². Si tratta, ai fini del-

¹¹⁰ Si è parlato, in dottrina, di “città multipolari”, città nelle quali «tutte le componenti territoriali vengano coinvolte nelle dinamiche urbane secondo relazioni di interdipendenza e di complementarità, non di gerarchia; città nelle quali vengano distribuite in tutte le aree polarità positive»; cfr. A. Mazza Labocetta, *Città multipolari: un approccio di politica urbana per assorbire la marginalità*, in *Periferie*, op. cit., 448 ss.

¹¹¹ Del resto, le dotazioni infrastrutturali rappresentano strumenti indispensabili per il funzionamento del mercato e la libertà di circolazione e comunicazione dei cittadini, oltre che per il governo del territorio e, in alcuni casi, anche per la protezione dell’ambiente: si pensi all’art. 170 TFUE, dal quale emerge l’interesse dell’U.E. allo sviluppo di reti transnazionali. Del resto, come scriveva M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell’economia*, Bologna, 1977, 122, «l’approntamento delle infrastrutture, storicamente, è tra le più antiche attività di disciplina dell’economia svolte dai pubblici poteri, e non è mai venuta meno lungo il corso dei secoli».

¹¹² Si veda anche G. Marcou, *Politiche di liberalizzazione ed espansione del diritto pubblico*, in A. Lucarelli (a cura di), *Il diritto pubblico tra crisi e ricostruzione*, Napoli, 2001; T. Balboni, *Il principio di coesione economica e sociale nell’ordinamento Comunitario e nella recente ingerenza dell’Unione*, in U. De Siervo (a cura di), *La diffi-*

la realizzazione della città intelligente e inclusiva, di «costruire (e garantire) uno sviluppo integrale della città»¹¹³.

La scommessa della *Smart city* sul piano delle periferie, quindi, prevede anzitutto il riconoscimento dei luoghi e delle situazioni della sofferenza urbana; la città intelligente è chiamata a internalizzare l'obiettivo del superamento delle ingiustizie territoriali, per garantire a ciascuno il "diritto alla città" inteso come fascio di pretese ad una condizione di piena urbanità che abbraccia i profili della sostenibilità, dell'adattamento al cambiamento climatico, della mobilità, della partecipazione alle decisioni. Ma che riafferma con forza anche il diritto all'abitazione, al lavoro, all'istruzione e all'assistenza, ancora negati a molti. La *Smart city*, del resto, implica anzitutto pari opportunità, da garantire in ogni parte del contesto urbano, rendendo neutrale il dato incidentale della residenza in un quartiere periferico o in un quadrante centrale, colmando quelle fratture profonde tra inclusi ed esclusi.

A tal proposito, un "interessante", quantomeno singolare, dato normativo, checché non legato direttamente alla rigenerazione urbana, viene offerto dall'esperienza spagnola, e in particolare dalla Ley 03 marzo 2022, n. 1, con cui la comunità autonoma della Catalogna – con il precipuo obiettivo di far fronte al tema della "emergenza abitativa" – ha stabilito che, in determinati casi, si possa procedere a espropriazione forzata ("*ejecución forzosa*")¹¹⁴ degli immobili sfitti, sottraendoli ai proprietari per periodi – comunque – limitati. Detta legge, quanto al tema della rigenerazione, è piuttosto interessante in quanto l'art. 1 prevede che la misura espropriativa, disposta dall'amministrazione pubblica, sia collegata a una "dichiarazione di inadempimento" ("*incumplimiento*") alla "funzione sociale" da parte di chi detiene il diritto dominicale sul bene specifico, così chiarendo, in sostanza e in maniera molto diretta, che, nei fatti, la funzione sociale della pro-

cile Costituzione europea, Bologna, 2001; M.A. Sandulli, *Tutela dell'ambiente e sviluppo economico e infrastrutturale: un difficile ma necessario contemperamento*, in *Riv. giur. ed.*, 2000, 1, 3 ss.

¹¹³ Si è parlato, in dottrina, di "città policentriche", una città nella quale tutte le sue componenti territoriali vengano coinvolte nelle dinamiche urbane secondo relazioni di interdipendenza e di complementarità, non di gerarchia. Alla struttura urbana monocentrica e polarizzata, caratterizzata da un centro dominante che racchiude il cuore pulsante della città (edifici pubblici, centri di elaborazione culturale, università ecc.) «va sostituita una struttura reticolare caratterizzata da "centri differenti", su cui distribuire le funzioni, in modo da favorire la plurifunzionalità di tutto il territorio». Lo si fa insediandovi strutture di attrazione, attività innovative, salvo il limite del vincolo geografico che inevitabilmente incontrano le politiche di riequilibrio territoriale (è il caso, per fare un esempio, dell'impresa la cui competitività sia legata a particolari fattori di contesto). Sul punto, si veda, *amplius*, A. Mazza Labocetta, *op. ult. cit.*, 486 ss.

¹¹⁴ Che equivale, di fatto, alla espropriazione per pubblica utilità italiana disciplinata dal d.P.r. 327/2001. Come pure evidenziato in dottrina (F. Volpe), si badi bene, però, che detto concetto, nella dottrina spagnola, viene usato sia per indicare l'esecuzione forzata (del processo esecutivo civile), sia l'esecuzione in danno tipica dell'autotutela legata ai provvedimenti esecutori; ancora, l'espressione viene utilizzata anche per indicare, per l'appunto, l'espropriazione per pubblica utilità oppure la "confisca", ossia una sottrazione della proprietà per ragioni sanzionatorie.

prietà – a cui si deve necessariamente ancorare il fenomeno “riqualificativo” urbano – è un vero e proprio dovere e, se tale, lo stesso può essere violato¹¹⁵.

Al di là del profilo sopra brevemente tratteggiato, si coglie comunque appieno la funzione essenziale dell’urbanistica rigenerativa promossa e “prodotta” dai pubblici poteri, tesa a creare un ecosistema favorevole al modello della *City* e che necessariamente deve estendersi ai quadranti periferici, coniugando la dimensione urbanistica con quella sociale.

6. *Riflessioni a mo’ di conclusioni: il connubio necessario tra rigenerazione e Smart city*

Alla luce di tutto quanto sopra detto, può essere affermato, in conclusione del presente scritto, che la rigenerazione è un processo creativo, alla base di ogni innovazione, a maggior ragione ove dirompente come quella posta in essere dalla trasformazione in *Smart city* del tessuto urbano¹¹⁶. E non vi è nessuna innovazione che possa prescindere dal territorio. Rigenerazione è innanzitutto una finalità d’interesse generale che connota le politiche pubbliche e la disciplina del governo del territorio, in una dimensione attuativa che interseca diverse finalità di pari interesse generale, quali quelle della limitazione del consumo di suolo e della sostenibilità (pure edilizia); interessi che «si pongono in relazione di equi-ordinazione rispetto alla rigenerazione stessa»¹¹⁷.

Da tale angolo visuale, dunque, la rigenerazione urbana può essere inquadrata come finalità-risultato di pubblico interesse a matrice multisettoriale e multidisciplinare, che identifica uno spazio giuridico delle politiche pubbliche e del diritto amministrativo che è indirizzato «a perseguire il rilancio dell’uomo che vive, proprio nel suo rapporto con il territorio, il “dove” della sua identità, anche attraverso le dinamiche ed i contesti espressivi – sul piano dell’effettività - del-

¹¹⁵ Peraltro, pare appena il caso di rilevare come la “funzione sociale” della proprietà (la cui disamina non costituisce oggetto del presente scritto), ai sensi del testo costituzionale nazionale, debba comunque essere assicurata.

¹¹⁶ Non a caso si suole sostenere che le città intelligenti siano destinate a diventare le future città industriali, agevolando la nascita delle c.d. “*start-up innovative*” in un contesto in cui l’energia rinnovabile svolgerà un ruolo finora inusitato, mentre l’attuazione dell’Agenda Digitale dovrebbe portare ad un aumento del PIL e dell’occupazione. Ancor prima delle città sono i distretti industriali dismessi – se gestiti in un’ottica smart – a poter diventare volano di sviluppo di una nuova politica industriale europea. Cfr. V. Gargiulo, F. Pinto, *Eu smart city governance*, in *Journal of land use, mobility and environment*, 2013, 6, 356-370.

¹¹⁷ Si è affermato in dottrina come applicare una logica rigenerativa al territorio vuol dire trattare la città in termini “metabolici”. In particolare, «metabolismo urbano è una nozione che pone in evidenza la crisi ecologica del territorio contemporaneo sulla base delle trasformazioni degli organismi biologici in equilibrio tra crescita e riproduzione delle forme di vita: un equilibrio tra flussi di energia e di materiali che attraversano la città come sistema aperto», M. Russo, *Urbanistica circolare*, in G.F. Ferrari (a cura di), *Le smart cities*, op. cit. 159 ss.

le libertà fondamentali e dei diritti sociali, nella prospettiva del legame giuridico strutturale delle “questioni territoriali” con i temi riconducibili alle questioni sociali»¹¹⁸ (da qui la rigenerazione come strumento effettivo di “pianificazione” urbana per la realizzazione dell’inclusiva *Smart city*¹¹⁹). La rigenerazione, appare chiaro, è quindi una finalità d’interesse generale e, al contempo, nel sistema di governance *multilevel* del territorio, anche un obiettivo concreto ed un risultato che le amministrazioni devono conseguire¹²⁰.

Come detto ed evidenziato in dottrina¹²¹, del resto, si possono distinguere due livelli di operatività della rigenerazione urbana (livelli che richiamano, congiuntamente, la costruzione fenomenologica della *Smart City*): (i) un livello “strategico”, segnato dai contenuti delle legislazione regionale e dall’esercizio della pianificazione strategica (macro-rigenerazione)¹²²; (ii) una rigenerazione che risulta affidata alle variegate esperienze dei laboratori cittadini¹²³ (micro-

¹¹⁸ Si veda C. Ventimiglia, *op. cit.*, nonché E. Chiti, *La rigenerazione di spazi e di beni pubblici: una nuova funzione amministrativa?*, *op. cit.*, 15.

¹¹⁹ La rigenerazione urbana punta, peraltro, a “ricucire” gli strappi che si producono all’interno del tessuto urbano, tra centro e periferie, tra quartieri disagiati e quartieri residenziali, tra zone storiche monumentalizzate e zone popolari densamente abitate. All’interno di tali maglie, quindi, è facile intuire come, a fronte di un piano di realizzazione di *Smart city*, risulti “semplice” riqualificare la città in senso sostenibile e digitale.

¹²⁰ La rigenerazione, quindi, rappresenta un «nuovo contesto di riferimento per pratiche e politiche urbane», un’attività dotata di caratteristiche peculiari e tratti distintivi tali, rispetto ai tradizionali strumenti urbanistici, da far addirittura ipotizzare l’esistenza di un autonomo “diritto della rigenerazione” (cfr. le riflessioni di G. Gardini). La rigenerazione urbana è, quindi, una politica essenzialmente a guida pubblica, che si inquadra «nell’ambito di una pianificazione complessa rivolta a contenere il consumo di suolo e favorire l’inclusione sociale, obiettivi primari rispetto ai quali il recupero edilizio rappresenta una mera tecnica servente». Si veda G. Piperata, *Rigenerare i beni e gli spazi delle città: attori, regole, azioni*, in E. Fontanari, G. Piperata (a cura di), *Agenda Re-Cycle*, *op. cit.*, 23 ss.; J. Hervás Más, *Nuevo régimen jurídico de la regeneración urbana*, Barcellona, 2017.

¹²¹ F. Gigliani, *Le città come ordinamento giuridico*, *op. cit.*, 36-45; G. Palma, *Le potenzialità dell’azione giuridica comunale nello sviluppo prospettico della normativa costituzionale sulle formazioni sociali*, in *Federalismi*, 2018, 21, 5 ss.; C. Ventimiglia, *Ibidem*; R. Dipace, *Le politiche di rigenerazione dei territori tra interventi legislativi e pratiche locali*, *op. cit.*, 631 ss.; R. Tonanzi, *La rigenerazione urbana alla luce di alcune recenti normative regionali*, *op. cit.*, 964-965.

¹²² La macro-rigenerazione si fonda su una pianificazione strategica, di natura complessa, che fornisce organicità ad una serie di attività di governo del territorio dirette a perseguire «la sostenibilità, l’equità e la competitività del sistema sociale ed economico, ed il soddisfacimento dei diritti fondamentali delle attuali e future generazioni inerenti in particolare alla salute, all’abitazione ed al lavoro». Attraverso la produzione di regole generali e astratte, soprattutto ad opera dei legislatori regionali, essa mira a realizzare un *welfare* urbano che va oltre i tradizionali profili urbanistici e edilizi: si intende così garantire la competitività e, al contempo, assicurare la sostenibilità energetica e ambientale, coesione economica, sociale dei territori locali. Declinata nel suo profilo macro o generale, la rigenerazione urbana ricerca il miglioramento «della qualità urbana ed edilizia, con particolare riferimento all’efficienza nell’uso di energia e risorse fisiche, alla performance ambientale dei manufatti e dei materiali, alla salubrità ed al “comfort” degli edifici, alla conformità alle norme antisismiche e di sicurezza, alla qualità ed alla vivibilità degli spazi urbani e dei quartieri, alla promozione degli interventi di edilizia residenziale sociale e delle ulteriori azioni per il soddisfacimento del diritto all’abitazione»; cfr. G. Gardini, *Op. ult. cit.*, 71 nonché P. Urbani, *Urbanistica solidale. Alla ricerca della giustizia perequativa tra proprietà e interessi pubblici*, Torino, 2011, 110 ss.

¹²³ A tal proposito, pure con riferimento all’implementazione della *Smart city*, è interessante il fenomeno del c.d. “urbanismo tattico”, una metodologia nuova applicabile alla progettazione e riqualificazione degli spazi

rigenerazione)¹²⁴, nei quali, allo stato, sul piano operativo, si registra una decisa spinta amministrativa ad attuare la rigenerazione dei tessuti urbani attraverso modelli di partecipazione della comunità urbana all'elaborazione¹²⁵, alla condisione ed all'attuazione del progetto rigenerativo¹²⁶, orientato a far riacquisire ai luoghi ed ai beni urbani quella vocazione funzionale agli interessi ed alle aspettative della medesima¹²⁷ (base concettuale di tale approccio è rappresentata dal “Regolamento sulla collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura e

pubblici che permette di risolvere i problemi su scala minore, a livello di quartiere, agendo sull'ambiente urbano e in particolare sugli spazi pubblici attraverso il coinvolgimento dei diretti interessati, e realizzando interventi temporanei e a basso costo. L'urbanismo tattico è una tecnica di trasformazione urbana che negli ultimi anni ha attratto l'attenzione di molti urbanisti e decisori pubblici, e consiste sostanzialmente in un approccio alternativo alla pianificazione, mutuato dalla cultura nordamericana (*tactical urbanism*), dove è utilizzato da numerosi attori del panorama urbano, tra cui ad esempio il governo locale, le società private, aziende *no-profit*, gruppi di cittadini ma anche singoli individui. L'urbanistica tattica si basa su un processo aperto e iterativo, sull'uso efficiente delle risorse e sulle potenzialità nascoste nell'interazione sociale, e ha finito per rappresentare un'alternativa “dal basso” al normale processo di pianificazione e di sviluppo delle città, che ha il pregio di operare in tempi brevi e a costi contenuti, avvalendosi della collaborazione tra poteri pubblici e privati. In dottrina, M. Lydon, A. Garcia, *Tactical Urbanism. Short-term action for long-term change*, Washington, 2015.

¹²⁴ La micro-rigenerazione, si sostanzia in una serie di iniziative puntuali, volte alla realizzazione di interventi di riqualificazione di specifici spazi urbani, spesso frutto della collaborazione “guidata” fra la pubblica amministrazione e la cittadinanza. Si tratta di «forme di rigenerazione dal basso, che sfruttano modelli di amministrazione condivisa, aperta alla partecipazione della cittadinanza, e si ispirano ad un ideale di città collaborativa, o “co-città”, in cui la gestione di beni e spazi comuni urbani viene curata dall'amministrazione insieme ai diretti interessati, ossia i cittadini». Rispetto a queste forme di gestione condivisa, «il tradizionale metodo pianificatorio, incentrato su meccanismi prevalentemente autoritativi e unilaterali, appare riduttivo e parzialmente inadeguato». Al suo posto viene quindi introdotto un metodo di gestione urbana fondato sul principio di sussidiarietà orizzontale, inserito dall'art. 118 Cost. tra i principi che guidano l'esercizio della funzione amministrativa, e sul dovere inderogabile di solidarietà civica, ricavabile dall'art. 2, comma 2 Cost., al fine di valorizzare il ruolo attivo della cittadinanza nella cura di beni comuni urbani. Sul punto, G. Gardini, *op. ult. cit.*, 79; P. Chirulli, C. Iaione (a cura di), *La co-città., op. cit., passim*; A. SIMONATI, *Rigenerazione urbana, op. cit.*, 32.

¹²⁵ Il riferimento alle due dimensioni della rigenerazione si deve a R. Dipace, *La rigenerazione urbana tra programmazione e pianificazione, op. cit.*, 237 ss., e Id., *Le politiche di rigenerazione dei territori tra interventi legislativi e pratiche locali*, in *Ist. fed.*, 2017, 639 ss., ed è ripreso da F. Giglioni, *La sostenibilità ambientale come vincolo giuridico per la rigenerazione urbana*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2020, p. 26 ss., e da G. Gardini, *Alla ricerca della “città giusta”. La rigenerazione come metodo di pianificazione urbana, op. cit.*, 74 ss.

¹²⁶ In materia di “paradigmi di rigenerazione” possibili, la dottrina si è concentrata anche sulle trasformazioni indotte nei confronti del potere di pianificazione urbanistica dal c.d. “*Urban Health*”, termine che indica un approccio volto a porre in essere una pluralità di azioni funzionali tali da determinare un impatto positivo sulla salute dell'uomo e sulla qualità della vita, muovendo dalla forte interdipendenza tra il benessere fisico, psichico e sociale e il contesto spaziale in cui si vive (concetto, quest'ultimo, che molto si avvicina a quello della *Smart city*). Sul punto, si veda T. Bonetti, *Le autonomie tra governo del territorio e tutela della salute*, in *Munus*, 2019, 31 ss.

¹²⁷ Sull'esperienza dei regolamenti comunali per l'amministrazione condivisa dei beni comuni e i patiti di collaborazione, ossia gli accordi attraverso i quali l'amministrazione comunale e i cittadini, singoli o associati, applicano il regolamento per i c.d. “beni comuni urbani” al territorio di riferimento ed alle esigenze rigenerative, cfr. A. Giusti, *La rigenerazione urbana, op. cit.*, 138-149; G. Arena, *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 42 ss.; Id., *Democrazia partecipativa e amministrazione condivisa*, in A. Valastro (a cura di), *Le regole locali della democrazia partecipativa. Tendenze e prospettive dei regolamenti comunali, op. cit.*, 232 ss.; A. Simonati, *Per la gestione partecipata dei beni comuni: una procedimentalizzazione di seconda generazione?*, *op. cit.*, 103 ss.; P. Michiara, *I patti di collaborazione e il regolamento e la cura dei beni comuni urbani. L'esperienza di Bologna*, in *Aedon*, 2, 2016; C. Iaione, *La collaborazione civica per l'amministrazione, la governance e l'economia dei beni comuni*, in G. Arena, C. Iaione (a cura di), *L'età della condivisione. La collaborazione*

la rigenerazione dei beni comuni urbani”, approvato dal Comune di Bologna il 22 febbraio del 2014)¹²⁸. È interessante registrare, in proposito, come il punto di partenza logico della micro-rigenerazione¹²⁹ è rappresentato dal concetto di “beni comuni urbani”¹³⁰: beni «materiali, immateriali e digitali che i cittadini riconoscono funzionali al benessere individuale e collettivo»¹³¹.

In quest’ottica «ogni bene urbano, anche di proprietà privata, può considerarsi comune e, se necessario, essere affidato, sotto l’attenta guida del potere pubblico, alle cure della comunità residente mediante gli istituti giuridici della micro-

tra cittadini e amministrazione per i beni comuni, Roma, 2015, 51 ss.; R. Cavallo Perin, *Proprietà pubblica e uso dei beni tra diritti di libertà e doveri di solidarietà*, in *Dir. amm.*, 2018, 839 ss.

¹²⁸ Detto Regolamento disciplina le forme di collaborazione dei cittadini con l’amministrazione, in attuazione agli art. 118, 114 comma 2, e 117, comma 6, Cost., «nei casi in cui l’intervento dei cittadini per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani richieda la collaborazione o risponda alla sollecitazione dell’amministrazione comunale». La collaborazione tra cittadini e amministrazione, ai sensi del Regolamento, «si estrinseca nell’adozione di atti amministrativi di natura non autoritativa» (c.d. “patti di collaborazione”). Atti amministrativi consensuali, accordi, strumenti pattizi, in generale atti soggettivamente pubblicistici ma privi di carattere autoritativo, soggetti quindi al regime dell’art 1, comma 1-*bis* della l. n. 241/1990, «vengono messi a servizio della cura di beni e spazi urbani attuata mediante la partecipazione dei cittadini»; così A. Giusti, *La rigenerazione urbana*, op. cit., 158; diversamente, F. Giglioni, *La rigenerazione dei beni urbani di fonte comunale*, op. cit., 221, riconduce i patti «tra gli accordi di cui all’art. 11 della legge n. 241/90». Anche nell’ordinamento spagnolo questi accordi (i “*convenios*”) risultano avere «carácter jurídico-administrativo, correspondiendo a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de cualesquiera cuestiones relacionadas con ellos» (J. Tejedor Bielsa, *Nuevos instrumentos de planificación y gestión de la rehabilitación y la regeneración urbana*, op. cit., 68).

¹²⁹ Gli interventi di micro-rigenerazione hanno un preciso aggancio normativo nel codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50). In particolare, gli istituti degli interventi in sussidiarietà (art. 189) e del baratto amministrativo (art. 190) si occupano di interventi in aree riservate al verde pubblico urbano, immobili di origine rurale riservati ad attività collettive sociali e culturali di quartiere o interventi di pulizia, manutenzione, abbellimento di aree verdi, piazze, strade compresa la loro valorizzazione mediante iniziative culturali di vario genere, interventi di decoro urbano, recupero e riuso con finalità di interesse generale di aree e beni immobili inutilizzati. Come evidenziato in dottrina, però, «*stali interventi, che riguardano certamente beni comuni urbani devono essere svolti su iniziativa e da parte di cittadini, singoli o associati*»; cfr. R. Dipace, *Op. ult. cit.*, 24 nonché L. Pardi, *Interventi in sussidiarietà orizzontale*, in G.M. Esposito (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Roma, 2017, 2215 ss.

¹³⁰ Secondo Cass. civ., S.U., 14 febbraio 2011, n. 3655, in *Riv. giur. ed.*, 2011, 2, 123 ss., vi sono beni che «al di là della definizione del codice e della titolarità, sono comuni perché destinati alla realizzazione dello Stato sociale».

¹³¹ Un esempio interessante, in questo censo e ancora in chiave comparatistica, è rappresentato dall’*Ayuntamiento* di Barcellona, in cui «se han buscado fórmulas innovadoras que permitan no sólo regenerar el espacio urbano sino también involucrar directamente a los diferentes actores sociales en su gestión. De manera que la ciudadanía deja de verse únicamente como un simple usuario de dicho espacio para pasar a hacerse corresponsable del diseño y administración del mismo. Así [...] destaca la puesta en marcha en el año 2017 del “Programa de Patrimonio Ciudadano de Uso y Gestión Comunitarios” (Programa de Patrimoni Ciutadà d’Ús i Gestió Comunitàries), que pretende, específicamente, no solo reconocer y dar valor a los bienes comunes urbanos sino también dar impulso a diferentes supuestos de gestión colaborativa del espacio público, fijando su marco conceptual y normativo». Tra le iniziative di gestione diretta da parte dei cittadini di beni e spazi comuni meritano una segnalazione specifica «la cesión temporal y gratuita a entidades sin ánimo de lucro de determinados solares que se encuentran en desuso, con el objetivo de dinamizarlos y poder llevar a cabo actividades de interés público» e la «gestión cívica de equipamientos municipales»; così M. Vilalta Reixach, *Instrumentos de gestión ciudadana de bienes comunes en la ciudad de Barcelona: la cesión de espacios vacíos y la gestión cívica de equipamientos*, Barcellona, 2019.

rigenerazione»¹³² (ovvero regolamenti e patti di collaborazione)¹³³. In sostanza, la rigenerazione urbana “dal basso”, nella chiave di lettura della città intelligente, può essere utile, purché necessariamente indirizzata con senno dall’amministrazione allo scopo deputata, a sperimentare nuove forme di cittadinanza attiva e creativa, e dunque anche nuove forme di partecipazione democratica, nella prospettiva di riutilizzare il patrimonio urbano dismesso, sottoutilizzato, abbandonato, sfritto, invenduto o incompiuto; patrimonio, invero, “tipico” delle periferie urbane.

È interessante evidenziare come, entrambi gli approcci, in un’ottica di città intelligente, possano trovare comune declinazione nella c.d. “piattaforme partecipative digitali”, tecnologia ad uso civico e a controllo pubblico esplicitamente costruita per scopi partecipativi, volta a incentivare la collaborazione da parte della cittadinanza secondo diversi livelli di intensità. Si tratta di uno strumento di pianificazione che fa uso delle tecnologie ICT (una delle costole della *Smart city*) non solo per aiutare i cittadini a comprendere l’impatto delle decisioni amministrative sul governo del territorio – ad esempio, mediante simulazioni dinamiche su mappe virtuali –, ma anche al fine di favorire forme di pianificazione urbana partecipativa¹³⁴ (realizzando quell’idea di “co-città” a realizzazione pub-

¹³² Formula quest’ultima che sembrerebbe trovare il suo più naturale addentellato normativo nell’art. 1, comma 1-*bis*, della l. n. 241/1990 e che dunque induce certamente ad escludere il richiamo alla disciplina degli accordi di cui all’art. 11 della medesima legge, rispetto ai quali la “matrice pubblicistica” finirebbe con il permeare direttamente la disciplina dell’atto. E tuttavia, in questa chiave, neppure la riconduzione alle forme di partenariato pubblico-privato disciplinate dal codice dei contratti pubblici di cui agli artt. 189, comma 2, e 190, riguardanti, rispettivamente gli interventi di sussidiarietà orizzontale ed il c.d. “partenariato sociale” appare pienamente soddisfacente.

¹³³ Dal punto di vista giuridico, come evidenziato in dottrina, i regolamenti «sono considerati atti amministrativi generali a contenuto normativo, impugnabili (e eventualmente disapplicabili) dal giudice amministrativo solo congiuntamente a provvedimenti lesivi che diano attuazione alle disposizioni astratte e programmatiche in essi contenute». I regolamenti sulla collaborazione sono prodromici alla stipula dei “patti di collaborazione”, previsti sia per interventi ordinari che complessi: a questi ultimi spetta l’individuazione dei beni oggetto di cura condivisa, la definizione degli interventi da realizzare e delle procedure da seguire per la presentazione delle proposte di collaborazione, mentre i regolamenti forniscono inquadramento e dignità giuridica a queste tecniche innovative di *governance* urbana. Tuttavia, «se la natura dei regolamenti è tutto sommato univoca, quella dei patti di collaborazione continua ad essere oggetto di un acceso dibattito dottrinale, a tutt’oggi non risolto. I Patti di collaborazione rappresentano infatti il principale strumento di attuazione del Regolamento, ma, pur essendo legati da un rapporto di necessaria conformità, i primi non possono considerarsi provvedimenti meramente applicativi del secondo. I patti di collaborazione sono infatti espressione di amministrazione consensuale, ancorché atipica, mentre i Regolamenti hanno natura normativa, autoritativa e unilaterale»; cfr. G. Gardini, *Op. ult. cit.*, 77; A. Giusti, *La rigenerazione urbana, op. cit.*, 153 ss.

¹³⁴ Tali piattaforme sono già oggetto di sperimentazione da parte di alcune realtà locali. Tra i vari esempi si può menzionare il caso di Tallin (Estonia): questa città non solo ha attivato un registro *online* di pianificazione, grazie al quale tutto il processo viene eseguito digitalmente e pubblicamente, così consentendo ai cittadini di seguirlo in tempo reale e avanzare proposte, ma mira anche ad introdurre gli strumenti di realtà aumentata e virtuale nella pianificazione urbana. Un altro esempio è costituito dalla piattaforma svedese “*Block by Block*”, le cui caratteristiche permettono ai cittadini di creare e progettare parti della città, simulando in un ambiente 3D la nuova soluzione e avviando discussioni sulle possibili proposte: gli utenti della piattaforma sono dunque direttamente coinvolti nella “reinvenzione” della stessa.

blico/privata)¹³⁵. È evidente come, sul piano della rigenerazione, esso costituisca pure un nuovo punto di incontro tra pubblica amministrazione e cittadinanza, frutto di quella “fantasia creatrice” necessariamente sottesa al *re-cycle* urbano¹³⁶, utilizzando le tecnologie digitali, tipiche della *City*, per consentire ai cittadini una maggiore partecipazione ai processi tradizionali di pianificazione (addirittura superandoli verso strumenti di programmazione, a trazione pubblica, maggiormente dinamici e partecipativi).

Per spezzare questa “dinamica degli opposti” (macro-rigenerazione/micro-rigenerazione), ai fini della strutturazione *de facto* della *Smart city*, occorrerebbe, quindi, percorrere una via diversa e parallela, tentando, in buona sostanza, un sincretismo tra queste due impostazioni ideologicamente antitetiche (pianificazione pubblica vs. iniziativa privata), ma nella pratica spesso complementari (con la prevalenza, nei fatti, del potere dell’amministrazione, quandanche di mera “supervisione”).

Gli obiettivi finali, del resto, in chiave città intelligente, sono unici e vi aspirano, a ben vedere, entrambi gli approcci: riduzione delle disuguaglianze; incremento dei processi partecipativi; valorizzazione degli spazi urbani; realizzazione del diritto alla città. Ed infatti, la dimensione locale dello sviluppo del territorio porta a riflettere su un punto che è decisivo anche nella prospettiva della rigenerazione coniugata al modello *Smart City* ossia quello dei mutamenti dei modelli di sviluppo che devono necessariamente differenziarsi. Ciò anche perché l’evoluzione tecnologica, la rete globale, la società della conoscenza (fondamenta, come detto in *incipit*, della città intelligente) stanno rendendo sempre meno indispensabile la stabilizzazione presso i grandi agglomerati urbani agevolando, al contrario, le possibilità di fornire servizi e prestazioni al di fuori di dei tradizionali luoghi di aggregazione urbana. Va da sé, quindi, che lo spazio urbano delle città, attraverso la rigenerazione, andrà radicalmente risistemandosi (*rectius* ridisegnandosi), pure con riferimento, come visto, al miglioramento qualitativo spaziale degli spazi (le periferie) fino ad oggi meno “considerati” nello sviluppo organico cittadino, lasciando emergere nuove forme di spazialità sociale e, quindi, nuove economie.

Alla luce di quanto sopra, dunque, fondamentale sarà l’azione e la presenza dei pubblici poteri, al fine di una redistribuzione “intelligente” (ossia pure efficace ed efficiente, oltre che trasparente, in ossequio ai principi generali di cui alla l. n.

¹³⁵ In tale modello, i cittadini “co-producono” idee orientate al miglioramento della qualità urbana, avanzando ad esempio proposte in materia di mobilità pedonale e ciclabile, di riuso del patrimonio immobiliare, di riapertura di spazi e luoghi pubblici abbandonati, o ancora di riconversione di siti industriali dismessi.

¹³⁶ E. Fontanari, G. Piperata, *Re-cycle degli spazi urbani: un’introduzione*, in E. Fontanari, G. Piperata (a cura di), *op. cit.*, 12. Peraltro, può menzionarsi, ancora, l’esempio della piattaforma “*Carticipe*”, utilizzata a fini di pianificazione in varie città della Francia come Lille, Grenoble e Avignone e finalizzata alla co-produzione di idee e proposte nell’ambito di spazi pubblici aperti, volte allo sviluppo della mobilità sostenibile e piste ciclabili, o, più in generale mirate ad efficientare la fornitura dei servizi pubblici e l’allocazione delle attività commerciali.

241/1990) delle risorse che miri all'esaltazione definitiva delle potenzialità specifiche dei territori urbani e locali, oltre che alla lotta alle diseguaglianze (male intrinseco nella trasformazione della città "semplice" a *Smart City*). Un tridente (P.A.-strumenti di rigenerazione urbana-*Smart City*), quindi, che ben lascia intravedere quella visione prospettica, capace di coniugare programmazione ed esecuzione degli interventi, necessaria affinché la metamorfosi urbana (data l'attuale crisalide cittadina, in stadio di quiescenza) si compia, pure morfologicamente, con successo.

Rigenerare per ripartire: la “città intelligente” nel prisma delle riqualificazioni e delle rigenerazioni urbanistiche

Nell'ultimo decennio, si è andata lentamente ricomponendosi nella coscienza collettiva la percezione della funzione della regola concernente l'uso dei suoli. Ed infatti, da un punto di vista giuridico, è maturato un tema profondo – e radicale – in connessione con la città “sostenibile” e “intelligente” (c.d. “Smart city”), ossia quello della “rigenerazione” del patrimonio urbano. L'idea di partenza è che sia ormai giunta a termine l'epoca dell'urbanistica e dell'edilizia di espansione e, al suo posto, sia cominciata quella del riuso e del recupero dell'esistente. La città, infatti, non è più solo il luogo in cui vengono garantiti funzioni e servizi essenziali, ma diviene anche un fervente laboratorio di processi di architettura, trasformazione e rinnovazione urbana. Scopo del presente scritto, dunque, è indagare tali fenomeni “rigenerativi” nel contesto e nel perimetro della Smart City, la città interconnessa, che vedono la P.A. interprete delle istanze di recupero e valorizzazione di beni e spazi urbani, anche attraverso la formalizzazione nel dato di diritto positivo delle attività di rigenerazione e dei rapporti giuridici che ne derivano.

Regenerate to re-start: the “Smart city” within the urban redevelopment and regeneration framework

In the last decade, there has been a rebuilding in the collective conscience concerning the role of the land use. Indeed, from a juridical point of view, a deep – and radical – topic has developed in connection with the “sustainable” and “smart” city, namely that of the “regeneration” of urban heritage. The idea is that the era of urban planning and expansion building has come to an end and that of the reuse and recovery of the urban environment has begun. In this regard, the city is no longer just a place where essential functions and services are guaranteed, but also becomes a fervorous laboratory of processes of architecture, transformation and urban renewal. The aim of this paper, therefore, is to investigate these “regenerative” phenomena in the context and perimeter of the Smart City, the interconnected city, where the Public Administration is the interpreter of the instances of recovery and valorisation of urban assets and spaces, also through the formalisation in positive law of the regeneration activities and the legal relations that derive from them.

Ripensare all'impiego dell'energia nucleare in Italia

Fabio Cusano

SOMMARIO. 1. Introduzione. – 2. Dal *Green Deal* alla Tassonomia verde. – 3. L'evoluzione normativa in Italia. – 4. L'energia atomica per contrastare i cambiamenti climatici e per tutelare le generazioni future. – 5. La partecipazione dei cittadini. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Come mirabilmente rilevato in dottrina, «il diritto dell'energia nucleare risulta essere il risultato di costanti preoccupazioni, di valutazioni strategiche tra diverse esigenze e molteplici interessi che vanno costantemente conciliati e bilanciati, nel tempo e nello spazio, e che impongono all'autorità statale di adottare quelle scelte politiche pubbliche e quegli atti normativi più appropriati nell'interesse generale della collettività»¹. Partendo da questa *weltanschauung*, è possibile inquadrare la tematica odierna.

Nel 2021 l'Agenzia Internazionale per l'Energia Atomica² ha stimato che l'energia atomica abbia fornito il 10% della produzione mondiale di energia elettrica. Inoltre, l'Agenzia ha evidenziato che tale energia è diffusa in oltre 30 Stati che ospitano circa 450 reattori nucleari, *in primis* Stati Uniti d'America (circa 90 reattori) e Francia (oltre 50 reattori, che coprono quasi l'80% del fabbisogno energetico nazionale)³.

Secondi i dati dell'Eurostat riferiti all'anno 2019, la produzione energetica europea deriva dal seguente *mix* di fonti: 37% energie rinnovabili; 32% ener-

¹ L. Colella, *Il diritto dell'energia nucleare in Italia e in Francia. Profili comparati della governance dei rifiuti radioattivi tra ambiente, democrazia e partecipazione*, Roma, 2017, 77.

² *International Atomic Energy Agency*, IAEA, da non confondersi con l'Agenzia per l'Energia Nucleare – *Nuclear Energy Agency* (NEA).

³ IAEA, *International Status and Prospects for Nuclear Power 2021*, 2021.

gia nucleare; 19% combustibile solido; 8% gas naturale; 4% petrolio⁴. Tuttavia, la produzione energetica locale soddisfa soltanto il 40% del fabbisogno europeo; il residuo 60% dell'approvvigionamento viene importato (principalmente dalla Russia). Dunque, il tasso di dipendenza energetica mostra la fragilità del settore nell'Unione Europea.

L'invasione dell'Ucraina da parte della Russia (iniziata il 24 febbraio 2022) ha cambiato gli assetti geo-politici ed energetici, costringendo gli Stati membri ad importare da altri Paesi Terzi il proprio fabbisogno energetico.

Questa occasione potrebbe fungere per ripensare ad una effettiva Unione dell'Energia⁵, alla modifica delle norme sul mercato interno dell'energia elettrica⁶ e del gas⁷, all'attuazione delle reti trans-europee energetiche (c.d. TEN-E, *Trans-European Networks for Energy*)⁸, alla costituzione di una riserva di risparmi energetici europei⁹, all'attuazione del Meccanismo per Collegare l'Europa (c.d. CEF-E, *Connecting European Facilities – Energy*)¹⁰.

In particolare, l'Agenzia Internazionale dell'Energia¹¹ ha evidenziato che per realizzare la transizione energetica è necessario basarsi sull'energia idroelettrica e sul nucleare, che rappresentano le due principali fonti di energia elettrica a basse emissioni di carbonio¹².

⁴ Eurostat, *Shedding light on energy in the EU. A guided tour of energy statistics*, 2021. Si confronti con Commissione Europea, *EU Energy in figures. Statistical Pocketbook*, 2021.

⁵ Comunicazione della Commissione, COM(2015) 80, Una strategia quadro per un'Unione dell'energia resiliente, corredata da una politica lungimirante in materia di cambiamenti climatici. Si vedano altresì le Comunicazioni della Commissione, COM(2014) 330, Strategia europea di sicurezza energetica e COM(2016) 860, Un'energia pulita per tutti gli Europei. In dottrina, M. De Focatiis, *Il Clean Energy for all the Europeans*, in G. De Maio (a cura di), *Introduzione allo studio del diritto dell'energia. Questioni e prospettive*, Napoli, 2019, 39 ss.

⁶ La disciplina del mercato interno dell'energia elettrica è recata dal Quarto Pacchetto Energia, in particolare dal Regolamento (UE) 2019/943 del Parlamento Europeo e del Consiglio, sul mercato interno dell'energia elettrica, e dalla Direttiva (UE) 2019/944 del Parlamento Europeo e del Consiglio, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica.

⁷ La disciplina del mercato interno del gas naturale è recata dalla Direttiva (UE) 2019/692 del Parlamento Europeo e del Consiglio, che modifica la Direttiva 2009/73/CE relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale. Si veda altresì il Regolamento (UE) 2017/1938 del Parlamento Europeo e del Consiglio, concernente misure volte a garantire la sicurezza dell'approvvigionamento di gas.

⁸ La disciplina è stata recentemente innovata dal Regolamento (UE) 2022/869 del Parlamento Europeo e del Consiglio, sugli orientamenti per le infrastrutture energetiche transeuropee, che ha abrogato il Regolamento (UE) n. 347/2013.

⁹ Comunicazione della Commissione, COM(2022) 240, Risparmio energetico nell'UE. In dottrina, L. Ammannati, *Una nuova governance per la transizione energetica dell'Unione Europea. Soluzioni ambigue in un contesto conflittuale*, in L. Ammannati (a cura di), *La transizione energetica*, Torino, 2018, 3 ss.

¹⁰ Regolamento (UE) 2021/1153 del Parlamento Europeo e del Consiglio, che istituisce il Meccanismo per Collegare l'Europa.

¹¹ *International Energy Agency – IEA*.

¹² IEA, *Net Zero by 2050. A Roadmap for the Global Energy Sector*, 2021. Si veda altresì IEA, *Nuclear power in a clean energy system*, 2019.

Parimenti, il Gruppo Intergovernativo sul Cambiamento Climatico dell'ONU¹³ ha affermato che in un contesto di fonti energetiche a basse emissioni e a zero emissioni di carbonio, oltre alle energie rinnovabili, si può far riferimento all'energia nucleare e alla cattura e stoccaggio del carbonio¹⁴.

Ciononostante, se immaginassimo un ritorno dell'Italia all'energia atomica a fini civili, il sistema giuridico sarebbe impreparato a causa del decennale vuoto normativo. Secondo l'Autore, vi sarebbero molteplici questioni da affrontare:

- (i) i procedimenti per l'individuazione dei siti dove installare le centrali nucleari, per fugare l'insorgere della sindrome *nimby*¹⁵, anche attraverso sussidi economici alle popolazioni residenti in un determinato raggio dalle costruende centrali nucleari;
- (ii) il rilascio delle autorizzazioni – previa gara pubblica di affidamento – a privati per la costruzione e la gestione delle medesime, in sostituzione della Società Gestione Impianti Nucleari (SOGIN);
- (iii) l'eventuale istituzione di un'Autorità indipendente che regoli il settore (sul modello francese dell'*Autorité de Sûreté Nucléaire*), in sostituzione dell'Istituto Nazionale per la Sicurezza Nucleare e la Radioprotezione (ISIN);
- (iv) la necessità di un processo deliberativo legislativo suffragato dalla volontà popolare, preceduto da una campagna d'informazione adeguata in merito ai vantaggi della scelta nucleare e ai rischi legati alla salute umana e all'ambiente, anche tramite l'eventuale istituzione di un'Autorità indipendente che regoli il dibattito pubblico (sul modello francese della *Commission Nationale du Débat Public*¹⁶) onde evitare tensioni sociali;
- (v) la necessità di realizzare un Deposito geologico per lo smaltimento definitivo delle scorie nucleari, con annessi problemi circa l'individuazione del sito, la realizzazione dell'infrastruttura, la vigilanza e il finanziamento della medesima.

Il presente scritto esamina la regolazione del settore nucleare nell'Unione Europea e in Italia. Accennate le criticità (principalmente di stampo ideologico) che hanno inficiato – se non inquinato – il dibattito politico italiano, da cui sono scaturite le due battute d'arresto tramite i *referendum* abrogativi del 1987 e del 2011, l'Autore fornisce nuovi spunti per la reintroduzione dell'uso pacifico di ener-

¹³ Intergovernmental Panel on Climate Change – IPCC.

¹⁴ IPCC, *Fifth Assessment Report*, 2014. Nei giorni che ci occupano è in corso di redazione il Sesto Rapporto, dalle cui bozze è possibile evincersi l'esame della recente letteratura scientifica che suffraga il binomio energia atomica-contrasto ai cambiamenti climatici, nella fattispecie M. Bunn, *Nuclear disarmament, nuclear energy, and climate change: exploring the linkages*, in B. Steen, O. Njølstad, *Nuclear disarmament. A critical assessment*, Routledge, Londra, 2019, 185 ss.; C. Parthemore, F. Femia, C. Werrell, *The global responsibility to prepare for intersecting climate and nuclear risks*, in *Bulletin of the atomic scientists*, 2018, n. 74, 374 ss.

¹⁵ S. Nespore, *Mai dire mai: il nucleare è tornato*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2011, n. 1, 1 ss.

¹⁶ M. Mersini, *Il dibattito pubblico: l'inquadramento della Commission nationale du débat public quale autorità amministrativa indipendente e il parallelismo con la Commissione nazionale introdotta dal D.P.C.M. 76/2018*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 2021, n. 1, 161 ss.

gia atomica a fini civili in Italia, partendo dalla valorizzazione del dibattito pubblico, il quale favorisce una migliore formazione e informazione scientifica alla cittadinanza, anche alla luce della rinnovata coscienza ambientalista (scaturita dalla crisi climatica) manifestatasi nella recente riforma costituzionale (agli artt. 9 e 41).

2. *Dal Green Deal alla Tassonomia verde*

Nell'Unione 13 Paesi su 27 hanno almeno un reattore nucleare sul proprio suolo¹⁷, per un ammontare di oltre 120 centrali nucleari. Tuttavia, nonostante l'energia nucleare sia un pilastro sul quale nasce l'Unione (Euratom), oggi giorno rappresenta uno degli argomenti maggiormente divisivi. Ci si riferisce alla disputa intestina causata dall'inserimento dell'energia nucleare e del gas naturale all'interno delle attività rientranti nella c.d. Tassonomia (verde) europea, la classificazione degli investimenti ritenuti eco-sostenibili.

Il primo passo è costituito dal c.d. *Green Deal*, la strategia presentata nel dicembre 2019 dalla Commissione volta a rendere entro il 2050 l'Unione Europea un'entità ad impatto climalterante pari a zero¹⁸. Gli Stati membri si sono impegnati a ridurre le emissioni climalteranti del 55% almeno entro il 2030 rispetto ai livelli del 1990. I principali risultati attesi sono (i) ridurre le emissioni climalteranti; (ii) creare posti di lavoro e favorire la crescita; (iii) affrontare il problema della povertà energetica; (iv) ridurre la dipendenza energetica dall'esterno; (v) migliorare la salute e il benessere¹⁹.

Ad oggi sono seguite varie iniziative da parte del Parlamento Europeo e del Consiglio (*Fit for 55*), la più importante delle quali è il Regolamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo e del Consiglio, che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica²⁰.

¹⁷ Belgio, Bulgaria, Cechia, Finlandia, Francia, Germania, Paesi Bassi, Romania, Slovacchia, Slovenia, Spagna, Svezia, Ungheria.

¹⁸ Comunicazione della Commissione COM(2019) 640, Il Green Deal europeo. Si veda anche la Comunicazione della Commissione, COM(2018) 773, Un pianeta pulito per tutti. Visione strategica europea a lungo termine per un'economia prospera, moderna, competitiva e climaticamente neutra. In dottrina, P. Cucumile, *Il "Green Deal" Europeo*, in *AmbienteDiritto*, 2021, n. 1, 391 ss.; M. Falcone, *Il "Green Deal" Europeo per un continente a impatto climatico zero: la nuova strategia europea per la crescita tra sfide, responsabilità e opportunità*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2020, n. 2, 379 ss.

¹⁹ Si vedano le Comunicazioni della Commissione, COM(2019) 285, Uniti nel realizzare l'Unione dell'energia e l'azione per il clima: gettare le fondamenta della transizione all'energia pulita; COM(2020) 562, Un traguardo climatico 2030 più ambizioso per l'Europa. Investire in un futuro a impatto climatico zero nell'interesse dei cittadini; COM(2021) 550, "Pronti per il 55%": realizzare l'obiettivo climatico dell'UE per il 2030 lungo il cammino verso la neutralità climatica.

²⁰ Si vedano le Relazioni della Commissione, COM(2021) 950, Stato dell'Unione dell'energia 2021 – Contributo al Green Deal Europeo e alla ripresa dell'Unione; COM(2021) 960, Accelerare l'azione europea per il clima verso il futuro verde, equo e prospero. Relazione 2021 sui progressi dell'azione dell'UE per il clima.

In questo quadro si inserisce altresì la reviviscenza del dibattito delle istituzioni europee circa l'impiego dell'energia nucleare a fini civili. In particolare, il Regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo e del Consiglio, relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili (c.d. Regolamento Tassonomia) ha rilevato che l'Unione deve adattare il sistema finanziario ad un funzionamento sostenibile dell'economia. I requisiti per commercializzare prodotti finanziari come investimenti sostenibili devono puntare a sensibilizzare gli investitori sugli impatti ambientali di tali prodotti finanziari. L'Unione ha altresì deciso di armonizzare i criteri per stabilire se un'attività economica possa essere considerata ecosostenibile²¹.

Inoltre, il Regolamento ha precisato che, data la rapida evoluzione della scienza e della tecnologia, i criteri di ecosostenibilità delle attività economiche devono essere adeguati periodicamente dalla Commissione²². Su tale scorta, il 4 giugno 2021 è stato adottato un Regolamento (c.d. Regolamento delegato Clima)²³ che precisa i criteri in base ai quali si può considerare che determinate attività economiche contribuiscano in modo sostanziale alla mitigazione dei cambiamenti climatici o all'adattamento ai cambiamenti climatici e non arrechino un danno significativo a nessun altro obiettivo ambientale importante²⁴.

Al Considerando 27 la Commissione ha precisato di aver effettuato delle valutazioni concernenti l'energia nucleare, ancora in corso nel momento della pubblicazione del Regolamento delegato del 2021. Effettuate le valutazioni, il 9 marzo 2022 la Commissione ha pubblicato un Regolamento complementare sul clima, che include nella Tassonomia l'energia nucleare e il gas naturale²⁵.

Come intuibile, tale Regolamento ha rappresentato il pomo della discordia tra gli Stati membri. Tale disputa si è conclusa con la votazione in plenaria del Parlamento del 6 luglio 2022, al cui esito sono state approvate le innovazioni al Regolamento complementare sul clima, bocciando la Mozione di rigetto proposta dal Partito Verde Europeo.

In dottrina è stato acutamente rilevato che «l'accelerazione che l'Unione Europea sta dando alle politiche ed alle norme sul contrasto ai cambiamenti climatici sembra quindi determinata da più fattori: dalla consapevolezza, diffusa anche tra i cittadini, dell'urgenza di intervenire; dalle scelte del mondo finanziario che sembra guidare la transizione ecologica in atto; dall'affermazione e dalla

²¹ In dottrina, G. Cavalieri *et al.*, *Il Fit for 55 unpacked: un'analisi multi-disciplinare degli strumenti e degli obiettivi delle proposte settoriali per la decarbonizzazione dell'economia europea*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2022, n. 1, 409 ss.

²² Regolamento (UE) 2020/852, art. 19 § 5.

²³ Regolamento delegato (UE) 2021/2139 della Commissione.

²⁴ Secondo il principio *do not significant harm* (art. 17 del Regolamento 2020/852).

²⁵ Regolamento delegato (UE) 2022/1214 della Commissione.

crescita dei movimenti sociali come *Fridays for Future* e dal contenzioso climatico. In prospettiva sembra che le resistenze dei singoli Stati, se non saranno superabili con le politiche ed i vincoli imposti dalla normativa europea, rischiano di essere oggetto di un contenzioso climatico che si va affermando sia presso le Corti dei singoli Stati che, probabilmente, presso la stessa Corte di Giustizia. Con il rischio di veder accentuato il ruolo di supplenza della magistratura sui ritardi della politica e delle istituzioni»²⁶.

Dunque, l'accelerazione dell'Unione Europea sembra essere destinata a segnare una svolta copernicana nel contrasto ai cambiamenti climatici. Tuttavia, «mentre le sentenze dei giudici assumono un ruolo sempre più rilevante per la protezione del diritto al contenimento del cambiamento climatico, restano indifferenti e muti quelli che dovrebbero essere i principali protagonisti: i governi»²⁷.

3. *L'evoluzione normativa in Italia*

L'utilizzo dell'energia atomica crea da sempre un annoso dibattito politico e pubblico in Italia, in cui si contrappongono gli apocalittici e gli integrati²⁸.

Gli apocalittici sostengono che

- (i) il territorio italiano ha un elevato rischio sismico, dunque la sicurezza delle centrali nucleari sarebbe a rischio;
- (ii) è estremamente oneroso gestire e smaltire le scorie nucleari;
- (iii) le radiazioni pongono numerose minacce alla salute pubblica e all'ambiente;
- (iv) il popolo si è già espresso due volte negativamente sull'impiego dell'energia nucleare a fini civili;
- (v) il costo di produzione dell'energia da fonti rinnovabili è inferiore al costo di produzione dell'energia atomica²⁹.

Invece gli integrati sostengono che

²⁶ U. Barelli, *L'accelerazione e le incertezze dell'Unione Europea sui cambiamenti climatici*, in *AmbienteDiritto*, 2021, n. 4, 29 ss. In dottrina, sul contenzioso climatico, F. Scalia, *La giustizia climatica*, in *Federalismi*, 2021, n. 10, 269 ss.; A. Giordano, *Climate change e strumenti di tutela. Verso la public interest litigation?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2020, n. 6, 763 ss.

²⁷ S. Nespore, *L'etica, il capitalismo e il cambiamento climatico*, in *Rivista giuridica dell'ambiente online*, 2021, n. 22.

²⁸ Tra gli oppositori, da ultimo A. Candela, *Storia ambientale dell'energia nucleare. Gli anni della contestazione*, Milano, 2018; A. Navarra, M. Agostinelli, L. Mosca, *La follia del nucleare. Come uscirne?*, Milano, 2016. Tra i favorevoli, da ultimo S.K. Ballero, *Travolto da un atomico destino. Perché non ci fidiamo del nucleare*, Milano, 2022; U. Minopoli, *Nucleare. Ritorno al futuro. L'energia a cui l'Italia non può rinunciare*, Milano, 2022; C. Osimani, I. Tripputi, *Il futuro dell'energia nucleare*, Torino, 2022.

²⁹ F. Festuccia (a cura di), *Perché no al nucleare*, Roma, 2010.

- (i) l'energia atomica è una fonte energetica pulita e sostenibile (è ininterrompibile e non inquina l'atmosfera, a differenza del carbonio che è altamente inquinante e delle fonti rinnovabili che sono intermittenti);
- (ii) l'innovazione tecnologica ha ovviato i problemi circa la sicurezza delle centrali nucleari e dello smaltimento delle scorie nucleari;
- (iii) l'uso dell'energia atomica per fini civili riduce la dipendenza dalle importazioni energetiche e l'esposizione alle fluttuazioni dei costi dei mercati energetici internazionali;
- (iv) l'Italia è circondata da Paesi (come Francia e Slovenia) dunque sarebbe comunque soggetta a potenziali rischi provenienti dalle centrali delle Nazioni limitrofe;
- (v) il costo finale dell'energia atomica è inferiore al costo finale dell'energia da fonti rinnovabili³⁰.

Ci si limita a constatare che molte delle suddette argomentazioni ricordano la c.d. illusione anatra-coniglio rievocata dal filosofo L. Wittgenstein nelle *Ricerche filosofiche*, la quale sottende una inscindibile componente relativistico-gnoseologica dalle opinioni (*δόξα*), mentre ad avviso di chi scrive è fondamentale conseguire le certezze scientifiche (*ἐπιστήμη*).

L'Italia ha cominciato a produrre l'energia atomica negli anni Sessanta³¹; nel 1966 era il terzo produttore al mondo dopo gli Stati Uniti d'America e il Regno Unito. La L. 31 dicembre 1962, n. 1860, disciplinava il settore³².

A seguito del disastro di Černobyl' (causato da errori umani e dall'arretratezza tecnologica e dall'insufficiente attenzione dei progettisti sovietici verso le misure di sicurezza), in Italia nel novembre 1987 venivano votati tre importanti quesiti referendari³³ promossi dal Partito Radicale. La percentuale dei *Sì* ai sud-

³⁰ *Ibidem*.

³¹ In questa fase ha avuto un ruolo principale l'impresa privata; la Società Italiana Meridionale per l'Energia Atomica (SIMEA) S.p.A. ha costruito la prima centrale nucleare a Latina. Sono seguite la centrale del Garigliano, costruita dalla Società Elettro-nucleare Nazionale (SENN) S.p.A., e la centrale "Enrico Fermi" (Trino, VC), costruita anch'essa dalla SENN. A seguito della nazionalizzazione dell'energia elettrica con la costituzione dell'ENEL tramite la L. 6 dicembre 1962, n. 1643, la proprietà e la gestione delle centrali è passata all'ENEL. La centrale di Caorso è stata costruita dalla Ansaldo Meccanico Nucleare S.p.A.

³² Il D.P.R. 13 febbraio 1964, n. 185, disciplinava la sicurezza degli impianti e la protezione dalle radiazioni. Il D.P.R. 185/1964 è stato abrogato dal D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 230, a sua volta abrogato dal D.Lgs. 31 luglio 2020, n. 101. Si veda S. Grassi, *La normativa in materia di energia nucleare in Italia*, in *Diritto dell'economia*, 2006, n. 1, 119 ss.

³³ I) «Volete che venga abrogata la norma che consente al CIPE di decidere sulla localizzazione delle centrali nel caso in cui gli Enti Locali non decidano entro tempi stabiliti?». La norma a cui si riferiva la domanda era l'art. 1 c. 13 della L. 10 gennaio 1983, n. 8. II) «Volete che venga abrogato il compenso ai Comuni che ospitano centrali nucleari o a carbone?». La norma a cui si riferiva la domanda era l'art. 1, cc. 1-12 della L. 8/1983. III) «Volete che venga abrogata la norma che consente all'ENEL di partecipare ad accordi internazionali per la costruzione e la gestione di centrali nucleari all'estero?». La norma è a cui si riferiva la domanda è l'art. 1 c. 7 lett. b della L. 1643/1962 istitutiva dell'ENEL come modificata dall'art. 1 della L. 18 dicembre 1973, n. 856.

detti quesiti si avvicinava all'80% delle preferenze. Tuttavia, i tre *referendum* non vietavano esplicitamente la costruzione di nuove centrali, né imponevano la chiusura di quelle esistenti o in fase di realizzazione. Tale circostanza si verificava soltanto con i Governi in carica tra il 1988 e il 1990 (De Mita e Andreotti VI)³⁴.

Nel 1999 le centrali venivano affidate alla SOGIN, costituita con il compito di smantellare, decontaminare e gestire i rifiuti radioattivi degli impianti nucleari italiani.

Dopo un lungo periodo di silenzio sull'argomento, il dibattito politico sul nucleare si riapriva dopo un vertiginoso aumento dei prezzi di gas naturale e petrolio registrato negli anni tra il 2005 e il 2008. Il Governo (Berlusconi IV) decideva di ripristinare le fonti nucleari per la produzione di energia elettrica (artt. 25, 26 e 29 della L. 23 luglio 2009, n. 99, e D.Lgs. 15 febbraio 2010, n. 31)³⁵.

Alcune Regioni avevano promosso giudizi di legittimità costituzionale, in cui la Corte dichiarava inammissibili e non fondate le questioni di legittimità costituzionale circa la L. 99/2009 con la sentenza del 22 luglio 2010, n. 278 (§§ 15 e 16 cons. in diritto)³⁶. Altresì, alcune Regioni avevano promosso giudizi di legittimità costituzionale, in cui la Corte dichiarava inammissibili e non fondate le questioni di legittimità costituzionale circa il D.Lgs. 31/2010 con la sentenza del 2 febbraio 2011, n. 33 (§§ 5, 6 e 7 cons. in diritto)³⁷.

³⁴ La risoluzione in Assemblea 6/18 – presentata dall'On. M. Martinazzoli in data 17 dicembre 1987 «Per un impegno del Governo a redigere un nuovo Piano Energetico Nazionale che garantisca al Paese l'energia necessaria nel rispetto della salute e dell'ambiente, a procedere alla chiusura ed alla riconversione degli impianti nucleari esistenti, e ad avviare una politica di ricerca ed applicazione industriale finalizzata a disporre di tecnologie innovative» e discussa il giorno successivo – vedeva l'apposizione da parte del Governo Goria della questione di fiducia, approvata con 350 favorevoli e 203 contrari. Dunque, il Governo imponeva all'ENEL la chiusura definitiva della centrale di Latina (dismessa nel 1987; quella di Garigliano era già stata dismessa nel 1982). Altresì veniva deliberata una moratoria di cinque anni all'utilizzo del nucleare da fissione. Riguardo alle centrali in esercizio (quella di Caorso e la "Enrico Fermi" di Trino), ne veniva sancita la chiusura con delibera del CIPE 26 luglio 1990.

³⁵ In dottrina, G. Caia, *La nuova strategia nucleare e la coerenza del quadro legislativo*, in G. Napolitano, A. Zoppini (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia 2011*, Bologna, 2011, 57 ss.; A. Tonetti, *Localizzazione e consenso nel programma di rilancio nel nucleare in Italia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, n. 1, 5 ss.

³⁶ Per un commento G. Cocozza, *La localizzazione degli impianti di energia: il difficile rapporto tra legge statale, legge regionale e giudicato amministrativo*, in *Munus*, 2012, n. 2, 487 ss.; A. Battaglia, *La fugace comparsa del nucleare in Italia: quel che resta delle decisioni della Corte costituzionale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, n. 8, 869 ss.; M. Cecchetti, *La Corte "in cattedra"? Una emblematica "sentenza-trattato" che si proietta ben oltre le contingenze vicende storiche della disciplina legislativa presa in esame*, in *Le Regioni*, 2011, n. 5, 1064 ss.; S. Guarino, *Nucleare: linee guida interpretative nell'accesso confronto tra Stato e Regioni*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2011, n. 1, 94 ss.; G. Razzano, *La materia concorrente della produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia nella recente giurisprudenza costituzionale fra leale collaborazione e doveri di solidarietà*, in *Federalismi*, 2011, n. 13; A. Colavecchio, *La Corte e l'atomo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, n. 4, 3491 ss.; F. Costantino, *La disciplina del nucleare nella disciplina del consenso*, in *Foro Amministrativo – C.d.S.*, 2010, n. 12, 2941 ss.; L. Vespignani, *Supplenza della Corte o Justice à la carte?*, in *Federalismi*, 2010, n. 19.

³⁷ Per un commento A. Baraggia, *Il principio di leale collaborazione tra fatto e diritto*, in *Le Regioni*, 2011, n. 6, 1246 ss.; M. Cecchetti, *La "lesione indiretta" delle attribuzioni costituzionali e l'irrisolta questione della loro legittimazione al ricorso nel giudizio di costituzionalità in via principale*, in *Federalismi*, 2011, n. 15; F. Di Cri-

Dall'altro versante, il Presidente del Consiglio dei ministri impugnava (i) la Legge regionale della Puglia 4 dicembre 2009, n. 30, (ii) la Legge regionale della Basilicata 19 gennaio 2010, n. 1, (iii) la Legge regionale della Campania 21 gennaio 2010, n. 2, poiché precludevano l'insediamento di centrali nucleari nel territorio regionale in mancanza di intese tra Stato e Regione in merito alla loro localizzazione.

Con la sentenza del 17 novembre 2010, n. 331, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle Leggi regionali (§§ 6 e 7 cons. in diritto)³⁸.

A seguito dell'incidente di Fukushima del 2011, il Governo sospendeva – con l'art. 5 del D.L. 34/2011 – gli effetti del D.Lgs. 31/2010 e stabiliva una moratoria nucleare di 12 mesi³⁹. In sede di conversione, la citata sospensione veniva però trasformata in abrogazione.

Prima delle modifiche legislative dettate dall'incidente di Fukushima, il partito Italia dei valori aveva presentato una proposta referendaria mirante all'abrogazione della L. 99/2009 e del conseguente D.Lgs. 31/2010. Sebbene l'intervento legislativo del D.L. 34/2011 potesse sospendere il referendum già programmato, la Corte di cassazione confermava la consultazione e formulava il quesito sulla nuova normativa contenuta nel D.L. 34/2011 (art. 5 cc. 1 e 8), ossia sui commi che davano mandato al Governo – pur annullando la costruzione delle nuove centrali – di attuare successivamente il programma di energia nucleare sulla base dei risultati prodotti dalle verifiche condotte sulla sicurezza degli impianti dallo Stato italiano e dall'Unione Europea⁴⁰.

Il 94,05% dei votanti si esprimeva contro la produzione di energia nucleare sul territorio nazionale con conseguente abrogazione delle norme del D.L. 34/2011

stina, *La contesa tra Stato e Regioni per il nucleare*, in *Munus*, 2011, n. 2, 527 ss.; A. Filippini, *La collaborazione "irrituale". Esercizio della delega legislativa, leale collaborazione ed intese Stato-Regioni in materia di energia nucleare*, in *Rivista AIC*, 2011, n. 3; M.A. Mazzola, *La Corte censura il nucleare senza il parere delle Regioni*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2011, n. 2, 267 ss.; A. Savini, *Rapporto tra Stato e Regioni sull'energia nucleare: qualcosa è cambiato*, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, 2011, n. 4, 251 ss.; E. Scaglione, *La gestione dei rifiuti radioattivi e la tutela ambientale nel rapporto tra Stato, Regioni ed Enti Locali*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2011, n. 2.

³⁸ In dottrina, A. Colavecchio, *Dall'atomo nasce la "materia": la disciplina normativa delle forme collaborative*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, n. 6, 4756 ss.

³⁹ L. Colella, *L'evoluzione della legislazione italiana nel settore dell'energia elettronucleare nell'era della "Green Economy": il futuro del "nucleare civile" dopo Fukushima*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2013, n. 2, 169 ss.

⁴⁰ «Volete voi che siano abrogati i commi 1 e 8 dell'articolo 5 del Decreto-Legge 31/03/2011 n. 34 convertito con modificazioni dalla L. 26/05/2011 n. 75?».

e la chiusura – da taluni ritenuta definitiva considerando il valore assoluto assegnato all'istituto del *referendum*⁴¹ – del programma energetico nucleare italiano⁴².

Tuttavia, con l'approvazione del Piano per la Transizione Ecologica⁴³ è rinato un interesse all'impiego civile dell'energia atomica. In particolare, è stato rilevato che bisogna continuare ad investire nella ricerca sull'energia nucleare da fusione, definendola un'opportunità tecnologica e l'energia del futuro⁴⁴.

Altra questione delicata concerne la gestione dei rifiuti radioattivi, la quale nasce viziata geneticamente da un carattere emergenziale, a partire dalla nomina di un Commissario delegato per la messa in sicurezza dei rifiuti radioattivi tramite il D.P.C.M. del 7 marzo 2003, n. 3267. Con il D.L. 14 novembre 2003, n. 314, veniva individuato nel territorio di Scanzano Jonico il luogo idoneo alla collocazione di un deposito nazionale dei rifiuti radioattivi⁴⁵. Tale provvedimento veniva avversato dalla Regione Molise con L. 27 maggio 2005, n. 22, la quale disponeva il divieto di transito, di deposito e di stoccaggio di materiali nucleari non prodotti nel territorio regionale.

La Corte costituzionale dichiarava l'illegittimità di tale Legge rilevando il superamento dei limiti della competenza regionale *ex artt.* 117 c. 2 lett. *s* e 120 Cost.⁴⁶.

L'individuazione di un sito idoneo ad ospitare i rifiuti radioattivi oggi è disciplinata dal D.Lgs. 31/2010, il quale ha previsto la realizzazione di un Depo-

⁴¹ Si veda Corte cost., sentenza 20 luglio 2012, n. 199. Per un commento P. Carnevale, *Il vincolo referendario di non riproduzione della normativa abrogata fra giurisprudenza costituzionale e dottrina. Qualche riflessione alla luce della sentenza n. 199 del 2012 della Corte costituzionale*, in *Diritto e società*, 2013, n. 3, 405 ss.; S. Faga, *La Corte costituzionale si erge a "custode" dell'esito referendario*, in *Studium iuris*, 2013, n. 3, 275 ss.; G. Ferri, *Abrogazione popolare e vincolo per il Legislatore: il divieto di ripristino vale finché non intervenga un cambiamento del "quadro politico" o delle "circostanze di fatto"*, in *Giurisprudenza italiana*, 2013, n. 2, 275 ss.

⁴² L. Caramiello, G. De Salvin, *L'energia politica. La vicenda nucleare civile nel Bel Paese*, Napoli, 2015; S.M. Sambri, G. Giustiniani, *L'energia nucleare*, in E. Picozza, S.M. Sambri (a cura di), *Il diritto dell'energia*, Padova, 2015, 593 ss.

⁴³ Comitato Interministeriale per la Transizione Ecologica, Delibera n. 1 dell'8 marzo 2022. Gli interventi disposti dal Piano riguardano (i) la decarbonizzazione; (ii) la mobilità sostenibile; (iii) il miglioramento della qualità dell'aria; (iv) il contrasto al consumo del suolo e al dissesto idrogeologico; (v) il miglioramento delle risorse idriche e delle relative infrastrutture; (vi) il ripristino e il rafforzamento della biodiversità; (vii) la tutela del mare; (viii) la promozione dell'economia circolare, della bioeconomia e dell'agricoltura sostenibile.

⁴⁴ PTE, p. 67: «[...] è la fusione nucleare la sfida di lungo termine che la comunità scientifica sta affrontando da tempo con l'obiettivo di arrivare nella seconda metà del secolo a una tecnologia capace di produrre grandi quantitativi di energia elettrica, decarbonizzata e sicura. Un processo già avviato con alcuni progetti internazionali nei quali anche l'Italia ha un ruolo di rilievo, sia finanziario che scientifico e industriale ... L'energia da fusione non produce scorie radioattive. Tra gli altri vantaggi che presenta si possono annoverare la sicurezza intrinseca della reazione [...] e l'assenza di produzione di gas serra. Potenzialmente si tratta di una forma di energia illimitata e diffusa». In dottrina G. Zollino, *La transizione energetica*, in Italiadecide, *Rapporto 2021. Una fiducia sostenibile. La collaborazione tra pubblico e privato per la transizione ecologica*, Bologna, 2021.

⁴⁵ P.M. Putti, *Il "decommissioning" degli impianti nucleari*, in G. Napolitano, A. Zoppini (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia 2011*, cit., 193 ss.

⁴⁶ Corte cost., sentenza del 28 giugno 2006, n. 247.

sito Nazionale e il suo inserimento in un più ampio Parco Tecnologico. La procedura e la tempistica per l'individuazione del sito che deve ospitare il Deposito nazionale è iniziata con la pubblicazione da parte di ISPRA della Guida Tecnica n. 29 del 3 giugno 2014, Criteri per la localizzazione di un impianto di smaltimento superficiale di rifiuti radioattivi a bassa e media attività. I criteri sono stati dettati da un gruppo di esperti dell'Istituto che ha valutato i diversi aspetti aventi rilevanza per il processo di localizzazione, riguardanti le caratteristiche fisiche, chimiche, naturalistiche ed antropiche del territorio⁴⁷.

La più recente proposta di Carta è stata presentata dalla SOGIN nel gennaio 2020 ed è stata validata dall'ISIN con nota del 5 marzo 2020. Sulla scorta del D.P.C.M. 30 ottobre 2019, Definizione del Programma nazionale per la gestione del combustibile esaurito e dei rifiuti radioattivi, i Ministeri dello Sviluppo Economico e dell'Ambiente – in data 30 dicembre 2020 – hanno fornito il nulla osta alla SOGIN alla pubblicazione della proposta di Carta Nazionale delle Aree Potenzialmente Idonee alla localizzazione del Parco Tecnologico⁴⁸.

Si noti, tuttavia, che ad oggi, nonostante l'adozione della Carta, l'Italia non ha ancora provveduto alla realizzazione del Deposito Nazionale, rischiando l'ennesima condanna della Corte di Giustizia in esito ai vari procedimenti d'infrazione pendenti sull'idonea attuazione delle varie Direttive Euratom.

4. *L'energia atomica per contrastare i cambiamenti climatici e per tutelare le generazioni future*

Oggi, inserire nella stessa frase i lemmi surriscaldamento globale e future generazioni non genera grande stupore nei giuristi; invero desta molteplici preoccupazioni l'inversa proporzionalità del combinato disposto dei due lemmi. Recentemente anche la Costituzione italiana, novellata dalla L. cost.

⁴⁷ Devono escludersi: le aree vulcaniche; le aree sismiche; le aree sovrastanti le faglie; le aree soggette a frane; le aree montane; le aree con una pendenza superiore al 10%; le fasce costiere; le aree affette da carsismo, sprofondamenti; i laghi; le aree naturali protette; le aree con centri abitati; le strade e le ferrovie; le aree con idrocarburi e geotermia; le aree con industrie pericolose; i siti UNESCO. La sovrapposizione dei 15 criteri ha portato all'esclusione di circa il 97% del territorio nazionale. Attuando i criteri dell'ISPRA sono state individuate 67 aree potenzialmente idonee (dislocate in particolare tra le Province di Torino, Alessandria e Viterbo). All'interno di queste aree potranno essere individuati uno o più siti da sottoporre ad indagini per qualificarne l'idoneità ad ospitare il Deposito Nazionale. La superficie complessiva di queste 67 aree è pari a circa lo 0,0007% del territorio nazionale (ca. 218 km² su ca. 302.070 km²).

⁴⁸ L. Colella, *Il Deposito Nazionale delle scorie radioattive in Italia: ritorno al futuro. Note a caldo sulla pubblicazione della Carta Nazionale dei siti potenzialmente idonei (CNAPI)*, in *Quaderni amministrativi*, 2021, n. 1, 15 ss.

1/2022⁴⁹, sancisce all'art. 9 la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi anche nell'interesse delle future generazioni⁵⁰. È dunque necessario valutare quanto la produzione di energia atomica a fini civili possa incidere sul rapporto tra surriscaldamento globale e future generazioni.

Il dilemma circa la tutela delle future generazioni è nato proprio dall'impiego dell'energia nucleare. Le riflessioni di H. Jonas sono scaturite dal potere della tecnica e delle sue concrete applicazioni⁵¹. L'eventualità di una guerra nucleare ha indotto la comunità internazionale a sensibilizzarsi circa la responsabilità delle attuali generazioni verso quelle future per scongiurare scelte tecnologiche con effetti devastanti e irreversibili. Altresì l'uso dell'energia nucleare a fini civili ha destato preoccupazioni in merito alla gestione degli impianti e dei rifiuti nucleari⁵².

Se l'energia atomica ha suscitato le prime riflessioni sulla responsabilità intergenerazionale, oggi giorno maggiori agitazioni scaturiscono dal surriscaldamento globale, il quale potrebbe condurre la comunità internazionale a rivalutare il binomio energia atomica-tutela delle future generazioni, poiché la prima potrebbe attuare la seconda osteggiando i cambiamenti climatici, in assenza di emissioni climalteranti nella fase di produzione⁵³.

Può allora affermarsi che occuparsi della tutela delle generazioni future considerando i problemi posti sia dall'energia nucleare che dal riscaldamento terrestre evidenzia l'opportunità di rileggere questioni vecchie (l'energia nucleare) alla luce di nuove questioni (il riscaldamento terrestre). Per una eterogenesi dei fini la produzione di energia atomica viene dunque considerata un contribuente alla lotta al surriscaldamento globale e di riflesso alla tutela delle generazioni future.

Ciononostante, si ritiene necessario intavolare una discussione aperta a tutti e formata/informata da parte della società civile e dei decisori politici. Le decisio-

⁴⁹ Sul punto si veda altresì la recente riforma degli artt. 9 e 41 Cost. recata dalla L. cost. 11 febbraio 2022, n. 1. Per un commento si vedano *ex multis* R. Bifulco, *Prmissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, in *Federalismi*, 2022, n. 11; E. Di Salvatore, *Brevi osservazioni sulla revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2022, n. 1; D. Porena, *Anche nell'interesse delle generazioni future. Il problema dei rapporti intergenerazionali all'indomani della revisione dell'art. 9 della Costituzione*, in *Federalismi*, 2022, n. 15, 121 ss.

⁵⁰ Si veda la videoregistrazione del Convegno annuale di AIDAMBIENTE, *Giornata in memoria di Beniamino Caravita di Toritto, La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, svoltosi il 28 gennaio 2022 presso la LUISS Guido Carli, i cui atti sono in corso di pubblicazione. Si veda altresì P. Pantalone (a cura di), *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente*, numero monografico del *Diritto dell'economia*, 2021.

⁵¹ H. Jonas, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 1993.

⁵² Si vedano R. Bifulco, *L'energia nucleare tra lotta al riscaldamento climatico e responsabilità intergenerazionale* in G. Napolitano, A. Zoppini (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia 2011*, cit., 65 ss.; R. Bifulco, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008.

⁵³ L. Ammannati, A. Spina, *Il "ritorno" al nucleare. Il contesto regolatorio e l'Agenzia per la Sicurezza Nazionale*, in *Amministrare*, 2009, 231 ss.

ni sull'*an* e sul *quomodo* devono essere sottoposte a processi deliberativi, il dibattito pubblico⁵⁴.

Del resto, è questo l'unico modo per risolvere in anticipo problemi che si porrebbero, in ogni caso, nella fase applicativa. In caso contrario, si vedano le spinose questioni suscitate dalla TAP, dalle trivellazioni nel Mediterraneo e dalla TAV.

5. Valorizzare la partecipazione dei cittadini

Laddove l'Italia volesse tornare ad impiegare l'energia nucleare per fini civili, il Legislatore dovrebbe coinvolgere maggiormente gli Enti Locali e l'opinione pubblica onde fugare la sindrome *nimby*⁵⁵. Occorre, cioè, informare la cittadinanza in merito ai benefici – oltre ai rischi – ed alle ricadute positive che la costruzione delle centrali nucleari e l'utilizzo dell'energia atomica reca con sé.

D'altronde l'informazione dei cittadini è indispensabile per la partecipazione degli stessi ai procedimenti amministrativi⁵⁶ ed in particolare a quelli in materia ambientale⁵⁷.

⁵⁴ Sul dibattito pubblico si vedano *ex multis* E. Frediani, *Le garanzie partecipative nella valutazione di impatto ambientale: strumenti tradizionali e dibattito pubblico*, in *Istituzioni del federalismo*, 2020, n. 3, 657 ss.; N. Posteraro, *Grandi opere e partecipazione democratica: alcune riflessioni sul dibattito pubblico italiano "à la française"*, in *Istituzioni del federalismo*, 2020, n. 3, 607 ss.; F. Sciarretta, *La declinazione democratica dell'amministrazione: le decisioni partecipate nel campo delle grandi opere infrastrutturali*, in *Rivista AIC*, 2020, n. 3, 31 ss.; M. Timo, *Gli attori del "dibattito pubblico"*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, n. 3, 301 ss.; F. Trimarchi Banfi, *La partecipazione civica al processo decisionale amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2019, n. 1, 1 ss.; A. Averardi, *La decisione amministrativa tra dissenso e partecipazione. Le ragioni del dibattito pubblico*, in *Munus*, 2018, n. 1, 129 ss.; Italiadecide, *Il dibattito pubblico per infrastrutture utili, snelle e condivise. Manuale di applicazione della nuova legge*, Soveria Mannelli, 2018; A. Di Martino, *Il dibattito pubblico per la realizzazione delle grandi infrastrutture: quale ruolo per la partecipazione democratica?*, in *Nuove autonomie*, 2017, n. 3, 531 ss.; V. Molaschi, *La democratizzazione delle decisioni "science and technology based". Riflessioni sul dibattito pubblico*, in *Nuove autonomie*, 2017, n. 3, 463 ss.

⁵⁵ G. D'Amico, *Rifiuti radioattivi nelle Regioni "meno reattive"? Il nimby non trova spazio alla Corte costituzionale (brevi note alla sentenza n. 62 del 2005)*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 2005, n. 1, 71 ss.; G. Manfredi, *La Corte costituzionale, i rifiuti radioattivi e la sindrome nimby*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2005, n. 3, 543 ss.

⁵⁶ Sulla democrazia partecipativa si vedano *ex multis* P. Mezzanotte, *Principio democratico e partecipazione alla decisione pubblica*, in *Federalismi*, 2020, n. 32, 138 ss.; G. Pepe, *Il modello della democrazia partecipativa tra aspetti teorici e profili applicativi. Un'analisi comparata*, Padova, 2020; U. Allegretti, *Qualche avanzamento sulla via della democrazia partecipativa: riflessioni su alcune leggi regionali e una sentenza della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 2019, n. 2, 389 ss.

⁵⁷ Sull'informazione ambientale si vedano *ex multis* G. Barozzi Reggiani, *L'informazione ambientale (e la sua perdurante attualità)*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2020, n. 2, 299 ss.; G. Pepe, *La democrazia partecipativa ambientale tra ordinamento sovranazionali ed ordinamento italiano*, in *Federalismi*, 2020, n. 2, 179 ss.; G. Pizzanelli, *Il contributo dell'accesso alle informazioni ambientali alla tutela del patrimonio pubblico*, in *Nuove autonomie*, 2020, n. 1, 71 ss.; L. Di Giovanni, *Il diritto di accesso in materia ambientale tra normativa nazionale e sovranazionale*, in *Diritto dell'economia*, 2015, n. 3, 667 ss.; A. Bonomo, *Informazione ambientale, amministrazione e principio democratico*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2009, n. 6, 1475 ss.; A. Sau, *Profili giuridici dell'informazione ambientale e territoriale*, in *Diritto amministrativo*, 2009, n. 1, 131 ss.; E.

Difatti, ottenere il consenso della popolazione significherebbe rimuovere un ostacolo alla realizzazione concreta degli impianti di produzione di energia nucleare in Italia⁵⁸. Dunque, occorre prevedere una campagna di informazione nazionale⁵⁹, evitando di coinvolgere un numero eccessivo di soggetti istituzionali e semplificandone le funzioni in merito all'informazione e alla comunicazione⁶⁰.

Di grande interesse è il tema della c.d. democrazia nucleare, sorto in Francia, che si basa su alcuni importanti principi e valori costituzionali, il diritto di partecipazione dei cittadini alle scelte nucleari e il dovere di informazione nucleare in capo ai pubblici poteri⁶¹. Ancor prima del concetto di democrazia nucleare, è fondamentale richiamare la nozione di *démocratie écologique* da cui deriva lo *status* di *citoyenneté environnementale*, che riconosce nella protezione ambientale un valore primario⁶². In questo quadro, la partecipazione dei cittadini alle scelte ambientali, grazie anche all'istituto del *débat public*, garantisce la c.d. democrazia ambientale.

In Francia la democrazia nucleare si fonda sull'art. 7 della *Charte de l'Environnement*⁶³. La decisione del legislatore costituente di inserire la democrazia ambientale nella Costituzione francese ha rappresentato una novità nel diritto ambientale europeo e comparato⁶⁴. Come accennato, il *débat public* rappresenta l'apice del paradigma della democrazia partecipativa essendo teleologicamente orientato alla realizzazione di processi decisionali di tipo inclusivo.

La Francia si è dimostrata tra i Paesi più attenti al fenomeno partecipativo e, segnatamente, alla consultazione preventiva dei consociati nei procedimenti di assunzione di importanti scelte pubbliche. Il *débat public* è un istituto introdotto dalla c.d. *Loi Barnier* nel 1995 per far convergere il consenso della società civile, specie in materia urbanistica ed ambientale, sulle grandi opere. Si tratta di uno

Pelosi, A. Versolato, *La partecipazione del pubblico ai processi decisionali in materia ambientale*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2007, n. 6, 1001 ss.; F. Fonderico, *Il diritto di accesso all'informazione ambientale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, n. 6, 675 ss.; N. Brutti, *Il diritto all'informazione ambientale*, Torino, 2005.

⁵⁸ M. De Focatiis, *Il nucleare: un regime speciale? La questione del consenso*, in M. De Focatiis, A. Maestroni (a cura di), *Libertà di impresa e regolazione del nuovo diritto dell'energia*, Milano, 2011, 89 ss.

⁵⁹ A. Police, *L'informazione dei cittadini*, in G. Napolitano, A. Zoppini (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia 2011*, cit., 175 ss.

⁶⁰ A. Police, *L'informazione dei cittadini*, cit., 182.

⁶¹ M. Prieur, *Le droit à l'environnement et les citoyens: la participation*, in *Revue juridique de l'environnement*, 1998, n. 4, 397 ss.

⁶² V. Petit, B. Guillame, *Quelle démocratie écologique?*, in *Raison politiques*, 2016, n. 4, 49 ss.

⁶³ «*Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement*».

⁶⁴ M. Timo, *Il dibattito pubblico sulle grandi infrastrutture fra Codice italiano dei contratti e Code de l'environnement francese*, in *DPCE online*, 2019, n. 2, 1179 ss.

strumento consultivo che mira ad acquisire il consenso sociale, diminuendo la conflittualità tra istituzioni e popolazione⁶⁵.

La procedura del dibattito è coordinata da un'apposita Autorità amministrativa indipendente, la *Commission Nationale du Débat Public*, la quale garantisce il corretto svolgimento della partecipazione, favorendo un confronto collaborativo tra amministrazione procedente e *cives*. Sebbene priva di poteri regolamentari, sanzionatori o decisionali, la *Commission* vigila sul rispetto delle regole partecipative in tema di piani o programmi di interesse nazionale⁶⁶.

L'art. L121-8 del *Code de l'environnement* prevede che il committente pubblico o privato dell'opera (*maître d'ouvrage*) invii alla *Commission* il c.d. *dossier de saisine* nel quale sono illustrati: (i) *les objectifs et les principales caractéristiques du projet*; (ii) *ses enjeux socio-économiques*; (iii) *son coût estimatif*; (iv) *l'identification des impacts significatifs sur l'environnement ou l'aménagement du territoire*; (v) *une description des différentes solutions alternatives, y compris l'absence de mise en œuvre du projet*. Il *maître d'ouvrage* è, inoltre, tenuto a pubblicizzare il progetto, pubblicandone le finalità e le caratteristiche principali, oltre ad esprimere la volontà di adire o meno la *Commission*.

Entro due mesi dal compimento di tali attività, la procedura di dibattito pubblico è attivabile su iniziativa di: (i) *dix mille ressortissants majeurs de l'Union européenne résidant en France*; (ii) *dix parlementaires*; (iii) *un conseil régional, un conseil départemental, un conseil municipal ou un établissement public de coopération intercommunale ayant une compétence en matière d'aménagement de l'espace, territorialement intéressés*; (iv) *une association agréée au niveau national*.

In tal caso, il *maître d'ouvrage* deve predisporre il *dossier* e inviarlo alla *Commission*, chiamata a svolgere una funzione di filtro sulla ammissibilità dello strumento partecipativo. In caso di vaglio positivo, la *Commission* affida la gestione del *débat public* ad un organo collegiale *ad hoc*, la *Commission particulière du débat public* (art. 121-9).

La *Commission particulière* pubblica il calendario del dibattito, la cui durata non può superare i quattro mesi (art. 121-11). Una volta chiuso il dibattito pubblico, la *Commission Nationale* redige e pubblica un bilancio ed un resoconto dell'esperienza partecipativa, con la finalità di illustrare le posizioni emerse in sede di consultazione.

Nei tre mesi successivi alla pubblicazione del bilancio conclusivo, il *maître d'ouvrage* o l'amministrazione pubblica responsabile del piano o del programma decidono se dare seguito o meno al progetto, precisando le principali modifi-

⁶⁵ C. Bova, *Gli istituti del débat public e dell'enquête publique nell'ordinamento giuridico francese*, in G.C. De Martin, D. Bolognino (a cura di), *Democrazia partecipativa e nuove frontiere della cittadinanza*, Padova, 2010, 211 ss.

⁶⁶ G. Pepe, *Dibattito pubblico ed infrastrutture in una prospettiva comparata*, in *Federalismi*, 2019, n. 5.

che apportate (art. 121-13). La decisione deve essere motivata, con riferimento ai punti di vista e alle argomentazioni degli *stakeholders*. Ciononostante, il dibattito non vincola giuridicamente gli esiti della discussione.

Il *débat public* svolge una funzione non solo partecipativa, ma prima ancora informativa, essendo in grado di orientare l'interesse dell'opinione pubblica, al fine di stimolarne poteri di *moral suasion* sul decisore pubblico⁶⁷.

Si può evidenziare che sulla scorta del contributo francese, senza partecipazione ed informazione la democrazia nucleare non può esistere⁶⁸.

6. Conclusioni

L'Autore non può esimersi dal notare alcune contraddizioni del dibattito pubblico e politico sull'attualità della tematica. L'invasione russa dell'Ucraina rappresenta la caduta della foglia di fico; gli Stati membri dell'Unione dipendono dagli approvvigionamenti energetici provenienti da Paesi Terzi, dalle fluttuazioni dei rispettivi mercati energetici e da situazioni relativamente instabili sullo scacchiere geo-politico internazionale.

Negare che l'impiego di energia atomica possa ovviare ad una simile situazione è aprioristico e non suffragato da una debita informazione. Orbene, gli apocalittici processano il progresso nel timore di incidenti nucleari. Tuttavia, si ricordi che gli incidenti di Černobyl' e Fukushima sono dipesi, per un verso, dall'errore umano, per altro verso, dall'imponderabile forza della natura. Il disastro di Černobyl' ha causato 65 decessi diretti; il disastro di Fukushima sinora ha comportato un solo decesso diretto.

Entrambi i disastri richiedono una attenta ponderazione circa la sicurezza delle centrali nucleari, ma non giustificano l'aprioristica renitenza al ritorno alla costruzione degli impianti nucleari e all'utilizzo dell'energia atomica a fini civili. Basti pensare ad altre tipologie di disastri dovuti all'errore umano⁶⁹ e alla forza della natura⁷⁰ cui non ha fatto seguito un arresto della ricerca scientifico-tec-

⁶⁷ G. Marchetti, *Il dibattito pubblico tra Francia e Italia, strumento di partecipazione nella realizzazione delle grandi opere*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2019, n. 2, 615 ss.

⁶⁸ V. Pepe, *Energia nucleare, ambiente e democrazia: Italia e Francia a confronto*, in *Federalismi*, 2019, n. 2.

⁶⁹ Si pensi (i) al disastro aereo di Linate del 2001 (118 decessi); (ii) al crollo del c.d. Ponte Morandi del 2018 (48 decessi); (iii) all'incidente ferroviario di Viareggio del 2009 (32 decessi); (iv) al naufragio della Costa Concordia del 2012 (32 decessi); (v) al disastro del Moby Prince del 1991 (140 decessi); (vi) al disastro del San Spiridione del 1919 (197 decessi); (vii) all'incidente della funivia Stresa-Alpino-Mottarone del 2021 (14 decessi).

⁷⁰ Si pensi (i) al disastro del Vajont del 1963 (1917 decessi); (ii) al terremoto dell'Irpinia del 1980 (2914 decessi), (iii) al terremoto di Messina del 1908 (circa 80.000 decessi); (iv) al terremoto della Marsica del 1915 (oltre 30.000 decessi).

nologica e dell'impiego dei prodotti dell'evoluzione e della sperimentazione tecnico-scientifica⁷¹.

Evidentemente ciò non è immaginabile. In conclusione, ogni catastrofe e i problemi ad essa sottesi hanno richiesto un'implementazione della ricerca volta ad incrementare i livelli di sicurezza, fondandosi sui principi di precauzione e di prevenzione per rinvenire delle soluzioni tecniche e scientifiche che consentissero la prosecuzione delle operazioni e degli interventi agevolanti l'esercizio delle attività umane. Parimenti dovrebbe intendersi per l'energia atomica a fini civili.

⁷¹ D'altronde, ammettendo che ad ogni catastrofe debba seguire una battuta d'arresto dell'impiego di una determinata tecnica, in Italia non vi dovrebbero essere trasporti aerei, stradali, ferroviari, marittimi, funicolari, né dighe in funzione.

Fabio Cusano - Abstract

Ripensare all'impiego dell'energia nucleare in Italia

Il presente scritto esamina la regolazione del settore nucleare nell'Unione Europea e in Italia, alla luce della attuale crisi energetica scaturita dal conflitto russo-ucraino.

L'Autore, cercando di non prendere posizioni soggettivamente aprioristiche e di ovviare alle problematiche evidenziate in questo saggio, ha fornito nuovi spunti per un dibattito sulla reintroduzione dell'uso pacifico di energia atomica a fini civili in Italia.

Rethinking of the use of nuclear energy in Italy

This paper examines the regulation of the nuclear sector in the European Union and in Italy, in view of the current energy crisis because of Russian-Ukrainian conflict.

The Author, trying not to take subjective a priori positions and to remedy the problems highlighted in this essay, has provided new insights for a debate on the reintroduction of the peaceful use of atomic energy for civil purposes in Italy.

Sulle ricostruzioni ermeneutiche della responsabilità della Pubblica Amministrazione: tra occasionalità necessaria, rischio elettivo e politica del diritto

Giuseppe Maria Marsico

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 1.1. Brevi note ricostruttive sul rapporto organico quale criterio di imputazione della responsabilità diretta e sul nesso di occasionalità necessaria quale criterio di imputazione della responsabilità indiretta. – 1.1.1. Il paradigma della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione: la *factio* del “contatto sociale”. – 2. La responsabilità extracontrattuale della p.a. La solidarietà passiva tra p.a. e suoi dipendenti e i limiti al principio: l'occasionalità necessaria e il “rischio elettivo”. – 3. Conclusioni: tra politica del diritto e analisi economica del “costo” del fenomeno della responsabilità della P.A.

1. *Introduzione*

Pur senza inoltrarci troppo indietro nell'esame del concetto di sovranità, dunque considerando l'epoca relativamente a noi più prossima, occorre comunque ricordare che nel periodo monarchico si riteneva che il cittadino fosse in posizione di quasi completa soggezione nei confronti dell'organizzazione statale: tra Stato e Re non vi era distinzione, ma confusione.

Il potere (politico, ma anche giudiziario) era concentrato nelle mani del Re ed era assoluto, nel senso che era il Re medesimo ad essere la fonte del diritto, pertanto non ne era in alcun modo vincolato o responsabile. Queste essendo le premesse, era inconcepibile poter mettere in discussione, addirittura tacciando di illiceità, gli atti o i comportamenti riferibili al re od anche ai funzionari amministrativi ed esecutivi, considerato che l'organizzazione statale non aveva una propria autonomia, ma era vista come braccio meramente esecutivo del sovrano.

Dal principio di sovranità, in altri termini, conseguiva il corollario della irresponsabilità dello Stato nei confronti dei suoi sudditi e, quindi, la irrisarcibi-

lità¹ dei danni provocati – alla collettività come al singolo – dall’organizzazione politico-amministrativa².

L’idea che lo Stato, nel suo agire, dovesse rispettare la legge poté affermarsi solo in seguito, correlativamente e conseguentemente all’ascesa dello Stato di diritto, che recava con sé il principio per cui gli uomini dovessero essere governati dalla legge, certa, e non dall’arbitrio di altri uomini.

Grazie al pensiero liberale, quindi, il principio di sovranità, e con esso il corollario dell’irresponsabilità del sovrano, venne messo in discussione poiché avvertito come un arbitrario privilegio, non più conciliabile con gli ideali rivoluzionari, in particolare con il principio di legalità, secondo cui la legittimità dell’esercizio del potere politico doveva passare attraverso una norma giuridica preventivamente approvata.

Lo Stato, si affermava, era sovrano in quanto e nella misura in cui fosse stato legittimato dal popolo sì che, essendo diretta espressione di quest’ultimo, era deputato a garantire la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, con la conseguenza che il concetto di autorità³ diveniva strumentale alla salvaguardia di tali principi sia

¹ E. Ferrari, *Dall’illecito dell’ente pubblico al fatto amministrativo dannoso*, in *Studi in onore di Antonio Amorib*, Milano 1982, vol. I, 177-241; osserva al riguardo G. Avanzini, *Responsabilità civile e procedimento amministrativo*, Padova, 2007, 69-70 che «anche per la dottrina più critica vi è la consapevolezza che tale distinzione contenga un nucleo di verità. Vi è la percezione di una diversità di relazioni tra cittadino e amministrazione in base alla quale, se per gli atti di gestione è possibile trasporre pienamente le regole civilistiche della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, altrettanto non può dirsi per gli atti d’imperio. Rispetto ad essi è necessario tenere conto che la peculiarità dell’azione amministrativa può giustificare l’applicazione di regole diverse, che possono talvolta portare ad escludere la responsabilità laddove per il diritto privato sussisterebbe».

² Un primo orientamento, fondato sui criteri pubblicistici di imputazione dell’illecito, riteneva che la responsabilità dello Stato o degli enti pubblici per il fatto illecito dei loro dipendenti o funzionari fosse diretta e sussistesse esclusivamente in caso di attività corrispondente ai fini istituzionali. In virtù del rapporto organico, quella attività doveva essere imputata direttamente all’ente ai sensi del combinato disposto degli artt. 2043 cod. civ. e 28 Cost. L’agire del dipendente per finalità esclusivamente personali ed egoistiche recideva il rapporto organico ed escludeva pertanto la responsabilità dell’ente, facendo residuare la sola responsabilità del dipendente per fatto proprio. Contraddittoriamente si invocava al contempo il c.d. nesso di occasionalità necessaria, anch’esso ricondotto al combinato disposto degli artt. 28 Cost. e 2043 cod. civ.; ai fini della sua sussistenza si riteneva sufficiente che le funzioni svolte per l’amministrazione avessero determinato, o anche soltanto agevolato, la realizzazione del fatto lesivo. Codesto nesso veniva considerato sussistente tutte le volte in cui il pubblico dipendente non avesse agito come semplice privato per fini esclusivamente personali e del tutto estranei all’amministrazione, ma avesse tenuto una condotta anche solo indirettamente ricollegabile alle attribuzioni assegnate all’agente dalla p.a. di appartenenza, finanche quando il dipendente, svolgendo un’attività diretta al perseguimento di finalità proprie della stessa p.a., perseguisse contestualmente e in maniera non esclusiva interessi personali o commettesse abusi

³ Di fronte agli atti o comportamenti di natura pubblicistica, quale *ius imperium*, l’Autorità giudiziaria riconobbe la propria competenza, in considerazione del fatto che a fronte dell’atto autoritativo non potesse configurarsi alcun diritto. Detta interpretazione, peraltro, oltre a non essere l’unica possibile, non fu di fatto neppure praticata nei primissimi anni successivi all’entrata in vigore della Legge abolitrice. Ed infatti, almeno fino al 1876 costituiva *ius receptum* che «chiunque da un provvedimento generale regolamentare dell’autorità amministrativa riceva danno può domandare il risarcimento dinanzi l’autorità giudiziaria. L’autorità giudiziaria investita della domanda, riconosciuta l’irregolarità di un provvedimento non deve revocarlo, ma soltanto dichiarare la responsabilità dell’autorità amministrativa, di fronte alla prova del danno» (Cass. Roma del 13 marzo 1876,

nei rapporti tra i consociati, sia nei rapporti tra questi e l'amministrazione statale. Da tali premesse consegue che gli atti e i comportamenti illeciti o illegittimi non potevano più essere esentate dalle comuni regole a tutela del cittadino e della sua sfera individuale. Questo, quantomeno, nelle ipotesi in cui lo Stato agiva come un privato cittadino.

Invero, si cominciava a valutare e a dare rilevanza alla qualificazione giuridica delle scelte operate dalla pubblica amministrazione: se, cioè, queste erano espressione della sua sovranità oppure meno, nel qual caso lo Stato doveva essere considerato in posizione paritaria rispetto ai cittadini. Si profilò, quindi, una distinzione tra le attività di diritto pubblico e quelle di diritto privato: due forme di manifestazione degli interventi amministrativi nella vita economica e sociale della comunità, distinti in ragione della natura degli strumenti attuativi utilizzati.

E così, gli atti compiuti *iure privatorum* si riteneva dovessero rientrare nell'area del diritto dei privati, dello *ius commune*, mentre quelli compiuti mediante lo

riportata dall'Avvocato dello Stato Caramazza, op. cit., e consultabile in *Foro it.* 1876, I, 842). A detto orientamento, assai liberale, succedette tuttavia un orientamento di segno opposto, restrittivo. Si sostenne, in buona sostanza, muovendo dalla distinzione fra atti di imperio e atti di gestione e della tesi della sindacabilità *incidenter tantum* dell'atto di imperio solo in via di eccezione e solo quando lo stesso atto aggiungesse al rapporto "politico" un "rapporto accidentale e contingente di natura civile", che il riconoscimento al giudice ordinario del potere di conoscere della responsabilità civile dell'amministrazione derivante dall'esercizio scorretto di atti d'imperio avrebbe comportato – sotto le mentite spoglie della cognizione di una pretesa risarcitoria – un inammissibile sindacato dell'esercizio del potere. La limitazione della cognizione del Giudice ordinario scaturì da una concezione autoritaria dei rapporti tra amministrazione e amministrati, che nondimeno non apparteneva al legislatore del 1865, quanto all'interpretazione della giurisprudenza in merito all'insindacabilità giurisdizionale degli atti d'imperio, e rese evidente l'esigenza di apprestare uno strumento di tutela a quelle situazioni di interesse che a seguito dell'abolizione del sistema del contenzioso erano rimaste orfane di ogni forma di protezione, cosa che avvenne attraverso le riforme crispine, come innanzi si vedrà. La dottrina maggioritaria dell'epoca riteneva, dunque, che mentre gli atti di gestione sono soggetti al diritto comune e di conseguenza alla disciplina sulla responsabilità, per gli atti d'imperio fossero necessarie restrizioni e modificazioni in relazione alle speciali esigenze della pubblica amministrazione. In tal senso, si cfr. F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo* (ristampa a cura di G. Miele), Padova, 1960, 623 ss. e, per la giurisprudenza, Cass. Roma 9 luglio 1897, in *Foro it.* 1898, I, 80 ss. La distinzione in parola cominciò, tuttavia a scalfirsi, anche a fronte della difficoltà applicativa cui conduceva. In particolare, L. Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Vol. I, Milano, 1910, 196 ss., anche attraverso la disamina delle pronunce giurisprudenziali, spesso incerte e contraddittorie, mette in luce come l'insindacabilità degli atti d'imperio in sede giurisdizionale e la conseguente irresponsabilità non abbia alcun addentellato normativo, ma anzi contrasti col diritto positivo. Osserva, sulla stessa linea, la giurisprudenza che «viene a riproporsi la questione della responsabilità dello Stato per il fatto dei suoi funzionari, sulla quale si è molto disputato nel campo della dottrina e della giurisprudenza, in cerca di una teoria da applicarsi ai casi specifici: teoria già accampata colla distinzione atti d'imperio e di gestione, che si è riconosciuta erronea perché troppo astratta e non sempre corrispondente all'applicazione pratica [...] ed ormai ripudiata da questa Corte», così Cass. Roma, SS. UU., 22 giugno 1909, in *Giur. It.*, 1909, I, 913, sostanzialmente conforme a Cass. Napoli, 23 agosto 1904, in *Foro it.*, 1905, I, 15 ss. Cfr. E. Ferrari, *Dall'illecito dell'ente pubblico al fatto amministrativo dannoso*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, Milano, 1982, vol. I, 177-241. Tuttavia, sebbene si teorizzasse l'astratta responsabilità per gli atti d'imperio, alla distinzione tra atti d'imperio e atti di gestione si venne sostituendo la distinzione tra attività vincolata e attività discrezionale, con una conseguente interpretazione restrittiva delle regole processuali, che portò inizialmente ad escludere il sindacato del giudice ordinario sui profili discrezionali dell'atto.

ius imperium (legislazione, amministrazione della *res publica*, magistratura) erano collocati nell'ambito del diritto pubblico.

La patologica paralisi amministrativa in funzione “difensiva” delle Pubbliche Amministrazioni ha spesso rappresentato la manifestazione di una mortificazione dell'attività positiva e attiva del pubblico dipendente. Proprio quando erano tangibili segni di ripresa dal lungo periodo di crisi finanziaria ed economica – iniziata negli Stati Uniti nel 2007-2008 – diffusasi, successivamente, in Europa, l'emergenza da Covid-19⁴ ha fatto ripiombare l'intero territorio euro-unitario e la finanza globale in una profonda crisi istituzionale, sociale ed economica i cui effetti attuali, verosimilmente, cagioneranno ulteriori esternalità negative nel prossimo futuro.

I crediti deteriorati (NPL) e i crediti UTP graveranno sulla popolazione. Ad oggi, è ancora più palese la necessità di migliorare un sistema che certamente già negli anni passati – e in situazione di ordinarietà – aveva manifestato gravi criticità nella pubblica amministrazione⁵, tali da compromettere i tanto invocati e positivizzati, quanto imprescindibili, principi di efficacia ed efficienza.

⁴ Anche la semplificazione amministrativa, quale *ratio* sottesa al d.l. n. 76/2020, non può raggiungersi semplicemente con una manovra di deresponsabilizzazione temporanea, essendo necessari cambiamenti più radicati e strutturali, da sempre tradizionalmente invocati, ma che non possono certo essere attuati con una rapida “riforma estiva”. Al riguardo, oltre a quanto già affermato in tema di tipizzazione delle ipotesi di colpa grave e di errore scusabile, con un intervento più penetrante, sistemico e innovativo si potrebbe cominciare un processo di riassetto della codificazione, ben sapendo che la semplificazione normativa costituisce solo il primo passo verso la semplificazione amministrativa: è noto, infatti, come la “legge oscura” rompa la linea di demarcazione tra legittimità e illegittimità nelle decisioni, crei incertezza e sia causa di condotte egoistiche adottate nella consapevolezza di pregiudicare la realizzazione del pubblico interesse. In tal senso, è auspicabile – con riferimento alla materia dei contratti pubblici – che si positivizzi una normativa facente riferimento soltanto alle norme del diritto europeo, al netto ovviamente di quelle interne strettamente necessarie come le norme antimafia. Inoltre, nelle ipotesi in cui l'Unione Europea lasci liberi gli Stati membri di legiferare, la soluzione migliore potrebbe essere quella meno affittiva per le stazioni appaltanti, anche in tal caso fermi restando alcuni correttivi parametrati alla realtà nazionale, come quelli in materia di anticorruzione. Tale proposta sembra più che percorribile, essendo già attuata in altri Paesi unionali come la Germania e la Polonia e nella non più europea Gran Bretagna. Peraltro, la stessa legge n. 120/2020, presenta delle aperture in tal senso, prevedendo – all'art. 2, comma IV – che in numerosi settori speciali le stazioni appaltanti operino in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto di quelle antimafia e delle misure di prevenzione di cui al d.lgs. n. 159/2011, nonché dei vincoli europei, tra cui quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, dei principi di cui agli artt. 30, 34 e 42 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 5076 (cd. Codice dei contratti pubblici) e delle disposizioni in materia di subappalto.

⁵ E. Ferrari, Dall'illecito dell'ente pubblico al fatto amministrativo dannoso, in Studi in onore di Antonio Amorth, Milano 1982, vol. I, 177-241; M.R. Spasiano, *Riflessioni in tema di nuova (ir)responsabilità erariale e la strada della tipizzazione della colpa grave nella responsabilità erariale dei pubblici funzionari*, cit., 292 ss., che rileva come l'abolizione della colpa grave sia stata l'unica strada trovata dal legislatore per cercare di recuperare la speditezza nelle decisioni, ma la novella introduce il concetto “pericoloso” del «purché si agisca, si agisca anche male, tanto non c'è responsabilità» ed elogia l'esercizio di un'azione, qualunque essa sia, senza l'obbligo di una adeguata avvedutezza dell'operare. Si veda, altresì, C. Pagliarin, *L'elemento soggettivo dell'illecito erariale nel “decreto semplificazioni”*: ovvero la “diga mobile” della responsabilità, cit., 213, secondo la quale l'intervento normativo in esame rappresenta il culmine di scelte normative che hanno sempre scomposto e frammentato l'illecito erariale e non risponde realmente ad una ratio di semplificazione amministrativa. La riforma – continua l'Autrice – con il suo carico di indeterminatezza ed imprevedibilità, non dà affatto certezze ai dipendenti pubblici su come operare in un momento di estrema difficoltà per le pubbliche amministrazioni. A porsi in net-

Le iniziative legate al PNRR, finalizzate allo sviluppo economico e sociale hanno trovato spesso difficoltà di attuazione nell'incapacità strutturale e funzionale delle pubbliche amministrazioni locali, con conseguente fallimento degli obiettivi di sviluppo e crescita sostenibile. Il caso presente non è il primo che ricorre storicamente. Basti pensare alla c.d. Strategia di Lisbona del 2000, quale programma di riforme economiche e sociali finalizzato all'obiettivo strategico dell'aumento nel medio termine del tasso di occupazione che però non fu raggiunto, in ragione anche della crisi economica sistemica degli anni successivi. dell'esercizio del potere. Si è indagato sulla sussistenza di ragioni che giustifichino l'inapplicabilità – in via derogatoria – del modello generale dogmatico della responsabilità civile in casi siffatti.

Molti hanno ravvisato in tale peculiare sistema di responsabilità un ingiusto privilegio in capo alla P.A. a danno del legittimo affidamento dei cittadini. I teorici dell'analisi economica del diritto, in via subitanea, hanno rilevato che tale tessuto disciplinare osta, in concreto all'efficienza allocativa delle risorse pubblico-private. Una squilibrata allocazione dei rischi legati all'attività amministrativa ha l'effetto di disincentivare un'attività amministrativa trasparente, proporzionale e adeguata⁶.

L'impiego del criterio di imputazione privatistico ha ampliato i confini della responsabilità della pubblica amministrazione ed ha superato l'orientamento giurisprudenziale secondo cui l'agire del dipendente per finalità esclusivamente personali ed egoistiche recide il rapporto organico ed esclude la responsabilità dell'ente, facendo residuare la sola responsabilità del dipendente per fatto proprio. Un tale superamento incide negativamente sulle esigenze di tutela del-

to contrasto con la scelta del legislatore del 2020 è stata anche la stessa Corte dei conti che, a sezioni riunite in sede di controllo, nell'Audizione sul d.d.l. 1883, con parere del 28 luglio 2020, hanno rilevato come l'incapacità provvedimentale della P.A. dipenda non solo da una paura di incorrere in responsabilità ma anche da altri importanti fattori come la confusione legislativa, l'inadeguata preparazione professionale e l'insufficienza degli organici. Inoltre, la non punibilità per colpa grave non si concilia con la realtà processuale secondo cui la maggior parte delle citazioni in giudizio sono collegate proprio a condotte gravemente colpose. Nelle conclusioni, la Corte non ha mancato di rilevare come l'eliminazione della colpa grave non produce alcun effetto accelerativo sull'azione amministrativa.

⁶ Passando alla *pars costruens* dell'indagine, va preliminarmente rilevato che per recuperare il buon andamento della pubblica amministrazione, e dare così concreta attuazione all'art. 97 Cost., è necessario un cambiamento strutturale e permanente dell'istituto della responsabilità erariale, non già a tempo come quello attuato dalla novella in esame. In tal senso, una riforma che operi "a pieno regime" quale valida soluzione per debellare – o quantomeno contenere – l'amministrazione difensiva potrebbe essere la tipizzazione della colpa grave. Del resto, già adesso sono in vigore norme che scolsiscono ipotesi di colpa grave: si pensi all'art. 5, co. III, del d.lgs. n. 472/1995 che, in materia di sanzioni amministrative per la violazione di norme tributarie, stabilisce espressamente che «la colpa è grave quando l'imperizia o la negligenza del comportamento sono indiscutibili e non è possibile dubitare ragionevolmente del significato e della portata della norma violata e, di conseguenza, risulta evidente la macroscopica inosservanza di elementari obblighi tributari. Non si considera determinato da colpa grave l'inadempimento occasionale ad obblighi di versamento del tributo».

le finanze pubbliche, ricorrentemente invocate come valore costituzionalmente protetto da bilanciare con il diritto al risarcimento del danno.

Altro esempio, più recente, di impegno comunitario per lo sviluppo economico che non ha sortito gli effetti sperati, è stato il Trattato di Lisbona del 2010 primo comma dell'art. 174 (*ex art.* 178 del TCE).

Per promuovere uno sviluppo armonioso dell'insieme dell'unione, questa sviluppa e prosegue la propria azione intesa a realizzare il rafforzamento della sua coesione economica, sociale e territoriale». Un'azione, quella descritta, che mirava a ridurre il divario tra diverse regioni del territorio europeo sostenendo maggiormente le zone più in difficoltà come quelle rurali, di montagna o transfrontaliere. Ad oggi, tale divario non si può dire certo colmato. Rivolgendo lo sguardo al futuro, è di particolare importanza ed attualità la c.d. Strategia Europa 2020 (elaborata dopo la Strategia di Lisbona) che si pone l'obiettivo di conseguire «una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva come mezzo per superare le carenze strutturali dell'economia europea, migliorarne la competitività – in chiave sostenibile – e la produttività e favorire l'affermarsi di un'economia di mercato sociale.

La libertà di agire accordata a ciascuno Stato membro per il raggiungimento dei risultati prefissati – in un'ottica di sussidiarietà – fa comprendere l'importanza del sistema amministrativo interno che, se non adeguatamente organizzato e in grado di garantire una buona amministrazione, può vanificare qualsiasi sforzo profuso dalla legislazione nazionale e sovranazionale con ripercussioni pregiudizievoli per i singoli cittadini. Di qui la necessità che a livello statale si recuperi la buona organizzazione e il buon andamento, per un corretto ed efficiente agire pubblico, evitando così “inefficienze paralizzanti” o “inadempimenti efficienti”, in cui il dipendente pubblico beneficia di una allocazione del rischio di “inadempimento”, qualora eserciti un contegno omissivo, piuttosto che proattivo.

La responsabilità della pubblica amministrazione costituisce uno dei grandi temi del diritto amministrativo, da sempre oggetto di interesse degli studiosi. Il principio della responsabilità⁷ della pubblica amministrazione e dei suoi dipendenti si è affermato solo gradualmente nel nostro come in altri ordinamenti giuridici. Sin dai primi arresti giurisprudenziali favorevoli al riconoscimento della responsabilità della Pubblica Amministrazione, si pose il problema dell'imputa-

⁷ M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, 1117, secondo il quale «non sono riferibili all'Amministrazione [...] le azioni che non provengono da soggetti i quali possano essere considerati agenti di essa, gli atti personali degli agenti (lettere e negozi privati), [...] gli atti viziati da incompetenza assoluta (straripamento di potere) e i comportamenti posti in essere volutamente (dolosamente) in violazione di norme proibitive (diversamente dall'opinione corrente nella dottrina francese, si ritiene che il fatto che costituisca reato doloso istituzionalmente non può essere ascritto all'Amministrazione)». Sul punto v. anche E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2004, 575; E. Greco, *La responsabilità civile dell'amministrazione e dei suoi agenti*, in Aa.Vv., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2003, 1741; M. Clarich, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione nel diritto italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, 1085.

zione di una tale responsabilità: era dibattuto se dei danni causati ai terzi dovesse rispondere la Pubblica Amministrazione o il dipendente che aveva posto in essere la condotta dannosa o, ancora, entrambi solidalmente, fatto salvo il diritto di regresso sul soggetto agente da parte del plesso amministrativo.

I due sistemi sono attualmente coesistenti in tema di imputazione della responsabilità dell'ente pubblico per l'illecito commesso dal proprio dipendente, l'uno fondato sul criterio del rapporto organico, l'altro fondato sul criterio del c.d. nesso di occasionalità necessaria, e la collocazione degli illeciti dei funzionari commessi in occasione dell'esercizio del potere in una tale dicotomia⁸.

Recentemente, un orientamento giurisprudenziale⁹ ha risolto il contrasto giurisprudenziale relativo alla sussistenza o meno della responsabilità civile della pubblica amministrazione per i danni cagionati dal fatto penalmente illecito del dipendente che, approfittando delle sue attribuzioni, abbia agito per finalità esclusivamente personali od egoistiche, estranee all'amministrazione di appartenenza, hanno affermato il seguente principio di diritto: « Lo Stato o l'ente pubblico risponde civilmente del danno cagionato a terzi dal fatto penalmente illecito del dipendente anche quando questi abbia approfittato delle sue attribuzioni ed agito per finalità esclusivamente personali od egoistiche ed estranee a quelle dell'amministrazione di appartenenza, purché la sua condotta sia legata da un

⁸ Per un esame *funditus* dell'argomento v., *ex multis*, S. Romano, *Organi*, in Id., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947; A. Romano, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.* 1998; Id., *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Torino, 1981, 1983, 95 ss.; Id., *Sono risarcibili: ma perché devono essere interessi legittimi?*, nota a Cass. civ., sez. un., n. 500/1999, in *Foro it.*, 1999, III, c. 3222 ss.; Id., *Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi ed opere pubbliche*, in *Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi*, *Atti del XLIII Convegno di Scienza dell'Amministrazione*, Varenna-Villa Monastero, 18-20 settembre 1997, Milano, 1998; Id., *La risarcibilità degli interessi legittimi: il parere di un rappresentante dell'accademia*, in *Temi romana*, 2000 fasc. 3, pt. 1, 1074-1083; E. Casetta, *Responsabilità della Pubblica Amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1997, 219 ss.; Id., *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1953; E. Scotti, *Liceità, legittimità e responsabilità dell'amministrazione*, Napoli, 2012; Id., *Appunti per una lettura della responsabilità dell'amministrazione tra realtà e uguaglianza*, in *Dir. amm.*, 2009, 3, 521 ss.; F. Satta, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1998, 1085; G.M. Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000; Id., *Giurisdizione esclusiva e affermazione della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Urbanistica e appalti*, n. 2, 2002, 199 e ss.; Id., *Principio di correttezza e responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Servizi Pubblici e Appalti*, 1, 2003, 122 ss.; Id., *Contratti e Responsabilità delle Pubbliche amministrazioni nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Torino, 2008. R. Garofoli, G.M. Racca, M. Palma, *La responsabilità della pubblica amministrazione e il risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003; F. Merusi, *La responsabilità dei pubblici dipendenti secondo la Costituzione: l'art. 28 rivisitato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1986, 41 ss.; E. Follieri (a cura di), *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Milano, 2004; A. Romano Tassone, *La responsabilità della p.a. tra provvedimento e comportamento*, in *Dir. amm.*, 2004, 2, 209 ss.; M. Santilli, *Il diritto civile dello Stato. Momenti di un itinerario tra pubblico e privato*, Milano, 1985, 145 ss.; M. C. Cavallaro, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, Torino, 2004; E. Ferrari, *Dall'illecito dell'ente pubblico al fatto amministrativo dannoso*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, Milano 1982, vol. I, 177-241.

⁹ E. Ferrari, *Dall'illecito dell'ente pubblico al fatto amministrativo dannoso*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, Milano 1982, vol. I, 177-241; Cfr. Cass. sez. un., 16 maggio 2019, n. 13246

nesso di occasionalità necessaria con le funzioni o poteri che il dipendente esercita o di cui è titolare, nel senso che la condotta illecita dannosa – e, quale sua conseguenza, il danno ingiusto a terzi – non sarebbe stata possibile, in applicazione del principio di causalità adeguata ed in base ad un giudizio controfattuale riferito al tempo della condotta, senza l'esercizio di quelle funzioni o poteri che, per quanto deviato o abusivo od illecito, non ne integri uno sviluppo oggettivamente anomalo». ¹⁰

Recentemente, le Sezioni Unite hanno sancito la coesistenza di due sistemi ricostruttivi, quello della responsabilità diretta, fondata sul solo rapporto organico, e quello della responsabilità indiretta o per fatto altrui, fondata, al contrario, sul mero c.d. nesso di occasionalità necessaria. Ciascuno di essi viene in considerazione a seconda del tipo di attività della p.a. posta in essere: quella di tipo autoritativo, estrinsecazione del potere pubblicistico, o quella meramente materiale, equipa-

¹⁰ Un primo orientamento, fondato sui criteri pubblicistici di imputazione dell'illecito, riteneva che la responsabilità dello Stato o degli enti pubblici per il fatto illecito dei loro dipendenti o funzionari fosse diretta e sussistesse esclusivamente in caso di attività corrispondente ai fini istituzionali. In virtù del rapporto organico, quella attività doveva essere imputata direttamente all'ente ai sensi del combinato disposto degli artt. 2043 cod. civ. e 28 Cost. L'agire del dipendente per finalità esclusivamente personali ed egoistiche recideva il rapporto organico ed escludeva pertanto la responsabilità dell'ente, facendo residuare la sola responsabilità del dipendente per fatto proprio. Contraddittoriamente si invocava al contempo il c.d. nesso di occasionalità necessaria, anch'esso ricondotto al combinato disposto degli artt. 28 Cost. e 2043 cod. civ.; ai fini della sua sussistenza si riteneva sufficiente che le funzioni svolte per l'amministrazione avessero determinato, o anche soltanto agevolato, la realizzazione del fatto lesivo. Codesto nesso veniva considerato sussistente tutte le volte in cui il pubblico dipendente non avesse agito come semplice privato per fini esclusivamente personali e del tutto estranei all'amministrazione, ma avesse tenuto una condotta anche solo indirettamente ricollegabile alle attribuzioni assegnate all'agente dalla p.a. di appartenenza, finanche quando il dipendente, svolgendo un'attività diretta al perseguimento di finalità proprie della stessa p.a., perseguisse contestualmente e in maniera non esclusiva interessi personali o commettesse abusi. Tuttavia, si diceva che «solo quando il dipendente agisca come un semplice privato, per un fine strettamente personale ed egoistico, che si riveli assolutamente estraneo all'Amministrazione, o contrario ai fini che questa persegue, ed escluda ogni collegamento con le attribuzioni proprie dell'agente, [...] cessa il rapporto organico fra l'attività del dipendente e la P.A.», cfr. Cass. civ., sez. III, 10 ottobre 2014, n. 21408; Id., 29 dicembre 2011, n. 29727. Si considerava dunque il rapporto organico e il nesso di occasionalità necessaria alla stregua di due presupposti della responsabilità della p.a. per l'illecito commesso dal proprio dipendente sostanzialmente coincidenti e interrotti alle medesime condizioni. Ciò presupponeva la necessità di ravvisare in capo alla p.a. di appartenenza una colpa in vigilando o in eligendo rispetto al dipendente autore dell'illecito ex art. 2043 cod. civ. Un secondo orientamento riteneva sussistente la responsabilità indiretta dello Stato o dell'ente pubblico in presenza di un nesso di occasionalità necessaria tra la condotta illecita del dipendente e le funzioni attribuitegli. A suo sostegno si richiamavano i criteri di imputazione privatistici sanciti dall'art. 2049 cod. civ.: la responsabilità del preponente pubblico, al pari di quello privato, era considerata una responsabilità oggettiva per fatto altrui concorrente con quella del preposto, che rispondeva per fatto proprio nei limiti del dolo o della colpa grave. L'agire per finalità esclusivamente personali ed egoistiche del dipendente non era considerato motivo di rescissione del nesso di occasionalità necessaria. Pertanto, l'ente rispondeva dell'illecito ai sensi dell'art. 2049 cod. civ. Così Cass. civ., sez. III, 12 marzo 2008, n. 6632; Id., sez. I, 20 marzo 1999, n. 2574. Si finiva per attrarre nell'ambito della responsabilità del datore di lavoro qualsiasi fatto illecito ascrivibile ai lavoratori comunque connesso al contesto lavorativo, mentre il preponente non veniva gravato delle conseguenze di un fatto posto in essere dal preposto al di fuori dell'espletamento delle incombenze demandategli e per un fine del tutto estraneo all'adempimento di queste ultime. Così Cass. civ., sez. III, 22 maggio 2001, n. 14096.

rata all'attività di qualsiasi altro privato. Nel primo caso sussiste il rapporto organico ed è perciò integrato il presupposto della responsabilità diretta *ex art. 28 Cost.*

Nel secondo caso può sussistere il nesso di occasionalità necessaria e l'ente risponde, se del caso, *ex art. 2049 cod. civ.*¹¹.

Le Sezioni Unite hanno così superato la rigida alternatività, con rapporto di mutua esclusione, fra il criterio di imputazione pubblicistico o diretto e quello di imputazione privatistico o indiretto.

Tale assunto prende le mosse dal disposto di cui all'art. 28 Cost. Esso non preclude l'applicazione della normativa del Codice civile, piuttosto essendo finalizzato ad escludere l'immunità dei funzionari per gli atti di esercizio del potere pubblico e ad affermare la concorrente responsabilità della p.a. e del suo dipendente.

La responsabilità della p.a., secondo una prima ricostruzione, è stata ammessa in forza del criterio di imputazione privatistico basato sull'«esercizio delle incombenze a cui i c.d. preposti sono adibiti».

A ciò corrisponde il modello teorico fondato sulla piena parificazione tra soggetto pubblico e privato.

Una tesi ermeneutica dottrinale ha tentato di verificare la tenuta di una tale soluzione rispetto alle situazioni in cui il funzionario commette il fatto in occasione dell'esercizio del potere. Si è indagato sulla sussistenza di ragioni che giustificano l'inapplicabilità del modello generale della responsabilità civile in casi siffatti.

L'impiego del criterio di imputazione privatistico ha ampliato i confini della responsabilità della pubblica amministrazione ed ha superato l'orientamento giurisprudenziale secondo cui l'agire del dipendente per finalità esclusivamente personali ed egoistiche recide il rapporto organico ed esclude la responsabilità dell'ente, facendo residuare la sola responsabilità del dipendente per fatto proprio.

Un tale superamento incide negativamente sulle esigenze di tutela delle finanze pubbliche, ricorrentemente invocate come valore costituzionalmente protetto da bilanciare con il diritto al risarcimento del danno¹².

¹¹ R. Alessi, *L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*, Milano, 1972; E. Cannada Bartoli, *Introduzione alla responsabilità della Amministrazione pubblica*, in (a cura di) E. Cannada Bartoli, *La responsabilità della Amministrazione pubblica*, Torino, 1976; A. Torrente, *La responsabilità indiretta della Amministrazione pubblica*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, 278 ss., che ravvisavano una responsabilità indiretta dell'ente pubblico solo nel caso di attività materiale dei dipendenti pubblici

¹² D. Sorace, *Il risarcimento dei danni da provvedimenti amministrativi lesivi di interessi legittimi, comparando*, in (a cura di) G. Falcon, *Il diritto amministrativo dei paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Padova, 2005, 240, 247. Già F. Satta, *Responsabilità della PA*, voce dell'*Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1381, asseriva che il riconoscimento della responsabilità civile della PA avrebbe comportato un flusso di danni e quindi di costi non addebitabili alle casse dello Stato, oltre che un controllo di natura sociale, tradotto in termini giudiziari, dell'azione amministrativa che avrebbe travolto la ripartizione tradizionale dei poteri pubblici. Vedasi anche E. Ferrari, *Dall'illecito dell'ente pubblico al fatto amministrativo dannoso*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, Milano 1982, vol. I, 177-241

1.1. *Brevi cenni sul rapporto organico quale criterio di imputazione della responsabilità diretta e sul nesso di occasionalità necessaria quale criterio di imputazione della responsabilità indiretta*

Di «rete di protezione che non carichi la pubblica amministrazione di oneri economici eccessivi» parla spesso la dottrina al fine di giustificare una lettura restrittiva dell'istituto della responsabilità civile della p.a.

Secondo un filone dottrinale, tuttavia, le ragioni per le quali i vincoli di bilancio e lo stato delle finanze pubbliche non giustificano una siffatta lettura restrittiva della responsabilità della p.a.

Il criterio di imputazione pubblicistico fondato sull'art. 28 Cost¹³ in combinato disposto con l'art. 2043 cod. civ., delinea una responsabilità diretta dell'ente pubblico per fatto proprio, che trova il suo presupposto nel rapporto organico.

La ricostruzione ermeneutica che rinviene nell'art. 28 Cost. una responsabilità principale del dipendente ed una responsabilità sussidiaria dell'ente pubblico, aggredibile solo a seguito di infruttuosa escussione del dipendente, è stata da lungo tempo superata dalla dottrina maggioritaria, ormai concorde nel leggere nella norma una pari responsabilità solidale della persona giuridica e di quella fisica¹⁴, la c.d. teoria della doppia responsabilità concorrente.

La tesi superata valorizzava la lettera della legge (c.d. interpretazione restrittiva), che parla di « estensione» della responsabilità allo Stato e agli enti pubblici, mentre l'argomento da cui muove la tesi attualmente più accreditata è fondato sul

¹³ Sull'art. 28 Cost. in dottrina v., *ex multis*, S. Romano, *Organi*, cit.; R. Alessi, *La responsabilità della pubblica amministrazione nell'evoluzione legislativa più recente*, in *Rass. dir. pubbl.*, I, 1949; Id., *Responsabilità del pubblico funzionario e responsabilità dello Stato in base all'art. 28 della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951; C. Esposito, *La responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici secondo la Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951; M.S. Giannini, *Impiego pubblico (teoria e storia)*, in *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970; F. Merusi, *La responsabilità dei pubblici dipendenti secondo la Costituzione*, cit.; E. Casetta, *L'illecito degli enti pubblici*, cit.; M. Rusciano, *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, 1978; M.C. Cavallaro, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, Torino, 2004, 17 ss.; M. Benvenuti, *Art. 28*, in *Commentario alla Costituzione*, 2006. Per una dottrina più antica si veda L. Meucci, *Della responsabilità indiretta delle amministrazioni pubbliche*, in *Arch. giur.*, 1878, 352 ss.; C.F. Gabba, *Della responsabilità dello Stato per danno dato ingiustamente ai privati da pubblici funzionari nell'esercizio delle loro attribuzioni*, in *Foro it.*, 1881, I, 951 ss.; A. Bonasi, *La responsabilità dello Stato per gli atti dei suoi funzionari*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1886, 8; G. Vacchelli, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione ed il diritto comune*, Milano, 1892, 107 ss.; V.E. Orlando, *Saggio di una nuova teoria sul fondamento giuridico della responsabilità civile a proposito della responsabilità diretta dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, Milano, 1893, 247 ss.; O. Rannelletti, *Sulla responsabilità degli enti pubblici per atti illeciti dei loro commessi*, in *Foro it.*, 1898, I, 83; F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1901, 232 ss.; L. Presutti, *La responsabilità della pubblica amministrazione in relazione alle giurisdizioni amministrative*, in *La legge*, 1901, II, 141 ss.; S. Romano, *Principii di diritto amministrativo italiano*, 2ª ed., Milano, 1906, 59 ss.

¹⁴ M.S. Giannini, *Le obbligazioni pubbliche*, Roma, 1964; F. Merusi, *La responsabilità dei pubblici dipendenti secondo la Costituzione: l'art. 28 rivisitato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1986, 34 ss.; P. Rescigno, *Le obbligazioni della pubblica amministrazione (note minime di diritto privato)*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, 131

rapporto organico tra la persona fisica e quella giuridica: la struttura organizzativa dell'ente pubblico presuppone, necessariamente, l'agire per il tramite di una persona fisica, pertanto l'azione di quest'ultima deve essere ad esso direttamente imputata e l'atto del funzionario è considerato in tutto e per tutto atto della p.a.¹⁵

La teoria dell'organo fu elaborata dalla dottrina tedesca nella seconda metà del XIX secolo quale modello alternativo a quello della rappresentanza, ritenuta inadatta a realizzare l'imputazione allo Stato e, in generale, alle persone giuridiche pubbliche dell'attività dei loro funzionari: mentre in virtù del rapporto organico tanto l'atto quanto gli effetti sono imputati direttamente all'ente pubblico, in base alla rappresentanza, l'atto è imputato al rappresentante, i suoi effetti al rappresentato.

I modelli della rappresentanza necessaria e del rapporto organico hanno consentito all'ente pubblico di divenire operatore giuridico capace di compiere atti giuridici, apprestandogli qualità fisiche e psichiche che altrimenti non possiederebbe.

Il modello di imputazione giuridica dell'organo è stato nel tempo esteso a tutte le persone giuridiche, pubbliche e private, e persino agli enti di fatto, sì da interessare in definitiva tutte le figure soggettive diverse dalle persone fisiche.

Al riguardo Santi Romano affermava che il rapporto organico «riguarda l'esplicazione della funzione, vale a dire, la realizzazione dell'interesse pubblico per il quale l'organizzazione è prevista ed è riconosciuto il relativo potere, la potestà cioè di agire per la realizzazione di questo interesse». Tale modello viene difatti in rilievo con riguardo alla responsabilità legata all'esercizio del potere.

Più in particolare, secondo autorevole dottrina¹⁶ gli organi sono centri di imputazione di norme giuridiche; la tecnica organizzativa del rapporto organico implica che il comportamento viene «staccato» dal l'entità fisica che lo produce

¹⁵ V. per tutte Cass. civ., 5 gennaio 1979, n. 31. Sul rapporto di immedesimazione organica v. M.S. Giannini, *Impiego pubblico (teoria e storia)*, cit., nonché M. Rusciano, *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, 1978, spec. 119 ss. Da ultimo, S. Battini, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, 2000; P. Virga, *Diritto amministrativo*, Milano, 1999, I, 27. L'art. 28 Cost., accompagnato dalla previsione generale secondo cui i dipendenti pubblici rispondono dei danni solo se commessi con dolo o colpa grave (artt. 22 e 23 del t.u. 10 gennaio 1957, n. 3), rappresenta il punto di equilibrio tra la tesi accolta in Gran Bretagna e quella accolta in Germania: mentre nella prima si riconosce la responsabilità personale del dipendente pubblico, solo a certe condizioni estendibile dalla legge agli apparati al servizio dei quali egli opera, nella seconda vige di regola la responsabilità oggettiva indiretta dell'apparato. Il nostro ordinamento, che prevede una responsabilità solida e diretta tanto dell'ente pubblico, quanto del dipendente limitatamente al dolo e alla colpa grave, consente di bilanciare contrapposte esigenze: quella di assicurare un risarcimento integrale dei danni subiti dalla vittima e di scoraggiare il compimento di illeciti da parte dei dipendenti in vista della possibile rivalsa che l'ente pubblico può esperire nei loro confronti e quella di evitare il rischio di un eccesso di deterrenza, che faccia sorgere in capo ai dipendenti la c.d. «paura della firma», compromettendo l'efficacia dell'azione amministrativa. Al riguardo v. M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, II ed., 2013, 286. Sulla c.d. «amministrazione difensiva» v. F. Follieri, *Politica, burocrazia e buon andamento*, in *PA Persona e Amministrazione*, I, 2021, 89 ss.

¹⁶ G. Guarino, *L'organizzazione pubblica*, Varese, 1977, 91 ss.; v. al riguardo anche E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, XXI ed., Milano, 2019, 142 ss.; E. Ferrari, *Dall'illecito dell'ente pubblico al fatto amministrativo dannoso*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, Milano 1982, vol. I, 177-241.

per essere attribuito in modo diretto, immediato ed esclusivo al centro, così che risulta pienamente operante il principio generale secondo cui l'effetto giuridico segue il comportamento.

La rappresentanza legale, per contro, utilizza la dinamicità di un centro giuridico che già la possiede, il rappresentante, che imputa i soli effetti, non anche il comportamento, al centro privo di originaria dinamicità.

Si deroga così al principio generale secondo cui gli effetti seguono il comportamento.

Si è dibattuto per lungo tempo se il fatto illecito del dipendente compiuto nell'ambito dell'attività autoritativa fosse o meno imputabile all'ente secondo il modello del rapporto organico¹⁷ dell'art. 28 Cost. fornita dalla giurisprudenza e dalla dottrina attualmente dominanti dovrebbe accogliersi la soluzione favorevole, che ammette l'imputazione all'ente del fatto illecito del dipendente.

Tuttavia, con riguardo alla corretta identificazione del fattore interruttivo del rapporto organico, appaiono ancora attuali le parole di Santi Romano, secondo cui «la storia del concetto di organo, delle sue deviazioni e, diciamo pure, delle sue aberrazioni, può servire a dimostrare con quanta fatica e con quanta lentezza una categoria giuridica perviene talvolta alla sua limpida ed esatta definizione».

Non si può affermare che l'"organo" afferente il plesso Amministrativo agisca per conto o in nome della persona giuridica; è la persona giuridica che agisce, l'ente pubblico risponde direttamente per fatto proprio dell'illecito compiuto dal proprio dipendente. Solo qualora il dipendente agisca per perseguire un «fine privato ed egoistico, che si riveli assolutamente estraneo all'amministrazione», il

¹⁷ Dibattuta era l'imputabilità in capo alla persona giuridica dei fatti posti in essere dall'organo, primi tra tutti degli illeciti. Taluno ammetteva l'imputazione giuridica di tutti i comportamenti giuridicamente rilevanti che siano fatti umani, altri consideravano l'imputazione riguardante i soli atti. Nel primo senso A. Falzea, voce *Capacità (teoria generale)*, cit., 293-294; G. Greco, *La responsabilità civile dell'Amministrazione e dei suoi agenti*, in (a cura di); L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, *Diritto amministrativo*, cit., 1680 ss., secondo cui sia l'attività provvedimentale, sia l'attività materiale dei dipendenti pubblici risulta normalmente imputabile direttamente all'ente di appartenenza. Tuttavia, non è certo se l'imputazione dell'attività materiale debba essere spiegata sulla base del rapporto organico o di altri istituti, quali il rapporto d'ufficio, e nel caso dell'illecito l'A. prospetta l'eventualità di dover utilizzare i criteri autonomi scaturiti dalle norme che disciplinano l'illecito. In presenza di una responsabilità del dipendente per dolo e colpa grave, secondo l'A. il rapporto organico risulterebbe infatti spezzato e l'ente pubblico risponderebbe dell'illecito del dipendente non già ai sensi dell'art. 2049 cod. civ., ma dell'art. 28 Cost., letto secondo tale prospettiva in termini di responsabilità indiretta e oggettiva che si aggiunge e concorre solidalmente con quella propria del dipendente. A sostegno della tesi in esame v. anche G. Greco, *Argomenti di diritto amministrativo. Parte generale: i lineamenti essenziali del sistema*, Milano, 2010, 1, 34 ss.; G. Clemente di San Luca, *Lezioni di diritto amministrativo per il corso di base*, 3° ed., Napoli, 2012, 158 ss.; V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 94-95; M. Carrà, W. Gasparri, *Elementi di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 76 ss.; M.C. Cavallaro, *Immedesimazione organica e criteri di imputazione della responsabilità*, cit., spec. 41 ss. *Alla seconda tesi aderivano, in particolare*, M.S. Giannini, *Organi (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1981, 37 ss.; F.G. Scoca, *Le amministrazioni come operatori giuridici*, cit., 483-484, il quale richiama ai fini dell'imputabilità dell'illecito la disciplina codicistica di cui agli artt. 2046 e 2049 cod. civ., oltre che le regole speciali stabilite per gli enti pubblici dagli artt. 28 Cost. e 25 T.U. degli impiegati civili dello Stato.

nesso organico si interrompe e ciò impedisce di imputare la condotta dell'agente all'amministrazione di appartenenza.

In tal modo, secondo la dottrina, l'art. 28 Cost. assicura il rispetto del principio di legalità che permea l'azione amministrativa, in quanto tale principio postula la conformità dell'agire amministrativo rispetto alla legge, implicando un controllo anche giurisdizionale ed una reazione avverso condotte antiggiuridiche¹⁸.

La dottrina sottolinea come la nozione di «organo» sia tutt'oggi controversa e discussa. Taluno ha recentemente criticato la tradizionale associazione della teoria dell'organo alla *factio* dell'immedesimazione organica.

Si denuncia in particolare l'incostituzionalità di un modello di imputazione giuridica che dissolve e rende invisibile la persona fisica titolare dell'organo, in spreghio al primato che la persona umana riveste nella nostra Costituzione.

Si prospetta perciò una nuova lettura della teoria dell'organo, modello di imputazione giuridica da non abbandonare, ipotizzando una «teoria dell'organo senza immedesimazione organica» che sia coerente con la doppia imputazione, contestualmente in capo al funzionario e in capo all'ente, sottesa all'art. 28 Cost.: gli atti compiuti dall'organo dovrebbero considerarsi «oggetto di una doppia imputazione contestuale sia alla persona umana titolare dell'organo, sia all'ente pubblico per cui l'organo agisce, mentre gli effetti di tali atti verrebbero imputati all'ente pubblico»¹⁹.

Secondo una distinta ricostruzione ermeneutica, tuttavia, non vi è traccia del concetto di immedesimazione organica. Il rapporto organico è solamente una «tecnica» o un «modulo» di organizzazione che realizza la più ampia imputazione dei comportamenti.

La qualità di organo si collega ai rapporti tra più ordinamenti: l'organo è un ordinamento minore creato dall'ordinamento maggiore al quale quest'ultimo attribuisce la qualità di centro di imputazione non personificato.

¹⁸ Così L. Principato, *L'art. 28 Cost. e la responsabilità civile dell'amministrazione sanitaria*, cit., 1606 ss

¹⁹ In questi termini M. Monteduro, *Il funzionario persona e l'organo: nodi di un problema*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2021, 1, 49 ss., spec. 85 ss., che trae spunto dalla dottrina minoritaria di G. Miele, *Principi di diritto amministrativo*, Vol. I (2ª ristampa della 2ª edizione), Padova, 1966, 75-80 e dalle parole di G. Marongiu, *Funzionari e ufficio nell'organizzazione amministrativa dello Stato*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, Milano, 1987, secondo cui «le persone fisiche» sono «i veri e soli attori del diritto», 418 e 416. Dubbi sulla «tenuta del principio di immedesimazione organica, come criterio di imputazione della responsabilità» e sulla «persona fisica come protagonista dell'organizzazione» sono espressi rispettivamente da M.C. Cavallaro, *Immedesimazione organica e criteri di imputazione della responsabilità*, in *PA Persona e Amministrazione*, 1, 2019, 44 e 50 e da M. Bellavista, *La posizione organizzativa del responsabile del provvedimento e di quella del responsabile del procedimento*, in *PA Persona e Amministrazione*, 1, 2019, 385, dal primo Autore citato richiamati. Secondo B. Giliberti, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2020, 26 ss. l'unità fondamentale dell'organizzazione pubblica dovrebbe essere la persona fisica. *Contra* v. G. Tropea, *Amministrazione per fini pubblici e giurisdizione*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2021, 1, 319 ss., secondo cui si rischia di consolidare «una persistente antica anima oggettiva della procedura e del giudizio amministrativo», spec. 323 e 354.

Tale qualità è sempre una creazione del diritto, ma ciò che contraddistingue gli organi dagli altri centri di imputazione è il riferimento diretto dei suoi comportamenti all'ordinamento maggiore.

In ragione del c.d. «principio del riferimento ogni effetto giuridico deve, direttamente o indirettamente, far capo ad un soggetto giuridico; gli effetti giuridici riferiti ai centri non personificati, di conseguenza, devono riferirsi sempre e necessariamente anche ad una persona c.d. giuridica».

A fornire la dinamicità alle persone giuridiche è tuttavia sempre l'uomo, inteso come persona fisica: «anche se è immaginabile [...] che organo di una persona giuridica sia un'altra persona giuridica, alla fine, talvolta dopo molti passaggi, deve sempre esservi, quale elemento dinamizzante, un uomo».

Infatti, senza le persone fisiche l'organizzazione non può funzionare.

La *fictio* dell'«immedesimazione organica», a lungo mitizzata, merita pertanto di essere abbandonata.

Al contrario, risulta ancora attuale la teoria dell'organo, da leggere quale mera tecnica di imputazione giuridica che non dissolve la persona fisica, ma che piuttosto esige che siano disciplinati i rapporti tra la persona giuridica e i titolari dell'organo.

La dottrina civilistica si è da tempo occupata del tema concernente la responsabilità *ex art.* 2049 cod. civ. del padrone e del committente per i danni arrecati dal fatto illecito dei suoi domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti. Gli approdi cui essa è giunta con riferimento al preponente privato, in quanto espressioni del principio generale della responsabilità civile, possono dirsi pienamente valevoli per il preponente pubblico allorché il dipendente sia autore di attività materiale, assimilabile in tutto e per tutto a quella posta in essere dal dipendente privato²⁰.

La responsabilità fondata sull'art. 2049 cod. civ. è una responsabilità oggettiva e indiretta per fatto altrui, che rinviene il suo presupposto nel c.d. nesso di occasionalità necessaria. Il criterio di imputazione di tale responsabilità non si ravvisa nella *culpa in vigilando* o nella *culpa in eligendo* del committente per avere scelto negligenzemente il soggetto di cui avvalersi o non aver correttamente vigilato sul suo operato. La mancata previsione di alcuna prova liberatoria esclude infatti che la norma possa configurare una responsabilità soggettiva per fatto proprio.

Al contrario, l'illecito viene imputato in capo al preponente per la mera ricorrenza del c.d. nesso di occasionalità necessaria, in quanto il fondamento di

²⁰ L'assenza, nel testo dell'art. 2049 cod. civ., di ogni riferimento alla colpa ha consentito alla dottrina di configurare una responsabilità oggettiva per le attività di impresa, fondate sul rapporto di lavoro subordinato che lega il dipendente all'imprenditore. V. in materia C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 329. In senso contrario v. R. Scognamiglio, *Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva*, in *Scritti giuridici*, I. *Scritti di diritto civile*, Padova, 1996, 407 e Id., *Responsabilità per fatto altrui*, in *Scritti giuridici*, cit., 457.

tale responsabilità si ravvisa nel criterio di allocazione del rischio del danno in capo al preponente.

Esso risponde alle esigenze generali dell'ordinamento giuridico, che impongono di prevedere regole atte ad assicurare la convivenza pacifica tra i consociati, e al principio *cuius commoda eius et incommoda*, in base al quale chiunque si avvale dell'operato altrui per il perseguimento dei propri fini risponde delle conseguenze dannose che da esso derivino in capo a terzi, indipendentemente se ciò sia la conseguenza di una scelta personale, come avviene per le persone fisiche, o di una necessità, come avviene per gli enti sovraindividuali.

Non solo il danneggiato non ha l'onere, come sarebbe di regola, di provare l'elemento soggettivo del preponente, ma neppure quest'ultimo può sottrarsi a responsabilità provando che alcuna negligenza, imprudenza o imperizia può essergli imputata.

In tal modo si assicura al terzo danneggiato una garanzia patrimoniale ulteriore, quella del preponente, che si presume essere più capiente di quella del preposto. Sarebbe altrimenti incoerente consentire al preponente di beneficiare degli effetti favorevoli derivanti dall'attività di preposizione e di rifiutare quelli sfavorevoli, in violazione del principio di solidarietà sociale sancito dall'art. 2 Cost.

Il «nesso di occasionalità necessaria» consiste in una peculiare relazione di causalità in virtù della quale, alla stregua del giudizio meramente controfattuale oggettivizzato *ex ante* proprio della causalità adeguata, la verifica del danno – conseguenza non sarebbe stata possibile senza l'esercizio dei poteri conferiti da altri, conferimento che assurge ad antecedente necessario anche se non sufficiente del danno.

Al fine di rinvenire o escludere la ricorrenza del suindicato nesso causale l'impossibilità della verifica del danno²¹ deve essere valutata in base alla regolarità causale atta a determinare l'evento, vale a dire in base alla sua normalità statistica, secondo l'*id quod plerumque accidit*, in quanto sviluppo non anomalo di attività rese possibili solo da quelle funzioni, attribuzioni o poteri. In tale ottica, notevole rilevanza assume la prevedibilità del danno conseguenza, quale costo della responsabilità, in termini di analisi economica del diritto.

Ne consegue che il preponente pubblico risponde indirettamente del fatto illecito commesso dal proprio funzionario o dipendente, ogni qual volta esso non

²¹ A tal riguardo Meucci affermava: « Qui non è più soltanto la colpa presunta per la coabitazione, per la sorveglianza e la direzione immediata, per la solidarietà domestica o familiare, e quasi per la materiale continenza di luogo: ma è qualche cosa di più largo, cioè la estensione della nostra garanzia e responsabilità a ciò che si fa anche fuori di casa nostra, bensì a nostro nome, nel nostro interesse e con nostro prestigio [...] e ciò per un principio di equità e di diritto generale, razionale e positivo, esser giusto e naturale che ognuno risenta gl'incomodi di là onde ritrae i vantaggi, e che non sia impunemente per nostra causa e negligenza danneggiato chi trattò con noi o colle persone scelte da noi, collocate sotto la nostra autorità e agenti a nome e nell'interesse nostro », cfr. L. Meucci, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Roma, ed. I, 1879, 306-307 e 310.

si sarebbe verificato senza l'esercizio delle funzioni, delle attribuzioni o dei poteri pubblicistici, quand'anche la condotta sia destinata a fini diversi da quelli istituzionali o persino contrari a quelli per i quali le funzioni o le attribuzioni o i poteri erano stati conferiti.

Al fine di ravvisare la responsabilità della p.a. *ex art.* 2049 cod. civ., in definitiva, le incombenze devono essere causa efficiente dell'illecito e della conseguente causazione del danno.

Il preponente può andare esente da responsabilità solo fornendo la prova dell'interruzione del nesso di occasionalità necessaria che lega le mansioni all'illecito (c.d. rischio elettivo).

La condotta abnorme del dipendente pubblico fa sì che il medesimo si accoli il rischio della causazione dell'evento. Diversamente, il dipendente pubblico si comporterebbe da *free rider*, abusando della propria posizione, con pregiudizio alla finanza pubblica.

Una siffatta allocazione dei rischi e delle responsabilità non sarebbe ottimale (c.d. ottimo paretiano), con conseguente disomogenea allocazione delle risorse pubbliche.

Quando le mansioni assegnate al preposto non abbiano in alcun modo agevolato la commissione dell'illecito, né era possibile per il preponente prevedere la condotta del preposto quale possibile sviluppo dei compiti affidati e prevenire la medesima mediante un'adeguata organizzazione dei propri rischi, il primo non ha beneficiato in alcun modo del comportamento del dipendente e non vi è più ragione di allocare in capo al medesimo soggetto ogni tipo di rischio abnorme ed eccezionale connesso alla altrui condotta.

Pur non essendo sempre necessario ravvisare la colpa a fondamento della responsabilità civile, in ragione della funzione prettamente compensativa, piuttosto che sanzionatoria, che essa generalmente riveste, il criterio di allocazione del rischio deve rispondere a criteri di coerenza, prevedibilità e ragionevolezza, al fine di scongiurare il rischio che chiunque possa essere chiamato a rispondere dei fatti altrui per mere casualità o scelte arbitrarie del legislatore.

Il nesso di occasionalità necessaria si interrompe, pertanto, per l'assoluta imprevedibilità e abnormità della condotta²² del preposto, quando il rapporto di preposizione cessa di essere «occasione necessaria» e diviene mera «occasione» dell'illecito.

²² Il criterio elaborato a tal fine dalla giurisprudenza invoca perciò un giudizio oggettivizzato di normalità statistica, riferita alle ipotesi in astratto definibili come «più probabili che non». Ciò in ossequio al criterio di accertamento della causalità materiale da utilizzare in sede civile secondo l'insegnamento della sentenza n. 576 del 2008 delle Sezioni Unite della Corte di cassazione. E. Ferrari, *Dall'illecito dell'ente pubblico al fatto amministrativo dannoso*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, Milano, 1982, vol. I, 177-241.

A tal fine non basta tuttavia il mero perseguimento di finalità egoistiche o la commissione di un reato oggettivamente prevedibili per il preponente. La dicotomia tra la responsabilità diretta dell'amministrazione per fatto proprio e la responsabilità indiretta per fatto del funzionario era già stata prefigurata da un'autorevole dottrina agli inizi del secolo scorso, secondo cui tale responsabilità «quando si dice contratta dall'amministrazione per fatto proprio s'intende per fatto dei suoi funzionari diretti compiuto negli stretti limiti prescritti alle loro funzioni, nella rappresentanza e a nome della amministrazione stessa, a differenza della indiretta, che è quella che contrae l'amministrazione per un fatto del funzionario che esce dallo scopo preciso e dagli effetti rigorosi della rappresentanza pubblica e riveste un carattere anormale e colposo».

L'autore aveva già rilevato che le regole proprie del diritto pubblico non possono trovare applicazione quando si discute di rapporti attinenti ai diritti dei soggetti, trovando la responsabilità per danni prodotti a terzi disciplina nelle regole di diritto comune.

Tuttavia, le Sezioni Unite con riguardo al problema inerente all'interruzione del nesso di occasionalità necessaria hanno sposato un orientamento che si allontana dalla precedente impostazione dottrinale: una prima tesi distingueva, in particolare, il perseguimento di interessi personali mediante l'usurpazione di facoltà di cui il dipendente fosse del tutto privo dal perseguimento dell'interesse dell'amministrazione mediante il mero abuso delle funzioni di cui il medesimo dipendente fosse titolare. Nel primo caso, si descrivevano i casi in cui l'atto era «incompetente»; conseguentemente, l'autore escludeva la responsabilità indiretta della pubblica amministrazione e riteneva responsabile il solo funzionario, nel secondo caso, quando l'atto era detto «eccessivo», l'autore ravvisava una siffatta responsabilità in concorso con la responsabilità diretta del funzionario.

Quella che oggi la giurisprudenza definisce «occasionalità necessaria», in quanto, al fine di riconoscere la responsabilità dell'amministrazione, l'atto del dipendente doveva riferirsi alle funzioni pubbliche attribuitegli e al loro scopo, non bastando una semplice occasionalità di tempo o di luogo.

Da ciò emerge la differenza di fondo tra i due concetti considerati, il primo inerente al rapporto di causalità che lega l'attribuzione delle mansioni all'agevolazione dell'illecito, rilevante sul piano dell'elemento oggettivo e concernente l'attività materiale, il secondo inerente allo scopo pubblico perseguito dal dipendente, rilevante sul piano dell'elemento soggettivo e concernente l'attività istituzionale.

Secondo le Sezioni Unite, invece, ciò che conta al fine di ammettere o escludere la responsabilità²³ indiretta dell'amministrazione, che si colloca nel solo

²³ V. in tal senso M. D'Aberti, *Attività amministrativa e diritto comune*, in (a cura di) U. Allegretti, A. Orsi Battaglini, D. Sorace, *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giuri-*

ambito dell'attività materiale, non è l'interesse soggettivo perseguito dal dipendente (c.d. teoria soggettiva), ma il nesso oggettivo (c.d. teoria oggettiva o obiettiva) che lega le funzioni attribuite alla condotta illecita che è causa dell'evento dannoso: la distinzione tra responsabilità diretta e indiretta della p.a. corrisponde sostanzialmente alla distinzione, rispettivamente, tra illecito aquiliano²⁴ compiuto dal dipendente nell'esercizio dell'attività istituzionale e illecito aquiliano compiuto dal medesimo dipendente nell'esercizio dell'attività materiale.

La responsabilità diretta dell'amministrazione deriva, pertanto, solamente dai contratti stipulati in suo nome dai funzionari pubblici, unico caso in cui essa si obbliga per fatto proprio per il tramite dei suoi dipendenti che agiscono nei limiti del loro mandato e per lo scopo proprio della loro funzione.

I loro fatti colposi determinano la responsabilità dell'amministrazione da inadempimento contrattuale, che non solo è diretta, ma finanche esclusiva

sprudenza, Rimini, 1987; Id., *La partizione pubblico privato esiste ancora?*, in (a cura di) F. Spantigati, *Sulle trasformazioni dei concetti giuridici per effetto del pluralismo*, Napoli, 1998; Id., *Intervento al Seminario: "Il grande abisso fra diritto pubblico e diritto privato. La comparazione giuridica e la contrazione dello Stato"*, in *Nomos*, 2000, n. 1, 72 ss.; Id., *Il diritto amministrativo fra ordinamento comunitario e diritto comune metaeuropeo*, in (a cura di) N. Greco, P. Biondini, *Diritto e amministrazione pubblica nell'età contemporanea*, Roma, Scuola superiore della pubblica amministrazione, 2001, 2-37; Id., *Diritto amministrativo e diritto privato: nuove emersioni di una questione antica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2012, 1019 ss.; da ultimo v. G.P. Cirillo, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Milano, 2018.

²⁴ Vero è che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 235 del 2014, ha statuito che il principio di integrale riparazione del danno non gode di una garanzia costituzionale, tanto che il legislatore ordinario può talvolta ridurre l'entità del risarcimento riconosciuto al danneggiato senza con ciò trasformarlo in un ristoro solamente simbolico. Ciò è tuttavia condizionato dalla presenza di interessi pubblici da preservare, che nel caso sottoposto all'esame della Consulta sono stati ravvisati nell'interesse a mantenere basso il livello dei premi assicurativi. La Corte mostra in tale occasione di tenere in debita considerazione gli effetti sistemici che l'eventuale declaratoria di incostituzionalità dell'art. 139 del Codice delle assicurazioni private, d.lgs. n. 209 del 2005, produrrebbe: tale norma prevede un tetto massimo per il risarcimento del danno non patrimoniale da responsabilità civile automobilistica riferita alle lesioni di lieve entità, sospettata di illegittimità costituzionale per violazione del principio di eguaglianza rispetto al danno risarcibile in conseguenza di una differente fonte illecita. La Corte ha affermato che la natura obbligatoria del sistema assicurativo da r.c. auto rende indispensabile una limitazione del risarcimento, dal momento che, secondo la logica della socializzazione del rischio, il risarcimento assicurato alle vittime della strada viene riversato sui consociati chiamati al pagamento dei premi assicurativi. Un risarcimento pieno comporterebbe un innalzamento del livello dei premi assicurativi che rischierebbe di rendere l'assicurazione obbligatoria in questione inaccessibile per i consociati in condizione di indigenza economica. Un interesse pubblico di tal genere, che consente di limitare il risarcimento del singolo in ragione dell'interesse generale alla luce degli effetti sistemici che l'eliminazione della norma incriminata produrrebbe sulla generalità dei consociati, non sembra ravvisabile nell'eventuale disapplicazione dell'art. 2049 cod. civ. nei confronti dei preponenti pubblici. Una tale disapplicazione non può infatti essere invocata in ragione della mera natura pubblica del soggetto chiamato a rispondere dell'illecito commesso dal dipendente, tanto alla luce della totale mancanza di interessi pubblici da preservare nello svolgimento dell'attività materiale della p.a., quanto alla luce della inidoneità delle ragioni di finanza pubblica a sorreggere una soluzione di segno opposto. Altrimenti sarebbe pregiudicata la generalità dei consociati, sempre chiamata a sopportare il rischio dei danni derivanti da qualsiasi attività della p.a., senza che ciò risponda a canoni di prevedibilità o di razionale allocazione del rischio rispondente al tipo di attività intrapresa da ciascun consociato. Più che una considerazione in chiave sistemica dell'interesse generale, si avrebbe in tale eventualità un'esaltazione dell'interesse puntuale dell'amministrazione, con un ritorno alla logica dei privilegi della p.a.

dell'amministrazione. La responsabilità dell'amministrazione è invece indiretta quando questa si obbliga per il fatto dei suoi agenti, autori di illeciti civili che eccedono lo scopo della funzione, ma che sono realizzati nell'esercizio dell'incarico institorio affidato dall'amministrazione. In codesto caso la responsabilità è secondo l'autore propria anche dell'ente, in quanto essa è mossa dal suo scopo e dal suo interesse, e concorre con la responsabilità diretta del funzionario colpevole verso il terzo.

Infine, una ricostruzione dottrinale esclude del tutto la responsabilità dell'amministrazione nel caso in cui il dipendente si renda autore di un delitto doloso, in quanto questo «non può avere menomamente rapporto allo scopo per cui l'ente ebbe dalla legge la sua giuridica esistenza».

È evidente che tale tesi non poteva avere ancora contezza della teoria del rapporto organico, che consente di qualificare come diretta anche la responsabilità dell'amministrazione derivante dall'illecito del dipendente che agisca come suo organo nell'esercizio delle funzioni pubbliche e non solo quella derivante da contratto, la quale vincola certamente il solo ente medesimo.

1.1.1 *Il paradigma della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione: la fictio del "contatto sociale"*

L'amministrazione pubblica ed il proprio personale possono pacificamente incorrere, al pari di altri soggetti giuridici, nelle ordinarie forme di responsabilità civile.

La responsabilità civile viene comunemente intesa come quella forma di responsabilità che si traduce nel dovere di risarcire il danno arrecato per la lesione della sfera giuridica di un altro soggetto.

Sul piano normativo, giurisprudenziale e dottrinale, sono state operate delle fondamentali distinzioni all'interno del *genus* "responsabilità civile", ripartendo in primo luogo quest'ultima nella nota triade "responsabilità extracontrattuale", "responsabilità contrattuale" e "responsabilità precontrattuale": la prima, spesso definita responsabilità *aquiliana*, individua la produzione, dolosa o colposa, di un danno ingiusto ad altri, senza violazione di una preesistente obbligazione, ma frutto della mera inosservanza del generale dovere del *neminem laedere* (obbligo generico nei confronti dei consociati), e che obbliga a risarcire il danno *ex art. 2043 seg. c.c.*; la responsabilità *contrattuale* si configura invece come inadempimento²⁵ di una preesistente obbligazione tra le parti (obbligo specifico nei

²⁵ Cagionati dallo Stato, dalla pubblica amministrazione e dal fisco, Halley, 2008, 329; F. Fracchia, *Osservazioni in tema di responsabilità del dipendente pubblico e attività contrattuale* (nota a Cass., sez. II, 6 febbra-

confronti del creditore), che comporta l'applicazione delle regole dettate dagli art.1218 ss. c.c. , con un distinto e meno gravoso onere probatorio.

Per tale responsabilità si ritiene che debba rispondere, la sola p.a. e non anche il dipendente pubblico (che potrebbe rispondere però a titolo extracontrattuale del danno arrecato al terzo creditore)³; la responsabilità precontrattuale, applicabile anch'essa alla sola p.a. contraente (e non al singolo dipendente), individua infine le ipotesi di violazione del dovere di non ledere l'altrui libertà negoziale, ovvero delle norme che regolano la fase delle c.d. trattative negoziali la cui inosservanza si traduca in un danno per la controparte vanamente impegnatasi

io 1999 n. 1045), in *Foro it.*, 1999, I, 1194 e G. Morbidelli, *Della responsabilità contrattuale (e di quella "provvedimentale") dei dirigenti*, in *Dir. amm.*, 1999, f.2, 199 ss. Quest'ultimo attento studioso richiama diversi autorevoli indirizzi dottrinali tendenti ad escludere, in caso di inadempimento contrattuale della p.a., una responsabilità contrattuale del singolo dipendente, in quanto quest'ultimo non è parte del contratto e, come è noto, nella responsabilità contrattuale può incorrere solo chi è parte del rapporto, ovvero la sola p.a. Tuttavia, il dipendente materiale autore dell'inadempimento (es. ritardo in un lavoro, tardiva restituzione di un'area) potrà essere chiamato a rispondere, in base all'ampia portata dell'art. 28 cost., a titolo extracontrattuale del danno arrecato alla controparte, anche alla luce della ormai acquisita tutela extracontrattuale (c.d. esterna) del diritto di credito e della possibile concorrenza tra tutela contrattuale ed extracontrattuale del terzo leso. In deroga a tale generale principio della non responsabilità sul piano contrattuale dei singoli dipendenti, ma della sola p.a., il legislatore ha previsto alcune tassative eccezioni: il riferimento è all'art. 191, d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267, in cui è refluito l'art. 35, d.lgs. 25 febbraio 1995 n. 77 (riproduttivo, a sua volta, dell'analogo previgente art. 23, co. 4, d.l. 2 marzo 1989 n. 66 (conv.to in l. 24 aprile 1989 n. 144), secondo il quale in tema di assunzione di impegni e di effettuazione di spese da parte degli enti locali, qualora la richiesta di prestazioni e servizi proveniente da amministratore o funzionario dell'ente locale non rientri nello schema procedimentale di spesa tipizzato dal comma 3 della norma, non sorgono obbligazioni a carico dell'ente, bensì dell'amministratore o del funzionario, i quali rispondono con il proprio patrimonio, senza che sia esperibile azione di indebito arricchimento nei confronti dell'ente. In sintesi, al precedente regime (in cui, nelle ipotesi di nullità del negozio concluso dalla p.a. per effetto della violazione delle norme regolatrici della sua formazione, era esperibile nei confronti della suddetta p.a. l'azione di arricchimento senza causa, oltre, eventualmente, quella di responsabilità precontrattuale), si è sostituita, relativamente agli enti locali, la disciplina del d.l. n. 66 del 1989 (convertito in legge n. 144 del 1989, riprodotta nell'art. 35 del d.lg. n. 77 del 1995), ed oggi dell'art. 191, d.lgs. n. 267 del 2000, che ha sancito l'interruzione del rapporto di immedesimazione organica tra detti enti ed i loro funzionari o amministratori e regolato il rapporto tra questi ultimi ed i privati contraenti, facendo salva la validità del contratto, ma configurando il rapporto negoziale come intercorrente tra il privato e l'amministratore o il funzionario che abbia consentito la fornitura, ai fini della controprestazione e per ogni altro effetto di legge, con la conseguenza che è esclusa l'esperibilità dell'azione di indebito arricchimento nei confronti della p.a., data la sua natura sussidiaria. Sulla norma, *ex pluribus*, Cass., sez. II, 9 dicembre 2014 n. 21340; id., sez. VI, 23 gennaio 2014 n. 1391, entrambe in *Ced Cassazione*; id., sez. III, 14 novembre 2003 n. 17257, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, f. 11. La norma (nella sua originaria formulazione del d.l. 66 del 1989) ha retto anche il vaglio della Corte Costituzionale: v. C. cost., 24 ottobre 1995 n. 446, in *Foro it.*, 1996, I, 21, con nota di F. Caringella, *Sulla ratio della norma v. G. Morbidelli, op. ult. cit.*, 206 ss. La giurisprudenza ha però chiarito (Cass., sez. III, 31 maggio 2005, n. 11597, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, f. 5) che l'ente territoriale può riconoscere a posteriori i debiti fuori bilancio, con apposita deliberazione consiliare di riconoscimento del debito nei limiti degli accertati e dimostrati utilità ed arricchimento per l'ente stesso, nell'ambito dell'espletamento di pubbliche funzioni e servizi di competenza, fermo restando che, in caso di mancato riconoscimento, il rapporto contrattuale intercorre unicamente tra il terzo contraente e il funzionario o l'amministratore che ha autorizzato la prestazione e che costoro restano comunque soggetti all'azione diretta e rispondono delle obbligazioni irregolarmente assunte nei limiti della parte non riconosciuta mediante la procedura relativa alla contabilizzazione dei debiti fuori bilancio. Ogni valutazione circa l'opportunità di attivare il procedimento di riconoscimento dei debiti fuori bilancio e la ricorrenza dei presupposti di legge spetta all'amministrazione, senza alcuna possibilità di sostituzione da parte del giudice.

nella negoziazione, da risarcire ai sensi degli art. 1337 e 1338 c.c. anche davanti al giudice amministrativo nelle materie ad esse devolute. Tale orientamento valorizza, altresì, la clausola generale della solidarietà sociale (art. 2 Cost.) e della buona fede *lato sensu*.

Tali forme di responsabilità²⁶ possono tra loro concorrere quando coesistono i presupposti dell'inadempimento e dell'illecito civile, ovvero la lesione dell'interesse creditorio e di interessi protetti dalla vita di relazione. Come detto, al pari di qualsiasi altro soggetto giuridico, anche la pubblica amministrazione, e, nei limiti di seguito precisati, i propri dipendenti, possono incorrere in forme di responsabilità civile. Difatti, il vigente quadro normativo, sia a livello costituzionale (art. 28 e 113 cost.), sia a livello di fonti primarie (art. 2 e 4, l. 20 marzo 1865 n. 2248 all. E; art. 1218 e art. 2043 seg. c.c.; art. 22 seg., d.P.R. 10 genna-

²⁶ Sulla responsabilità precontrattuale in generale v. V. Tenore, *Le cinque responsabilità cit.*, 5 seg.; A.M. Chiesi, F. Merola, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 2012, 1429 ss.; v. R. Chieppa, R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, 2011, 720; V. D'Arpe, *La responsabilità contrattuale della p.a.*, in Viola, *I danni cagionati dallo Stato, dalla pubblica amministrazione e dal fisco*, Halley, 2008, 329; M. Corradino, *Il diritto amministrativo alla luce della recente giurisprudenza*, Padova, 2007, 795; M. Bianca, *Diritto civile. 3 Il contratto*, Milano, 2000, 155 ss.; sulla responsabilità precontrattuale della p.a., ipotizzabile anche a fronte dell'art. 4, L.A.C., dovendo il giudice sindacare il comportamento dell'amministrazione che agisca *iure privatorum* come corretto contraente e non già come corretto amministratore (v. Cass., 17 novembre 1978 n. 5323, in *Giust.civ.*, 1979, I, 32; id., sez. un., 4 agosto 1995 n. 8541, in *Giust.civ. Mass.*, 1995, 1479), v. C. Giurdanella, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *www.giustamm.it*, n. 12, 2005. In particolare, sussiste la responsabilità della p.a. a titolo di responsabilità precontrattuale *ex art.* 1337 c.c. nel caso in cui l'amministrazione, dopo avere indetto una gara di appalto e pronunciato l'aggiudicazione, dispone la revoca dell'aggiudicazione stessa e degli atti della relativa procedura per carenza delle risorse finanziarie occorrenti sacrificando gli affidamenti suscitati nell'impresa dagli atti della procedura di evidenza pubblica poi rimossi. Il risarcimento del danno va riconosciuto nei limiti dell'interesse negativo, rappresentato dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative e dalla perdita di ulteriori occasioni per la stipula con altri di un contratto almeno parimenti vantaggioso. Si pensi ancora a casi di omissione, dolosa o colposa, di atti necessari per la validità o efficacia di un contratto, o al recesso irragionevole da trattative in assenza di sopravvenienze di fatto o di diritto. In giurisprudenza, vedasi Cass., 20 marzo 2012 n. 4382, in *Ced. Cassazione* e id., sez. III, 10 giugno 2005, n. 12313, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, f. 6, secondo cui la responsabilità precontrattuale della p.a. è configurabile in tutti i casi in cui l'ente pubblico, nelle trattative con i terzi, abbia compiuto azioni o sia incorso in omissioni contrastanti con i principi della correttezza e della buona fede, alla cui puntuale osservanza anch'esso è tenuto, nell'ambito del rispetto dei doveri primari garantiti dall'art. 2043 c.c.; in particolare, se non è configurabile una responsabilità precontrattuale, per violazione del dovere di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. rispetto al procedimento amministrativo strumentale alla scelta del contraente, essa è configurabile con riguardo alla fase successiva alla scelta, in cui il recesso dalle trattative dell'ente è sindacabile sotto il profilo della violazione del dovere del "*neminem laedere*", ove sia venuto meno ai doveri di buona fede, correttezza, lealtà e diligenza, in rapporto anche all'affidamento ingenerato nel privato circa il perfezionamento del contratto. Spetta al giudice di merito accertare se il comportamento della p.a. abbia ingenerato nei terzi, anche per mera colpa, un ragionevole affidamento in ordine alla conclusione del contratto. In punto di giurisdizione, la recente sentenza dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato 5 settembre 2005, n. 6 (in *D&G - Dir. e Giust.*, 2005, f. 39, 99) ha chiarito che in base all'art. 6, l. n. 205 del 2000 sussiste la giurisdizione esclusiva del g.a. per tutte le controversie tra privato e p.a. riguardanti la fase anteriore alla stipula dei contratti di lavoro, forniture e servizi (la fase di evidenza pubblica rivolta alla scelta del contraente privato): e ciò sia che tali controversie concernano interessi legittimi, sia che riguardino diritti soggettivi. Sussiste quindi la giurisdizione esclusiva del g.a. per le controversie che riguardano la responsabilità precontrattuale della p.a. per il mancato rispetto da parte di quest'ultima delle norme di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. prescritte dal diritto comune.

io 1957 n. 3), non prevede alcuna esenzione o privilegio per la pubblicaamministrazione qualora arrechi un danno a terzi, intranei o estranei alla p.a., ed anzi si assiste nell'nostra realtà giudiziaria, come si preciserà nel prosieguo, ad una progressiva crescita dei giudizi risarcitori²⁷ nei confronti di enti pubblici, sia innanzi al giudice ordinario, sia innanzi al giudice amministrativo a seguito delle modifiche introdotte al previgente sistema dall'art. 7, l. 21 luglio 2000 n. 205⁹ e, successivamente, dagli art. 30 e 117 del codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104¹⁰).

In parallelo ai basilari interventi giurisprudenziali, la tematica della *responsabilità civile* è stata oggetto di una vastissima produzione dottrinale, che, oltre a vagliare profili teorico sistematici, quali la natura diretta o indiretta della stessa, ha opportunamente individuato ed analizzato le componenti strutturali dell'illecito civile della p.a.²⁸ (ossia la condotta, evento, nesso causale, elemento psicologico), ha classificato e sistematizzato le macro-tipologie di danno²⁹ ed ha vagliato le diverse reazioni risarcitorie³⁰ – per equivalente o in forma specifica – apprestate dall'ordinamento.

Sulla più ricorrente forma di responsabilità, quella extracontrattuale della pubblica amministrazione e dei suoi dipendenti occorre dunque soffermarsi nel prosieguo.

²⁷ Sulla responsabilità civile in generale e sulle sue tipologie, oltre alla tradizionale manualistica, è sufficiente il richiamo a P. Fava (a cura), *La responsabilità civile*, Milano, 2010; C. Salvi, *La responsabilità civile*, in *Trattato di Diritto Privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti*, Milano, 2005; P. Perlingeri, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2005, 639 ss.; C.M. Bianca, *Diritto civile*, V *La responsabilità*, Milano, 1994; F. Giardina, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1993.

²⁸ Secondo l'art. 22, d.P.R. 10 gennaio 1957 n.3 «L'impiegato che, nell'esercizio delle attribuzioni ad esso conferite dalle leggi o dai regolamenti, cagioni ad altri un danno ingiusto ai sensi dell'art. 23 (cioè con dolo o colpa grave, n.d.a.) è personalmente obbligato a risarcirlo. L'azione di risarcimento nei suoi confronti può essere esercitata congiuntamente con l'azione diretta nei confronti dell'Amministrazione qualora, in base alle norme ed ai principi vigenti dell'ordinamento giuridico, sussista anche la responsabilità dello Stato. L'amministrazione che abbia risarcito il terzo del danno cagionato dal dipendente si rivale agendo contro quest'ultimo a norma degli articoli 18 e 19. Contro l'impiegato addetto alla conduzione di autoveicoli o di altri mezzi meccanici l'azione dell'Amministrazione è ammessa solo nel caso di danni arrecati per dolo o colpa grave». Si rammenta che il disposto degli art. 22 seg., d.P.R. n. 3 del 1957 è ancora vivo e vitale anche dopo la c.d. privatizzazione del rapporto di pubblico impiego in virtù dell'espresso richiamo alla disciplina sulle responsabilità previgente alla "depubblicizzazione" del rapporto di lavoro con la p.a. operato dall'art. 5, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, secondo cui «Per i dipendenti di cui all'articolo 2, comma 2, resta ferma la disciplina attualmente vigente in materia di responsabilità civile, amministrativa, penale e contabile per i dipendenti delle amministrazioni pubbliche».

²⁹ Tra i contributi sul codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104), v. P. D'Angelo, *Accertamento dell'illegittimità (a fini risarcitori) senza esito di annullamento*, in *Corr.Merito*, 2012, 2, 201; C. Mignone, *Giustizia amministrativa*, Padova, 2012, 109; F. Caringella, *Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, 2010; G. Palligiano, U. Zingales, *Il codice del nuovo processo amministrativo*, Milano, 2010; A. Pajno, G. Pellegrino, *Codice del processo amministrativo*, Rimini, 2010.

³⁰ Sul punto M. Bianca, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, cit., 551 ss.

Va poi segnalato che alcuni orientamenti giurisprudenziali³¹ tendono ad estendere alla pubblica amministrazione la responsabilità da *contatto sociale*, quando il comportamento dell'amministrazione (tenendo conto dell'immediata percepibilità del canone di corretta condotta) sia da qualificare come negligente o imprudente secondo i parametri dell'azione amministrativa di cui all'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241, i quali implicano il corretto sviluppo procedimentale e la legittima emanazione del provvedimento finale, salvo errore scusabile.

Tanto comporta che la responsabilità³² dell'amministrazione pubblica per lesione di interessi legittimi non del tutto coincide con quella extracontrattuale³³, sussistendo anche profili rilevanti, in particolare, in riferimento alla componente dell'*onus probandi*, assimilabili a quelli della responsabilità contrattuale³⁴. Ciò si

³¹ V. Cons. Stato, sez. VI, 30 dicembre 2014 n. 6421; id., sez. VI, 4 luglio 2012, n. 3897, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*.

³² L'azione risarcitoria innanzi al g.a. è stata ritenuta costituzionalmente legittima da C.cost., 6 luglio 2004 n.204 (in *www.cortecostituzionale.it* e in *Foro it.*, 2004, I, 2594), che ha stralciato dalla previsione dell'art. 34 del decreto legislativo n. 80 del 1998 (nella versione di cui alla legge n. 205 del 2000) il termine «*comportamenti*», devolvendo al giudice ordinario la cognizione delle liti relative a diritti soggettivi provocate da condotte materiali dell'amministrazione e lasciando al giudice amministrativo le liti per danni da provvedimenti dannosi o da mancata (o tardiva) adozione di provvedimenti. Sulla generale giurisdizione ordinaria in materia risarcitoria e sulla eccezionale giurisdizione amministrativa in caso di danni derivanti da provvedimenti amministrativi (o dall'omissione di atti dovuti) v. Cass., sez. un., 9 agosto 2001 n. 10979, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1583. Sulla giurisdizione risarcitoria del g.a., sia nelle materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva che in quelle affidate alla sua giurisdizione di legittimità, si segnalano, tra gli studi anteriori alla novella della l. n.104 del 2010 F. De Felice, *Le tecniche di tutela del giudice amministrativo nei confronti dei comportamenti illeciti della p.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, f.4, 869 ss.; A. Pajno, *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, f.4, 965 ss.; F. Follieri, *Il modello di responsabilità per lesione degli interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del g.a.: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *www.giustamm.it*, f.12, 2005; Aa.Vv. (a cura di F. Caringella e M. Protto), *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Bologna, 2005.

³³ Come è noto, sulla natura della responsabilità (extracontrattuale) della p.a. si sono delineati due fondamentali indirizzi dottrinali: secondo una più risalente tesi, propugnata dal Caserta (*L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1953 ed ancora pervicacemente sostenuta in *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2004, 576 ss.), la stessa avrebbe natura *indiretta*, mentre secondo il prevalente, ed oggi univoco a livello giurisprudenziale, orientamento, va inquadrata quale responsabilità *diretta*. Oltre agli scritti citati nella precedente nota, per una felice sintesi sul dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla natura diretta ex art. 2043 cc. (tesi prevalente in dottrina ed univoca in giurisprudenza) o indiretta ex art. 2049 cc. (tesi isolata in dottrina) della responsabilità civile della p.a., si rinvia alla limpida nota di Serraino a Cass., sez. III pen., 11 giugno 2003, in *Foro it.*, 2004, II, 522.

³⁴ La responsabilità da contatto sociale qualificato è una particolare forma di responsabilità civile che prescinde dall'esistenza di un contratto inteso nel senso stretto del termine, laddove tra il danneggiato e il danneggiante sussista una particolare relazione sociale considerata dall'ordinamento giuridico idonea a determinare specifici doveri comportamentali non riconducibili al dovere generico di non ledere l'altrui sfera giuridica. Secondo parte della dottrina e la giurisprudenza, il contatto sociale qualificato deve essere annoverato tra gli atti o fatti idonei a produrre obbligazioni in conformità dell'ordinamento giuridico ex art. 1173 cod. civ. Ne deriva che, secondo tale orientamento, in virtù del principio dell'atipicità delle fonti delle obbligazioni di cui all'art. 1173 c.c., anche la violazione di obbligazioni specifiche che trovano la loro fonte (non già in un contratto ma) nel "contatto sociale qualificato" determina una responsabilità di tipo contrattuale. La speculazione dottrinale e giurisprudenziale intorno al concetto di responsabilità da contatto sociale qualificato ha finalità eminentemente garantista, atteso che riconducendo la responsabilità da contatto sociale nell'alveo della responsabilità contrattuale il soggetto danneggiato beneficia di indubbi vantaggi sotto il profilo della prescrizione (10 anni nella responsabilità contrattuale a fronte del termine di 5 anni previsto per la responsabilità extracontrattuale)

verifica in considerazione dell'interesse giuridicamente protetto al giusto procedimento amministrativo.

2. *La responsabilità extracontrattuale della p.a. La solidarietà passiva tra p.a. e suoi dipendenti e i limiti al principio: l'occasionalità necessaria e il "rischio elettivo"*

La principale peculiarità dell'illecito civile, e, in particolare, di quello extracontrattuale, qualora l'autore del danno sia una pubblica amministrazione è data, rispetto alla generale evenienza di una condotta illecita posta in essere da comuni soggetti privati, dal meccanismo della c.d. solidarietà passiva delineata dall'art. 28 cost., e dagli art. 22 seg., d.P.R. n. 3 del 1957: se a produrre un danno a terzi è un pubblico dipendente nell'esercizio di compiti istituzionali, del danno risponde anche l'ente di appartenenza.

La previsione, statuente una corresponsabilità tra datore di lavoro e lavoratore, trova nell'impiego privato un corrispondente nell'art. 2049 c.c., rispondente tuttavia ad una diversa finalità.

La *ratio* del coinvolgimento "pecuniario" della pubblica amministrazione³⁵ in caso di danni arrecati a terzi da propri dipendenti va ricercata nella evidente circostanza che lo Stato e gli altri enti pubblici non possono agire che a mezzo dei

e dell'onere della prova (si noti che, in virtù del principio della vicinanza della prova, nella responsabilità contrattuale può dirsi operante l'inversione dell'onere della prova, potendo il danneggiato limitarsi ad allegare l'inadempimento della controparte alla quale spetterà, invece, provare di avere adempiuto all'obbligazione. La casistica ha, tra i vari casi, riguardato: la responsabilità dell'insegnante per l'autolesione dell'allievo (la responsabilità dell'insegnante non ha natura extracontrattuale, bensì contrattuale, atteso che tra insegnante e allievo si instaura, per contatto sociale, un rapporto giuridico, nell'ambito del quale l'insegnante assume, nel quadro del complessivo obbligo di istruire ed educare, anche uno specifico obbligo di protezione e vigilanza, onde evitare che l'allievo si procuri da solo un danno alla persona); la responsabilità della banca per il pagamento dell'assegno non trasferibile a persona diversa dal beneficiario; la responsabilità del medico-chirurgo nei confronti del paziente (l'ente ospedaliero risponde a titolo contrattuale per i danni subiti da un privato a causa della non diligente esecuzione della prestazione medica da parte di un medico proprio dipendente ed anche l'obbligazione di quest'ultimo nei confronti del paziente, ancorché non fondata sul contratto, ma sul «contatto sociale», ha natura contrattuale, atteso che ad esso si ricolligano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso).

³⁵ M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, 1117, secondo il quale «non sono riferibili all'Amministrazione le azioni che non provengono da soggetti i quali possano essere considerati agenti di essa, gli atti personali degli agenti (lettere e negozi privati), gli atti viziati da incompetenza assoluta (straripamento di potere) e i comportamenti posti in essere volutamente (dolosamente) in violazione di norme proibitive (diversamente dall'opinione corrente nella dottrina francese, si ritiene che il fatto che costituisca reato doloso istituzionalmente non può essere ascritto all'Amministrazione)». Sul punto v. anche E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2004, 575; E. Greco, *La responsabilità civile dell'amministrazione e dei suoi agenti*, in Aa.Vv., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2003, 1741; M. Clarich, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione nel diritto italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, 1085; E. Ferrari, *Dall'illecito dell'ente pubblico al fatto amministrativo dannoso*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, Milano 1982, vol. I, 177-241.

propri organi, il cui operato non è di soggetti distinti, ma degli enti stessi in cui essi s'immedesimano: ed è in virtù di tale rapporto organico che la responsabilità derivante dalla loro attività risale appunto alle persone giuridiche pubbliche delle quali sono espressione.

La normativa *de qua* sancisce una corresponsabilità anche del lavoratore: ma la scelta del costituente fu dettata, come è noto, dall'esigenza di pungolare il pubblico dipendente ad una più puntuale e diligente osservanza dei propri doveri, coinvolgendolo economicamente in prima persona in casi di danni arrecati a terzi nell'espletamento di compiti istituzionali.

Sta di fatto, come la ricca casistica giurisprudenziale ha da sempre evidenziato, che ben raramente venga evocato in giudizio risarcitorio personalmente il dipendente pubblico (civile o militare), preferendo il terzo danneggiato convenire il più solvibile datore di lavoro pubblico³⁶, che poi, all'esito di un pluriennale contenzioso, ha il dovere di rivalersi nei confronti del proprio dipendente segnalando la *notitia damni* (intervenuta condanna risarcitoria definitiva della p.a. in sede civile o amministrativa) alla Procura della Corte dei conti o attivando un'azione civile di danni innanzi all'a.g.o.³⁷

La giurisprudenza ha poi chiarito che la responsabilità della p.a. sussiste anche quando non sia possibile identificare il pubblico dipendente responsabile del danno. Tale disciplina è volta a tutelare la pretesa creditoria del privato; essa è indice del principio di *favor creditoris*, immanente nel nostro ordinamento, salve ipotesi eccezionali.

La responsabilità solidale della p.a. datrice di lavoro per condotte dannose verso terzi di propri dipendenti incontra un connaturato limite: la pubblica amministrazione può essere chiamata a rispondere di tali danni arrecati a terzi solo qualora il proprio dipendente li abbia arrecati nell'esercizio di compiti istituzionali o di compiti legati da "*occasionalità necessaria*" con compiti di istituto.

³⁶ La giurisprudenza ha però chiarito che il danneggiato che intenda proporre azione risarcitoria contro lo Stato per atti compiuti da funzionari o dipendenti nell'esercizio delle loro funzioni (art. 28 cost.) deve, pur essendosi determinato a promuovere la domanda nei confronti del solo Stato, esporre, nell'atto introduttivo del giudizio, tutti i fatti dannosi addebitabili al funzionario o dipendente in assenza di che (ed in conseguente assenza di qualsivoglia "*causa petendi*") la domanda non può dirsi legittimamente proposta: Cass., sez. I, 7 marzo 2002, n. 3283, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1544.

³⁷ La rivalsa dell'amministrazione innanzi alla Corte dei conti in caso di condanna tuttavia non sortisce quasi mai un reale recupero, con conseguente accollo in capo alla collettività dei danni risarciti dall'amministrazione e solo in minima parte refusi dal lavoratore: difatti in occasione delle inaugurazioni degli anni giudiziari della Corte dei Conti, i vari Procuratori generali hanno chiarito che delle condanne pronunciate dalla Corte si recupera concretamente meno del 10%, a causa della scarsa solvibilità del pubblico dipendente, notoriamente incapiente e tutelato da una legislazione di *favor* che impedisce aggressioni della retribuzione, della pensione e della buonuscita oltre il quinto. Ne consegue che il costo dei danni arrecati a terzi da pubblici dipendenti a terzi, dopo la condanna della p.a., non viene recuperato e resta a carico del Pubblico Erario.

La miglior dottrina³⁸ ha chiarito che tale “occasionalità necessaria” con compiti istituzionali viene meno qualora la condotta dannosa del dipendente sia frutto di comportamenti dolosi o egoistici e, in particolare, qualora questi si traducano in un illecito penale doloso, comportante, come tale, una cesura del rapporto organico con la p.a. che non può essere ritenuta corresponsabile di reati dolosi o di scelte (illecite, stravaganti, egoistiche) esclusivamente personali del lavoratore, in quanto il delinquere, almeno per la pubblica amministrazione, non è un compito istituzionale-pubblicistico, ispirandosi le scelte pubbliche a principi costituzionali di liceità, ancor prima che di legalità e buon andamento della p.a.

Si rileva, in ottica comparatistica, che, anche in altri ordinamenti, quale quello francese, la pubblica amministrazione non può essere chiamata a rispondere di *faute personnelle* dei propri dipendenti, ma di soli *faute de service*³⁹.

Alcuni recenti studi⁴⁰ hanno tuttavia evidenziato come un orientamento giurisprudenziale, pur condividendo in via di principio tale approdo dottrinale, che ha contribuito essa stessa a creare e consolidare⁴¹, così da farlo assurgere a “principio generale del diritto”, spesso, nelle concrete applicazioni, si discosta vistosamente dalla regola posta in via astratta, effettuando strappi applicativi nell’individuare la sussistenza della cennata occasionalità necessaria⁴².

³⁸ M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, 1117, secondo il quale «non sono riferibili all’Amministrazione [...] le azioni che non provengono da soggetti i quali possano essere considerati agenti di essa, [...] gli atti personali degli agenti (lettere e negozi privati), [...] gli atti viziati da incompetenza assoluta (straripamento di potere) e i comportamenti posti in essere volutamente (dolosamente) in violazione di norme proibitive (diversamente dall’opinione corrente nella dottrina francese, si ritiene che il fatto che costituisca reato doloso istituzionalmente non può essere ascritto all’Amministrazione)». Sul punto v. anche E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2004, 575; M. Clarich, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione nel diritto italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, 1085.

³⁹ Sulla distinzione tra *faute personnelle* e *faute de service* v. Cuocci, *Tutela dei singoli e responsabilità civile della p.a. nell’esperienza francese*, in F. Follieri (a cura di), *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Milano, 2004, 528 ss.

⁴⁰ V. Tenore, *Responsabilità solidale della p.a. per danni arrecati a terzi da propri dipendenti: auspicabile il recupero di una nozione rigorosa di occasionalità necessaria con i fini istituzionali*, in *Rass. Adv. Stato*, 2005, 1368 ss., a cui si rinvia per una puntuale ricognizione della dottrina e soprattutto della giurisprudenza che ha fatto (spesso distorta) applicazione del principio di occasionalità necessaria.

⁴¹ V. Tenore, *Responsabilità solidale della p.a.*, cit. e, in particolare, Cass., sez. VI, 15 dicembre 2000, n. 1269, in *Rass. Adv. Stato*, 2000, I, 344 con nota di A. Pluchino cit. e id. Cass., sez. III, 12 agosto 2000, n. 10803, in *Foro it.*, 2001, I, 3289 con nota di M.P. Giracca, secondo cui «[...] a tale riguardo, l’attività può essere riferita all’Ente se sia e si manifesti come esplicazione dell’attività di quest’ultimo, cioè tenda (pur con abuso di potere) al conseguimento dei suoi fini istituzionali, nell’ambito delle attribuzioni dell’ufficio o del servizio cui esso dipendente è addetto; e questo riferimento all’ente può venire meno solo quando il dipendente agisca come un semplice privato, per un fine strettamente personale ed egoistico, che si rilevi assolutamente estraneo all’amministrazione – o addirittura contrario ai fini che essa persegue – ed escluda ogni collegamento con le attribuzioni proprie dell’agente (così, sostanzialmente, Cass., 17 settembre 1997, n. 9260; Cass., 6 dicembre 1996 n. 10896; Cass., 13 dicembre 1995 n. 12786, Cass., 7 ottobre 1993 n. 9935, Cass., 3 dicembre 1991 n. 12960)».

⁴² E. Ferrari, *Dall’illecito dell’ente pubblico al fatto amministrativo dannoso*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, Milano 1982, vol. I, 177-241. Va comunque ribadito che il criterio della “occasionalità necessaria” va escluso in quattro ipotesi-tipo: qualora l’autore materiale non sia qualificabile come pubblico dipendente; qua-

3. *Conclusioni: tra politica del diritto e analisi economica del “costo” del fenomeno della responsabilità della P.A.*

Il criterio di imputazione privato basato sul nesso di occasionalità necessaria deve dirsi valevole per tutti i comportamenti materiali tenuti dai funzionari pubblici, compresi quelli commessi in occasione dell'esercizio del potere.

L'impossibilità di ricondurre siffatti comportamenti alla categoria dei comportamenti amministrativi collegati almeno mediamente all'esercizio del potere esclude infatti di poter ravvisare in tale esercizio del potere una ragione sufficiente a giustificare la disapplicazione delle regole comuni della responsabilità civile della pubblica amministrazione, aventi portata generale.

In nome di un generale principio di equiparazione tra datore di lavoro pubblico e datore di lavoro privato la piena applicazione della responsabilità civile di diritto comune in capo al primo comporta pertanto la possibilità per il medesimo ente di rispondere dell'illecito ai sensi dell'art. 2049 cod. civ.

Una tale parificazione non ha infatti ragione di essere esclusa in casi siffatti, dal momento che gli interessi pubblici o privati perseguiti nello svolgimento dell'attività istituzionale, rispettivamente dell'ente pubblico e di quello privato, non giustificano un diverso trattamento dell'attività non rientrante nel perseguimento di alcuno di quegli interessi, in quanto estranea alle funzioni proprie dell'ente.

Di certo, un diverso trattamento non potrebbe essere giustificato da ragioni ascritte alla tutela delle finanze pubbliche, dal momento che un argomento di tal genere è suscettibile di condurre sempre all'immunità della p.a. dalla responsabilità civile, con indebito sacrificio dei valori sanciti dalla nostra Costituzione e dalla Convenzione EDU.

L'art. 81 Cost. impone, infatti, agli amministratori di assumere responsabilmente gli impegni finanziari assicurando l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico⁴³, ma non legittima il sacrificio della tutela giurisdizionale dei diritti dei consociati.

lora il pubblico dipendente produca un danno con comportamenti o provvedimenti che siano espressivi di straripamento di potere (incompetenza assoluta); qualora il dipendente produca un danno con comportamenti o provvedimenti che attengano alla sua vita privata e/o che non abbiano alcun riferimento alla sua qualifica di pubblico dipendente (es. fuori dall'orario di servizio); qualora il dipendente, pur nell'esercizio di proprie funzioni (es. durante l'orario di servizio), agisca per finalità e motivazioni assolutamente incompatibili con le finalità istituzionali dell'ente di appartenenza.

⁴³ Così G. Rivoecchi, *La Corte dei Conti ai tempi del “Recovery Plan”: quale ruolo tra responsabilità amministrativa-contabile, semplificazioni e investimenti*, 11 agosto 2021, in www.federalismi.it, 16 ss, il quale, tuttavia, esprime perplessità sulla seconda parte del primo comma dell'art. 22 in esame, laddove collega l'eventuale accertamento di irregolarità gestionali o di ritardi nell'erogazioni di contributi alla responsabilità dirigenziale ai sensi dell'art. 21, co. I, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165; E. Ferrari, *Dall'illecito dell'ente pubblico al fatto amministrativo dannoso*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, Milano 1982, vol. I, 177-241. Per l'Autore, è opportuno e necessario un coinvolgimento della Corte dei conti nelle ipotesi in cui i controlli concomitanti riguardi-

Sono occorsi oltre cent'anni, ma finalmente le parole di Lorenzo Meucci hanno trovato un formale riconoscimento nella nostra giurisprudenza di legittimità: nessuno *jus singulare* nella responsabilità civile della pubblica amministrazione, per la quale, quanto meno in relazione all'attività materiale della p.a., opera interamente la disciplina di diritto comune. La soluzione adottata dalla sentenza delle Sezioni Unite qui considerata ha avuto come scopo quello di estendere i confini della responsabilità dell'ente pubblico per l'illecito commesso dal proprio dipendente, aderendo formalmente all'orientamento che esclude il rapporto organico ove il dipendente persegua esclusivamente fini personali, ma rinvenendo in tale circostanza il nesso di occasionalità necessaria.

Ciò si giustifica sul piano teorico in ragione della circostanza secondo cui i comportamenti commessi in occasione dell'esercizio del potere non richiedono al giudice di esaminare in concreto la legittimità o l'illegittimità del potere esercitato, che rimane fuori dal *thema decidendum* del giudizio risarcitorio, ma impongono di verificare se la commissione dell'illecito sia stata causalmente agevolata dalle attribuzioni conferite dal preponente pubblico. Occorre rilevare come sia immanente una ratio di protezione – quale “*safe harbor*” – della condotta attiva del dipendente pubblico, per non mortificare l'attività del medesimo.

A ciò fa da contraltare un restringimento del perimetro delle fattispecie di responsabilità del dipendente pubblico. Tale moderna intelaiatura del sistema di responsabilità, tuttavia, necessariamente, dovrà essere coordinata con i principi penalistici di matrice euro-unitaria, tra cui *ex multis* quello di tipicità, prevedibilità e contraddittorio.

Alla luce di una analisi economica del diritto, sembra, tuttavia, che tale orientamento della politica legislativa consenta una ottimale allocazione del costo della responsabilità (c.d. ottimo paretiano)⁴⁴ del dipendente pubblico “attivo”, anche in ragione della generale categoria della colpa grave e del peculiare sistema di rivalsa da parte dell'Amministrazione.

no la realizzazione dei programmi e l'impiego delle risorse e siano esercitati tenendo presente il parametro delle norme sull'equilibrio di bilancio e sull'efficiente impiego delle risorse del *Recovery plan*; viceversa non convince il coinvolgimento della Corte dei Conti nei procedimenti volti ad accertare la responsabilità dirigenziale.

⁴⁴ In un ottimo di Pareto non è possibile migliorare il benessere (c.d. utilità) di un soggetto, senza peggiorare il benessere degli altri soggetti (c.d. economia del benessere). L'ottimo paretiano è un concetto economico di valutazione dell'efficienza. Proprio tale valutazione in termini soggettivi pone il problema annoso del *free riding* e dei “giudizi di valore”. In una scatola di *Edgeworth* l'efficienza massima allocativa si verifica in un punto di contratto, ossia nel punto di tangenza tra le due famiglie di curve di indifferenza dei consumatori. In tale ottica, è peculiare la rilevanza della clausola generale di buona fede – quale regola di interpretazione del contratto e regola di condotta, con funzione eminentemente integrativa-precettiva, in combinato disposto con il principio di solidarietà sociale (art 1375 c.c. e 2 Cost).

Esso costituisce un *inducement*⁴⁵, ossia un meccanismo di coercizione indiretta⁴⁶, nei confronti del dipendente pubblico che ponga in essere una condotta

⁴⁵ P. Trimarchi, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2021; P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961; G. Calabresi, *Il futuro dell'analisi economica del diritto*, 1999, 32-39; A. Nicita e V. Scoppa, *Economia dei Contratti*, Bari, 2005; A. Nicita e M. Vatiere, *Towards a broader notion of transaction?*, in *Studi e note di economia*, 2007, 7-22.

⁴⁶ L'agire del dipendente per finalità esclusivamente personali ed egoistiche recideva il rapporto organico ed escludeva pertanto la responsabilità dell'ente, facendo residuare la sola responsabilità del dipendente per fatto proprio. Contraddittoriamente si invocava al contempo il c.d. nesso di occasionalità necessaria, anch'esso ricondotto al combinato disposto degli artt. 28 Cost. e 2043 cod. civ.; ai fini della sua sussistenza si riteneva sufficiente che le funzioni svolte per l'amministrazione avessero determinato, o anche soltanto agevolato, la realizzazione del fatto lesivo. Codesto nesso veniva considerato sussistente tutte le volte in cui il pubblico dipendente non avesse agito come semplice privato per fini esclusivamente personali e del tutto estranei all'amministrazione, ma avesse tenuto una condotta anche solo indirettamente ricollegabile alle attribuzioni assegnate all'agente dalla p.a. di appartenenza, finanche quando il dipendente, svolgendo un'attività diretta al perseguimento di finalità proprie della stessa p.a., perseguisse contestualmente e in maniera non esclusiva interessi personali o commettesse abusi. Tuttavia, si diceva che «solo quando il dipendente agisca come un semplice privato, per un fine strettamente personale ed egoistico, che si riveli assolutamente estraneo all'Amministrazione, o contrario ai fini che questa persegue, ed escluda ogni collegamento con le attribuzioni proprie dell'agente, [...] cessa il rapporto organico fra l'attività del dipendente e la P.A.», cfr. Cass. civ., sez. III, 10 ottobre 2014, n. 21408; Id., 29 dicembre 2011, n. 29727. Si considerava dunque il rapporto organico e il nesso di occasionalità necessaria alla stregua di due presupposti della responsabilità della p.a. per l'illecito commesso dal proprio dipendente sostanzialmente coincidenti e interrotti alle medesime condizioni. Ciò presupponeva la necessità di ravvisare in capo alla p.a. di appartenenza una *culpa in vigilando* o *in eligendo* rispetto al dipendente autore dell'illecito ex art. 2043 cod. civ. Un secondo orientamento riteneva sussistente la responsabilità indiretta dello Stato o dell'ente pubblico in presenza di un nesso di occasionalità necessaria tra la condotta illecita del dipendente e le funzioni attribuitegli. A suo sostegno si richiamavano i criteri di imputazione privatistici sanciti dall'art. 2049 cod. civ.: la responsabilità del preponente pubblico, al pari di quello privato, era considerata una responsabilità oggettiva per fatto altrui concorrente con quella del preposto, che rispondeva per fatto proprio nei limiti del dolo o della colpa grave. L'agire per finalità esclusivamente personali ed egoistiche del dipendente non era considerato motivo di recisione del nesso di occasionalità necessaria. Pertanto, l'ente rispondeva dell'illecito ai sensi dell'art. 2049 cod. civ. Così Cass. civ., sez. III, 12 marzo 2008, n. 6632; Id., sez. I, 20 marzo 1999, n. 2574. Si finiva per attrarre nell'ambito della responsabilità del datore di lavoro qualsiasi fatto illecito ascrivibile ai lavoratori comunque connesso al contesto lavorativo, mentre il preponente non veniva gravato delle conseguenze di un fatto posto in essere dal preposto al di fuori dell'espletamento delle incombenze demandategli e per un fine del tutto estraneo all'adempimento di queste ultime. Così Cass. civ., sez. III, 22 maggio 2001, n. 14096. Sul rapporto di immedesimazione organica v. M.S. Giannini, *Impiego pubblico (teoria e storia)*, cit., nonché M. Rusciano, *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, 1978, spec. 119 ss. Da ultimo, S. Battini, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, 2000; P. Virga, *Diritto amministrativo*, Milano, 1999, I, 27. L'art. 28 Cost., accompagnato dalla previsione generale secondo cui i dipendenti pubblici rispondono dei danni solo se commessi con dolo o colpa grave (artt. 22 e 23 del t.u. 10 gennaio 1957, n. 3), rappresenta il punto di equilibrio tra la tesi accolta in Gran Bretagna e quella accolta in Germania: mentre nella prima si riconosce la responsabilità personale del dipendente pubblico, solo a certe condizioni estendibile dalla legge agli apparati al servizio dei quali egli opera, nella seconda vige di regola la responsabilità oggettiva indiretta dell'apparato. Il nostro ordinamento, che prevede una responsabilità solidale e diretta tanto dell'ente pubblico, quanto del dipendente limitatamente al dolo e alla colpa grave, consente di bilanciare contrapposte esigenze: quella di assicurare un risarcimento integrale dei danni subiti dalla vittima e di scoraggiare il compimento di illeciti da parte dei dipendenti in vista della possibile rivalsa che l'ente pubblico può esperire nei loro confronti e quella di evitare il rischio di un eccesso di deterrenza, che faccia sorgere in capo ai dipendenti la c.d. «paura della firma», compromettendo l'efficacia dell'azione amministrativa. Al riguardo, v. M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, II ed., 2013, 286. Sulla c.d. «amministrazione difensiva» v. F. Follieri, *Politica, burocrazia e buon andamento*, in *PA Persona e Amministrazione*, 1, 2021, 89 ss.

attiva non gravemente colposa, quale corollario dei principi di buon andamento, efficacia, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), nonché degli equilibri di finanza pubblica (art. 81 Cost.). In tale prospettiva, assume rilevanza peculiare la clausola generale della buona fede e il principio di solidarietà sociale.

Il sistema della responsabilità civile della P.A., sulla scorta di un orientamento euro-unitario, consente di disegnare un assetto di interessi peculiare, in un'ottica di ottimale allocazione delle risorse economiche e finanziarie, nonché del rischio di "inadempimento", in riferimento *ex multis* agli obblighi informativi, alle regole di validità e alle regole di condotta della P.A. (c.d. ottimo paretiano)⁴⁷.

La responsabilità della P.A. – in via redistributiva-compensativa e, in parte, deterrente – alloca il rischio di "inadempimento" a carico dell'Amministrazione, fatti salvi casi peculiari.

Essa – in un'ottica di analisi economica del diritto – opera quale fonte di *inducement*, o mezzo di coercizione indiretta, nei confronti dell'Amministrazione, affinché adempia all'obbligazione di protezione e si comporti *ex bona fide*⁴⁸.

⁴⁷ Molti importanti dibattiti metodologici hanno accompagnato la crescita e l'evoluzione dell'analisi economica del diritto. Le tradizioni culturali di economisti e giuristi hanno prospettive diverse circa il ruolo da attribuire all'analisi economica nella scelta delle regole e nel disegno istituzionale. Durante la sua storia relativamente breve, il movimento della *law and economics* ha sviluppato tre distinte scuole di pensiero. Le prime due scuole, a cui spesso ci si riferisce come scuola "positiva" di Chicago e scuola "normativa" di Yale, si sono sviluppate quasi simultaneamente. La scuola "funzionale" di *law and economics*, che si è sviluppata successivamente, prende le mosse dalla teoria della *public choice* e dalla prospettiva della economia politica costituzionale della scuola della Virginia per offrire una terza visione che non è pienamente positiva né pienamente normativa. Il dibattito tra queste scuole offre importanti spunti per definire il ruolo appropriato dell'analisi economica nel processo legislativo ed istituzionale e per valutare i limiti dei metodi di calcolo delle preferenze sociali e del benessere aggregato nelle analisi politiche. Questi dibattiti hanno contribuito a far crescere l'interesse intellettuale verso l'analisi economica del diritto e alla diversificazione delle metodologie nell'analisi economica del diritto stessa.

⁴⁸ P. Rescigno, *Appunti sulle clausole generali*, in *Riv. Dir. Comm.*, Padova, 1998, 1-8; E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici: teoria generale e dogmatica*, Milano, 1949, 1971, 152-154, 159; S. Tafaro, *Buona fede ed equilibri degli interessi nei contratti*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Vol. III, *Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese*, IV, Padova, 2003; E. Ferrari, *Dall'illecito dell'ente pubblico al fatto amministrativo dannoso*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, Milano 1982, vol. I, 177-241. Tale esigenza trova riscontro nell'art. 1362 c.c. che stabilisce che nell'interpretazione del contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole. F. Rosselli, *Il controllo della cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Jovene, Napoli, 1983, che ritiene che le clausole generali siano norme elastiche e la elasticità dipenderebbe proprio dal profilo della "eccedenza assiologica"; ed ancora A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1999, 47, secondo il quale le clausole generali sarebbero i "polmoni vitali dell'ordinamento". Insistono sulla capacità di adeguare per mezzo delle clausole generali il diritto alla specificità del caso, A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1999: "buona fede, buon costume diligenza, obbligano ad una valutazione di specifica riferibilità al singolo caso che nella sua concretezza e specificità è sempre refrattario a farsi comodamente inquadrare nelle rigide descrizioni delle fattispecie legali; secondo E. Ruoppo, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 2001, 29, concetti del genere non hanno un significato buono una volta per tutte perché ricevono il loro senso dal clima sociale e culturale dell'ambiente in cui devono essere applicate; questo esalta il ruolo dell'interprete che, per individuare il precetto, è chiamato a fare da "mediatore" tra il testo normativo e la realtà sociale. Secondo A. Di Majo, *Limiti ai poteri privati*, op. cit., 346, quello del richiamo ai principi di buona fede e correttezza, tuttavia,

L'economia comportamentale, così come la buona fede precettiva⁴⁹, in tale pro-

è un richiamo che può definirsi abbastanza desueto nella nostra pratica del diritto. È nota infatti la tradizionale diffidenza dei giudici verso l'impiego di clausole generali dato il loro elevato margine di genericità e di indeterminazione. Ciò che si teme è la decisione politica e/o comunque la decisione difficilmente controllabile in base a parametri oggettivi. Tuttavia un grande riconoscimento giurisprudenziale della buona fede e correttezza come oggetto di un vero e proprio dovere giuridico si è avuto con la sentenza della Suprema Corte n. 89 del 5 gennaio 1966 la quale ha sostenuto che la buona fede intesa in senso etico come requisito della condotta, forma oggetto di un vero e proprio dovere giuridico che viene violato non solo nel caso in cui una delle parti abbia agito con proposito doloso di creare pregiudizio; ma anche quando il comportamento non sia stato improntato alla schiettezza, alla diligente correttezza e al senso di solidarietà sociale che integrano il contenuto della buona fede. Mentre per buona fede "soggettiva" si intende lo stato psicologico di un soggetto ovvero la sua percezione della realtà, che si atteggiava di volta in volta: come erronea convinzione di agire in conformità del diritto, come ignoranza di ledere un diritto altrui, come affidamento in una situazione apparente ma diffidente dalla effettiva realtà giuridica; la buona fede intesa in senso "oggettivo" è invece riconducibile ad una esperienza generalizzata di un fatto o di un comportamento considerato in sé e per sé, assumendo la natura di una obiettiva regola di condotta. I. Musio, *Breve analisi comparata*, op. cit., 5; essa si concretizza in un generale dovere di correttezza e reciproca lealtà di condotta nei rapporti tra soggetti che impone cioè di considerare interessi che non sono oggetto di una tutela specifica e impone la lealtà del comportamento nella esecuzione della prestazione. Per una esaustiva analisi dell'*excursus* storico delle clausole generali ed in particolare della buona fede si veda G. Meruzzi, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Milano, 2005; P.D. Senn., *Buona fede nel diritto romano*, in *Dig., disc. priv. sez. civ.* Torino, 1988; M. Talamanca, *La bona fides nei giuristi romani "leerformeln" e valori tutelati dall'ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, *Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese*, Padova, 2003.

⁴⁹ La buona fede ebbe una importanza sostanziale nel diritto romano dove era già presente la differenziazione tra buona fede in senso soggettivo (richiesta ad es. quale requisito dell'usucapione) e la buona fede in senso oggettivo che esprimeva l'idea etica della correttezza che l'uomo onesto osserva nei rapporti con gli altri consociati pur se di tale concetto non vi è definizione nelle fonti. In particolare nei *iudicia bonae fidei* il giudice era chiamato a condannare il convenuto a fare o dare tutto ciò che era dovuto secondo buona fede (*quidquid dare facere oportet ex fide bona*). In tal modo la buona fede assurge a principio di giustizia sostanziale e, al di là del processo, a precetto dell'agire umano. cfr. G. Grosso, *Buona fede*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1959. La *bona fides* nasce con il diritto romano che sostanzialmente ne ha riconosciuto due ambiti applicativi: da un lato quello dei diritti reali in cui essa è definita come buona fede soggettiva, ovvero lo stato psicologico del soggetto, la sua convinzione di non violare alcun diritto; dall'altro quello dei contratti in cui essa diventa buona fede oggettiva ovvero l'obbligo di comportamento per i contraenti ulteriore rispetto all'obbligo di adempimento secondo standard generali di correttezza e lealtà. La buona fede in senso oggettivo nasceva sulla base del rapporto di connessione tra *ius civile* e *ius honorarium* con l'affermarsi dei c.d. *iudicia bonae fidei* ossia giudizi costituiti dai pretori romani in sostituzione e in alternativa ai tipici procedimenti di diritto civile. Tali giudizi modificavano profondamente il diritto romano dei contratti introducendo una tutela superiore che teneva conto di esigenze socialmente riconosciute (valori etici e sociali) attraverso l'introduzione di regole di correttezza che per la prima volta godevano di difesa processuale, a prescindere dagli elementi sostanziali e formali tipici dello *ius civile*. Successivamente alla comparsa della *bona fides*, e fino al VI secolo D.C. l'ambito dell'*actio bona fidei* si ampliò sempre più soprattutto grazie alla introduzione della differenza tra obblighi di adempimento e obblighi di comportamento delle parti: da regola di mero rispetto della parola data, la *bona fides* diventava una vera e propria regola del rapporto obbligatorio assumendo la veste di fonte autonoma della obbligazione distinta dal vecchio *ius civile*. Nell'età medievale, poi, essa acquistò nuovo vigore e venne riconosciuta giuridicamente durante il periodo del c.d. "diritto intermedio" assumendo un ruolo più complesso; essa descriveva in sé tre tipologie di condotta: obbligo delle parti di tenere fede alla parola data; divieto delle parti di trarre vantaggio da propri comportamenti sleali; dovere delle parti di adempiere a quelle obbligazioni che, ancorché non espressamente previste, sarebbero ritenute giuste da una persona onesta e leale. Un nuovo impulso alla formulazione e all'ampliamento del concetto di buona fede è rilevabile nell'età della codificazione (fine XIX inizio XX secolo) come testimonia soprattutto l'interesse di giusnaturalisti quali Rosmini, Domat, Pothier i quali consideravano la buona fede come il punto fondamentale della disciplina dei contratti onerosi. Nelle codificazioni dei vari ordinamenti contemporanei di *civil law* il concetto di buona fede trova sempre spazio anche se non ne viene mai descritto espli-

spettiva, accetta molte delle premesse proprie del pensiero economico tradizionale, cioè che gli effetti di scelte individuali, esplicazione dell'autonomia privata, sono il frutto di un determinato ambiente economico-sociale.

Gli economisti comportamentali compiono, tuttavia, un passo ulteriore, sostenendo che l'azione umana è modellata non solo dai vincoli economici presenti nel caso concreto, ma è anche influenzata dalle preferenze endogene, dalle conoscenze, dalle capacità, dalle doti e dai vari vincoli psicologici e fisici delle persone.

Gli incentivi o mezzi di coercizione indiretta sono importanti e guidano il comportamento umano; i medesimi, spesso, rappresentano qualcosa in più di mera prospettiva di guadagno monetario.

La produzione e la tipizzazione di regole giuridiche, così come delle ipotesi patologiche della nullità, spesso, si basa su predizioni – secondo l'*id quod plerumque accidit* – circa la misura in cui le persone risponderanno alle regole giuridiche e ai vincoli istituzionali.

Molti dei primi contributi alla analisi economica del diritto sono stati profondamente influenzati da modelli di scelta razionale, della prassi contrattuale e dalle teorie comportamentali dell'azione umana, che hanno tradizionalmente fornito le basi teoretiche per tale predizione.

La complessità messa in luce da queste nuove dimensioni della moderna, elastica e non più dogmatica teoria dell'autonomia privata – *ex art. 1322 c.c.* – e del *munus* pubblico – e delle ipotesi di responsabilità porteranno al graduale sviluppo di modelli economici più complessi.

La conseguente specializzazione metodologica sarà il risultato inevitabile di questi sviluppi intellettuali, ma questa specializzazione e diversificazione di approcci aggiungerà anche ostacoli alla concreta intelligibilità da parte dell'interprete dei risultati nel campo interdisciplinare della analisi economica del diritto.

citamente il contenuto proprio in coerenza con la natura elastica ed evolutiva delle clausole generali; al contrario nei sistemi di *common law* i medesimi risultati vengono raggiunti attraverso formulazioni implicite ed indirette, concettualmente diverse dalla buona fede. I. Musio, *Breve analisi comparata sulla clausola generale della buona fede*, op.cit., 11 e ss. Cfr. C.M. Bianca, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, I, Napoli, 1983; E. Ferrari, *Dall'illecito dell'ente pubblico al fatto amministrativo dannoso*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, Milano, 1982, vol. I, 177-241.

Sulle ricostruzioni ermeneutiche della responsabilità della Pubblica Amministrazione: tra occasionalità necessaria, rischio elettivo e politica del diritto

Dal principio di sovranità, in passato, conseguiva il corollario della irresponsabilità dello Stato nei confronti dei suoi sudditi e, quindi, la irrisarcibilità dei danni provocati – alla collettività come al singolo – dall’organizzazione politico-amministrativa. L’idea che lo Stato, nel suo agire, dovesse rispettare la legge poté affermarsi solo in seguito, correlativamente e conseguentemente all’ascesa dello Stato di diritto, che recava con sé il principio per cui gli uomini dovessero essere governati dalla legge, certa, e non dall’arbitrio di altri uomini. Grazie al pensiero liberale, quindi, il principio di sovranità, e con esso il corollario dell’irresponsabilità del sovrano, venne messo in discussione poiché avvertito come un arbitrario privilegio, non più conciliabile con gli ideali rivoluzionari, in particolare con il principio di legalità, secondo cui la legittimità dell’esercizio del potere politico doveva passare attraverso una norma giuridica preventivamente approvata. L’obiettivo del saggio è fornire una panoramica delle diverse ricostruzioni ermeneutiche in punto di natura giuridica della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione, in una prospettiva di efficienza paretiana ed analisi economica del diritto. Particolare attenzione sarà riservata al rischio elettivo, alla paura della firma e alla politica del diritto, in un’ottica di buon andamento, efficacia, efficienza ed economicità dell’azione amministrativa.

On the hermeneutical reconstructions of the responsibility of the Public Administration: between necessary occasionality, elective risk and legal policy

From the principle of sovereignty, in other words, followed the corollary of the irresponsibility of the State towards its subjects and, therefore, the non-compensation of the damages caused – to the community as to the individual – by the political-administrative organization. The idea that the State, in its actions, had to respect the law could only assert itself later, correlatively and consequently with the rise of the rule of law, which brought with it the principle whereby men should be governed by the law, certain, and not by the will of other men. Thanks to liberal thought, therefore, the principle of sovereignty, and with it the corollary of the sovereign’s irresponsibility, was questioned as it was perceived as an arbitrary privilege, no longer compatible with revolutionary ideals, in particular with the principle of legality, according to which the legitimacy of the exercise of political power had to pass through a previously approved legal norm. The aim of the essay is to provide an overview of the various hermeneutic reconstructions in terms of the juridical nature of the civil liability of the Public Administration, in a perspective of Pareto efficiency and economic analysis of law. Particular attention will be paid to the elective risk, to the fear of the signature and to the policy of the law, with a view to the good performance, effectiveness, efficiency and cost-effectiveness of the administrative action.

L'«amplissima discrezionalità» della Presidenza del Consiglio dei Ministri nell'applicazione dei poteri speciali. Opportunità o ostacolo?

Stefania Santamaria

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari sulla questione. – 2. La disciplina nazionale sul controllo degli investimenti esteri diretti: il *Golden Power*. Cenni. – 3. Le attività di rilevanza strategica... solo un problema interpretativo? – 4. La discrezionalità della Presidenza del Consiglio dei Ministri nell'applicazione dei poteri speciali: da «amplissima» ad «eccessiva».

1. *Considerazioni preliminari sulla questione*

I recenti interventi normativi e le ultime pronunce giurisprudenziali in materia di controllo sugli investimenti esteri offrono lo spunto per discutere del ruolo attribuito al Governo italiano per la protezione del tessuto imprenditoriale nazionale da possibili intenti “predatori” degli investitori stranieri.

È noto, infatti, che i recenti eventi di crisi – sanitaria, economica e geopolitica-, che si sono susseguiti a partire dall'anno 2020, hanno notevolmente indebolito le imprese nazionali; ciò al punto da costringere il regolatore ad adottare diversi provvedimenti d'urgenza¹ per evitare che queste ultime potessero diventa-

¹ Il riferimento è ai seguenti provvedimenti: decreto-legge n. 23 del giorno 8 aprile 2020 (c.d. decreto «Liquidità») recante «Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali». Convertito in legge n. 40 del 5 giugno 2020; decreto-legge n. 21 del 21 marzo 2022 (decreto c.d. «Ucraina») recante «Misure urgenti per contrastare gli effetti economici e umanitari della crisi ucraina». Convertito in legge n. 51 del 20 maggio 2022; decreto-legge n. 50 del 17 maggio 2022 (decreto c.d. «Aiuti»): recante «Misure urgenti in materia di politiche energetiche nazionali, produttività delle imprese e attrazione degli investimenti, nonché in materia di politiche sociali e di crisi ucraina». Convertito in legge n. 91 del 15 luglio 2022; decreto-legge n. 187 del 5 dicembre 2022 recante «Misure urgenti, tra cui l'esercizio dei golden power, a tutela dell'interesse nazionale nei settori produttivi strategici dell'energia». Convertito in legge n. 10 del 1 febbraio 2023.

re facili prede di investitori interessati esclusivamente ad acquisire una posizione di controllo nella *governance* societaria².

Tra gli interventi normativi adottati rileva, in particolar modo, l'incremento dei settori su cui la Presidenza del Consiglio dei Ministri può effettuare la propria attività di controllo. Inoltre, alla richiamata Autorità è stata attribuita un'ampia discrezionalità nel valutare se gli *assets* oggetto di investimento appartengano ad imprese rientranti nei settori "strategici"³ e se la loro acquisizione possa ledere il benessere socio-economico nazionale. È opportuno rilevare che siffatto potere discrezionale discende dalla peculiare natura degli atti governativi adottati *in subiecta materia* – i.e. atti di alta amministrazione – ed altresì consegue alla presenza, nelle disposizioni normative disciplinanti l'istituto in parola, di concetti suscettibili di «interpretazione estensiva o analogica»⁴.

In argomento, occorre rilevare che la presenza di «concetti elastici»⁵ nell'ambito di applicazione del richiamato istituto ha fatto emergere diversi contrasti tra l'interpretazione del Governo e quella di alcuni operatori economici.

Ci si riferisce, in particolare, alla recente controversia presentata dinanzi al Consiglio di Stato⁶ da parte della società Verisem Luxemburg Holding S.à. r.l. per la riforma della sentenza del TAR Lazio, n. 4486 del 13 aprile 2022. Nel caso di specie il Consiglio di Stato, con sentenza n. 289 del 9 gennaio 2023, confermava di fatto il provvedimento di veto⁷ del Governo all'acquisizione delle società italiane appartenenti al gruppo Verisem⁸ da parte di un operatore economico cinese, la Syngenta Crop Protection Ag⁹; ciò sul presupposto della correttezza dell'orientamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri in ordine alla strategicità delle

² Cfr. Comitato Parlamentare per la Sicurezza della Repubblica (COPASIR), *Relazione sulla tutela degli asset strategici nazionali nei settori bancario e assicurativo*, 2020, 27, consultabile al link parlamento18.camera.it/228.

³ Ci si riferisce a specifici settori di rilevanza nazionale individuati dalla disciplina regolatrice dell'istituto del *Golden Power*.

⁴ Il riferimento è ai concetti di essenzialità dei beni e dei rapporti di interesse nazionale e di strategicità degli *assets*. Vd. A. Sacco Ginevri, *L'espansione dei golden powers fra sovranismo e globalizzazione*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2019, 1, 156.

⁵ Si legga il contributo di M. Clarich e G. Marra, *Golden Power: il Giudice conferma il potere dello Stato*, in *Dialoghi di Diritto dell'Economia*, 2022, 1.

⁶ Ci si riferisce al procedimento n. 5813 del 2022, consultabile su <http://www.dirittodeiservizipubblici.it/>.

⁷ Si veda il Decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri, 21 ottobre 2021, n. 3693. Avverso tale provvedimento è stato presentato ricorso dinanzi al TAR Lazio anche dalla società Syngenta Crop Protection Ag. La controversia è stata decisa con sentenza del 14 aprile 2022, n. 4488, consultabile sul sito web <https://www.dirittobancario.it/wp-content/uploads/2022/04/TAR-Lazio-13-aprile-2022-n.-4488-.pdf>.

⁸ Trattasi di un gruppo di aziende impiegate nella produzione mondiale di sementi e volto a fornire soluzioni diversificate per il mercato mondiale del seme e della coltivazione. Per un approfondimento, consultare la pagina ufficiale del gruppo.

⁹ La società Syngenta Crop Protection, di origine svizzera, è stata acquisita nel 2016 dalla società cinese ChemChina. Per consultare la notizia, si visiti il sito web dell'ansa.it.

attività svolte dalle menzionate società italiane¹⁰. Nello specifico, a fronte dell'interpretazione dell'autorità governativa per la quale l'acquisizione da parte della Syngenta di *assets* nazionali strategici, avrebbe potuto ledere beni e rapporti nazionali essenziali, si riscontra l'opposto orientamento della Verisem la quale sosteneva l'erronea qualificazione delle attività delle società *target* da parte del Governo.

Sotto altro profilo, si rileva la condivisione da parte del Consiglio di Stato dell'orientamento adottato in primo grado dal TAR Lazio nella menzionata sentenza; in quest'ultima viene specificato che le decisioni della Presidenza del Consiglio dei Ministri di esercitare o meno i poteri speciali, costituendo scelte di alta amministrazione, si connotano per una «amplissima» discrezionalità. Il Governo, dunque, è legittimato ad applicare o meno i poteri speciali, a seconda del diverso modo in cui, di volta in volta, esso qualifichi l'investimento – o l'investitore. Si è in presenza, dunque, di atti autoritativi sindacabili dal giudice amministrativo nei ristretti limiti della sussistenza di una manifesta illogicità delle decisioni assunte¹¹.

Emerge, dunque, un impianto disciplinare che, come si tenterà di dimostrare nel presente lavoro, potrebbe scoraggiare gli investitori dal destinare i propri capitali in Italia¹².

Prima di offrire qualche spunto di riflessione sul ruolo svolto dal Governo in ordine al controllo degli investimenti esteri e di valutare i risvolti che la disciplina regolatrice dell'istituto del *Golden Power* potrebbe avere sull'economia nazionale, appare opportuno analizzare la normativa *de qua* anche alla luce delle recenti modifiche e, successivamente, soffermarsi sul suo ambito di applicazione oggettivo.

2. *La disciplina nazionale sul controllo degli investimenti esteri diretti: il Golden Power. Cenni*

Il *Golden Power* è un istituto introdotto nel 2012 con il decreto legge n. 21¹³ attraverso cui il legislatore ha inteso proteggere il tessuto economico nazionale da

¹⁰ Ai sensi del decreto-legge n. 21 del 15 marzo 2012 recante «Norme in materia di poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni». Convertito, con modificazioni, dalla legge n. 56 del 11 maggio 2022, e del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 179 del 18 dicembre 2020, recante «Regolamento per l'individuazione dei beni e dei rapporti di interesse nazionale nei settori di cui all'articolo 4, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019, a norma dell'articolo 2, comma 1-ter, del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21». Convertito, con modificazioni, dalla legge n. 56 del 11 maggio 2022.

¹¹ Cfr. TAR Lazio, 13 aprile 2022, n. 4486, in *Foro Amministrativo*, 2022, 4, II, 564 ss.; TAR Lazio, 14 aprile 2022, n. 4488, cit.; Cons. Stato, 9 gennaio 2023, n. 289, consultabile su <http://www.dirittodeiserviziipubblici.it/>.

¹² Cfr. D. Ielo, *Riflessioni sul sindacato del Giudice amministrativo sui cosiddetti "Golden Power"*, *Rivista Interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni Pubbliche*, 2021, 4, 75.

¹³ Decreto-legge n. 21 del 15 marzo 2012.

possibili acquisizioni “predatorie” di aziende di rilevanza nazionale, da parte di investitori stranieri¹⁴; ciò al fine di tutelare l’interesse della collettività a fruire dei servizi essenziali erogati da enti strategici per l’intera economia del Paese¹⁵.

La normativa, nel corso del tempo, è stata modificata¹⁶ per consentire una maggiore protezione delle imprese nazionali, ivi incluse piccole e medie, dalle ripercussioni economiche delle diverse crisi che si sono susseguite a partire dal 2020¹⁷.

In particolare, il campo di applicazione oggettivo dell’istituto del *Golden Power* risulta essere, ad oggi, notevolmente ampliato rispetto all’impostazione originaria. Le recenti estensioni hanno riguardano il campo dell’energia, all’interno del quale sono stati inclusi i settori della geotermia, dell’idroelettrico e degli idrocarburi. Questi sono stati aggiunti alle società che operano per la difesa e per la sicurezza nazionale, a quelle attive nel campo dei trasporti e delle comunicazioni, alle imprese ad alta intensità tecnologica, alle infrastrutture critiche, alle tecnologie critiche e ai prodotti a duplice uso, alle imprese operanti per la sicurezza dell’approvvigionamento di fattori produttivi critici; ed ancora, rientrano nel

¹⁴ L’istituto del *Golden Power* ha sostituito il *Golden Share* che era stato oggetto di diverse censure da parte della Corte di Giustizia europea per la violazione degli artt. 43 e 56 CE. Il *Golden Share* conferiva al Governo il potere di intervenire nella gestione ordinaria delle società mediante l’acquisizione di un pacchetto azionario; diversamente, con il *Golden Power* tale ingerenza è limitata esclusivamente agli atti, alle delibere o alle operazioni in grado di incidere sulla *governance* o sulla localizzazione dei centri decisionali e produttivi di settori eroganti servizi essenziali. Cfr. sul punto A. Ilacqua, *L’ascesa dei golden powers. Dallo Stato imprenditore allo Stato protettore*, in *Il diritto dell’economia*, 2023, 1, 434; 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 *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 1, 109. Per un approfondimento sull’istituto del *Golden Share*, C.A. Giusti, *La golden share nelle società a partecipazione pubblica*, in www.comparazioneDirittocivile.it, 2017, 1; P. G. Visconti, *Affinità e interferenze tra poteri speciali e diritto societario*, in *Il diritto dell’economia*, 2023, 2, 188.

¹⁵ Cfr. A. Sacco Ginevri, F.M. Sbarbaro, *La transizione...*, cit., 109 ss.; A. Sacco Ginevri, *I “golden powers” dello Stato nei settori strategici dell’economia*, in federalismi.it, 2016, 22, 3; Id., *L’espansione dei golden...*, cit., 156; A. Sandulli, *Le relazioni fra Stato e Unione Europea nella pandemia, con particolare riferimento al golden power*, in *Diritto pubblico*, 2020, 2, 416.

¹⁶ Rileva in argomento il recepimento del Regolamento UE n. 452 del 2019 con il quale il legislatore europeo ha istituito un quadro normativo comune a tutti i Paesi UE per affrontare in maniera sistemica i rischi per la sicurezza o per l’ordine pubblico. Tuttavia, il regolatore europeo ha consentito ai singoli Stati Membri di poter disciplinare il controllo sugli investimenti esteri in maniera differente, al fine di far fronte alle specifiche esigenze nazionali. Ne è derivato che nelle varie esperienze legislative europee, a fronte di alcuni elementi in comune, quali l’ambito di applicazione oggettivo, si riscontra una forte disomogeneità in ordine sia ai presupposti in presenza dei quali un investimento estero debba essere sottoposto al controllo amministrativo, sia relativamente ad alcuni aspetti procedurali. In argomento rileva, inoltre, che non tutti i Paesi Europei dispongono di una normativa in *subiecta materia*, come il Lussemburgo ed il Belgio. Per un approfondimento della disciplina nei principali Paesi europei, quali la Francia, la Germania e la Spagna, si consultino, rispettivamente il *Code monétaire et financier, Partie législative, Livre Ier, Titre V “les relations financières avec l’étranger”*, l’*Außenwirtschaftsgesetze* e l’*Außenwirtschaftsverordnung* ed infine la *Ley 19/2003*. Si cfr. altresì la *List of screening mechanism notified by Member State* della Commissione Europea. In letteratura si rimanda, *ex multis*, a B. Ragnanelli e F. Marconi, *Emergenza, crisi economica e golden power in Europa*, in *Concorrenza e Mercato*, 2020, 27, 2; D. Ielo, *Riflessioni sul sindacato...*, cit., 75; M. Clarich e G. Marra, *Golden Power: il Giudice...*, cit., 1. Sui rapporti tra diritto interno ed europeo, in tema di poteri speciali, F. Gaspari, *Libertà di circolazione dei capitali, privatizzazioni e controlli pubblici. La nuova golden share tra diritto interno comunitario e comparato*, Torino, 2015.

¹⁷ Si rinvia alla nota 1.

menzionato campo di applicazione le società operanti nel settore delle informazioni sensibili, della libertà e del pluralismo dei media ed infine nei servizi di comunicazione elettronica a banda larga con tecnologia 5G, basati sulla tecnologia *cloud*.

È appena il caso di sottolineare che, nei menzionati settori, i beni e i rapporti di interesse nazionale da sottoporre al controllo governativo sono specificati in appositi decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Relativamente al campo di applicazione soggettivo, si rileva che, oltre agli investitori extra unionali, ad oggi l'obbligo di notifica al Governo delle operazioni di acquisizione delle aziende nazionali strategiche incombe anche su soggetti europei¹⁸. Questi ultimi, in particolare, dovranno adempiere al richiamato obbligo qualora l'investimento abbia ad oggetto beni o rapporti nei settori delle comunicazioni, dell'energia, dei trasporti, della salute, agroalimentare e finanziario, ivi incluso creditizio ed assicurativo.

Con riguardo al sistema di vigilanza, la normativa prevede che l'acquirente di partecipazioni nelle società strategiche, nonché l'impresa detentrica di *assets* essenziali, trasmettano una *tantum*, alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, un'informativa dettagliata¹⁹ sull'investimento nonché in merito alle delibere, agli atti e alle operazioni adottati dalla richiamata società, che abbiano per effetto la modifica della titolarità, del controllo o della disponibilità degli attivi o la delocalizzazione dei centri decisionali o produttivi delle stesse; ciò al fine di verificare se l'operazione commerciale o l'investitore possano rappresentare una minaccia per gli interessi essenziali dello Stato. Nel settore delle reti di telecomunicazione elettronica a banda larga con tecnologia 5G, basate sulla tecnologia *cloud*, si prevede una vigilanza continuativa consistente nella notifica annuale di una informativa sulle prospettive di sviluppo della rete 5G o sugli ulteriori sistemi o attivi strategici²⁰.

Dal momento della ricezione della documentazione, il Governo dispone di un determinato periodo di tempo²¹ per poter esprimere un giudizio²² sull'inve-

¹⁸ Si veda il decreto-legge n. 21 del 21 marzo 2022.

¹⁹ La notifica deve essere adempiuta entro 10 giorni dal perfezionamento dell'operazione oppure prima del *closing*, in seguito alla sottoscrizione di un accordo di acquisto vincolante tra le parti, che come tale contiene già tutte le informazioni rilevanti ai fini del relativo vaglio di merito. Cfr. art. 2, comma 5, decreto-legge n. 21 del 15 marzo 2012.

²⁰ Cfr. il decreto-legge n. 21 del 21 marzo 2022. In letteratura, si consulti M. Clarich, *La disciplina del golden power in Italia e l'estensione dei poteri speciali alle reti 5G*, in G. Napolitano (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, Bologna, 2019, 119; A. Ilacqua, *L'ascesa dei golden...*, cit., 444.

²¹ Il termine è di trenta giorni per le reti di telecomunicazione elettronica a banda larga con tecnologia 5G. In tutti gli altri casi è di quarantacinque giorni. I termini si estendono a seguito della richiesta di integrazione documentale.

²² È in facoltà della richiamata autorità anche non esprimere alcun giudizio; in tale ipotesi, si applicherà la regola del silenzio-assenso. Il giudizio verrà espresso nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, sull'adeguatezza dell'investimento, considerando diversi aspetti, tra cui la sostenibilità economica, finanziaria, tecnica ed organizzativa del progetto industriale, nonché le caratteristiche soggettive dell'investitore in merito a

stimento ed autorizzare, vietare o imporre condizioni all'investitore sulla modifica dell'operazione commerciale²³. È, inoltre, in facoltà della richiamata autorità richiedere una integrazione documentale²⁴ per il tramite del Gruppo di coordinamento interministeriale.

Sotto il profilo dell'attività ispettiva è stata introdotta la possibilità per il Governo, qualora lo ritenga opportuno o nei casi di violazione degli obblighi di comunicazione, di avviare il procedimento di controllo d'ufficio²⁵.

Dall'analisi del quadro normativo in vigore emerge che la volontà del legislatore di tutelare gli interessi nazionali si stia spingendo nella direzione di un controllo generalizzato del Governo sul cambiamento degli assetti proprietari ad un'ampia categoria di settori economici²⁶.

3. *Le attività di rilevanza strategica... solo un problema interpretativo?*

Nelle vicende processuali a cui si è fatto cenno²⁷ emergono le diverse posizioni assunte dalle parti in causa rispetto alla qualificazione delle attività svolte dalle società italiane appartenenti al gruppo Verisem.

possibili legami tra quest'ultimo e Paesi terzi che non riconoscono i principi di democrazia o dello Stato di diritto. Si veda l'art. 1, comma 3, del decreto-legge n. 21 del 15 marzo 2012. Sul punto, L. Vasques, *Golden Power. Alcune note a margine della disciplina emergenziale del controllo governativo sulle acquisizioni in Italia*, in *Merc. conc. reg.*, 2020, 1, 128. È il caso di rilevare, in argomento, che ai sensi dell'art. 13 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 133 del 1 agosto 2022 recante «Regolamento recante disciplina delle attività di coordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri propedeutiche all'esercizio dei poteri speciali di cui al decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, e successive modificazioni ed integrazioni, della prenotazione e misure di semplificazione dei procedimenti», si è disposto il divieto di accesso agli atti amministrativi adottati in materia di *Golden Power*.

²³ Cfr. R. Garofali, *Golden Power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, in *federalismi.it*, 2019,13; R. Spagnolo Vigorita, *Golden power: per un nuovo paradigma di intervento dello Stato nell'economia*, in *Rivista Interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni Pubbliche*, 2021, 4, 121; V. Cerulli Irelli, *Sugli atti di alta amministrazione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, 1377; A. Militerni, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2023, 1, 421. In giurisprudenza, consultare TAR Lazio, 13 aprile 2022, n. 4486, cit.; TAR Lazio, 14 aprile 2022, n. 4488, cit.

²⁴ In tale ipotesi, la richiesta sospende, per una sola volta, fino al ricevimento delle dette informazioni, il termine indicato in nota 19. Le informazioni devono essere fornite entro 10 giorni per l'ente notificante ed entro 20 giorni per i soggetti terzi. Cfr. L. Di Via e P. Leone, *Controllo degli investimenti stranieri e antitrust. Un matrimonio che s'ha da fare*, in *Merc. conc. reg.*, 2020, 1, 112.

²⁵ Si veda l'art. 16 del decreto-legge n. 23 del giorno 8 aprile 2020.

²⁶ Cfr. A. Sacco Ginevri, *L'espansione dei golden ...*, cit., 156. Secondo l'A., «...emerge la finalità di consentire un'ingerenza governativa in tutte le situazioni in cui sia posto in pericolo il funzionamento di attività economiche ritenute strategiche, prescindendo dalla natura del soggetto che ne è titolare»; D.U. Santosuosso, *Uno strumento legittimo di politica economica da maneggiare con cura*, in *ILSole24Ore*, 2022, 5 maggio, consultabile sulla pagina web del quotidiano.

²⁷ Cfr. Cons. Stato, 9 gennaio 2023, n. 289, cit.; TAR Lazio, 13 aprile 2022, n. 4486, cit.; TAR Lazio, 14 aprile 2022, n. 4488, cit.

In particolare, parte ricorrente, interpretando in maniera “restrittiva” la definizione di «attività di rilevanza strategica» presente nella normativa del *Golden Power*, sosteneva che l’acquisizione delle società *target* non integrasse i presupposti formali richiesti dalla menzionata disciplina²⁸; diversa, invece, è stata la posizione del Governo il quale, con una interpretazione “estensiva” della richiamata nozione, riteneva legittimo il provvedimento di veto²⁹.

Emergono, dunque, divergenze interpretative in ordine alla definizione di “strategicità” delle attività di interesse nazionale. A ben vedere, la circostanza che diversi soggetti abbiano potuto interpretare in maniera dissimile lo stesso concetto e prospettare scenari differenti, dipende, come già detto, dall’assenza di una normativa univoca³⁰ e di una elencazione puntuale dei beni e dei rapporti di interesse nazionale su cui il Governo possa esercitare la propria attività di vigilanza e di imposizione dei poteri speciali. Infatti, nonostante siano stati emanati diversi decreti della Presidenza del Consiglio dei Ministri atti a delimitare i richiamati beni e rapporti, si riscontra, in determinati casi, una tendenziale genericità nelle definizioni. Esemplificativo è l’art. 2 del decreto n. 179 del 18 dicembre 2020, ove vengono definiti alla stessa stregua le «infrastrutture critiche», le «tecnologie critiche», i «fattori produttivi critici», le «informazioni critiche» e le «attività economiche di rilevanza strategica»; tutti, infatti, sono genericamente qualificati “essenziali” «per il mantenimento delle funzioni vitali della società, della salute, della sicurezza, del benessere economico e sociale della popolazione, nonché per il progresso tecnologico». A ben vedere, il compito di stabilire con “precisione” quali siano i beni e i rapporti da qualificare come “strategici” viene demandato al Governo il quale effettua una valutazione *caso per caso* sulla strategicità degli *assets* oggetto di investimento e sull’eventuale “pericolosità” dell’investitore rispetto al benessere socio-economico del Paese. Donde, come hanno sostenuto i giudici del Consiglio di Stato nella sentenza n. 289 del 2023, «una stessa operazione può essere strategica o meno in funzione anche [...] dei soggetti coinvolti, non solo dei caratteri dell’*asset* e della società *target*»³¹.

Ciò considerato, risulta chiara la scelta di politica legislativa di riconoscere al Governo un significativo margine di discrezionalità *in subiecta materia*; in tal modo, infatti, lo Stato può esercitare un controllo “pervasivo” sulle principali società nazionali. È, tuttavia, evidente che una simile impostazione non consente

²⁸ Ci si riferisce all’art. 2 lett. e) del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 179 del 18 dicembre 2020.

²⁹ Il Governo, infatti, faceva rientrare le attività del gruppo Verisem, nelle fattispecie individuate negli artt. 6, 9 e 11 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 179 del 18 dicembre 2020.

³⁰ Cfr. A. Sacco Ginevri, *L’espansione dei golden...*, cit., 156.

³¹ Cfr. Cons. Stato, 9 gennaio 2023, n. 289, cit.

agli investitori di valutare, sul piano delle concretezze, se l'operazione commerciale sarà autorizzata o vietata dall'autorità governativa.

4. *La discrezionalità della Presidenza del Consiglio dei Ministri nell'applicazione dei poteri speciali: da amplissima ad eccessiva*

Le considerazioni svolte nel presente contributo consentono di riflettere in chiave critica sull'esercizio dei poteri speciali da parte del Governo nell'ambito della disciplina del *Golden Power*.

Preliminarmente, è opportuno rilevare che i provvedimenti governativi adottati *in subiecta materia* si configurano quali atti di alta amministrazione attraverso cui il Governo persegue finalità di matrice politica attraverso l'apparato amministrativo. Secondo la letteratura amministrativa³², tali atti rappresentano il *tertium genus* tra quelli politici ed amministrativi, condividendo con i primi la natura discrezionale e con i secondi la soggezione al principio di legalità e la vincolatività del fine.

Tale premessa consente di determinare il tipo di sindacato giurisdizionale sugli atti in parola³³; nei confronti di questi ultimi, infatti, diversamente da quanto accade per quelli *stricto sensu* amministrativi, la magistratura è legittimata esclusivamente alla verifica della sussistenza dei presupposti formali e procedurali, all'analisi della logicità e della ragionevolezza della motivazione rispetto al provvedimento adottato ed infine alla verifica della congruità dell'atto rispetto al fine legislativamente prestabilito. Invero, risulta essere preclusa alla giustizia amministrativa ogni valutazione *di merito* sul provvedimento adottato dal Governo in materia di *Golden Power*; ciò sul presupposto che i giudici non possono ave-

³² Per un approfondimento, si veda *ex multis* V. Cerulli Irelli, *Politica e amministrazione tra atti "politici" e atti "di alta amministrazione"*, in *Diritto pubblico*, 2009, 1, 121 ss.; I. Castellucci, *Geodiritto. Il diritto come dimensione della geopolitica e del conflitto*, in *Gnosis. Rivista italiana di intelligence*, 2020, 2, 22; N.M. D'Alessandro, *Riflessioni in tema di sindacabilità dell'atto politico*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2020, 4, 1091 ss.; G. Tropea, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Diritto Amministrativo*, 2012, 3, 375 ss.; G.B. Garrone, voce *Atto politico (disciplina amministrativa)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, I, 1987, 548; M.P. Genesin, *L'alta amministrazione fra indirizzo politico e attività amministrativa*, Napoli, 2009; C. Tubertini, voce *Atti politici e di alta amministrazione*, in S. Cassese (a cura di), *Diz. dir. pubbl.*, Milano, 2006, 516 ss.; G. Cugurra, *L'attività di alta amministrazione*, Padova, 1973, 97 ss.; G. Pepe, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale tra atti politici, atti di alta amministrazione e leggi-provvedimento*, in *federalismi.it*, 2017, 22, 3 ss.; A. De Valles, *Sulla teoria degli atti politici*, in *Annali Macerata*, 1929, 1 ss.; G. Crepaldi, *La motivazione degli atti di alta amministrazione*, in *Il Foro Amministrativo C.d.S.*, 2003, 12, 3688 ss.; L. Coen, *Atti di alta amministrazione*, in *Studium iuris*, 1999, 6, 702; F. Piga, *Attività di alta amministrazione e controllo giurisdizionale*, in *Il Foro amministrativo*, 1981, 5, 1, 849 ss.

³³ Cfr. D. Ielo, *Riflessioni sul sindacato...*, cit., 62; L. Belviso, *Golden power. Profili di diritto amministrativo*, Torino, 2023, 170 ss.; F. Piga, *Attività di alta...*, cit., 849 ss.

re accesso alle medesime informazioni³⁴ utilizzate dal Governo in quanto queste ultime, essendo attinenti alla sicurezza dello Stato, risultano essere coperte da un particolare regime di secretazione. Orientano in tal senso i giudici del Consiglio di Stato i quali, nella sentenza n. 289 del 2023, evidenziano che «l'ampiezza, la delicatezza e la politicità sostanziale delle valutazioni di cui è investito il Consiglio [ndr Consiglio dei Ministri] non si prestano alla discussione “pari a pari” con i soggetti interessati (anche per i profili di riservatezza connessi alle ragioni sottese alla deliberazione consiliare)»³⁵.

In argomento, infatti, nelle pronunce del Consiglio di Stato n. 289 del 2023 e del TAR Lazio nn. 4486 e 4488 del 2022 viene ribadito che la sindacabilità degli atti in questione può essere esercitata «nei ristretti limiti della sussistenza di una manifesta illogicità».

Sotto altro profilo, si riscontra la possibilità che il Governo eserciti i poteri speciali anche sulle acquisizioni aventi ad oggetto beni e rapporti non espressamente individuati dalla normativa³⁶. Sul punto, rileva la presenza di un impianto disciplinare «ampio, elastico, flessibile ed inclusivo»³⁷ nel quale si ravvisano talune disposizioni contenenti “parole gravide di significati ed inferenze”³⁸. Ci si riferisce in particolare, come già anticipato nel presente lavoro, ai concetti di interesse nazionale, di strategicità e di essenzialità che il Governo è chiamato ad interpretare ed altresì a valutarne l'applicabilità agli *asset* oggetto di investimento. In altri termini, è onere della Presidenza del Consiglio dei Ministri determinare se una specifica acquisizione possa interessare beni e servizi essenziali, di interesse nazionale

³⁴ Cfr. art. 13 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 133 del 1 agosto 2022 attraverso cui si fa divieto di accedere agli atti amministrativi adottati ai sensi della disciplina in commento, proprio per la riservatezza delle informazioni attinenti alla sicurezza dello Stato.

³⁵ Il Governo, sulla base delle informazioni riservate in possesso effettua «un'ampia valutazione prospettica di scenario, tesa da un lato a preservare il Paese da possibili fattori di rischio prospetticamente rilevanti, dall'altro e contestualmente ad arginare iniziative di Paesi terzi potenzialmente pericolosi o per i quali, comunque sia ritenuto opportuno un ingaggio geopolitico particolarmente prudente». Cfr. Cons. Stato, 9 gennaio 2023, n. 289, cit... Per un approfondimento, cfr. R. Spagnolo Vigorita, *Golden power: per un nuovo ...* cit., 121; A. Sandulli, *La febbre del Golden Power*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2022, 3, 759; V. Cerulli Irelli, *Sugli atti ...*, cit., 1383. In giurisprudenza, consultare TAR Lazio, 13 aprile 2022, n. 4486, cit.; TAR Lazio, 14 aprile 2022, n. 4488, cit.; Cons. Stato, 9 gennaio 2023, n. 289, cit.

³⁶ G. Consoli, G. Napolitano, *Attivi ma non critici: perché il golden power non può applicarsi agli Npl*, in *ILSole24Ore*, 8 giugno 2020; S. De Nitto, *Il golden power nei settori rilevanti della difesa e della sicurezza nazionale: alla ricerca di un delicato equilibrio*, in *Diritto Amministrativo*, 2022, 554; L.R. Perfetti, *Investitori spiazzati da norme generiche e sanzioni pesanti*, in *ILSole24Ore*, 20 febbraio 2023.

³⁷ Secondo il più recente orientamento del Cons. Stato, 9 gennaio 2023, n. 289, cit., soltanto con un impianto disciplinare «ampio, elastico, flessibile ed inclusivo», il Governo è in grado di tutelare in maniera efficace l'interesse nazionale, nelle specifiche macroaree economiche previste dalla normativa. *Contra* TAR Lazio, 24 luglio 2020, n. 8742, e TAR Piemonte, 13 luglio 2021, n. 727, entrambi consultabili su giustizia-amministrativa.it Nelle citate pronunce, i giudici hanno ritenuto illegittima l'estensione in via provvedimentale dei poteri governativi oltre l'elencazione dei beni e dei rapporti preventivamente individuati dalla normativa.

³⁸ Si consenta l'uso di tale espressione, sebbene utilizzato in altri contesti, di G. Alpa, *La solidarietà. Un principio normativo*, Bologna, 2022, 117.

o strategici. Per tale via la richiamata Autorità è legittimata dal regolatore ad esercitare, a proprio insindacabile giudizio³⁹, i poteri speciali su qualsivoglia investimento ritenga possa ledere gli interessi economici nazionali. Cionondimeno, tale circostanza è oggetto di diverse critiche, a nostro avviso condivisibili, da parte della letteratura⁴⁰ che ha evidenziato come lo Stato si sia nuovamente arrogato il potere di intervenire in maniera significativa nell'economia del Paese⁴¹.

A ben vedere, si è in presenza di un atteggiamento «piuttosto deferente nei confronti del decisore governativo» da parte del regolare che potrebbe avere come conseguenza uno «sconfinamento nell'arbitrio e [...] una espansione provvedimentoale dagli incerti confini»⁴². Si teme, dunque, che il *Golden Power*, per tutti i motivi su esposti, potrebbe avere l'effetto opposto rispetto a quello desiderato – *i.e.* la protezione delle imprese strategiche – e, dunque, ingenerare una distorsione dell'economia nazionale⁴³. Ci si riferisce alla eventualità che gli operatori economici stranieri scelgano di non investire i propri capitali in Italia, a causa dell'incertezza di questi ultimi in ordine alla possibile assoggettabilità dell'investimento ai poteri governativi. Invero, l'assenza di specifici riferimenti normativi e la discrezionalità governativa nell'imposizione dei poteri speciali pongono gli investitori in uno stato di incertezza, tale da indurre loro ad investire i propri capitali in Paesi nei quali, diversamente, sono in grado di conoscere, *a priori*, i tempi e gli esiti dell'investimento⁴⁴.

³⁹ Vd. R. Garofoli, *Il controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, in *Foreign Direct Investment Screening*, a cura di G. Napolitano, Bologna, 2019, 102; A. Paccione, *Il Golden Power e il principio di legalità*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2022, 5, 658. L'A. sostiene che «In questo modo i beni e i rapporti strategici divengono fattispecie aperte, o per usare un termine utilizzato, un concetto giuridico indeterminato».

⁴⁰ G. Napolitano, *L'irresistibile ascesa del golden power e la rinascita dello stato doganiere*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, n. 5, 550.

⁴¹ È d'uopo riscontrare come la "rinnovata" ingerenza statale sia stata autorizzata dall'Unione europea al fine di far fronte alle negative ripercussioni economiche conseguenziali ai recenti avvenimenti pandemici e bellici. La Commissione Europea ha consentito che gli Stati membri facessero ricorso a forme di intervento statali senza precedenti. Si consideri, tra tutti, la deroga temporanea alla disciplina sugli aiuti di Stato.

⁴² Cfr. M. Clarich e G. Marra, *Golden Power: il Giudice...*, cit., 1. Per A. Paccione, *Il Golden Power...* cit., 659, «un atteggiamento di eccessivo *laissez faire* in punto di presidi di garanzia della prevedibilità dell'azione amministrativa espone al rischio di una fuga dell'esercizio dei poteri autoritativi dalla cornice dei principi costituzionali e euro unitari che regolano l'attività amministrativa».

⁴³ Si legga altresì il contributo di A. Serravalle e C. Stagnaro, *I costi per il paese di un Golden power illimitato*, pubblicato su *IlFoglio* il 10 aprile 2021 ove si legge «[...] poteri troppo vasti e indefiniti rischiano di danneggiare proprio le aziende che si vuole tutelare». Vd. altresì Cfr. A. Ilacqua, *L'ascesa dei golden...*, cit., 450. Secondo l'A. «[...] porre eccessivi ostacoli agli investimenti esteri diretti è potenzialmente produttivo di nocuo economico, dal momento che l'intervento pubblico potrebbe deprimere il tessuto economico e finanziario del Paese [...]».

⁴⁴ Cfr. L. R. Perfetti, *Investitori spiazzati...*, cit., 20 febbraio 2023.

Si paventa, dunque, il rischio che una eccessiva ingerenza statale possa costituire un chiaro fattore disincentivante per gli investitori stranieri, a tal punto da causare una perdita di competitività del sistema produttivo italiano⁴⁵.

Alla luce delle preoccupazioni emerse, fermo restando la necessità di continuare ad assicurare elevati livelli di protezione della sicurezza nazionale, si ritiene opportuno un intervento del legislatore finalizzato ad un migliore bilanciamento tra le contrapposte esigenze di controllo e di mercato. Tale obiettivo potrà essere perseguito soltanto a seguito di un confronto tra gli attori economici con le autorità di vigilanza affinché si assicurino interazioni efficienti che contemperino i diversi interessi. Sarà, inoltre, necessario, in un'ottica *de iure condendo*, definire più dettagliatamente le operazioni e gli attivi strategici su cui esercitare i poteri speciali, perimetrando in tal modo la discrezionalità governativa in materia affinché essa da «amplissima» non diventi “eccessiva”.

⁴⁵ Si consulti V. Donativi, *I Golden power nel “d.l. Liquidità”*, in *Crisi d'impresa e Insolvenza*, 2020, 2; A. Sacco Ginevri, *L'espansione dei golden...*, cit., 154; D. Gallo, *Sovranità (europea?) e controllo degli investimenti esteri*, in *I Post di AISDUE*, 2022, 10, 199, consultabile su aisdue.eu; D. Ielo, *Riflessioni sul sindacato...*, cit., 76.

Stefania Santamaria - Abstract

L'«amplissima discrezionalità» della Presidenza del Consiglio dei Ministri nell'applicazione dei poteri speciali. Opportunità o ostacolo?

Il contributo si propone di verificare il ruolo svolto dal Governo italiano nell'ambito della disciplina sul *Golden Power*. L'attuale impianto normativo in materia e i recenti orientamenti giurisprudenziali attribuiscono alla richiamata autorità un potere notevolmente ampio, in grado di incidere in maniera significativa sull'intera economia nazionale. Sebbene si riconosca lo sforzo del legislatore di aver predisposto uno strumento normativo in grado di tutelare le imprese nazionale eroganti beni e servizi essenziali, la presenza di un potere insindacabile ed apparentemente esercitabile su una qualsivoglia operazione commerciale potrebbe condizionare gli investitori stranieri e, pertanto, avere effetti distorsivi per l'economia nazionale.

The very wide discretion of the Prime Minister's Office in the application of special powers. Opportunity or obstacle?

The purpose of this article is to verify the role played by the Italian government in the Golden Power discipline. The current regulatory framework on the matter and recent case law attribute to the aforementioned authority a considerably broad power, capable of having a significant impact on the entire national economy. Although one acknowledges the legislature's effort to have prepared a regulatory instrument capable of protecting national companies providing essential goods and services, the presence of an unquestionable and apparently exercisable power over any commercial transaction could condition foreign investors and, therefore, have distorting effects on the national economy.

Il patrimonio culturale digitale. Le nuove frontiere della valorizzazione e fruizione nell'ottica dello sviluppo intergenerazionale

Maria Letizia Siciliano

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il cammino della responsabilità intergenerazionale. Dall'etica filosofica a principio giuridico. – 3. La declinazione del principio di responsabilità generazionale nell'ambito del patrimonio culturale. – 4. Tra conservazione e valorizzazione: un difficile binomio. – 5. Conclusioni.

1. *Premessa*

La modifica dell'articolo 9 della Carta costituzionale con l'introduzione del principio di equità intergenerazionale ha portato all'attenzione degli studiosi un tema, che già nell'ambito della giurisprudenza costituzionale e contabile stava trovando concreta applicazione, ossia il principio della responsabilità intergenerazionale.

Si tratta di un principio nato nell'ambito della normativa e della giurisprudenza sovranazionale a tutela dell'ambiente, ma che successivamente è stato declinato in molti settori dell'ordinamento, fino a divenire principio cardine dei progetti previsti nell'ambito del PNRR, ossia del programma inserito all'interno della normativa comunitaria sul *next generation*, volto a prevedere, tra le altre, la transizione ecologica e digitale, al fine di garantire la ripresa degli Stati membri, a seguito della crisi sanitaria che ha caratterizzato gli ultimi anni.

In particolare, per quel che riguarda il presente contributo, la normativa sovranazionale ha previsto l'esigenza di interventi volti a promuovere e garantire lo sviluppo intergenerazionale della cultura.

L'intento del presente lavoro, pertanto, premesso un disegno storico e sistematico sul principio di responsabilità intergenerazionale, è quello di esaminare la declinazione del principio di responsabilità intergenerazionale nell'ambito del patrimonio culturale.

2. *Il cammino della responsabilità intergenerazionale. Dall'etica filosofica al principio costituzionale*

Il principio della responsabilità intergenerazionale, inteso quale dovere delle generazioni presenti di garantire alle generazioni future uguali opportunità di sopravvivenza e di vita, nasce nell'ambito delle riflessioni della scienza filosofica.

In particolare, infatti, lo sviluppo di tale principio si deve al filosofo Hans Jonas il quale nell'ambito del libro *Il principio responsabilità*¹ sosteneva la necessità di applicare il principio di responsabilità ad ogni gesto dell'uomo, il quale deve prendere in considerazione le conseguenze future delle sue scelte e dei suoi atti, affermava, infatti, l'autore nella sua opera «agisci in modo tale che gli effetti della tua azione siano compatibili con la continuazione di una vita autenticamente umana».

È proprio a tale momento storico e a tale filone filosofico² che si deve l'utilizzo dell'etica quale limite all'incessante sviluppo della tecnica.

Egli, quindi, sosteneva «l'esigenza di fondare un'etica cosmica, basata sul dovere della paura rispetto ai possibili esiti catastrofici delle nostre azioni e sul

¹ La filosofia jonsonianiana si contrappone alla filosofia razionale di Nietzsche, e riprendendo l'idea del dovere kantiano elabora un concetto di etica orientata al futuro, al fine di salvaguardare l'essere e l'umanità minacciato dalla tecnica.

² Occorre precisare che nell'ambito della scienza filosofica parte degli autori nega la sussistenza di un diritto delle generazioni future, in particolare si veda: D. Parfit, *Ragioni e persone*, Milano, 1989, ove si mettono in luce gli argomenti in base ai quali si nega l'ammissibilità di tale esigenza di tutela. Infatti, secondo la tesi sostenuta da questo autore, l'elaborazione filosofica in ordine al problema della responsabilità intergenerazionale è giunta alla conclusione per cui non vi sarebbe alcun dovere di solidarietà delle generazioni esistenti rispetto a quelle future, poiché, il preoccuparsi eccessivamente degli uomini futuri e dei loro interessi sarebbe errato in quanto, come è avvenuto nel corso della storia dell'uomo, la provvidenza divina risolve – o contribuisce a risolvere – ogni tipo di problema. Vi è sempre stata una certa “collaborazione” tra uomo e natura, per cui nessuno dei due ha causato reali pericoli all'altro e viceversa. Il secondo argomento utilizzato dai filosofi per escludere la sussistenza di un dovere di solidarietà tra generazioni va ricondotto al concetto hegeliano di “astuzia della ragione” ovvero al concetto filosofico-economico della “mano invisibile” elaborato da Adam Smith, che ha avuto un peso fondamentale nell'ambito della dottrina economica liberista. Secondo tale precetto gli uomini di oggi non sono responsabili verso le generazioni future in quanto il destino di queste è determinato da forze operanti indipendentemente dalle nostre azioni ed interazioni, che comunque comportano – per le generazioni future – ampi benefici nel medio e nel lungo periodo. Il terzo argomento utilizzato dai filosofi a sostegno della citata tesi è quello della rilevanza del presente e dell'irrelevanza del futuro; pur dovendosi riconoscere l'esistenza di diritti delle generazioni future, tali posizioni soggettive sono cedevoli rispetto a quelli delle generazioni presenti. I diritti delle generazioni future sarebbero “condizionali”, subordinati quindi a quelli delle generazioni presenti. Il quarto argomento utilizzato dai fautori della tesi “negazionista” si fonda su due premesse: a) se non vi è un desiderio di promuovere il bene delle generazioni future, nessun argomento, per quanto razionale, può indurre gli individui di una certa generazione a fare sacrifici per gli uomini futuri in quanto mancherebbe il fattore empatico; b) la nostra capacità di identificarci con gli altri è limitata. F. Menga, *L'emergenza del futuro. I destini del pianeta e le responsabilità del presente*, Roma, 2021, 37. L'A. che aveva già affrontato il tema in Id., *Lo scandalo del futuro. Per una giustizia intergenerazionale*, Roma, Edizione di storia e letteratura, 2016, esprime analiticamente le perplessità dei filosofi del diritto nell'individuare le generazioni future come soggetto di diritto.

coraggio della responsabilità quale passo necessario per affrontare e cercare una soluzione politica ai grandi problemi del presente».

Lo sviluppo del pensiero filosofico di Hans Jonas ha avuto ripercussioni anche nell'ambito delle altre scienze ed in particolare anche nella scienza giuridica internazionale, prima limitatamente alla tutela dell'ambiente e poi estesa quale generale principio guida di tutte le politiche sovranazionali.

Nel 1982 la Carta Mondiale della Natura, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, introduce il principio di precauzione secondo cui «le attività che rischiano di causare danni irreversibili alla natura saranno evitate. Le attività che comportano un elevato grado di rischio per la natura saranno precedute da un esame esaustivo; i loro promotori dovranno dimostrare che i benefici previsti prevalgono sui potenziali danni per la natura e, nei casi in cui gli effetti nocivi eventuali di queste attività sono perfettamente conosciuti, le attività non dovranno essere intraprese».

Ed ancora, la dichiarazione delle Nazioni Unite sulla responsabilità delle generazioni presenti verso quelle future nell'ambito della conferenza generale dell'ONU³ ha espresso il nostro legame con le generazioni future in termini di responsabilità, ponendo quest'ultima come premessa e come obiettivo.

³ 29 sessione della conferenza generale dell'ONU per l'educazione la scienza e la cultura, riunitasi a Parigi dal 21 ottobre al 12 novembre 1997, «Prendendo in considerazione le disposizioni del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali e del Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottati il 16 dicembre 1966, così come la Convenzione sui diritti del bambino, adottata il 20 novembre 1989. Preoccupata per la sorte delle generazioni future di fronte alle sfide cruciali del prossimo millennio, Consapevole che, in questo stadio della storia, l'esistenza stessa dell'umanità e il suo ambiente sono minacciati, Sottolineando che il pieno rispetto dei diritti dell'uomo e degli ideali della democrazia costituiscono una base essenziale per la protezione dei bisogni e interessi delle future generazioni, Affermando la necessità di stabilire nuovi, equi e globali legami di partenariato e di solidarietà fra le generazioni come pure di promuovere la solidarietà intergenerazionale per la comunità dell'umanità, Ricordando che le responsabilità delle generazioni presenti nei confronti delle generazioni future sono già state evocate nei diversi strumenti, quali la Convenzione relativa al patrimonio mondiale, culturale e naturale adottata dalla Conferenza generale dell'Unesco il 16 novembre 1972, la Convenzione quadro delle Nazioni Unite sul cambiamento del clima e la Convenzione sulla diversità biologica, adottate a Rio de Janeiro il 5 giugno 1992, la Dichiarazione di Rio sull'ambiente e lo sviluppo adottata dalla Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente e lo sviluppo il 14 giugno 1992, la Dichiarazione e il Programma di azione di Vienna adottati dalla Conferenza Mondiale sui diritti dell'uomo il 25 giugno 1993, come pure le risoluzioni dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite sulla protezione del clima mondiale per le generazioni presenti e future adottate dal 1990, Determinata a contribuire alla soluzione dei problemi mondiali attuali attraverso una rafforzata cooperazione internazionale, a creare delle condizioni affinché i bisogni e gli interessi delle generazioni future non siano compromessi dal peso del passato ed a trasmettere un mondo migliore alle future generazioni, Decisa ad operare affinché le presenti generazioni prendano interamente coscienza delle responsabilità verso le generazioni future, Riconoscendo che il compito consistente nell'assicurare, particolarmente attraverso l'istruzione, la protezione dei bisogni e interessi delle generazioni future costituisce una dimensione fondamentale della missione etica dell'Unesco il cui Atto istitutivo è dedicato all'ideale "di giustizia, libertà e pace" fondato sulla "solidarietà intellettuale e morale dell'umanità", Constatando che la sorte delle future generazioni dipende in gran parte dalle decisioni e misure prese oggi e che i problemi attuali, tra i quali la povertà, l'insufficiente attrezzamento materiale e tecnologico, la disoccupazione, l'esclusione, la discriminazione e le minacce all'ambiente devono essere risolti nell'interesse delle generazioni presenti e future, Convinta che un obbligo

Si legge, infatti, all'articolo uno che «le generazioni presenti hanno la responsabilità di sorvegliare affinché i bisogni e gli interessi delle generazioni future siano pienamente salvaguardati».

La Conferenza di Stoccolma sull'ambiente (1972), convocata dalle Nazioni Unite ha previsto quale "primo principio" della Dichiarazione che ne seguì, «L'uomo ha il fondamentale diritto alla libertà, all'uguaglianza e a condizioni di vita adeguate, in un ambiente la cui qualità consenta una vita dignitosa e confortevole. Perciò egli ha la solenne responsabilità di proteggere e migliorare l'ambiente per le generazioni presenti e future».

La Carta Mondiale della Natura approvata dall'Onu nel 1982 afferma che «l'uomo deve acquisire la conoscenza necessaria a mantenere e accrescere la propria capacità di usare le risorse naturali in modo da garantire la conservazione delle specie e degli ecosistemi a beneficio delle generazioni presenti e future».

Fino ad arrivare al preambolo della carta di Nizza⁴ ove si prevede una declinazione generale del dovere di tutela delle generazioni future, si legge, infatti, «che il godimento dei diritti, in cui gli Stati membri si riconoscono, fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure delle comunità umane e delle generazioni future».

A livello sovranazionale inizia, quindi, ad affermarsi la necessità di salvaguardare l'ambiente a tutela delle generazioni future.

Entra, quindi, anche nel pensiero giuridico il concetto di tempo, anch'esso in un primo momento studiato soprattutto nell'ambito della scienza filosofica.

Si inizia, quindi, a studiare il rapporto tra il tempo ed il diritto⁵, questione che si pone all'attenzione del giurista negli anni più recenti.

morale s'impone per le generazioni presenti di formulare delle regole di condotta e di comportamento in una prospettiva largamente aperta verso il futuro, Proclama solennemente in questo dodicesimo giorno di novembre 1997 la presente Dichiarazione sulle responsabilità delle generazioni presenti verso le generazioni future».

⁴ Nel preambolo vengono fissati i punti fondamentali che uniscono i popoli d'Europa. Si legge così che essi, nel creare tra loro un'unione sempre più stretta, hanno deciso di condividere un futuro di pace fondato su valori comuni: dignità umana, libertà, uguaglianza, solidarietà, democrazia, stato di diritto. La persona è posta al centro dell'azione istituendo la cittadinanza dell'Unione e creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

⁵ E. Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, Riga, 1781, I, 1, Sez. II, par. 4 trad. it. *Critica della ragion pura*, Roma-Bari, 2, Il tempo, insieme allo spazio, rappresenta uno degli assi cartesiani sulle quali si posizionano le norme giuridiche. Spazio e tempo, insomma, costituiscono il nerbo, l'ossatura gli elementi portanti (a), sui quali si poggiano gli ordinamenti e più in generale la conoscenza umana. Per un'attenta riflessione sul rapporto tra tempo e diritto nella storia del pensiero filosofico, si veda A. Longo, *Tempo, interpretazione, Costituzione*, Napoli, 2016. È nota l'affermazione, contenuta nelle *Confessionum*, libro XIII, cap. XIV: «Cos'è il tempo? Se nessuno me lo chiede lo so; se dovessi spiegarlo a chi me lo chiede, non lo so» si veda la trad. it. di C. Vitali, Milano, 2006. Si tratta di un elemento che compone automaticamente il pensiero, un *a priori* ed è difficile, infatti, da spiegare in modo analitico, anche se i greci avevano fornito una speciale e analitica tassonomia dei diversi modi di intendere il tempo. Le riflessioni più note e indubbiamente più acute sul tempo sono state attribuite a M. Heidegger, *Sein und Zeit*, Halle an der Salle, 1927, trad. it. *Essere e tempo*, Nuova edizione it. A cura di F. Volpi, Milano, 2005; si veda anche Id., *Il concetto di tempo* a cura di F. Volpi, Milano, 1998, prima analisi del giovane studioso, frutto di una conferenza del 1924. Per più brevi riflessioni sul rapporto tra tempo e diritto I. Ciolli, M. Luciani,

Fino alla Rivoluzione francese, infatti, il potere pubblico veniva concepito come realtà immutabile, legata alla inalienabile eredità del passato⁶.

Solo con l'illuminismo entra nella sfera del diritto la possibilità di modificare il futuro.

A tale epoca risale, infatti, l'esigenza di ragionare in termini di programmazione e di obiettivi politici da realizzare⁷.

Ciò in quanto il potere politico diventa un potere sciolto dai vincoli del passato⁸, un potere che guarda al futuro, lo stesso giurista da custode della tradizione e dello *ius inventum*, di un diritto esistente più che posto, cui si accede tramite l'*interpretatio* e la mediazione creativa del testo autorevole, diventa un demolitore critico del passato e insieme un architetto del futuro, un autentico progettista del nuovo.

Le parlement et le temps: le cas italien, in G. Toulemonde, E. Cartier, *Le Parlement et le temps. Approche comparée*, Paris, 2017, 281 e ss. Per una ben più ampia e articolata riflessione sul tempo nel diritto e nell'interpretazione giuridica, si veda A. Longo, *Tempo, interpretazione, Costituzione*, Napoli, 2016, *passim*. Sullo specifico tema della relazione tra tempo e diritto, A. Spadaro, *L'amore dei tempi lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione*, in R. Bifulco, A. D'Alòia (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008, 71 e ss. Sul tempo nel diritto e in particolare nel diritto costituzionale si è soffermato anche Peter Häberle, il quale ricostruisce lo stesso concetto di popolo in modo diacronico, come elemento unitario e ideale che assomma in sé varie generazioni, presenti, passate e future, P. Häberle, *Zeit und Verfassung*, in *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Berlin: Duncker & Humblot, 1974, 59-92. M. Luciani, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, 2013, 1.

⁶ M. Ferrarese, *Il diritto al presente, globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002, 14-15.

⁷ Prende così, progressivamente, forma e consistenza un laboratorio politico-istituzionale inedito, in grado ora di tesaurizzare, ora di stimolare una riflessione teorica ad ampio spettro, che cattura sfere sempre più ampie del sociale, si propone di analizzarle, studiarle, classificarle, di farne oggetto di 'aritmetica politica', non per mera erudizione, ma al contrario in vista di un intervento concreto: di 'riforme', appunto, che modifichino l'esistente, lo riordinino sulla base di un progetto razionalmente elaborato. La realtà sociale non è più soltanto una dimensione da conservare con un attento dosaggio di poteri giurisdizionali. Diventa, al contrario, una realtà da organizzare, da manipolare, da trasformare, sulla base di un disegno di autentica politica del diritto. I modelli giustiziali di governo non sono più sufficienti. Da un lato, sarà sempre di più la legge (e, più tardi, il codice) la voce e lo strumento privilegiato delle riforme: una legge che cade dall'alto, dall'illuminato *arbitrium* del principe, ma che comincia pure a essere avvertita come il prodotto di una funzione, che richiede quindi ingenti lavori preparatori, inchieste, relazioni, scambi di memorie e discussioni collegiali, e quindi nuove prassi decisionali, da organizzare in commissioni, in giunte, che motivano e documentano millimetricamente il proprio lavoro. Dall'altro lato, sul piano delle funzioni subordinate, occorre ormai, secondo l'icastica espressione di Pompeo Neri, «prevenire il male, innanzi che segua», offrendo nuovi canali esecutivi alla sempre più incisiva volontà legislativa del principe e inventando nuovi organi e nuove funzioni, cui attribuire compiti di governo tipicamente amministrativi. La stessa cultura giuridica muta di segno. Da custode della tradizione e dello *ius inventum*, di un diritto esistente più che posto, cui si accede tramite l'*interpretatio* e la mediazione creativa del testo autorevole; ovvero, da depositario di grandi e spesso incontrollabili poteri giudiziari, il giurista, che inizia ad assimilare la ricca temperie dell'età dei lumi e abbraccia nuovi saperi, dalla *philosophie* all'economia politica, veste altri panni, ora da intellettuale, ora da uomo di governo; diventa un demolitore critico del passato e insieme un architetto del futuro, un autentico progettista del nuovo. Operato questo lavacro, anche la cultura giuridica connota in profondità l'età delle riforme; diventa parte di una cultura orientata al fare, all'azione politica, alla realizzazione concreta: l'Illuminismo che incide nella trasformazione della realtà esistente investe direttamente l'ordine giuridico.

⁸ M.R. Ferrarese, *Il diritto al presente*, cit.

D'altronde, come mette autorevolmente in luce Carnelutti, il diritto è un risultato, dunque, nell'ambito della scienza giuridica è insito un risultato o una funzione da svolgere, quindi, la scienza giuridica deve guardare al futuro, al risultato da raggiungere, anche attraverso una programmazione e pianificazione.

L'importanza del tempo nell'ambito del diritto si ricava anche dalla disposizione in tema di efficacia della legge.

Infatti, se leggiamo l'articolo 11 delle preleggi vediamo come la stessa norma afferma che «la legge non dispone che per l'avvenire e non ha effetto retroattivo».

La legge, dunque, quale fonte primaria dell'ordinamento, è destinata a trovare applicazione al futuro.

Proprio in virtù di tale previsione autorevole dottrina⁹ afferma che il legislatore rappresenta l'uomo del futuro, il giudice l'uomo del passato, il potere esecutivo l'uomo del presente.

Il legislatore di oggi è chiamato, quindi, a fare scelte che hanno effetti nel futuro, nei confronti di soggetti non ancora venuti ad esistenza, di soggetti che non hanno partecipato alla scelta politica.

Occorre dunque comprendere se tale scelta deve tutelare anche le generazioni future, e quindi se il principio di responsabilità entri nell'ambito del bilanciamento sotteso alle scelte legislative.

Come detto, il principio della responsabilità intergenerazionale nasce quale principio etico nell'ambito del pensiero filosofico e si estende nell'ambito della scienza giuridica internazionale, in particolare nell'ambito della materia ambientale.

A livello nazionale, quindi, per il tramite dell'articolo 117 della costituzione, comma uno, e quindi dell'obbligo per il legislatore di conformarsi alla normativa sovranazionale, sussiste senza dubbio l'esigenza di tutelare le generazioni future nell'ambito delle scelte legislative, soprattutto nell'ambito della materia ambientale.

Di recente, infatti, la modifica dell'articolo 9 della carta costituzionale, avvenuta con legge costituzionale, ha introdotto il principio di responsabilità intergenerazionale nell'ambito dei principi fondamentali della stessa¹⁰, ancorando il principio proprio con riferimento all'ambiente ed all'ecosistema e recependo, in altri termini, gli approdi sovranazionali in materia ambientale¹¹.

⁹ T. Martines, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale*, in Aa.Vv. *Scritti in onore di S. Pugliatti*, III, Milano, 1978.

¹⁰ La legge costituzionale n. 1 dell'11 febbraio 2023 ha inserito nell'ambito dell'articolo 9 della carta costituzionale un comma: «Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali».

¹¹ G. Palombino, *Il principio di equità generazionale, la tutela costituzionale del futuro*, Milano, 2023, 115 ss., ove si legge che «la revisione dell'articolo 9 non sembra potersi considerare sovversiva del contenuto essenziale dei principi fondamentali, e ciò sulla base di due ordini di ragioni. La prima è che quella in oggetto sarebbe da qualificarsi come una revisione bilancio cioè volta non ad aggiungere o modificare garanzie all'interno della

Ad oggi, quindi, non solo e non più per il tramite dell'articolo 117, il principio di responsabilità generazionale entra nell'ambito del bilanciamento tra diritti e valori sotteso alle scelte legislative in materia ambientale.

L'evoluzione legislativa, prima sovranazionale e poi nazionale, in tema di tutela delle generazioni future ha, quindi, comportato un graduale passaggio dello stesso da principio morale a principio giuridico¹².

La dottrina ha, infatti, definito la responsabilità intergenerazionale come «le possibili forme di tutela giuridica azionabili dagli uomini appartenenti alle generazioni viventi a favore degli interessi delle generazioni ancora non esistenti»¹³.

Quid iuris in ordine agli altri settori? Il principio di responsabilità intergenerazionale deve orientare le scelte legislative anche nell'ambito degli altri settori dell'ordinamento?

La costituzionalizzazione della responsabilità intergenerazionale, limitatamente alla materia ambientale, è stata criticata in dottrina¹⁴, atteso che nell'ambito della normativa sovranazionale, ma anche nell'ambito della giurisprudenza costituzionale e contabile, il principio di responsabilità intergenerazionale è stato negli anni applicato e declinato in vari settori dell'ordinamento, divenendo addirittura principio guida delle politiche da attuare nell'ambito del PNRR.

Proprio per tale ragione, si dovrebbe leggere l'introduzione del principio in maniera estensiva, così da divenire criterio guida delle scelte politiche.

Il principio di responsabilità intergenerazionale, infatti, a giudizio della dottrina mette un freno ad una possibile patologia del sistema, ossia il presentismo¹⁵.

Si tratta di un problema che trova la sua ragione nell'ambito del sistema democratico¹⁶, poiché le scelte politiche attuate dai rappresentanti del popolo e, quindi, da coloro che sono eletti dalla generazione presente sono spesso orientate

carta bensì a cristallizzare un'evoluzione della stessa che si è già registrata e consolidata attraverso la giurisprudenza costituzionale»; si veda anche, M. Cecchetti, *La revisione degli articoli 9 e 41 della costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum di quaderno costituzionali*, 2021, 3.

¹² F. Ost, *Le temps du droit, edile jacob*, Parigi, 99; P. Häberle, *zeit und verfassungskultur, in die zeit, schriften der carl-friedrich-von siemens stiftung*, vol. 6, a cura di A. peisl und a. mohler munchen, 83, 338.

¹³ Bifulco, D'aloia, *Le generazioni future come nuovo paradigma del diritto costituzionale*, in Aa.Vv., *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008.

¹⁴ G. Palombino, *Il principio di equità intergenerazionale*, cit.

¹⁵ R. Bifulco, D'aloia, *Le generazioni future come nuovo paradigma del diritto costituzionale*, cit; G. Palombino, *Il principio di equità intergenerazionale*, cit. 170 ss.;

¹⁶ R. Bifulco, *Perché la storica sentenza tedesca impone una riflessione sulla responsabilità intergenerazionale*, in *Luis Open*, 28 maggio 2021, dove si legge che «si cerca di porre un freno alla miopia del legislatore, imprigionato da scadenze elettorali che spesso lo zavorrano ad interessi di breve o brevissimo periodo»; si veda in tema di democrazia: T. Groppi, *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*, 2016, 1, 51, secondo cui «uno dei principali problemi nell'adozione di decisioni che tutelino le esigenze del futuro, a scapito, se necessario, di interessi del presente, è costituito dalla dinamica della democrazia elettorale, cioè dalla necessità delle élites politiche di conquistare il consenso a breve ter-

a favore di benefici immediati, al fine di ottenere il consenso del popolo e la possibilità di essere rieletti.

È proprio per tale ragione che l'esigenza di tutelare le generazioni future dovrebbe porsi come freno al presentismo, al fine di garantire un adeguato bilanciamento tra le esigenze delle generazioni presenti e quelle future.

Così, tuttavia, non è, poiché spesso il legislatore effettua scelte caratterizzate dal c.d. presentismo, non curante dei danni che potrebbe arrecare alle generazioni future.

A porre un freno a tale problematica, e a dare concreta applicazione al principio di responsabilità intergenerazionale, già da tempo è intervenuta la Corte costituzionale.

Dalla lettura della giurisprudenza costituzionale notiamo, infatti, come la stessa ha fatto applicazione del principio in esame, al fine di dichiarare l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni che si ponevano in contrasto con la tutela delle generazioni future, non solo nell'ambito della materia ambientale, ma anche in altri settori come la finanza.

La Corte costituzionale e la Corte dei conti, infatti, in un dialogo giuridico hanno dato avvio ad uno statuto del bilancio dello Stato qualificato come bene pubblico¹⁷ nel quale tra i principi fondamentali messi in luce dalle pronunce giurisprudenziali vi è proprio quello di responsabilità intergenerazionale¹⁸.

L'equilibrio di bilancio, infatti, nelle sue declinazioni impositive, deve garantire un obbligo delle generazioni presenti ed in particolare della classe politica di rispettare le generazioni future, poiché, come messo in luce dalla consulta, «utilizzare risorse vincolate al pagamento di debiti pregressi per la spesa corrente viola il principio di equità intergenerazionale»¹⁹.

In tali occasioni, dunque, la Corte richiama il concetto di responsabilità inter-generazione e intra-generazionale al fine di affermare «la necessità di non

mine degli attuali elettori, senza tener conto di chi, non essendo presente, non può influire con il suo voto sulla contesa elettorale».

¹⁷ Sia consentito rinviare a M.L. Siciliano, *Il bilancio dello stato come bene pubblico*, in *Amministrazione e contabilità dello stato e degli enti pubblici*, 2021, dove si è messo in luce come il principio di responsabilità intergenerazionale rappresenta un limite ed un vincolo alle scelte legislative e amministrative in materia finanziaria.

¹⁸ In particolare, infatti, anche altri principi fondamentali della Costituzione italiana possono essere interpretati nella chiave prospettica offerta dalla questione intergenerazionale. Alla stessa nozione di 'popolo' dell'art. 1 Cost. può in qualche modo ricondursi il concetto di generazioni future. Infatti, «l'esercizio delle prerogative sovrane non potrebbe farsi carico, unicamente, di preoccupazioni legate al presente ed ai bisogni 'contingenti' dei soli cittadini-elettori» poiché «la compromissione dei bisogni delle generazioni venturose finirebbe per contraddire quella stessa nozione di 'popolo' [...] che, solo nella sua pienezza e complessità, farebbe dello stesso il legittimo titolare della sovranità». Per altri versi, la tutela delle future generazioni può ancorarsi ai principi di solidarietà, di dignità e ai diritti inviolabili, nonché nel principio di pareggio di bilancio e sostenibilità del debito pubblico di cui agli articoli 81 e 97 cost, si veda sul punto M. Luciani, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in *Un diritto per il futuro*, cit.

¹⁹ *Ex multis*, Corte costituzionale, sentenza n. 115/20,

gravare in modo sproporzionato sulle opportunità di crescita delle generazioni future, garantendo loro risorse sufficienti per un equilibrato sviluppo», principio fino a questo momento applicato solo alla materia ambientale»²⁰.

Il principio di responsabilità generazionale trova, quindi, già da tempo concreta applicazione nell'ambito della giurisprudenza costituzionale e contabile, e diventa parametro di bilanciamento anche nell'ambito delle scelte di allocazione delle risorse.

È indubbio che tale *modus operandi* rappresenti un momento patologico del sistema, atteso che, come autorevolmente messo in luce²¹, dovrebbe essere il legislatore, in quanto uomo del futuro, a tutelare e garantire l'applicazione di tale principio, e non il giudice.

Vi è stato, dunque, un graduale cammino della responsabilità intergenerazionale, dalla filosofia al diritto, dal diritto internazionale dell'ambiente ad altri ambiti, dal diritto sovranazionale a quello costituzionale.

L'introduzione del principio nell'ambito dei principi fondamentali contenuti nella costituzione rappresenta il risultato un lungo percorso e deve, quindi, essere salutato con favore dagli interpreti, con la garanzia di leggere lo stesso in maniera ampia, quale parametro di bilanciamento nell'ambito delle scelte legislative dei vari settori dell'ordinamento.

Occorre, tuttavia, precisare, che l'introduzione del principio di responsabilità intergenerazionale nell'ambito del bilanciamento costituzionale non è da tutti condiviso.

Parte della dottrina²² nega, infatti, la possibilità di individuare un diritto delle generazioni future, atteso che l'ordinamento non conosce forme di tutela

²⁰ *Ex multis* vedi Corte costituzionale, sentenza n. 288/2012, secondo cui «nell'apprestare [...] una "tutela piena ed adeguata", capace di assicurare la conservazione dell'ambiente per la presente e per le future generazioni, lo Stato può porre limiti invalicabili di tutela (sentenza n. 378 del 2007). A tali limiti le Regioni devono adeguarsi nel dettare le normative d'uso dei beni ambientali, o comunque nell'esercizio di altre proprie competenze, rimanendo unicamente libere di determinare, nell'esercizio della loro potestà legislativa, limiti di tutela dell'ambiente anche più elevati di quelli statali».

²¹ T. Martines, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale*, cit.

²² L. Bartolucci, *La sostenibilità del debito pubblico in Costituzione. Procedure euro-nazionali di bilancio e responsabilità verso le generazioni future*, Padova, 2020. R. Bifulco, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008, 122 ss., T. Groppi, *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1, 2016. F. Rescigno, *Quale riforma per l'articolo 9*, in *Federalismi*, 2023, 4, secondo la quale «l'aspetto decisamente meno convincente è il richiamo anche nell'interesse delle future generazioni», in quanto si tratta di «un inciso alquanto fumoso, anche rispetto a chi? Alle generazioni attuali o all'ambiente stesso? Quali future generazioni? È un'ambiguità che suscita confusione rispetto agli stessi interessi umani e dimostra al contempo un'impostazione marcatamente antropocentrica». Diffusamente D. Porena, *Il principio della sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, 2017, 155 ss.

delle generazioni future, mentre altra parte della dottrina²³ lo qualifica in termini di dovere delle generazioni presenti e non diritto delle generazioni future.

3. *La declinazione del principio di responsabilità generazionale nell'ambito del patrimonio culturale*

Tra le varie declinazioni in cui ha trovato concreta applicazione l'esigenza di responsabilità intergenerazionale vi è anche la tutela del patrimonio culturale.

Quando si parla di patrimonio culturale non si può non fare riferimento alle generazioni future, perché la cultura rappresenta, oltre a tutto il resto, un ponte tra il passato e il futuro. L'Italia è stata la culla delle più importanti civiltà del mondo occidentale che hanno lasciato un segno indelebile nell'evoluzione della nostra cultura.

Il codice dei beni culturali²⁴ nella norma di apertura connette la tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale alla nostra memoria, alla storia della nostra società e quindi al nostro stesso essere. La testimonianza di questa memoria deve essere tramandata di generazione in generazione, atteso che un popolo senza storia, un popolo senza memoria è un popolo senza futuro.

Si legge, infatti, in letteratura che un popolo senza la conoscenza della propria storia della propria origine e cultura è come un albero senza radici²⁵.

Risulta, quindi, evidente l'esigenza di legare le nuove generazioni alla storia e all'identità culturale²⁶.

Sulla base di queste premesse i temi della conservazione e della valorizzazione del patrimonio culturale diventano uno dei principali terreni di elezione dell'applicazione del principio di responsabilità intergenerazionale principio. Poiché solo così è possibile tramandare alle generazioni future la storia della nostra civiltà e quell'identità culturale che ci rendono famiglia, paese, stato, nazione.

²³ G. Rivosecchi, *La garanzia costituzionale della copertura finanziaria come vincolo intertemporale alla spesa pubblica nella (limitata) prospettiva della tutela delle generazioni future*, in *Un diritto per il futuro*, cit., 475 ss. Appare più corretto ragionare secondo «la prospettiva del dovere costituzionale posto in capo alla comunità escludendo perentoriamente la possibilità di affermare la sussistenza di diritti in capo alle future generazioni». Così G. Arconzo, *La sostenibilità delle prestazioni previdenziali e la prospettiva della solidarietà intergenerazionale. Al crocevia tra gli art. 38, 81 e 97 Cost.*, in *Rivista AIC*, 2018, n. 3, 627 s., spec. 630. Sul punto cfr. anche G. Zagrebelsky, *Diritti per forza*, Torino, 2017, 125 ss. e M. Luciani, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in *Diritto e società*, 2008. M. Francaviglia, *Populismo, costituzione e decisioni di spesa pubblica: c'è spazio per le future generazioni? in Questioni costituzionali al tempo del populismo e del sovranismo*, a cura di G. Allegrì, A. Sterpa, N. Viceconte, 2019, Napoli, 169 s., spec. 180. L. Bartolucci, *La sostenibilità del debito pubblico in Costituzione*, Cedam, 2021.

²⁴ D.lgs. 42/2004, articolo 1.

²⁵ Marcus Mosiah Garvey, sindacalista e scrittore giamaicano.

²⁶ N. Bobbio, *Politica e cultura*, Torino, 74.

L'*idem* sentire che caratterizza lo stesso concetto di nazione²⁷ si identifica non solo nella consapevolezza del processo storico/culturale che ha creato quella determinata comunità, ma anche e soprattutto nella volontà che la comunità possiede di continuare a tramandare i propri vincoli culturali e storici alle generazioni che verranno.

La comunità nazionale diventa, quindi, «un sodalizio tra coloro che sono vivi, che sono morti ma anche che devono ancora nascere²⁸».

L'articolo 9 della Costituzione prevede e garantisce proprio la conservazione e la gestione del patrimonio culturale ereditato.

Si rivolge al passato, alla storia che ne è testimonianza e guarda al futuro, perché è proprio alle future generazioni che si vuole tramandare e trasferire la conoscenza.

La dottrina²⁹ ha messo in luce come «la proiezione al futuro delle disposizioni costituzionali in materia di cultura si evince dal combinato disposto di diverse norme».

²⁷ Nelle riflessioni di carattere più generale sul tema della nazione ricorrono con una certa frequenza due argomenti strettamente correlati. Il primo argomento è che la fisionomia delle nazioni viene di regola determinata dall'interazione di un complesso variabile di fattori eterogenei quali la razza, l'etnia, il territorio, la lingua, le tradizioni, la cultura, un'eredità di memorie condivise, un sistema di istituzioni politiche comuni. Il secondo argomento è che ogni singola nazione costituisce sempre il prodotto di circostanze uniche e irripetibili, di uno sviluppo storico specifico in cui i diversi elementi sopra indicati – o solo alcuni di essi – operano in modi e con esiti di volta in volta differenti. Classica, in entrambi i sensi, la definizione formulata da John Stuart Mill nel XVI capitolo delle Considerazioni sul governo rappresentativo (1861) a proposito delle «fonti del sentimento nazionale»: «Qualche volta – si legge – tale sentimento è l'effetto di identità di razza e di spirito; sovente comunità di linguaggio e di religione contribuiscono a farlo nascere. I limiti geografici sono pure una delle sue fonti; ma la sorgente più viva è l'identità del progresso politico, il possesso di una storia nazionale e di conseguenza di una comunità di ricordi». La storia delle singole nazionalità e delle singole forme del sentimento nazionale – prosegue Mill – dimostra tuttavia che «nessuna di queste circostanze è indispensabile o sufficiente per se stessa in senso assoluto». Considerazioni simili ritornano, per citare solo un altro caso autorevole, nel capitolo teorico che Friedrich Meinecke pose al principio di Cosmopolitismo e Stato nazionale (1907): «Le Nazioni sono grandi e possenti comunità di vita sorte attraverso un lungo processo storico e sottoposte a movimenti e mutamenti ininterrotti; e perciò appunto c'è nella natura della Nazione qualche cosa di fluido. Sedi comuni, comune discendenza o, più esattamente, [...] uguale o simile mescolanza di sangue, lingua comune, vita spirituale comune, lega o federazione di parecchi Stati d'ugual natura: tutte queste possono essere caratteristiche importanti, essenziali, d'una Nazione; ma con ciò non è detto che una Nazione, per esser tale, debba possederle tutte insieme». I due argomenti contenuti in queste definizioni, pur essendo – come si è detto – strettamente correlati, sollevano due problemi distinti. Il fatto che la nazione sia in senso eminente un'"individualità storica" è un dato di immediata evidenza, che si connette strutturalmente e per definizione alla stessa idea di nazione, la quale non a caso iniziò a essere consapevolmente elaborata nell'epoca in cui il «principio del particolare, del singolo» e il «senso dell'individuale» trionfarono sulle «tendenze generalizzatrici e universalizzanti» che avevano caratterizzato l'età dell'illuminismo (v. Chabod, 1961). Questa prima circostanza rende assai ardua e quasi sempre provvisoria l'impresa di determinare – di nuovo con le parole di Meinecke – «quel che v'ha di tipico e di generale nella natura delle Nazioni». E può altresì produrre, in alcuni casi, conclusioni di tipo relativistico, come accade in qualche misura nei due capitoli sulla nazione – uno dei quali rimasto significativamente incompiuto – che Max Weber scrisse per *Economia e società* (1922).

²⁸ V. De Santis, *L'eredità culturale e la responsabilità intergenerazionale*, in Aa.Vv. *Un diritto per il futuro*, a cura di R. Bifulco, A. D'Aloia, Napoli, 2008, 521-571.

²⁹ *Ibidem*

In particolare, infatti, dalla lettura degli articoli 2, 3 e 9³⁰ della Carta costituzionale emerge la volontà del costituente di garantire il pieno sviluppo della persona umana, della sua libertà e quindi della sua dignità.

Tale garanzia passa necessariamente attraverso la formazione dell'individuo.

Inoltre, l'articolo 2 riconosce i diritti fondamentali dell'uomo, ma richiede l'adempimento di doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

Ne discende, quindi, che ogni individuo è necessariamente inserito in una comunità di responsabilità dalla quale non può sottrarsi³¹.

Altra parte della dottrina³² mette in luce anche il collegamento con l'articolo 33 della Carta, poiché proprio sulla base dell'attuazione dei principi che scaturiscono da queste norme si comprende la cura delle generazioni future.

Quindi non solo l'accesso e la promozione dell'istruzione, ma anche la fruizione di biblioteche, musei e di tutto il patrimonio culturale nei limiti della garanzia di conservazione delle stesse, rappresentano strumenti per garantire e tutelare le future generazioni³³.

Nel campo della tutela e della valorizzazione del patrimonio culturale la declinazione della responsabilità intergenerazionale si atteggia diversamente rispetto agli ambiti tradizionali dell'economia e dell'ambiente.

Proprio la lettura e l'interpretazione delle norme costituzionali sopra esposta, mette in luce come il principio si esplica principalmente attraverso la diffusione tra le generazioni presenti dell'identità culturale e della conoscenza della stessa, affinché possa essere tramandata alle generazioni future.

Nel quadro descritto assume fondamentale importanza la valorizzazione del bene culturale e la fruizione massima dello stesso.

Ma non solo, poiché anche grazie alla conservazione del patrimonio culturale sarà possibile tramandare alle generazioni future non solo la memoria, ma anche la *res*, ossia il bene culturale in senso fisico.

Diversi sono anche i riferimenti normativi sovranazionali utili per la ricostruzione della complessiva cornice.

La Dichiarazione universale sulle diversità culturali adottata nell'ambito dell'UNESCO riconosce «che la difesa della diversità culturale è inseparabile dal rispetto della dignità umana».

³⁰ Per una disamina dell'articolo 9 della Carta costituzionale si rinvia a F. MERUSI, in comm. Cost. branca, Bologna, zanichelli-foro.it, 75.

³¹ P. Häberle, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Saggi, Milano, 2003.

³² J.M. Puaschunder, *Intergenerational responsibility in the 21 century*, Vernon press, Wilmington, 2018.

³³ T. Montanari, *Costituzione italiana, articolo 9*, Roma, 2018.

Ed ancora che «le generazioni presenti devono assicurare la preservazione della diversità culturale, in tutte le sue forme valorizzato e trasmesso alle generazioni future in quanto testimonianza dell'esperienza e delle aspirazioni dell'umanità».

Si legge, inoltre, che «la diversità dovrebbe essere riconosciuta e affermata per il bene delle generazioni presenti e future».

Ma la dimensione intergenerazionale dei beni culturali è stata, recentemente, messa in luce anche dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato³⁴.

I giudici di Palazzo Spada nell'esaminare una questione relativa ai mezzi di tutela del bene culturale immateriale, hanno affermato che «il bene culturale non si esaurisce soltanto nelle testimonianze materiali che lo rappresentano, ma presenta una forza evocativa, in virtù del valore in esso insito, che assume significato per l'intera collettività di riferimento, la quale da esso trae un senso di identità. I beni culturali, quindi, costituiscono una vera e propria eredità culturale³⁵ da trasmettere alle generazioni future».

Dunque, è ormai insita anche nell'ambito del formante giurisprudenziale la rilevanza intergenerazionale del bene culturale, soprattutto nel suo aspetto immateriale, nel valore, nelle attività e nelle testimonianze di cui è espressione.

4. *Tra conservazione e valorizzazione del patrimonio culturale: un difficile binomio*

Come detto, il PNRR³⁶ ha dedicato molta attenzione al patrimonio culturale³⁷, incentivando, in particolare, la realizzazione di un sistema stabile e strutturato di utilizzo dei beni culturali, anche con metodi di gestione innovativa che

³⁴ Cons. Stato, Ad. Plen., 13 febbraio 2013, n. 5.

³⁵ C.d. *cultural heritage*, come definita dalla convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore dell'eredità culturale per la società, fatta a Faro il 27 ottobre 2005, ratificata con la l. 1° ottobre 2020, n. 133, la quale ha definito il «patrimonio culturale come l'insieme delle risorse ereditate dal passato, riflesso di valori e delle credenze, delle conoscenze e tradizioni, in continua evoluzione, rilevanti per una comunità di persone, rimarcando il valore e il potenziale del patrimonio culturale come risorsa per lo sviluppo sostenibile e per la qualità della vita e individuando il «diritto al patrimonio culturale»».

³⁶ Il Piano nazionale di ripresa e resilienza dedica diversi investimenti alla tutela e alla valorizzazione dell'immenso patrimonio artistico, architettonico e culturale del nostro Paese, che, oltre a rappresentare un'importante fonte di arricchimento umano, contribuisce in maniera significativa alla crescita economica italiana. La «cultura», infatti, insieme al turismo, rappresentano il 12% del PIL italiano e generano, rispettivamente, il 6 e il 15% circa dell'occupazione totale. Per questo motivo, il rilancio del settore culturale, uno dei più colpiti dalla pandemia, è strategico ed è uno dei principali protagonisti degli interventi finanziati dal Piano. Nello specifico, le risorse destinate alla cultura finanziano investimenti presenti nella Missione 1 («Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo»), nell'ambito della Componente 3 («Turismo e cultura») del Piano e vengono stanziati, a seconda dei casi, allo Stato – e, più specificamente, al Ministero della cultura (che si articola in amministrazione centrale e periferica) –, agli enti locali e alle imprese

³⁷ Per una disamina sul patrimonio culturale si veda S. Cattaneo, *Cultura e patrimonio culturale*, in *Trattato di diritto amministrativo, I beni e le attività culturali*, vol. 30, Padova.

vadano a coinvolgere tanto i soggetti pubblici che i privati, all'interno dei quali rivestono senza dubbio particolare interesse gli interventi volti a creare un patrimonio digitale della cultura a garanzia della prossima generazione.

Per patrimonio culturale digitale si intende la creazione di risorse digitali, che riproducono i beni culturali e che sono stati inclusi, già da tempo dal Consiglio europeo³⁸, nell'ambito del patrimonio culturale, come beni autonomi, così facendo trascolorare la funzione ancillare del bene digitale come replica o copia dell'originale fisico.

Anche il PNRR, dunque, si pone nel solco della normativa che pone al centro dei programmi e degli obiettivi la tutela delle generazioni future. A livello interno, l'ordinamento ha previsto il piano nazionale di digitalizzazione del patrimonio culturale³⁹.

Il patrimonio digitale culturale rappresenta senza dubbio un dispositivo di potenziamento della fruizione e diffusione della cultura. La sua realizzazione e la sua gestione si pone all'interno della funzione di valorizzazione⁴⁰ del bene culturale.

La nozione di valorizzazione dei beni culturali in ambito giuridico è nata di recente, in particolare nell'ambito delle riforme degli anni '90 che hanno dato avvio ad una sorta di federalismo amministrativo mediante la devoluzione alle regioni di alcune funzioni amministrative.

³⁸ Conclusioni del Consiglio europeo sul patrimonio culturale del 21 maggio 2014 (2014/C 183/08): «2. Il patrimonio culturale è costituito dalle risorse ereditate dal passato, in tutte le forme e gli aspetti – materiali, immateriali e digitali (prodotti originariamente in formato digitale e digitalizzati), ivi inclusi i monumenti, i siti, i paesaggi, le competenze, le prassi, le conoscenze e le espressioni della creatività umana, nonché le collezioni conservate e gestite da organismi pubblici e privati quali musei, biblioteche e archivi. Esso ha origine dall'interazione nel tempo fra le persone e i luoghi ed è in costante evoluzione. Dette risorse rivestono grande valore per la società dal punto di vista culturale, ambientale, sociale ed economico e la loro gestione sostenibile rappresenta pertanto una scelta strategica per il XXI secolo». Il patrimonio culturale digitale è costituito da oggetti, la cui natura può essere definita sulla base delle relazioni informative che sono in grado di generare. Essi, anche quando collegati ai beni culturali fisici, possiedono un'autonomia ontologica, come ormai attestato da un'ampia letteratura. Sono disponibili e accessibili, non ponendo alcuna barriera geografica e temporale alla libera fruizione.

³⁹ Il piano nazionale di digitalizzazione del patrimonio culturale è stato redatto dall'istituto centrale per la digitalizzazione del ministero della cultura. Frutto di un processo di condivisione e confronto con diverse istituzioni culturali, il piano costituisce la visione strategica con la quale il ministero intende promuovere ed organizzare il processo di trasformazione digitale nel quinquennio 2022-2023, rivolgendosi in prima istanza ai musei, agli archivi, alle biblioteche, agli istituti centrali e ai luoghi della cultura statali che possiedono, tutelano, gestiscono e valorizzano beni culturali. Il documento crea il contesto strategico – intellettuale e professionale – di riferimento per la realizzazione degli obiettivi del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), per l'investimento M1C3 1.1 *Strategie e piattaforme digitali per il patrimonio culturale*, e costituisce un utile riferimento metodologico e operativo per tutte le istituzioni e per gli operatori culturali, sia in ambito pubblico che privato, che si riconoscono nei valori in esso enunciati. Il PND è articolato in tre sezioni, tra loro collegate in una dimensione di processo: la visione che prefigura la trasformazione e le opportunità del cambiamento, indicando gli obiettivi a lungo termine; la strategia che definisce il percorso per implementare e conseguire gli obiettivi; le linee guida quali strumenti operativi che supportano la pianificazione e l'esecuzione delle attività legate alla digitalizzazione del patrimonio e alla trasformazione digitale dei luoghi e degli istituti della cultura.

⁴⁰ S. Lombardi, *Il diritto dei beni culturali*, capitolo III, Padova, 2021.

Nell'ambito dei beni culturali il legislatore ha effettuato una distinzione tra la tutela⁴¹ e la valorizzazione, facendo permanere la prima nella competenza esclusiva dello Stato, mentre la seconda è stata devoluta alla competenza concorrente stato-regioni, con l'eccezione della Regione siciliana che in virtù del proprio Statuto speciale nella materia dei beni culturali possiede competenza legislativa e amministrativa esclusiva in ordine alla «conservazione delle antichità e delle opere artistiche, in materia di musei e biblioteche di interesse locale e di accademie e istituzioni culturali»⁴².

Dunque, la Regione siciliana in queste materie esercita anche quelle funzioni di tutela oggì riservate dal nuovo art. 117 della Costituzione allo Stato.

In ossequio al principio di sussidiarietà verticale, l'ottica legislativa è stata quella di coinvolgere le regioni nella valorizzazione dei beni culturali, poiché territorialmente rappresentative delle esigenze delle singole realtà e quindi più vicine agli interessi pubblici da queste espressi.

Il legislatore dimostra di voler realizzare una fattiva cooperazione tra i vari livelli amministrativi nell'ambito della complessa gestione dei beni culturali, ma non solo, poiché in virtù del principio di sussidiarietà orizzontale, sembra voler attrarre anche l'intervento dei privati.

La gestione dell'immenso patrimonio culturale di cui l'Italia è dotata, infatti, richiede ingenti risorse economiche⁴³, pertanto, l'apporto economico privato, così come il *know-how* di cui i privati sono portatori, sono visti con favore dall'ordinamento, nei limiti sempre del prioritario interesse pubblico da tutelare.

È sufficiente richiamare i contratti di sponsorizzazione⁴⁴ o il ricorso alle fondazioni.

La nuova ripartizione delle competenze permette quindi di considerare effettivo il richiamo che l'articolo 9 della Costituzione fa alla Repubblica e non allo Stato.

⁴¹ Fin dall'antichità l'insorgere dello stato di guerra ha comportato la distruzione o il danneggiamento di monumenti o beni artistici dell'avversario. Niccolò Machiavelli sosteneva la necessità di una distruzione totale delle città conquistate affermando «non ci è modo sicuro a possederle altro che la ruina. E chi diviene patrone di una città consueta a vivere libera e non la disfaccia, aspetti di essere disfatto da quella». È solo con il nuovo assetto europeo dettato dal congresso di Vienna del 1825 che si assiste ad una inversione di tendenza attraverso la distinzione tra siti difesi contro cui è legittima la violenza bellica e località non difese che sono sottratte agli atti di guerra. È in questo periodo che si assiste a tentativi di affermare un dovere di restituzione dei beni culturali sottratti dai territori occupati e trasferiti nel proprio territorio da parte dello stato occupante. *Ex multis* per un excursus storico sulla tutela dei beni culturali si veda A.F. Panzera, *La tutela dei beni culturali in tempo di guerra*, Torino, 1993.

⁴² Art. 14, lett. r) statuto regione Sicilia.

⁴³ V. Prudente, *L'utile economico del bene culturale*, in *Patrimonio culturale modelli organizzativi e sviluppo territoriale*, atti del convegno di Messina, 14-15 ottobre 2016.

⁴⁴ A. Lupo, *La valorizzazione del patrimonio culturale attraverso il prisma delle sponsorizzazioni*, in *Patrimonio culturale modelli organizzativi e sviluppo territoriale*, atti del convegno di Messina, 14-15 ottobre 2016.

Il fine della valorizzazione del patrimonio culturale è quello di garantire la massima diffusione e quindi la conoscenza delle testimonianze storiche e artistiche e consentire il loro godimento da parte della più ampia platea di soggetti.

La fruizione del patrimonio culturale, quale strumento essenziale a complemento della funzione di tutela, si sviluppa solo negli anni più recenti, quando si inizia a pensare al patrimonio storico come uno dei fattori principali per il miglioramento della qualità di vita dei cittadini.

Valorizzazione⁴⁵ significa anche riuscire a moltiplicare il numero degli utenti, attraverso la più ampia divulgazione e conoscenza del bene culturale in favore di categorie di persone sempre più numerose e diversificate.

L'emersione di questo nuovo interesse alla valorizzazione ha posto delicati problemi in ordine al bilanciamento con quello della conservazione e tutela del patrimonio culturale.

Ciò in quanto, la valorizzazione essendo volta ad incentivare la conoscenza dell'immenso patrimonio storico-culturale, risulta necessaria – al pari delle attività di restauro e conservazione – a preservare la “memoria” della storia dei popoli, ma anche a garantire una riscoperta della funzione sociale delle opere culturali, che devono ritornare a “vivere” all'interno della società attuale, confondendosi con essa, per far emergere quell'ideale classico di bellezza.

La sfida degli studiosi è stata, infatti, per molto tempo quella di comprendere quale fosse il giusto punto di equilibrio tra la conservazione⁴⁶ e la fruizione e valorizzazione del patrimonio culturale.

Emerge, dunque, la delicatezza del compito di promozione dei beni culturali affidato alle regioni.

Ciò si evince anche dalla legislazione succedutasi negli anni che ha riguardato il *nomen iuris* da attribuire, introducendosi nel corso del tempo prima il riferimento alle cose di interesse artistico e storico, consentendo la ricerca anche di quel valore immateriale del bene culturale autorevolmente⁴⁷ proposta in dottrina, poi di attività culturale, così venendo in luce oltre alla res materiale anche il significato, la storia, il riflesso dell'operare umano nella storia della *res*⁴⁸.

Nella dialettica tra il fine di custodire la memoria del passato e l'espressione artistica e le opposte istanze di fruizione e godimento, la legislazione in materia è stata altalenante.

⁴⁵ Ogni attività diretta a migliorare le condizioni di conoscenza e di conservazione del patrimonio culturale ad incrementarne la funzione pubblica.

⁴⁶ Ogni attività svolta con lo scopo di mantenere l'integrità, l'identità ed efficienza funzionale di un bene culturale, in maniera coerente programmata e coordinata.

⁴⁷ M.S. Giannini, *I beni culturali*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1976.

⁴⁸ S. Cattaneo, *Cultura e patrimonio culturale*, in *Trattato di diritto amministrativo, i beni e le attività culturali*, cit.

Inizialmente la legge n. 1089/39 ha fatto prevalere la prima, prevedendo principalmente finalità di conservazione statica attraverso vincoli, divieti, assegnando quindi un ruolo marginale alla tutela dinamica.

Si trattava di una legislazione ispirata ad una concezione estetica del bene culturale, che tralasciava l'interesse alla fruizione del bene, così ledendo anche quell'esigenza di promozione intergenerazionale, poiché se è vero che la conservazione statica garantisce una vita più lunga ed uno stato migliore del bene, è anche vero che viene meno quella massima fruizione e, quindi, conoscenza dell'identità culturale che permette la possibilità di tramandare oltre alla res materiale anche la storia, ma soprattutto nell'accezione peculiare della tutela generazionale, viene meno la garanzia di conoscenza e quindi di libertà e di dignità, così come disegnata dalla carta costituzionale e sopra riportata.

Grazie alle spinte sovranazionali, prevalse in un secondo momento l'indirizzo teorico⁴⁹ che individuava non più la cosa in sé quale oggetto di tutela, ma la testimonianza di civiltà radicata in profili immateriali della cosa stessa. Mutamento poi sigillato dalla Carta costituzionale.

Nonostante ciò, la difficoltà di conciliare l'aspetto statico con quello dinamico ha continuato ad essere un importante banco di prova sia per il legislatore che per la dottrina.

Negli ultimi anni, l'avvento delle moderne tecnologie ha comportato un radicale cambiamento nell'ambito della comunità, coinvolgendo anche il settore culturale.

In particolare, la recente emersione del concetto di patrimonio culturale digitale potrebbe rappresentare un punto di compromesso tra le esigenze statiche e dinamiche di tutela del bene culturale.

Il ricorso allo strumento dell'intelligenza artificiale⁵⁰, attraverso la previsione di beni culturali digitali⁵¹, comporta la creazione di nuovi percorsi nel grande spazio della rete, con indubbi vantaggi come l'eliminazione della decontestualizzazione del bene culturale, che verrebbe sanata attraverso la creazione del conte-

⁴⁹ M.S. Giannini, *I beni culturali*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1976.

⁵⁰ In tema di I.A si segnalano i seguenti contributi, Accoto, *Il mondo dato, cinque brevi lezioni di filosofia digitale*, Milano 2017, A. Condello, *Il diritto come metodo e la scienza algoritmica, una critica a partire da Bobbio e Scarpelli, Studi critici di storia della filosofia del diritto*, percorsi, 2022, Pisa, 13-14; M. Corradino, *Intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: sfide concrete e prospettive future*, in "il diritto amministrativo", S. Civitarese, Matteucci, *Public Administration Algorithm Decision-Making and the rule of law*, in *European public law*, 2021. Non possono però non rammentarsi brevemente quelli che sono i rischi derivanti dall'utilizzo dell'intelligenza artificiale, quali tra tutti quello relativo alla responsabilità, uno dei più grandi interrogativi che si pone nella recente letteratura è infatti quello di comprendere chi risponde a causa del danno provocato dall'IA?

⁵¹ V. Shafer, F. Musiani, *Digital Heritage and Heritagization*, in *RESET Recherches en sciences sociales sur Internet*, 2017, fasc. 6.

sto originario storico, culturale e sociale, rendendo così più accattivante nella collettività la fruizione dello stesso⁵².

Ciò incidendo anche in ordine alla conservazione del bene, poiché si trasporterebbe la tanto temuta valorizzazione e quindi l'attività di fruizione dalla res materiale alla res digitale.

Non solo, la res digitale resiste al trascorrere del tempo, permettendo quindi la trasmissione della storia e della cultura *sine die* alle generazioni future.

In quest'ottica, quindi, la tecnologia applicata al settore culturale, se ben attuata, potrebbe davvero rappresentare il punto di svolta dell'annosa *querelle* in ordine al rapporto tra valorizzazione e conservazione⁵³, soprattutto nell'ottica della tutela intergenerazionale.

Nell'ambito del futuro digitale un ruolo importante deve, quindi, essere assegnato alle regioni nell'ottica della sussidiarietà verticale e del riparto di competenze come sopra delineato, ma anche ai privati in ossequio alla sussidiarietà orizzontale.

L'esperienza siciliana con l'introduzione per la prima volta nel panorama dell'ordinamento italiano di un sistema di parchi e di reti⁵⁴ potrebbe rappresentare un importante riferimento al fine di creare una gestione coordinata a rete digitale.

La diversità della storia culturale che caratterizza ogni singola regione non può, infatti, rimanere nello sfondo.

È necessario che ogni regione nei limiti della competenza di cui all'articolo 117 cost. si attivi al fine di incentivare, attraverso gestioni coordinate e reti di sistema, la formazione di un patrimonio culturale digitale che rappresenta sicuramente un ottimo bilanciamento tra la valorizzazione e la conservazione del patrimonio culturale, in grado di tutelare l'equità intergenerazionale nella materia dei beni culturali.

Occorre dare atto del fatto che, nonostante gli indubbi vantaggi portati dalla transizione digitale, in dottrina sono state messe in luce alcune criticità.

⁵² G. Santaniello, *Trattato di diritto amministrativo*, vol. 33, Padova, 2002; S. Lombardi, *Diritto dei beni culturali*, Padova, 2021.

⁵³ Sul punto E. Sbarbaro, *Codice dei beni culturali e diritto d'autore: recenti evoluzioni nella valorizzazione e nella fruizione del patrimonio culturale*, in *Riv. dir. ind.*, 2016; G. Guerzoni, S. Stabile, *I contenuti museali digitali*, in G. Negri-Clementi, S. Stabile (a cura di), *Il diritto dell'arte*, II, La circolazione delle opere d'arte, Torino, 2013, evidenziano come la digitalizzazione delle opere d'arte possa incrementare le attività culturali di formazione, didattica, conservazione e accesso al patrimonio

⁵⁴ L.R. n. 20/2000 che ha istituito il parco archeologico e paesaggistico della Valle dei Templi di Agrigento, con la finalità di salvaguardia gestione conservazione e difesa del patrimonio archeologico regionale, nonché a consentire. Le migliori condizioni di fruibilità a scopi scientifici sociali economici e turistici.

Si è, infatti, osservato⁵⁵ come «la tecnologia non debba portare alla sostituzione dell'approccio diretto del bene e della fruizione diretta, ma deve essere complementare, poiché il bene culturale deve essere fruito intuito persona, poiché solo attraverso l'approccio diretto alla res si ha lo stimolo dell'intelletto».

Ciò significa che nei limiti della garanzia della tutela e conservazione del bene, lo stesso deve poter continuare ad essere fruito *intuitu persone* dalla collettività.

Ma non sono solo queste le criticità derivanti dalla transizione digitale.

Invero, nonostante la transizione digitale nell'ambito dei beni culturali debba essere salutata con favore dagli interpreti e dalla collettività, attesi gli indubbi vantaggi in termini di fruibilità e valorizzazione del bene che ne derivano, soprattutto in termini di tutela delle generazioni future, diverse sono le problematiche da affrontare nel prossimo futuro.

Una delle principali questioni riguarda gli strumenti di tutela del patrimonio culturale digitale e l'adeguatezza di quelli attualmente previsti.

È sin da subito emersa nel formante dottrinario l'esigenza di una regolamentazione della materia, di un codice o di principi specifici, atteso che come messo in luce dalla raccomandazione dell'Unione europea⁵⁶ in diversi Stati, tra cui l'Italia, non esiste una regolamentazione in materia e questo costituisce una minaccia per la sopravvivenza dei materiali digitalizzati⁵⁷.

Ciò in quanto, solo una corretta regolamentazione⁵⁸ permette una tutela del bene culturale digitale e quindi degli interessi delle future generazioni, così come sopra argomentato.

⁵⁵ S. Lombardo, *Il diritto dei beni culturali*, capitolo VI, *Le prospettive di evoluzione del sistema*, Padova, 2021.

⁵⁶ Raccomandazione 711/2011 U.E.

⁵⁷ Sulle problematiche derivanti dalla mancanza di una regolamentazione in ordine all'utilizzo dell'IA si veda: A. Simoncini, S. Suweis, *Il cambio di paradigma nell'IA ed il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2019, n. 1; J.M. Bolkin, *The three laws of robotics in the age of big data*, in *Ohio stat e law journal*, 78, 2017; G. Tebner, *Ibridi e attanti. Attori collettivi ed enti non umani nella società e nel diritto*, Milano, 2018

⁵⁸ Nel febbraio 2017 il Parlamento europeo ha emanato una risoluzione volta ad invitare gli Stati membri a disciplinare in maniera omogenea gli aspetti civilistici della robotica; viene suggerita la creazione di un'Agenzia europea per la robotica e l'IA composta da regolatori ed esperti esterni in grado di assicurare «le competenze tecniche, etiche e normative necessarie per sostenere gli attori pubblici interessati, sia a livello dell'Unione che degli Stati membri, nel loro sforzo di garantire una risposta tempestiva, etica e ben informata alle nuove opportunità e alle nuove sfide». La Risoluzione auspica una serie di cautele etiche, per assicurare che lo sviluppo e l'utilizzo dei robot avvenga in condizioni tali da preservare la dignità, l'autonomia e l'autodeterminazione degli individui, la tutela della *privacy* e che si presti attenzione «alla possibilità che nasca un attaccamento emotivo tra gli uomini e i robot, in particolare per i gruppi vulnerabili (bambini, anziani, disabili), per attenuare gli impatti emotivi e fisici». La Risoluzione auspica una serie di cautele etiche, per assicurare che lo sviluppo e l'utilizzo dei robot avvenga in condizioni tali da preservare la dignità, l'autonomia e l'autodeterminazione degli individui, la tutela della *privacy* e che si presti attenzione «alla possibilità che nasca un attaccamento emotivo tra gli uomini e i robot, in particolare per i gruppi vulnerabili (bambini, anziani, disabili), per attenuare gli impatti emotivi e fisici». Nel 2018, la Commissione europea ha delineato tre pilastri fondamentali su cui deve basarsi lo sviluppo di un'«IA made in Europe». Per la Commissione, la via europea all'intelligenza artificiale – passa

Invero, è indubbio che la regolamentazione nazionale in materia di beni culturali è incentrata sulla tutela del bene materiale, così compromettendo la futura applicazione dello stesso, in quanto non consente di stare al passo con le recenti sfide dello sviluppo ordinamentale e tecnologico.

Di fatti, già nell'ambito della letteratura giuridica si ponevano diversi problemi in ordine all'applicabilità del sistema di tutele previsto dall'ordinamento ai beni culturali immateriali.

Sul punto, rilevante è la recentissima sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato⁵⁹, la quale investita della questione in ordine alla possibile applicazione al bene culturale immateriale di un vincolo culturale di destinazione, espressione delle tutele predisposte dall'ordinamento per i beni materiali, ha affermato che «le esigenze di tutela devono ritenersi applicabili anche a fronte di espressioni di identità culturale ex art 7-*bis*⁶⁰ del d.lgs. 42/2004, in relazione alle quali si ravvisa l'esigenza di garantire non solo la conservazione della res ma anche la continuità del processo di condivisione riproduzione e trasmissione delle manifestazioni immateriali».

Attraverso una lettura estensiva dell'articolo 7-*bis* del codice dei beni culturali il Consiglio di stato ha ritenuto di applicare le tutele ed i poteri previsti per i beni culturali materiali anche ai beni culturali immateriali.

Ciò in quanto, le tutele previste dal codice sono finalizzate all'obiettivo indicato dal decreto legislativo 42/2004, articolo 1, che si pone quale filo conduttore di tutta la normativa, ossia quello di «preservare la memoria della comunità nazionale e del suo territorio, ed a promuovere lo sviluppo della cultura».

Secondo la Plenaria, quindi, l'articolo 7-*bis* del codice, in combinato disposto con l'articolo 10, costituisce un sistema «integrato e dinamico della tutela del

per lo sviluppo di un'IA «etica, sicura e all'avanguardia», posta al servizio dell'uomo e delle sfide cruciali del XXI secolo, «dalla cura delle malattie alla lotta contro i cambiamenti climatici e alla previsione delle catastrofi naturali, dall'aumento della sicurezza dei trasporti alla lotta alla criminalità al miglioramento della *cybersicurezza*». Si tratta di interventi attenti alla tutela della persona e della dignità umana, in ossequio ai principi europei così come sanciti anche dalla carta di Nizza. Infine, nel 2021 la Commissione europea ha pubblicato una Proposta di regolamento sull'approccio europeo all'Intelligenza Artificiale (COM/2021/206 final). Il regolamento nasce dall'esigenza di definire un quadro giuridico dell'Unione che stabilisca norme armonizzate sull'intelligenza artificiale per promuovere lo sviluppo, l'uso e la diffusione dell'intelligenza artificiale nel mercato interno, al contempo assicurando un elevato livello di protezione degli interessi pubblici, come la salute e la sicurezza e tutela dei diritti fondamentali, riconosciuti e protetti dal diritto dell'Unione.

⁵⁹ Cons. Stato, Ad. Plen., 13 febbraio 2013, n. 5.

⁶⁰ L'art. 7-*bis* del D.Lgs. n. 42/2004 è stato introdotto nel Codice dei beni culturali e del paesaggio, nel 2008, per tutelare le «*espressioni di identità culturale collettiva*» in conformità alle Convenzioni Unesco per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale e per la protezione e la promozione delle diversità culturali (ratificate dall'Italia con le leggi 27 settembre 2007, n. 167 e 19 febbraio 2007, n. 19). Ai sensi dell'art. 7-*bis*, le «*espressioni di identità culturale collettiva*» contemplate dalle Convenzioni Unesco sono assoggettabili alle disposizioni del Codice, qualora siano rappresentate da *testimonianze materiali* e sussistano, dunque, i presupposti e le condizioni per considerare il relativo supporto materiale quale «*bene culturale*», ai sensi dell'art. 10 del D.Lgs. n. 42/2004.

bene culturale, considerato nella sua interezza [...] Non sussiste, dunque, una diversità degli strumenti di tutela, ben potendo le misure previste dal legislatore per conservare le cose essere adeguatamente utilizzate per salvaguardare le attività culturali che per esse e in esse si svolgono».

La pronuncia in argomento risulta importante ai nostri fini, in quanto dalla stessa si evincono importanti principi in ordine al tema in argomento.

Come sopra detto, infatti, i giudici di palazzo spada non solo hanno confermato il rilievo intergenerazionale del patrimonio culturale, ma hanno anche interpretato in maniera estensiva il sistema di tutele previsto dal codice, qualificandolo come integrato e dinamico, così da poter certamente abbracciare anche il patrimonio culturale digitale.

Nel formante dottrinario⁶¹, infatti, non è mancato chi ha sostenuto che i nuovi prodotti digitali culturali possono essere ricondotti nell'alveo del bene immateriale.

Questo non deve certamente indurci nel ritenere completa la tutela interna, ma sicuramente costituisce un punto di partenza nelle more di un intervento legislativo che, comunque, si auspica.

5. *Conclusioni*

Il nostro Paese vanta un'importante tradizione culturale che caratterizza la storia dei popoli.

L'essere una nazione deve significare anche assumere l'impegno, in virtù del principio di solidarietà sociale di cui all'articolo 2 della Costituzione, di conoscere la storia culturale del nostro Paese e di tramandarla alle future generazioni, affinché si mantenga viva negli anni l'identità culturale che caratterizza la storia dell'Italia. Al fine di fare ciò, il giusto bilanciamento tra la funzione di conservazione e quella di valorizzazione del patrimonio culturale ha rappresentato senza dubbio uno dei principali banchi di prova per gli studiosi amministrativisti. La transizione digitale sta comportando un grande aiuto nell'ambito della complessa querelle, poiché sono indubbi i vantaggi derivanti dall'utilizzo della tecnologia nell'ambito del patrimonio culturale, sia in ottica di maggiore fruibilità che di conservazione, non solo della res materiale, ma anche della res digitale, che oggi assume a tutti gli effetti l'accezione di bene culturale.

Notevoli, tuttavia, sono anche le problematiche che occuperanno gli interpreti nel futuro prossimo.

⁶¹ A. Bartolini, *L'immaterialità dei beni culturali*, in *Aedon*, 2014, 1.

Invero, una delle questioni più importanti riguarda le tutele previste per il patrimonio digitale.

Come visto nell'ambito delle superiori considerazioni attraverso la riconduzione del bene digitale al bene immateriale è possibile riscontrato un substrato normativo valido per tutelare lo stesso, ciò anche grazie all'interpretazione fornita dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Si ritiene comunque necessario un intervento normativo, in grado di adeguare la normativa interna agli sviluppi tecnologici.

Il patrimonio culturale digitale. Le nuove frontiere della valorizzazione e fruizione nell'ottica dello sviluppo intergenerazionale

Il diritto amministrativo, oggi, è chiamato ad interrogarsi, affinché possano essere fornite risposte concrete, sulle modalità con cui raggiungere il delicato punto di equilibrio tra l'interesse alla conservazione del patrimonio artistico-culturale e la sua valorizzazione. Ciò in quanto, la valorizzazione essendo volta ad incentivare la conoscenza dell'immenso patrimonio storico-culturale, risulta necessaria – al pari delle attività di restauro e conservazione – a preservare la “memoria” della storia dei popoli, in modo tale da poter essere tramandata alle generazioni future; in secondo luogo, garantisce una riscoperta della funzione sociale delle opere culturali, che devono ritornare a “vivere” all'interno della società attuale, confondendosi con essa, per far emergere quell'ideale classico di bellezza. Infine, essa rappresenta un'occasione unica di sviluppo economico, inserendosi in un ampio spazio di mercato, non necessariamente limitato al settore turistico-ricreativo, in forte e continua espansione.

È proprio nel solco dell'emersione di questi nuovi interessi che il PNRR ha dedicato molta attenzione alla “valorizzazione”, incentivando la realizzazione di un sistema stabile e strutturato di utilizzo dei beni culturali, anche con metodi di gestione innovativa che vadano a coinvolgere tanto i soggetti pubblici che i privati, all'interno dei quali rivestono senza dubbio particolare interesse gli interventi volti a creare un patrimonio digitale della cultura. L'interesse mostrato dal PNRR giustifica la sempre attuale attenzione e rilevanza verso lo studio dell'aspetto dinamico della tutela dei beni culturali.

Il presente contributo, analizzando i suddetti aspetti, vuole soffermarsi sui recenti approdi nazionali e sovranazionali volti a garantire e promuovere lo sviluppo intergenerazionale della cultura.

Digital cultural heritage. The new frontiers of valorization and use with a view to intergenerational development

In the field of administrative law, nowadays we wonder about the concrete answers on the ways to reach the delicate balance between the interest in the conservation of the artistic and cultural heritage and its enhancement.

This is because the enhancement, aimed at encouraging the knowledge of the immense historical and cultural heritage, is necessary to preserve the memory of the history of the peoples, in order to be handed down to future generations.

Secondly, it guarantees a rediscovery of the social function of cultural works, which must return to life within current society, merging with it, to bring out that classic ideal of beauty.

Finally, it represents a unique opportunity for economic development, entering a large market space, not necessarily limited to the tourist-recreational sector, in strong and continuous expansion.

It is precisely in the wake of the emergence of these new interests that the PNRR has devoted much attention to “enhancement”, encouraging the creation of a stable and structured system of use of cultural heritage, also with innovative management methods that involve both both public and private entities, within which interventions aimed at creating a digital heritage of culture are undoubtedly of particular interest.

The interest shown by the PNRR justifies the ever present attention and relevance towards the study of the dynamic aspect of the protection of cultural heritage. The present contribution, analyzing the aforementioned aspects, intends to dwell on the recent national and supranational achievements aimed at guaranteeing and promoting the inter-generational development of culture.

Il nodo delle concessioni demaniali marittime. Amministrazione, giudici, mercati e conflitti

Francesco Tomasicchio

SOMMARIO: 1. La persistenza del problema delle concessioni demaniali marittime dopo la legge di conversione del decreto “*Milleproroghe*”. – 2. Alle origini del conflitto: le sentenze gemelle e il *iudex legibus solutus*. – 3. L’ordinanza n. 743/2022 e il rinvio pregiudiziale del TAR di Lecce alla Corte di giustizia. L’antefatto. – 3.1. Un’interpretazione controversa: l’art. 12, gli effetti (non) diretti e l’incertezza del quadro normativo. L’ambigua posizione della CGUE nella pronuncia C-348/2022. – 3.2. *Segue*. Il problema della potestà disapplicativa della legge ritenuta contrastante con il diritto dell’Unione. Un obbligo ambiguo ripartito tra giudici e funzionari? – 3.3. La legittimazione a disapplicare: riflessioni e obiezioni nell’ordinanza n. 743/2022 del TAR di Lecce e la risposta della CGUE. – 3.4. Un ulteriore dubbio: la direttiva *Bolkestein* quale fonte di liberalizzazione o di armonizzazione? – 4. Il rischio di un inevitabile contrasto tra (quasi) giudicati: la Corte di giustizia chiamata a intervenire. – 5. Amministrazione, giudici, mercati, conflitti e l’alba di una ‘nuova’ legalità. L’impellente necessità di un mercato amministrato e non più solo regolato.

1. *La persistenza del problema delle concessioni demaniali marittime dopo la legge di conversione del decreto “Milleproroghe”*

In seguito al responso reso dalla Corte di giustizia dell’Unione europea circa il rinvio pregiudiziale posto dal TAR per la Puglia di Lecce¹, il tema dell’applicabilità della direttiva europea n. 123/2006/CE (d’ora in poi direttiva *Bolkestein*) è tornato al centro del dibattito politico e istituzionale. A questo proposito, già mediante l’approvazione della legge di conversione del c.d. Decreto Milleproroghe, il legislatore italiano ha deciso di procrastinare al 31 dicembre 2024 la sca-

¹ Corte di giustizia dell’Unione europea, III sez., 20 aprile 2023, C-348/2022, *Agcm v. Comune di Gino-sa marina*; TAR Puglia di Lecce, I sez., 11 maggio 2022, ordinanza n. 743.

denza delle concessioni demaniali marittime² anche al fine di evitare che si proceda a un'incauta selezione dei concessionari per mezzo di gare a evidenza pubblica³.

Infatti, rispetto ai suoi predecessori, questa volta, l'intento del legislatore non sembra esser quello di rimandare *sine die* il problema dell'attuazione della libera concorrenza in materia di concessioni balneari, quanto di prendere il tempo necessario per istituire un apposito tavolo tecnico in grado di elaborare dei criteri determinati, precisi, trasparenti e che tengano debito conto della qualità dei servizi, della storia e della tradizione degli operatori nazionali di questo settore, tra i più importanti dell'economia nazionale. Inoltre, la scelta 'temporeggiatrice' in questione adottata dalla maggioranza parlamentare deve fare i conti con un contesto, non solo sul piano politico, ma anche sul piano giurisdizionale, alquanto intricato e probabilmente senza precedenti⁴.

Sicché, se sul versante politico vi è la contrapposizione tra i sostenitori delle gare a evidenza pubblica e coloro che, invece, vi si oppongono mostrando più di qualche perplessità, sul versante giurisdizionale il quadro risulta essere ancor più complicato. Il che è dimostrato dai due ricorsi (uno ancora pendente) di importanza dirimente sull'interpretazione, in sede italiana ed europea, circa la natura della direttiva *Bolkestein*, dei suoi effetti e del suo ambito di applicabilità. Il primo riguarda l'eccesso di potere giurisdizionale, comprensibilmente lamentato con ricorso in Cassazione⁵ da uno dei sindacati di categoria balneare, in cui sarebbe

² Per una prima e rapida definizione, M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, (in due volumi), vol. II, III ed., Milano, 1993, 651 ss., ricorda come la concessione sia «un vocabolo di origine settecentesca, con cui si indicavano gli atti di benevolenza sovrana [...] oggi le concessioni, o più esattamente, i procedimenti concessori costituiscono un gruppo di procedimenti che è, come gli altri gruppi, caratterizzato dagli effetti giuridici fondamentali nascenti dal provvedimento. È sempre al Ranelletti che si deve il primo assetto teorico di questi procedimenti e, come per i procedimenti autorizzatori, la teoria da lui elaborata è stata ricevuta dalla giurisprudenza ed è ancor dominante in dottrina». Con particolare riguardo al demanio, sempre Id., *I beni pubblici*, Roma, 1963, 34, sottolinea che ciò che caratterizza i beni demaniali è «il godimento dei servizi che la cosa rende o è idonea a rendere se convenientemente impiegata».

³ Il riferimento è al d.l. 29 dicembre 2022, n. 198, recante «*Disposizioni urgenti in materia di termini legislativi*», convertito successivamente in legge, 24 febbraio 2023, n. 14, artt. 10-ter e quater.

⁴ Come sottolineato da A. Police, A.M. Chiariello, *Le concessioni demaniali marittime: dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria al percorso di riforma. Punti critici e spunti di riflessione*, in *Amministrativ@mente*, 2022, II, nonostante l'intervento «di straordinaria rilevanza delle sentenze "gemelle" dell'Adunanza Plenaria, lo stato di incertezza in materia persiste, lasciando almeno al momento quale unico panorama certo un orizzonte normativo e giurisprudenziale agitato».

⁵ Così come disposto dall'ultimo comma dell'art. 111 della Costituzione repubblicana, secondo cui avverso «le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione». Come lo ha definito M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976, 187, si tratta di quel «vizio di sconfinamento nel campo dei poteri dell'amministrazione. Qui le ipotesi più importanti sono: l'esercizio della giurisdizione nel caso in cui non esistano situazioni giuridiche tutelabili (diritti soggettivi o interessi legittimi), ma solo interessi semplici; l'uso da parte del giudice (normalmente, amministrativo) di poteri di cognizione e/o di decisioni più ampi o diversi da quelli ad esso attribuiti dalla legge (il che si ha o quando il giudice amministrativo si ritiene attributario, nel caso, di giurisdizione di merito o, più generalmente e semplicemente, quando, in sede di giudizio di sola legittimità, esso giudice – o qualunque giudice – decida o in base a dirette valutazioni dell'interesse pubblico concreto relativo all'atto impugnato, ovvero prov-

incorsa l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato mediante l'adozione delle oramai note sentenze gemelle⁶. In merito, da ultimo, pare che la Procura Generale della Cassazione abbia chiesto alla Suprema Corte di accogliere le doglianze dei ricorrenti e, conseguentemente, di pronunciare l'eccesso di potere giurisdizionale in cui sarebbe incorsa l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁷.

Tra le doglianze più significative, si ricordano anzitutto l'autonoma individuazione, a opera dell'organo supremo della giurisdizione amministrativa, di un termine di scadenza delle concessioni in essere giudicato «congruo», fissato al 31 dicembre 2023, rispetto al termine stabilito dalla precedente legge proroga⁸, e, in secondo luogo, l'autonoma indagine svolta dal Consiglio circa la sussistenza – o meno – del requisito della scarsità delle risorse naturali costiere che potrebbe, con ragionevoli e documentate argomentazioni, comportare l'esclusione del settore e dei servizi balneari dall'ambito di applicabilità della direttiva *de qua*. In riferimento a quest'ultimo punto, l'Adunanza Plenaria ha ritenuto sussistente il requisito della scarsità della risorsa, ordinando pertanto al legislatore di provvedere ad avviare l'*iter* delle procedure di gara pubblica secondo le scadenze indicate nella sentenza⁹.

Tuttavia, come si cercherà nel prosieguo di evidenziare, in entrambi i casi, il giudice amministrativo sembra aver, per un verso, travalicato il proprio potere invadendo indebitamente l'esclusiva sfera di attribuzione che la Costituzione riconosce al solo legislatore¹⁰, per altro verso, esso ha svolto delle valutazioni di natu-

veda nelle veci dell'amministrazione sostituendo e riformando l'atto impugnato, ovvero compia direttamente e con efficacia immediata e vincolante gli apprezzamenti e gli accertamenti demandati all'amministrazione», risalendo a Cass., SS.UU., 6 ottobre 1964, n. 2525 e altre decisioni analoghe. Prima di lui, per una prospettiva storica dello schema giuridico, V.E. Orlando, *Principii di diritto amministrativo*, V ed., Firenze, 1921, 383 ss.

⁶ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 9 novembre 2021, sent. nn. 17 e 18. In dottrina, si considerino le riflessioni svolte dagli autori contenute nel numero speciale – dedicato al tema – di *Diritto e Società*, III, Napoli, 2021; M. Timo, *Concessioni balneari... all'ultima spiaggia*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, V, Milano, 2021; A. Cossiri, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si pronuncia sulle concessioni demaniali a scopo turistico-ricreativo. Note a prima lettura*, in *Diritto pubblico europeo*, 2021, II, 232 ss.; E. Cannizzaro, *Demanio marittimo: effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18/2021 dell'Ad. Plen. del Consiglio di Stato*, in *giustiziasieme.it* del 30 dicembre 2021; A. Police, A.M. Chiariello, *Le concessioni demaniali marittime: dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria al percorso di riforma*, cit.; M. Crisci, *Risorse scarse e interesse transfrontaliero nelle concessioni demaniali marittime. Il giudice che si sostituisce all'Amministrazione? Brevi riflessioni a margine delle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria nn. 17 e 18*, in *Il diritto dell'economia*, 2022, III, 241 ss.

⁷ Sul punto, *Balneari, procura Cassazione chiede accoglimento ricorso Sib contro sentenze Consiglio di Stato*, in *mondobalneari.com* dell'11 ottobre 2023.

⁸ Legge 30 dicembre 2018, n. 145.

⁹ Nel corso di queste riflessioni si cercherà di ricostruire i tratti salienti delle principali problematiche poste dalla ricezione della direttiva europea in materia di concessioni demaniali marittime, partendo proprio dalle pronunce sia dell'Adunanza Plenaria che dalla più recente del TAR di Lecce.

¹⁰ Da ultimo, esprimendosi proprio su un caso di diniego di proroga in materia di concessione demaniale, la stessa Corte di Cassazione, Sez. Unite, 14 febbraio 2023, n. 473, ha osservato che «in tema di sindacato della Corte di Cassazione sulle decisioni giurisdizionali del giudice contabile o amministrativo, l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore è configurabile solo qualora il giudice speciale abbia applicato non la norma esistente, ma una norma da lui creata, esercitando un'attivi-

ra tecnica, per le quali è necessaria una elevata *expertise*, ma anche di opportunità, che dovrebbero essere riservate alla sola sfera discrezionale dell'Amministrazione¹¹.

Il secondo caso, invece, riguarda l'ordinanza di rimessione alla Corte di giustizia UE da parte del TAR per la Puglia di Lecce, in cui il giudice amministrativo ha posto all'attenzione del giudice sovranazionale alcuni quesiti, tra i quali devono in prima battuta menzionarsi il dubbio circa la natura armonizzatrice – e non liberalizzatrice – della direttiva *Bolkestein* e, inoltre, l'ulteriore dubbio in merito agli effetti non auto-esecutivi della direttiva. Quanto alla natura della direttiva, è d'uopo precisare che il TAR ha specificato che qualora si appuri definitivamente il carattere armonizzante della stessa, essa sarebbe da ritenersi, *de facto*, illegittima, poiché approvata con la sola maggioranza dei voti e non rispettando il requisito, come previsto dai Trattati, dell'unanimità. Su questi temi ci si soffermerà maggiormente nei paragrafi successivi.

Tornando, ora, alle problematiche generate dalla proroga delle concessioni in essere inserita dal Governo, il quadro si è oltremodo complicato in seguito alla legge di conversione del d.l. n. 198/2022 promulgata dal Presidente della Repubblica, il quale ha contemporaneamente manifestato le proprie riserve in merito allo *status* in cui versano le concessioni demaniali marittime¹². In merito, il Capo dello Stato ha ravvisato come sia «evidente che i profili di incompatibilità con il diritto europeo e con decisioni giurisdizionali definitive accrescono le incertezze del quadro normativo [...] Sarà infatti necessario assicurare l'applicazione delle regole della concorrenza e la tutela dei diritti di tutti gli imprenditori coinvolti, in conformità con il diritto dell'Unione [...]»¹³.

Il comunicato del Presidente è volto ad allertare Governo e Parlamento al fine di scongiurare una probabile apertura di una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia per violazione delle regole sulla libera concorrenza. È soprattutto quest'ultima che il Capo dello Stato pretende che venga effettivamente garantita, in conformità ai vincoli contenuti nei Trattati sovranazionali e confermati dalle pronunce della Corte del Lussemburgo. In relazione a quest'ultimo rilievo, un ordine di problemi si pone nel momento in cui la riserva espressa dal Colle sollecita il legislatore a procedere a un riordino della disciplina di recepimento della

tà di produzione normativa che non gli compete (così Cass. S.U., n. 36593 del 2021; Cass. S.U., n. 22711 del 2019; Cass. S.U., n. 32175 del 2018).

¹¹ Sul punto, si considerino gli interessanti rilievi svolti, di recente, da M. Crisci, *Risorse scarse e interesse transfrontaliero*, cit., 241 ss., spec. 261.

¹² Le criticità scaturenti dalle continue proroghe sono da ricondurre, secondo E. Cannizzaro, *Demanio marittimo*, cit., 1, più che a un atteggiamento omissivo del legislatore, a «comportamenti attivi, e cioè da leggi e atti amministrativi adottati al fine di impedire la corretta applicazione del diritto europeo da parte delle amministrazioni e dei giudici nazionali».

¹³ Comunicazione del Presidente della Repubblica del 24 febbraio 2023, consultabile in <https://www.quirinale.it/elementi/80338>.

direttiva *Bolkestein*, attuando in un breve lasso di tempo una normazione conforme alle prescrizioni sovranazionali.

Il che deve necessariamente coordinarsi con un quadro giurisdizionale, interno ed esterno, come evidenziato, tutt'altro che uniforme¹⁴. Infatti, questo potrebbe comportare un'incauta e pericolosa attuazione della direttiva euro-unitaria in materia concessoria, a causa anche della mancanza del tempo necessario affinché venga istituito un tavolo tecnico che consenta l'elaborazione di criteri precisi, chiari e strumentali al contesto unico rappresentato dal turismo balneare italiano. Si badi bene: a correre seri rischi, per via della realizzazione di bandi di gara aperti, non sono esclusivamente gli attuali concessionari e i loro decantati privilegi, ma a repentaglio pare essere la stessa libera concorrenza nella misura in cui si consentirà indistintamente a chiunque, anche alle più note e potenti imprese, di prendere parte alle procedure a evidenza pubblica, senza adeguati criteri protezionistici. Uno scenario che, in realtà, si è già avuto modo di sperimentare¹⁵.

Obiettivo di queste riflessioni è quello di ripercorrere i profili ritenuti più interessanti – e per certi versi problematici – delle pronunce giurisprudenziali concernenti l'applicabilità, l'applicazione quando vi è stata, la natura e gli effetti della direttiva europea in materia di concessioni demaniali marittime a fine turistico-ricreativo. La rilevanza dei temi menzionati emerge soprattutto in considerazione della sussistenza – o meno – del requisito della scarsità della risorsa come rilevato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nonché dalla apparente sostituzione di questo giudice al legislatore in sede di individuazione del termine di scadenza delle concessioni in essere. Soprattutto, si cercherà di ripercorrere gli interrogativi posti dal TAR di Lecce alla Corte di giustizia, esaminando in particolare la delicata questione relativa alla natura e alla legittimità della direttiva

¹⁴ Contro l'ultima proroga disposta dal Governo Meloni, anche di recente Cons. Stato, sez. VI, 1° marzo 2023, n. 2192, in cui il giudice amministrativo ha ribadito che «il Tribunale, infatti, non avrebbe colto che non era stata dedotta la natura self executing della direttiva nella sua interezza o del suo art. 12, bensì della specifica e puntuale “norma di divieto”, contenuta in tale articolo, la quale ha sicuramente “efficacia diretta”, prevedendo un obbligo chiaro, preciso, completo e incondizionato a carico degli Stati membri. Inoltre, diversamente da quanto affermato dal medesimo giudice, l'applicabilità del divieto contenuto nell'art. 12 della direttiva Bolkestein opererebbe indipendentemente dal fatto che le concessioni prese in considerazione rivestano interesse transfrontaliero certo. Non sarebbe nemmeno condivisibile l'affermazione secondo cui le spiagge non costituirebbero una risorsa scarsa [...] In conclusione giova soltanto soggiungere che, sulla base di quanto affermato dall'Adunanza Plenaria, con le ricordate sentenze nn. 17 e 18 del 2021, non solo i commi 682 e 683 dell'art. 1 della L. n. 145/2018, ma anche la nuova norma contenuta nell'art. 10-*quater*, comma 3, del D.L. 29/12/2022, n. 198, conv. in L. 24/2/2023, n. 14, che prevede la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere, si pone in frontale contrasto con la sopra richiamata disciplina di cui all'art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE, e va, conseguentemente, disapplicata da qualunque organo dello Stato».

¹⁵ È quanto avvenuto, come si cercherà di porre in evidenza, per una buona parte della costa triestina, dove la multinazionale *RedBull* si è aggiudicata 125mila metri quadrati di costa (di cui sessantacinque in regime di concessione). Sul punto, *RedBull compra un tratto di costa Adriatica: è l'antipasto della direttiva Bolkestein*, in *lindipendente.online* del 28 gennaio 2022; A. Somma, *Io sto con i balneari, in lafionda.org* del 17 giugno 2022.

europea stessa e il manifesto dissenso verso quanto sancito dalle sentenze gemelle. Ciò anche al fine di svolgere delle considerazioni conclusive circa gli effetti che le pronunce giurisdizionali, di concerto con i condizionamenti politici interni e sovranazionali, potranno eventualmente produrre sull'attività del legislatore.

2. *Alle origini del conflitto: le sentenze gemelle e il iudex legibus solutus*

Orbene, mediante l'adozione delle sentenze nn. 17 e 18, il Consiglio di Stato ha in primo luogo vagliato la natura della direttiva n. 123/2006 e se essa possa ritenersi idonea a produrre effetti diretti all'interno dell'ordinamento nazionale. A questo proposito, l'Adunanza Plenaria ha riconosciuto alla normativa in esame efficacia auto-esecutiva, sostenendo che siffatto «carattere è stato espressamente riconosciuto dalla Corte di giustizia nella sentenza *Promoimpresa* (C-174/06), oltre che da una copiosa giurisprudenza nazionale che ad essa ha fatto seguito»¹⁶. Queste affermazioni di principio, che non sembrano esser state adeguatamente motivate e sostenute da una uniforme interpretazione della giurisprudenza anche sovranazionale, hanno condotto il supremo consesso della giurisdizione amministrativa ad affermare perentoriamente l'immediata auto-esecutività della direttiva, o meglio la sua parziale idoneità a produrre circoscritti effetti diretti¹⁷, ritenendo non giustificato il comportamento omissivo tenuto dal legislatore e non ritenendo, viceversa, quale *condicio sine qua non* per la produzione di effetti della direttiva *Bolkestein* un previo recepimento da parte del Parlamento nazionale.

In virtù di questo assunto, il giudice amministrativo ha ritenuto doveroso stabilire un termine per la scadenza delle concessioni demaniali in essere, prevedendo così il differimento della produzione degli effetti delle sentenze stesse al 31 dicembre 2023¹⁸. Il tutto in nome di una riservata e, a quanto pare, auto-

¹⁶ Cons. Stato, Ad. Plen., cit., § 26; Corte di giustizia dell'Unione europea, 14 luglio 2015, *Promoimpresa e a.*, C-174/06.

¹⁷ E. Cannizzaro, *Demanio marittimo*, cit., 3, sostiene che «l'art. 12 della Direttiva Bolkestein abbia, nel suo contenuto negativo, effetti diretti. Tale disposizione, da un lato, impone agli Stati l'obbligo della selezione del contraente attraverso una procedura competitiva e, per questo aspetto, assicura agli Stati membri un certo margine di discrezionalità; dall'altro proibisce, invece, proroghe automatizzate e generalizzate. In altri termini, per lo meno in relazione all'obbligo negativo che esso impone agli Stati, e cioè quello di non disporre proroghe automatiche e generalizzate, l'art. 12 ha indubbiamente effetti diretti [...]».

¹⁸ A questo proposito, M.A. Sandulli, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 dell'Adunanza Plenaria*, in *Diritto e Società*, 2021, III, 354, ha rimarcato la contraddittorietà – non superabile – delle decisioni passate in rassegna, sostenendo che «se il primato del diritto UE e la pretesa valenza autoapplicativa della Direttiva 123/2006 ostano all'applicazione delle leggi nazionali di proroga e gli atti amministrativi che le richiamano devono per l'effetto davvero essere considerati *tamquam non essent*, le sentenze che ne affermano comunque l'efficacia fino al 31 dicembre 2023 finiscono, in sostanza, essere stesse per disporre, in via giurisdizionale, la medesima proroga generalizzata e indiscriminata delle vigenti concessioni che hanno ritenuto incompatibile con il diritto UE. E, dunque, proprio in forza del ragionamento svolto, dovrebbe-

ma discrezionalità. Più precisamente, l'Adunanza Plenaria si è espressa sui quesiti che le sono stati deferiti, per quel che interessa questa sede, così riassunti: se sia doverosa, o no, la disapplicazione delle leggi statali o regionali che prevedano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico ricreative e se, soprattutto, sussista un obbligo di disapplicazione della normativa interna per i funzionari dello Stato qualora in conflitto con il diritto dell'Unione; se una volta accertata la sussistenza di suddetto obbligo esso si estenda a tutte le articolazioni dello Stato, nonché, qualora la direttiva sia ritenuta *self-executing*, l'attività interpretativa sia riservata unicamente agli organi della giurisdizione nazionale o spetti anche agli organi di amministrazione attiva; ancora, se, in caso di risposta affermativa al precedente quesito, in presenza di un inadempimento circa l'obbligo disapplicativo, l'amministrazione dello Stato sia tenuta all'annullamento d'ufficio del provvedimento emanato in contrasto con la normativa dell'Unione europea o, comunque, sia tenuta a procedere al suo riesame ai sensi della l. 241 del 1990.

Per quanto concerne la natura *self-executing* della direttiva europea, il Consiglio di Stato ha ritenuto sufficiente, al fine di attribuire tale qualifica, il richiamo agli obiettivi in materia di concorrenza fissati dal legislatore europeo, a partire proprio dai presunti effetti diretti che esplicherebbe l'art. 12 nella sua portata negativa¹⁹. Sennonché, al contempo, il giudice amministrativo ha palesato la necessità che il legislatore nazionale provveda all'attuazione della normativa, facendo trasparire, altresì, che proprio l'inerzia del legislatore italiano non fa che corroborare la tesi secondo cui la *Bolkestein* non sia dotata di un'efficacia diretta. Il che contribuisce a rendere la suggestiva teoria degli effetti diretti non altro che una mera statuizione di principio, una presupposizione che però non trova riscontro né all'interno della legge nazionale né tantomeno in quella euro-unitaria.

In altri termini, l'Adunanza Plenaria pur esortando il Parlamento a intervenire entro il termine di scadenza da essa discrezionalmente fissato, e fin quando perdura l'inerzia del legislatore stesso, ha ritenuto conforme a diritto la facoltà di sostituirlo

ro essere a loro volta disapplicate dalle amministrazioni e dagli altri giudici», in riferimento a Cons. Stato, Ad. Plen., cit., § 45, §51, in cui il giudice ha sostenuto la non rilevanza dei «poteri di autotutela decisoria della P.A. in quanto l'effetto di cui si discute è direttamente disposto dalla legge, che ha nella sostanza legificato i provvedimenti di concessione prorogandone i termini di durata. La non applicazione della legge implica, quindi, che gli effetti da essa prodotti sulle concessioni già rilasciate debbano parimenti ritenersi *tamquam non essent*, senza che rilevi la presenza o meno di un atto dichiarativo dell'effetto legale di proroga adottato dalla P.A. o l'esistenza di un giudicato. Venendo in rilievo un rapporto di durata, infatti, anche il giudicato è comunque esposto all'incidenza delle sopravvenienze e non attribuisce un diritto alla continuazione del rapporto».

¹⁹ Direttiva del 12 dicembre 2006, n. 123/2006/CE, art. 12, I comma: «Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento».

tuirsi *de facto* al potere legislativo, ritenendo inammissibile la proroga automatica *ex lege*²⁰. Inoltre, l'attività sostitutiva posta in essere da questo giudice emerge anche sotto un altro profilo, da ritenersi strettamente amministrativo. Infatti, il Consiglio ha ravvisato – sulla base di una propria indagine discrezionale – la sussistenza del requisito della scarsità della risorsa costiera e del numero limitato di provvedimenti concessori disponibili²¹. Questa statistica è stata ricavata dalla Plenaria attraverso l'ottenimento di dati in possesso del Ministero delle Infrastrutture.

In seguito alla loro consultazione, il giudice ha presunto la sussistenza della scarsità della risorsa costiera italiana e, di conseguenza, ritenuto configurabile un'elevata domanda del bene da parte di altri potenziali concorrenti. Pertanto, risultando scarsa la risorsa naturale oggetto della concessione demaniale, il legislatore non può eludere le prescrizioni contenute all'interno della direttiva servizi – ritenuta aprioristicamente *self executing* – prorogando le concessioni e, di riflesso, decidendo di non applicare le norme sulla libera concorrenza. In merito, sembrano essere fin troppo chiari i punti di diritto fissati dal Consiglio di Stato. Se non fosse che nell'ordinamento giuridico italiano vige, ancora, il principio della separazione dei poteri.

Rimanendo in tema, ammesso e non concesso che sussista, come ribadito dall'Adunanza Plenaria, il requisito della scarsità delle risorse, come può un organo giurisdizionale, qualunque esso sia, svolgere indagini, analisi statistiche, formulare proprie considerazioni che dovrebbero essere di esclusiva pertinenza dell'Amministrazione e della sua connessa potestà discrezionale?

In sostanza, il ragionamento condotto dalla massima assise della giurisdizione amministrativa – non vertendo su una controversia dove gli è consentito conoscere e giudicare nel merito della *quaestio facti* – sfocia in una valutazione di carattere discrezionale, funzionale all'applicazione diretta della direttiva euro-unitaria senza l'intermediazione (necessaria) prima del legislatore, poi dell'Amministrazione²². È a quest'ultima, infatti, che l'ordinamento riconosce il compito di rilasciare le autorizzazioni ai concessionari e, in via ipotetica, è a quest'ultima che compete indire le gare a evidenza pubblica al fine del rilascio dei provvedimenti medesimi, anche quando e qualora vi sarà l'attuazione e l'adeguato recepimento della direttiva *Bolke-*

²⁰ Cons. Stato, Ad. Plen., cit., § 26.

²¹ Ivi, § 13.2; § 25.

²² In tale direzione, M.A. Sandulli, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari"*, cit., 361, secondo cui la «lettura – e riletture – delle pronunce restituisce invero sempre più la triste impressione che, avvertendo la difficoltà della politica di trovare urgentemente una soluzione a un problema sicuramente serio e annoso, aggravato dalle vane e ripetute sollecitazioni delle istituzioni eurounitarie a un legislatore smaccatamente attendista, il Consiglio di Stato, con un'azione congiunta dei suoi organi supremi, abbia ingiustamente sacrificato il suo ruolo di giudice-interprete per privilegiare quello – proprio piuttosto della funzione consultiva – di 'ausiliare' il legislatore in una congiuntura particolarmente difficile, fino ad assumere, in sua vece, posizioni e scelte di 'opportunità' e di 'equilibrio' nel contemperamento di diversi interessi, che sono appannaggio esclusivo della politica».

stein. Ne consegue, come logico corollario, che solo l'Amministrazione può svolgere, mediante l'esclusivo esercizio discrezionale, le valutazioni necessarie per addivenire a un giudizio esaustivo sulla configurabilità, o meno, della scarsità della risorsa costiera. Questo anche al fine di valutare gli interessi in gioco e, in particolare, l'interesse pubblico²³. È chiaro come le suddette valutazioni non possano essere svincolate da un indirizzo ben determinato. Ma tale indirizzo non può che provenire dal legislatore e non da un organo giurisdizionale che a esso si è sostituito, adducendo, tra l'altro, come ragione giustificatrice l'inerzia del Parlamento.

La questione è più delicata di quanto sembri, poiché sono in discussione il principio di legalità e la separazione dei poteri, assi portanti dell'architettura costituzionale dello Stato. Uno dei rischi maggiori che possono scaturire dalle sentenze *de quibus* dell'Adunanza Plenaria è rappresentato dal plausibile consolidamento dell'*iter* logico da essa tracciato, con i manifesti vizi, e pericoli, che emergono. Per questa ragione, non a torto, si è sostenuto che «il giudice amministrativo – nella sua funzione nomofilattica – ha esteso la propria giurisdizione oltre i confini del controllo della funzione amministrativa attiva, ad essa normalmente precluso»²⁴. Non è dato sapere, però, in base a quali norme attributive di potere il Consiglio di Stato abbia effettuato considerazioni di opportunità sia per quanto attiene allo *status* vigente del mercato e dei servizi balneari, sia circa la sussistenza del requisito della scarsità della risorsa in questione. È tuttavia un dato incontrovertibile che esso lo abbia fatto. Allo stesso tempo, non può non destare preoccupazione il messaggio del Capo dello Stato nella parte in cui ha richiesto al legislatore di dare seguito, nell'adottare una disciplina conforme alle prescrizioni euro-unitarie, a quanto stabilito dall'Adunanza Plenaria con le sentenze gemelle, con le insidiose conseguenze che da tale attuazione potrebbero derivare.

Le interpretazioni rese dai giudici di Palazzo Spada hanno altresì portato all'imposizione, gravante su tutti i giudici e anche su tutti i singoli funzionari dell'Amministrazione, consistente nella disapplicazione della legge di proroga, al fine di favorire l'applicazione della direttiva sovranazionale. Peraltro, ponendo di fatto i singoli funzionari, ad esempio comunali, sullo stesso piano dei giudici, sui quali incombe lo stesso onere di disapplicazione della normativa interna. Sul punto si tornerà successivamente.

²³ Vale la pena richiamare le riflessioni di F.G. Scoca, *La riserva di amministrazione come problema*, in Aa.Vv., *Liber Amicorum per Marco D'Alberti*, Torino, 2022, 398, secondo cui la funzione amministrativa «deve essere prevista dalla legge e deve curare nel modo migliore l'interesse pubblico concreto. A tale scopo deve muoversi nello spazio previsto in via astratta dalla legge e deve svolgersi attraverso un procedimento accuratamente disciplinato, nell'ambito del quale viene individuato, elaborato e precisato, con la partecipazione dei privati interessati, l'interesse pubblico concreto, inteso come la sintesi algebrica di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti nella singola operazione amministrativa».

²⁴ Così M. Crisci, *Risorse scarse e interesse transfrontaliero*, cit., 250.

Orbene, il Consiglio di Stato, con l'adozione delle menzionate sentenze, ha tratto alcune conclusioni in punto di diritto, tra le quali: il carattere di liberalizzazione della direttiva (e non di armonizzazione); l'efficacia diretta della direttiva europea; la sussistenza del requisito della scarsità della risorsa costiera e, infine, l'obbligo di disapplicazione della legge nazionale, che incombe anche sul singolo funzionario dell'Amministrazione²⁵.

Un serio, e probabilmente senza precedenti, ordine di problemi si è posto nell'istante in cui un giudice inferiore, nella fattispecie il TAR di Lecce, ha disatteso, temporaneamente, i punti di diritto fissati dal giudice della nomofilachia, svolgendo argomentazioni in chiaro contrasto con quest'ultimo e ponendo fortemente in dubbio l'interpretazione della direttiva euro-unitaria e anche parte della giurisprudenza cui la stessa Adunanza Plenaria ha fatto richiamo. Da ciò è scaturita l'ulteriore trasposizione del conflitto giurisdizionale dal solo piano interno a quello sovranazionale, laddove alla Corte di giustizia sono stati posti alcuni quesiti pregiudiziali a opera del giudice del TAR pugliese. Quesiti che si cercano ora di esaminare, osservando altresì le risposte rese dalla CGUE nella medesima causa, di concerto al resto delle obiezioni mosse dal Collegio alle statuizioni svolte dal Consiglio di Stato che in questa sede si ritengono maggiormente rilevanti.

3. *L'ordinanza n. 743/2022 e il rinvio pregiudiziale del TAR di Lecce alla Corte di giustizia. L'antefatto*

Mediante ordinanza dell'11 maggio 2022, n. 743, la prima sezione del TAR Puglia Sede di Lecce ha posto alcuni quesiti pregiudiziali alla CGUE a causa della controversia insorta tra l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) e il Comune di Ginosa (TA). In particolare, l'Autorità ha chiesto al giudice amministrativo l'annullamento delle delibere della giunta comunale nn. 19 e 225 del 2020 e i relativi atti di proroga inerenti a una concessione demaniale marittima, attraverso l'adozione di un parere contrario rispetto a quello deliberato dal Comune²⁶. Tra le motivazioni addotte, l'AGCM sostiene che vi è stata una violazione

²⁵ Il deferimento della controversia all'Adunanza Plenaria non è stato esente da critiche. In merito, M.A. Sandulli, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari"*, cit., 331 ss.; R. Mastroianni, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e le concessioni balneari: due passi avanti e uno indietro?*, in *Eurojus*, 2022, I, 107 ss., secondo cui, in realtà, non vi erano i presupposti di un chiaro contrasto giurisprudenziale che giustificasse una remissione all'Adunanza Plenaria.

²⁶ In merito alla natura del sindacato del giudice amministrativo circa le valutazioni svolte dall'*antitrust*, per una prospettiva anche storica, M. D'Alberti, *Libera concorrenza e diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2004, II, 347 ss., ha sostenuto che «non solo la complessità delle valutazioni, ma anche il carattere quasi-giurisdizionale delle funzioni dell'Autorità hanno indotto il giudice a praticare un sindacato 'debole' sugli apprezzamenti tecnici più delicati che la legge ha voluto affidare ad un organismo amministrativo del tutto

degli artt. 49 e 56 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, dovuta alla non osservanza delle prescrizioni contenute all'interno della direttiva *Bolkestein* in materia di libera concorrenza. Infatti, l'Autorità ha rammentato l'obbligo per l'Amministrazione comunale di procedere a gare a evidenza pubblica per l'assegnazione delle concessioni demaniali marittime, in ossequio ai vincoli euro-unitari²⁷.

A tal proposito, la disposizione della proroga delle concessioni in essere è risultata, secondo l'*authority* di settore, essere in palese contrasto con le previsioni della direttiva servizi in questione e, pertanto, la normativa nazionale deve essere disapplicata in favore di quella sovranazionale²⁸. Tuttavia, suddetto assunto non ha trovato l'accoglimento da parte dell'Amministrazione, secondo cui la direttiva non ha natura *self-executing* e per tale ragione è risultata inammissibile la disapplicazione della disciplina interna. Sul punto, l'Autorità resistente ha fatto richiamo, sin dal principio, alla giurisprudenza dello stesso TAR dianzi al quale ha impugnato il provvedimento ritenuto viziato in seguito al mancato adeguamento da parte del Comune ai rilievi che erano stati rilevati²⁹.

Nel merito, l'Autorità ha contestato all'Amministrazione la violazione e la falsa applicazione dell'art. 12 della direttiva europea, denunciando, tra l'altro, la violazione dei canoni sovranazionali di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi nel mercato interno, con conseguente violazione dell'art. 49 del TFUE.

La fissazione e discussione della causa era stata posticipata in attesa che sull'interpretazione della normativa in questione si pronunciasse l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. Pronuncia che, come si vedrà, non è riuscita a condurre a una soluzione pacifica e unanime nella controversia pendente presso il TAR di Lecce.

peculiare. Sotto tale profilo, quanto meno, l'atteggiarsi del giudice amministrativo nei confronti dell'amministrazione assume in materia di concorrenza tratti distintivi rispetto ad altri settori del contenzioso».

²⁷ AGCM, parere del 19 marzo 2021, n. AS1764.

²⁸ La normativa nazionale di riferimento, in materia di proroghe delle concessioni demaniali marittime, era costituita dalla l. 145/2018 e dalla l. 77/2020, ora sostituita dalla nuova legge di conversione del d.l. 29 dicembre 2022, n. 198, c.d. "*Milleproroghe*".

²⁹ Questa facoltà è riconosciuta all'AGCM direttamente dalla l. del 10 ottobre 1990, n. 287, art. 21-*bis*, secondo cui «l'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni». Sui poteri dell'AGCM, senza presunzione di completezza, *ex multis*, M. Clarich, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Diritto amministrativo*, 1993, I, 77 ss.; F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, 2005, 351 ss.; A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007, 103 ss.; B.G. Mattarella, *Il ruolo dell'AGCM*, in M. Ainis (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Roma-Bari, 2019, 141 ss.

3.1. *Un'interpretazione controversa: l'art. 12, gli effetti (non) diretti e l'incertezza del quadro normativo. La posizione della CGUE nella pronuncia C-348/2022*

È fuori di dubbio che per meglio comprendere la natura e gli effetti esplicabili dalla direttiva *Bolkestein* ci si debba soffermare su uno degli articoli più importanti, la cui interpretazione risulta controversa in dottrina e in giurisprudenza. Si vuole fare riferimento all'art. 12 della direttiva e in particolare ai presunti effetti diretti, ancorché limitati al contenuto negativo, che esso sarebbe in grado di esplicare. In primo luogo, l'articolo prevede l'obbligo di procedere, per lo Stato membro, a una selezione fondata su criteri e garanzie di imparzialità e trasparenza tra candidati potenziali, qualora le autorizzazioni disponibili per determinate attività siano limitate a causa della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili.

In secondo luogo, la norma prescrive, in linea generale, che le autorizzazioni siano rilasciate per una durata limitata, e adeguata, nel tempo e, al contempo, l'impossibilità che, alla scadenza del termine, sopraggiunga un rinnovo automatico delle stesse. In terzo luogo, il legislatore europeo ha previsto una clausola contenente alcuni criteri che gli Stati membri possono tenere in considerazione nell'elaborazione delle regole inerenti alla individuazione dei futuri concessionari³⁰. Mentre ci si è soffermati già precedentemente sul requisito della scarsità delle risorse naturali, resta da chiarire un aspetto per quanto concerne il contenuto della clausola di cui all'ultimo comma.

Questo, infatti, elenca una serie di beni giuridici tutt'altro che di secondo piano, ma che anzi il legislatore deve valutare, per la loro importanza, piuttosto adeguatamente: si tratta di beni quali la salute pubblica, la politica sociale, la sicurezza e la posizione dei lavoratori autonomi e dipendenti, la salvaguardia dell'ambiente e del patrimonio culturale. Beni giuridici, questi ultimi, la cui tutela non può che interferire con una piena ed effettiva attuazione del libero incontro di domanda e offerta nel mercato.

Pertanto, anche qualora il legislatore italiano dovesse decidere di recepire, così attuando definitivamente, la direttiva anche per il settore demaniale marittimo, dovendo procedere a gare a evidenza pubblica, dovrà, logicamente, elaborare dei criteri restrittivi della libera concorrenza prima di procedere alle stesse, al fine di garantire margini effettivi di tutela inerenti all'interesse generale menzionato all'interno dello stesso art. 12 della direttiva. L'aspetto dirimente che deve evi-

³⁰ Il III comma dell'art. 12 della direttiva prevede che «gli Stati membri possono tener conto nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi di interesse generale conformi al diritto».

denziarsi è che tale legittimazione non gli deriva da una interpretazione soggettiva volta all'esclusiva necessità di salvaguardare il mercato interno a discapito della libertà di stabilimento o delle altre libertà di circolazione riconosciute dai Trattati sovranazionali. Essa, invece, discende da un pieno riconoscimento espresso all'interno della stessa normativa sovranazionale, che non pare necessiti di ulteriore interpretazione o chiarimento. Ciò potrà tornare utile per il tempo in cui si dovranno redigere, qualora si decida di intraprendere la strada del recepimento della direttiva anche per il settore turistico balneare, i criteri di gara. In particolare, tenendo anzitutto conto della posizione occupata dai soggetti più fragili, a cominciare dai lavoratori dipendenti fino ai lavoratori autonomi, come i nuclei familiari, che hanno deciso di investire i propri risparmi in attività economiche di questo tipo e che, invero, un regime di concorrenza aperto e incontrollato rischierebbe di trascinare inesorabilmente. Resta, ora, da sottolineare un ultimo elemento quanto agli effetti della *Bolkestein*.

Come noto, il dovere di disapplicare ogni atto interno che si pone in contrasto con il diritto dell'Unione deriva dal principio del primato e degli effetti diretti³¹. Inoltre, secondo la gerarchia delle fonti del diritto euro-unitario, la direttiva non è, generalmente, in grado di produrre effetti ma per far sì che ciò accada è necessario un previo recepimento del legislatore nazionale. È questo l'aspetto dirimente che contraddistingue la direttiva, ad esempio, dal regolamento. Quest'ultimo, infatti, deve obbligatoriamente essere applicato indistintamente sia dal giudice nazionale che dal singolo funzionario, sui quali incombe il dovere di disapplicare la normativa nazionale in favore del regolamento euro-unitario. L'immediata applicabilità è la caratteristica propria e unica del regolamento, poiché a esso riconosce la capacità di attestarsi anche quale fonte di diritto interno, senza che sia necessario alcun previo recepimento da parte dell'ordinamento nazionale.

La garanzia per lo Stato membro è rappresentata dall'adeguatezza e dalla completezza di questa fonte del diritto, tanto è vero che essa costituisce, al contempo, una garanzia anche per il singolo individuo che può invocare l'immediata applicabilità – previa disapplicazione della normativa interna ritenuta in contrasto con quella euro-unitaria – del regolamento qualora ritenga di essere pregiudicato dalla non applicazione da parte o del giudice o dell'Amministrazione nazionale. Lo stesso non sempre vale, invece, per l'attitudine di una direttiva a produrre effetti diretti. A questo proposito, quale regola generale, nessun giudice né tantomeno nessun singolo funzionario amministrativo potrebbero disapplicare una norma nazionale, ancorché ritenuta in contrasto con il diritto dell'Unione, per

³¹ Fondamentale, proprio in relazione al settore delle concessioni demaniali marittime, quanto osservato, da ultimo, da F. Liguori, *Efficacia diretta e primato europeo: condizioni, effetti e limiti di operatività nel settore delle concessioni demaniali marittime*, in *MVNVS - Rivista giuridica dei servizi pubblici*, 2023, II (in corso di pubblicazione).

dare attuazione a una direttiva euro-unitaria che non sia stata ancora recepita dal legislatore nazionale. Un tale effetto sostitutivo è da ritenersi illegittimo poiché consentirebbe a una direttiva di esplicare effetti diretti, il che non è ammissibile se non in determinate fattispecie, ovvero allorché la direttiva risulti chiara e incondizionata, requisiti che non sembrano però ricorrere nel caso in esame³².

Non solo, ma dovrebbe ritenersi *contra legem* la disapplicazione di una norma nazionale in favore di quella europea quando tale procedimento vada a ledere un diritto legittimamente acquisito, come nel caso di un concessionario che si veda, improvvisamente, venir meno l'autorizzazione inizialmente riconosciutagli dall'Amministrazione. Si tratterebbe di un vero e proprio pregiudizio arrecato a un soggetto privato, prodotto dell'interpretazione in *malam partem* del contenuto della normativa europea. Tale procedimento non potrebbe essere azionato né dal giudice né dal singolo funzionario, neanche qualora si adduca quale giustificazione l'uniforme applicazione del diritto sovranazionale, poiché, nella fattispecie, il rimedio per sanzionare lo Stato membro non può essere rappresentato dalla disapplicazione, la quale andrebbe ingiustamente a ledere un diritto, come ribadito, legittimamente acquisito dal soggetto coinvolto cui vorrebbero aspirare altri privati, ma esso è rappresentato dalla possibilità per la Commissione dell'Unione di aprire una procedura di infrazione, la quale, invece, non sanziona direttamente l'individuo, ma lo Stato inadempiente. Allo stesso tempo, i controinteressati, presunti pretermessi dall'attività amministrativa dello Stato membro e in presenza di una direttiva ancorché non *self-executing*, potrebbero comunque richiedere il risarcimento del danno per l'omessa o infedele attuazione del diritto UE (c.d. criterio *Francovich*)³³.

Tuttavia, come si vedrà, nella pronuncia C-348/22 la Corte di giustizia ha optato per un'altra soluzione, riconducendo tale situazione a quelle mere ripercussioni negative che colpiscono il terzo concessionario uscente, che era nelle condizioni di poter prevedere l'adozione di un provvedimento lesivo dei propri interessi, al quale altresì non si aggiunge alcun ulteriore obbligo pubblicistico, dato che gli si impedisce esclusivamente, sostiene la Corte, di sfruttare positivamente l'inadempimento dello Stato membro³⁴. Questo consentirebbe di riflesso ai privati pretermessi da un'eventuale procedura competitiva di opporsi a siffatto inadempimento, invocando gli effetti diretti (orizzontali) della direttiva e, non da ultimo, di garantire l'effettiva libera circolazione dei servizi.

Quanto al recepimento della direttiva *de qua*, invece, il TAR ha ricordato come essa non abbia ancora trovato una piena attuazione all'interno dell'ordina-

³² Sull'idoneità a produrre effetti diretti da parte di una direttiva, in primo luogo, si consideri Corte di giust., 4 dicembre 1974, C-41/74, *van Duyn c. Home Office*.

³³ Così come delineato dalla stessa CGUE, 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich et al. c. Italia*.

³⁴ A partire da CGUE, 14 ottobre 2010, C-67/09 P, *Nuova Agricast Srl, Cofra Srl v. Commissione*, § 71.

mento giuridico italiano, essendosi il legislatore esclusivamente limitato a prorogare, ogniqualvolta fosse stato imminente lo spirare di validità del termine di scadenza, la durata delle concessioni. A partire dalla l. 25/2010 (la quale ha abrogato l'art. 37 del Codice della Navigazione che prevedeva il c.d. *diritto di insistenza*)³⁵, consentendo, così, l'archiviazione della procedura di infrazione n. 4908 del 2008 avviata dalla Commissione europea, passando per il d.lgs. n. 59/2010 (giudicato come esclusivo e formale recepimento della direttiva n. 123/2006/CE), che ha prorogato le concessioni di ulteriori sei anni.

Successivamente, è intervenuta la legge finanziaria del 2019, che ha previsto l'ennesima proroga, di durata ultradecennale a partire dal 31 dicembre 2020, senza tuttavia sopperire all'inerzia tenuta dal legislatore nazionale, anzi, atteggiandosi allo stesso modo di quanto stabilito dal legislatore precedente. Da ultimo, come ribadito, è intervenuto il d.l. del 29 dicembre 2022, n. 198, convertito di poi in legge, con il quale si è posticipato il termine di scadenza delle concessioni di un anno rispetto a quanto previsto, questa volta e con le perplessità sollevate, non dal precedente legislatore, ma dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato mediante l'adozione delle sentenze nn. 17 e 18.

L'atteggiamento omissivo del legislatore italiano nel non aver adottato una chiara disciplina di recepimento delle prescrizioni europee in materia di concessioni demaniali marittime non ha comunque impedito una sua attuazione da parte di alcune amministrazioni. Ciò, infatti, ha provocato una confusione piuttosto diffusa all'interno del panorama amministrativo nazionale a seconda che, ad esempio, giunte e dirigenti comunali ritenessero vincolanti le prescrizioni della direttiva pur in assenza di una precisa disciplina nazionale di recepimento o che questa, invece, non operasse a causa dell'assenza di una legislazione interna.

Tale quadro, così disordinato, non è sfuggito al TAR di Lecce, il quale ha avuto modo di sostenere che l'ulteriore proroga fatta dal legislatore nazionale «in assenza della approvazione della disciplina di riordino della materia, integrando evidente violazione delle prescrizioni contenute nella direttiva servizi ove applicabile e, comunque, dello stesso art. 49 del Trattato, ha determinato uno stato di assoluta incertezza per gli operatori e per le pubbliche amministrazioni, anche in ragione della elevata probabilità di avvio di ulteriori procedure di infrazione»³⁶.

La cornice nella quale si colloca questa decisione consente di rilevare come i giudici, nell'argomentare l'ordinanza adottata, non si siano tenuti a condurre una mera operazione esegetica sulla legge proroga e sulla direttiva europea, ma abbia-

³⁵ In merito, si rinvia a M. Ragusa, *Porto e poteri pubblici. Una ipotesi sul valore attuale del demanio portuale*, Napoli, 2017, 240 ss.; V. Caputi Jambrenghi, *L'interesse pubblico nelle concessioni demaniali marittime*, in D. Granara (a cura di) *In litore maris – poteri e diritti in fronte al mare*, Torino, 2019, 77 ss.

³⁶ TAR Puglia di Lecce, sezione I, 11 maggio 2022, ord. n. 743, paragrafo II.

no invece ritenuto necessario fare riferimento al contesto generale nel quale sia le amministrazioni che le imprese si trovano a spaziare.

Si tratta, richiamando la stessa espressione impiegata dal Collegio, di un clima di «assoluta incertezza». A questo proposito, il giudice amministrativo ha ricostruito il complicato combinato disposto tra la disciplina nazionale e quella sovranazionale. In particolare, la prima, in materia di concessioni sul demanio, risulta a oggi di effettiva pertinenza dei Comuni a causa di una doppia delega ad opera dello Stato alle Regioni e da queste ultime ai Comuni. Il che rappresenterebbe una ipotesi di contrasto con l'art. 117 Cost., che riserva, in via esclusiva, allo Stato (e ciò è da tempo oggetto di molteplici statuizioni da parte del giudice delle leggi)³⁷ la materia della concorrenza, cui la *Bolkestein* intende garantire l'attuazione.

In questo marasma, il TAR ha cercato di muoversi con dimestichezza, ritenendo di non poter prescindere dal contesto vigente. Un contesto in cui l'azione amministrativa – in relazione al settore delle concessioni demaniali marittime – è affidata *in primis* ai comuni.

Un ragionevole ordine di problemi si è posto nell'istante in cui il legislatore non è intervenuto per fornire ai singoli comuni – e ai relativi funzionari – gli strumenti indispensabili a garantire una uniforme applicazione della direttiva sovranazionale, cosa che avrebbe potuto fare soltanto mediante l'adozione di una precisa disciplina di recepimento. Da tale mancanza è scaturita una inevitabile lacuna normativa colmata da molteplici, e in alcuni casi contrastanti, decisioni adottate dalle singole amministrazioni, alle quali non è stato dato alcun parametro nazionale di riferimento se non quello dell'ultima legge di proroga (l. 145/2018).

L'eventuale adozione, da parte del legislatore italiano, di una normativa in materia di concessioni demaniali marittime, valevole per tutto il territorio nazionale, avrebbe certamente permesso alle amministrazioni comunali di operare in un contesto determinato e privo di quelle ambiguità che, da ultimo, si stanno manifestando.

Il mancato intervento legislativo ha provocato uno stato amministrativo di caos e di assoluta incertezza del diritto. In questa direzione, vi sono esempi di comuni che hanno applicato la legge nazionale di proroga fino al 31 dicembre 2033, altri, invece, che hanno negato la validità stessa della legge nazionale, disapplicandola seppure non in favore di quella euro-unitaria; altri, ancora, hanno

³⁷ Più di recente, Corte. Cost., 24 giugno 2020, sent. n. 161. La riserva di competenza statale in materia di concorrenza è altresì rinvenibile in precedenti pronunce del giudice delle leggi. Ad esempio, la Corte ha ribadito questo principio nel momento in cui il legislatore ha ritenuto opportuno istituire una nuova Autorità indipendente in materia di trasporti, Corte cost., 14 marzo 2013, sent. n. 41. Sul punto, *ex multis*, A. Police, *Il servizio pubblico di trasporto in Italia*, in *I servizi pubblici economici tra mercato e regolazione. Atti del XX Congresso Italo-Spagnolo dei Professori di Diritto Amministrativo, Roma 27 febbraio – 1° marzo 2014*, (a cura di) M.A. Sandulli e L. Vandelli, Napoli, 2016, 193 ss.

dapprima accordato la proroga sulla base della normativa interna e, in un secondo momento, hanno proceduto al suo annullamento in autotutela.

Uno scenario non solo confuso, ma anche allarmante e in grado di cagionare danni all'economia nazionale. È questo il punto di partenza fissato dal giudice amministrativo prima di pervenire al merito della questione. Inoltre, detto giudice non ha potuto non considerare i frequenti dialoghi che intercorrono tra ordinamenti nazionali e ordinamento sovranazionale, anche e sopra tutto sul piano giurisdizionale, tra corti nazionali e CGUE³⁸.

A riguardo, il giudice amministrativo ha precisato che il rapporto intercorrente tra normativa esterna e normativa interna si colloca in una precisa gerarchia delle fonti, al vertice della quale egli pone i principi irrinunciabili della Costituzione repubblicana e le sue leggi costituzionali; in subordine a queste vi sono le norme euro-unitarie, tra cui rilevano gli atti immediatamente applicabili ed efficaci (i regolamenti e le direttive *self-executing*), seguite dalle leggi ordinarie nazionali, dai regolamenti nazionali, etc. etc³⁹.

³⁸ Risultano essere, infatti, innumerevoli le interlocuzioni tra giudici delle corti supreme nazionali e la CGUE. In alcuni casi lo scontro ha raggiunto livelli di tensione alquanto elevati, tali da giustificare, in alcune circostanze, il ricorso al sindacato c.d. dei *controlimiti* costituzionali al fine di paralizzare le decisioni adottate, in ultima istanza, dal giudice europeo o, financo, l'esperienza del sindacato *ultra vires*. Tra i più noti e recenti casi è possibile menzionare due esempi: il primo, il noto caso *Taricco*, CGUE, 8 settembre 2015, C-105/14; 5 dicembre 2017, C-42/17. Quest'ultima decisione in risposta all'ordinanza della nostra Corte Cost., 26 gennaio 2017, n. 24/2017. Il *casus belli* si è successivamente risolto con la pronuncia della C. Cost., 10 aprile 2018, 115/2018. Di recente vi è stato uno scontro giurisdizionale dall'eco rilevante tra le istituzioni politiche e le rispettive corti dell'Unione europea e della Polonia, in particolare per quanto concerne l'autonomia e l'indipendenza dei giudici nazionali dal potere esecutivo. Nella fattispecie, infatti, il sindacato esercitato dal giudice delle leggi polacco, su espresso invito del Governo, ha assunto le sembianze di un sindacato più forte financo di quello dei controlimiti, che si è soliti indicare con il termine "*ultra vires*". In proposito, si consideri la decisione del Trybunał Konstytucyjny, 7 ottobre 2021, K3/21, *Assessment of the conformity to the Polish Constitution of selected provisions of the Treaty on European Union*, in risposta alle numerose censure mosse dalla CGUE, 19 novembre 2018, C-585/18, C-624/18, 625/18, *A.K. e a.*; 24 giugno 2019, C-619/18, *Commissione c. Polonia*; 5 novembre 2019, C-192/18, *Commissione c. Polonia*; 26 marzo 2020, C-558/18 e 563/18, *Miasto Lowicz*; 8 aprile 2020, C-791/19 R, *Commissione c. Polonia*; 2 marzo 2021, C-824/18, *A. B. e a.*; *Commissione c. Polonia*; 14 luglio 2021, C-204/21 R, *Commissione c. Polonia*; 15 luglio 2021, *Commissione c. Polonia*, C-791/19. Sulla dottrina dei controlimiti, si rinvia brevemente a M. Luciani, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2016, II; F. Viganò, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco, in Diritto penale contemporaneo*, I, Milano, 2016, 1-35, ora in A. Bernardi (a cura di), *I controlimiti*, Napoli, 2017, 233-272. Sul sindacato *ultra vires*, anche per una prospettiva storica, si consideri quanto osservato da A.P. Sereni, *Le organizzazioni internazionali*, Milano, 1959, 116 ss. Sul caso polacco, E. Cannizzaro, *Sovereign within the Union? The Polish constitutional tribunal and the struggle for European values*, in *European Papers*, 2021, VI, 1117 ss.; G. Di Federico, *Il Tribunale costituzionale polacco si pronuncia sul primato (della Costituzione Polacca): et nunc quo vadis?*, in *BlogDUE del 13 ottobre 2021*, 1 ss.; L.F. Pace, *La sentenza della Corte costituzionale polacca del 7 ottobre 2021: tra natura giuridica dell'Unione, l'illegittimità del sindacato ultra vires e l'attesa della soluzione della "crisi" tra Bruxelles e Berlino*, in *BlogDUE del 28 ottobre 2021*, 1 ss.; sia consentito anche F. Tomasicchio, *Sul sindacato «ultra vires» nell'asse Varsavia-Berlino-Bruxelles alla luce della recente sentenza del Tribunale costituzionale polacco*, in *DPCE online*, 2022, III, 1525 ss.

³⁹ TAR Puglia di Lecce, ord. cit., § IV.

Tema di importanza cruciale trattato dalla pronuncia è rappresentato dalla idoneità, o meno, della direttiva *Bolkestein* a produrre effetti parificabili a quelli di una norma auto-esecutiva. La natura della direttiva europea costituisce presupposto essenziale sia per l'Amministrazione che dovrebbe attuarla sia, al contempo, per lo stesso giudice amministrativo in sede ermeneutica a causa dell'intervenuta impugnazione, nella fattispecie da parte dell'AGCM⁴⁰. Dunque, se la direttiva viene ritenuta auto-esecutiva, essa dovrebbe esplicare effetti diretti anche in assenza di un atto normativo interno di recepimento, ove il legislatore nazionale non abbia rispettato il termine fissato per l'adeguamento.

Il quesito fondamentale che si è posto il TAR, a seguito dei principi enunciati dal Consiglio di Stato nelle sentenze gemelle, è il seguente: quando una direttiva può ritenersi *self-executing*? Affinché espliciti effetti diretti, in sintesi, una direttiva deve rispettare due requisiti: il primo è che essa sia caratterizzata da specifiche disposizioni, le quali non lascino residuare discrezionalità alcuna in capo allo Stato membro; il secondo requisito è dato dall'inutile decorso del termine di moratoria che è concesso al Paese membro per attuare la direttiva. Stante la rilevata illegittimità, da parte del giudice nazionale, delle proroghe concernenti le concessioni demaniali marittime previste e reiterate da parte del legislatore italiano, occorre chiarire sin da subito l'*iter* logico-decisionale con cui il Collegio ha ragionevolmente ritenuto non direttamente efficace la direttiva in materia di concessioni demaniali marittime, discostandosi dal solco interpretativo tracciato dall'Adunanza Plenaria⁴¹.

Sicché il TAR non ha condiviso gli assunti elaborati dal Consiglio di Stato circa la presunta auto-esecutività della direttiva europea principalmente per due ragioni che ha argomentato. In *primis*, il giudice amministrativo ha sottolineato la mancanza di pronunce all'interno della giurisprudenza euro-unitaria nelle quali si affermi inequivocabilmente la natura *self-executing* della direttiva *Bolkestein*, e, d'altra parte, risulta carente, in tale direzione, anche la giurisprudenza nazionale. In linea di massima, dunque, sia in un senso che in un altro, a cominciare dalla giurisprudenza, la natura della direttiva risulta essere tutt'altro che pacifica.

Peraltro, alcune pronunce dello stesso Consiglio di Stato – non considerate neanche dalla Adunanza Plenaria – tendono espressamente a negare l'efficacia diretta della normativa sovranazionale in materia concessoria⁴².

⁴⁰ Sulla controversa natura del sindacato del giudice amministrativo in materia di contenzioso tra autorità indipendenti, amministrazioni e privati, da ultimo, A. Moliterni, *Autorità indipendenti e controllo giurisdizionale: l'esperienza italiana in prospettiva comparata*, in *Liber Amicorum per Marco D'Alberti*, cit., 227.

⁴¹ Cons. Stato, Ad. Plen., cit., secondo cui la direttiva *Bolkestein* è da ritenersi auto-esecutiva «perché tale carattere è stato espressamente riconosciuto dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Promoimpresa* (C-174/06), oltre che da una copiosa giurisprudenza nazionale che ad essa ha fatto seguito». Un assunto che, come si vedrà in seguito, non pare essere stato adeguatamente motivato.

⁴² *Ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2012, sent. n. 6682, in cui lo stesso giudice amministrativo ha tenuto a precisare che «la richiesta dei provvedimenti impugnati [...] non può trovare accoglimento sia

L'ulteriore perplessità rilevata dal Collegio in merito alla decisione dell'Adunanza Plenaria che si è espressa sul tema delle concessioni demaniali marittime concerne l'assunto secondo il quale la natura auto-esecutiva della *Bolkestein* sia desumibile dal noto precedente costituito dalla sentenza *Promoimpresa* resa dalla Corte di giustizia. Il che non sembra emergere da alcun paragrafo della pronuncia della stessa corte sovranazionale.

Per questo motivo, il TAR ha contestato l'attribuzione degli effetti diretti, da parte del Consiglio di Stato, ai soli due primi paragrafi all'art. 12 della *Bolkestein*, mentre il terzo paragrafo si limiterebbe a prevedere un espresso e inequivocabile intervento – da ritenersi imprescindibile, così per come formulato – ad opera del legislatore nazionale per la produzione degli effetti della direttiva europea⁴³.

Questa deduzione è da ritenersi non convincente, poiché difficilmente potrebbe configurarsi una capacità auto-esecutiva 'parziale' della direttiva allorché al suo interno un paragrafo faccia riferimento alla necessità di un intervento armonizzatore da parte dello Stato membro. Non solo, ma a ciò deve aggiungersi che da una diversa e probabilmente più adeguata lettura di quanto deciso dalla Corte di giustizia nel caso *Promoimpresa e a.* non è dato riscontrare affermazioni atte a conferire espressamente l'efficacia diretta dell'art. 12 della direttiva. In quella sede, il giudice sovranazionale si è attenuto esclusivamente a giudicare circa la conformità o meno della disciplina nazionale concernente il regime di proroga delle concessioni demaniali marittime disposte dallo Stato italiano alla normativa euro-unitaria.

Infatti, come ribadisce il giudice di prime cure, nella detta pronuncia non trovano spazio ragioni a sostegno dell'auto-esecutività della direttiva europea⁴⁴ né, di conseguenza, dell'idoneità dell'art. 12 a esplicare effetti diretti, il che non dovrebbe neanche meravigliare, bastando soffermarsi su quanto enunciato dall'art. 1 della direttiva 123/2006⁴⁵ e sul titolo relativo alle disposizioni finali,

perché la procedura di infrazione è stata archiviata [...] ma soprattutto perché la direttiva 123/06/CE che integra i principi di diritto comunitario non è di diretta applicazione».

⁴³ Direttiva 2006/123/CE, art. 12, § III, richiede espressamente che gli Stati membri possono tener conto nello «stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi di interesse generale conformi al diritto comunitario».

⁴⁴ CGUE, *Promoimpresa e a.*, cit., in particolare § 49 ss.

⁴⁵ Direttiva 123/2006/CE, art. 1, in cui si può agevolmente costatare come la direttiva non possa ritenersi auto-esecutiva, fin dal principio, nella misura in cui è previsto che essa «stabilisce le disposizioni generali che permettono di agevolare l'esercizio della libertà di stabilimento dei prestatori nonché la libera circolazione dei servizi, assicurando nel contempo un elevato livello di qualità dei servizi stessi». È chiaro che manchi il requisito della chiarezza della norma nel momento in cui si fa riferimento a disposizioni di portata generale. Ancora, lo stesso articolo prescrive che la «presente direttiva lascia impregiudicata la libertà, per gli Stati membri, di definire, in conformità del diritto comunitario, quali essi ritengano essere servizi d'interesse economico generale, in

in particolare l'art. 44 rubricato «recepimento», il quale non lascerebbe residuare alcun ragionevole dubbio⁴⁶.

Probabilmente, il TAR non ha neanche ritenuto specificare oltremodo siffatte questioni che, tuttavia, devono ritenersi tutt'altro che indifferenti e in grado di corroborare le tesi sostenute dal Collegio stesso all'interno della propria ordinanza di remissione.

In questa sede, invero, si ritiene fondamentale svolgere una precisazione sul punto, in quanto la posizione assunta dal Consiglio di Stato, in sede di Adunanza Plenaria, risulta essere fondata esattamente sull'assunto secondo cui – pur paradossalmente affermando la necessità che il legislatore intervenga con urgenza a provvedere all'attuazione della direttiva – risulti sufficiente rimarcare sul concreto obiettivo indicato dal legislatore europeo per desumere la natura *self-executing* della direttiva. Salvo indicare di poi, secondo una non fondata e non legittima scelta discrezionale, anche quale fattore rilevante l'inerzia del legislatore che avrebbe contribuito a rafforzare questa convinzione.

In altri termini, la decisione adottata dall'Adunanza Plenaria pare essere la seguente: essa auspica che intervenga il legislatore il prima possibile per adempiere al recepimento della direttiva (che, di per sé, potrebbe anche costituire una contraddizione in termini se si sostiene l'efficacia diretta della stessa), ma nelle more dell'azione legislativa, l'AP ritiene di potersi sostituire al potere legislativo considerando non applicabile la proroga automatica *ex lege* e ritenendo, altresì, che quanto prescritto dall'art. 12 della direttiva n. 123/2006 sia sufficiente alle amministrazioni per bandire le gare strumentali al rilascio delle concessioni demaniali marittime *de quibus*⁴⁷.

A quanto pare, il Consiglio di Stato ha anzitutto inteso porsi quale esclusivo garante dell'uniformità dell'interpretazione del diritto europeo, prescindendo dal contesto storico-giuridico italiano in materia, e non considerando quanto prescritto all'interno della stessa disciplina europea, in particolare quanto indicato dall'art. 44 della *Bolkestein*.

Il giudice amministrativo del TAR di Lecce ha ritenuto la direttiva priva di efficacia diretta, anche nel solo contenuto negativo come per quanto sostenuto

che modo tali servizi debbano essere organizzati e finanziati, in conformità delle regole sugli aiuti concessi dagli Stati, e a quali obblighi specifici essi debbano essere soggetti».

⁴⁶ Dalla sola plausibile lettura dell'art. 44 della non sembra possibile trarre una interpretazione diversa da quella che conferma l'esclusione della natura *self-executing* della *Bolkestein*. Esso prescrive che gli Stati membri «mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alle disposizioni della presente direttiva [...] Quando gli Stati membri adottano tali disposizioni, queste contengono un riferimento alla presente direttiva o sono corredate di un siffatto riferimento all'atto della pubblicazione ufficiale. Le modalità di tale riferimento sono decise dagli Stati membri. Gli Stati membri comunicano alla Commissione il testo delle disposizioni essenziali di diritto nazionale adottate nella materia disciplinata dalla presente direttiva».

⁴⁷ Cons. Stato, Ad. Plen., sent. 17, cit., § 26.

circa l'interpretazione dell'art. 12, richiamando una risalente giurisprudenza della stessa CGUE che, in una controversia concernente la direttiva n. 75/442/CEE, ha avuto modo di fissare i canoni ermeneutici da osservare al fine di comprendere se si fosse in presenza, o meno, di una norma *self-executing*.

In particolare, in quella circostanza, la corte sovranazionale ha statuito che la direttiva non risultava né incondizionata né sufficientemente precisa, ma sopra tutto che essa, per esplicare i propri effetti in guisa diretta, non dovesse essere subordinata all'emanazione, da parte dello Stato membro, di alcun atto normativo che ne attuasse i contenuti. Ciò è noto fin dalle prime pronunce della Corte del Lussemburgo adottate in proposito⁴⁸. Per tale ragione, la direttiva euro-unitaria non può, secondo l'orientamento del Collegio, ritenersi auto-esecutiva né esplicare effetti diretti⁴⁹. Tale assunto ha, pertanto, condotto questo giudice amministrativo a concludere per la non idoneità della *Bolkestein* a esplicare effetti diretti a causa della menzionata assenza di una disciplina nazionale di riferimento che ne recepisce i contenuti, giustificando tale interpretazione anche sulla base della stessa giurisprudenza euro-unitaria.

La legge interna, infatti, richiede regole uniformi di gara, requisiti di partecipazione, criteri di aggiudicazione, criteri relativi alla determinazione degli indennizzi per gli attuali concessionari uscenti, criteri per fissare i canoni concessori, etc. Riferimenti, questi ultimi, soltanto previsti in linea generale dalla direttiva europea, il che dovrebbe condurre, inevitabilmente, a escluderne una capacità di produrre effetti diretti. Pertanto, non avendo i requisiti tipici di una direttiva *self-executing*, mancando altresì una precisa disciplina nazionale di recepimento della normativa europea, il TAR ha ragionevolmente ritenuto che nel caso di specie potesse trovare applicazione la sola disciplina nazionale vigente in materia di concessioni demaniali marittime, cioè quella concernente la proroga automatica. Tuttavia, con la pronuncia (sembrerebbe) definitiva C-348/2022, questa interpretazione non è stata accolta dal giudice euro-unitario, il quale ha viceversa sostenuto l'ido-

⁴⁸ *Ex multis*, CGUE, 3 aprile 1968, C-28/67, *Molkerei-Zentrale Westfalen v. Hauptzollamt Paderborn*.

⁴⁹ CGUE, 23 febbraio 1994, C-236/92, *Comitato di coordinamento per la difesa della cava et. al. c. Regione Lombardia*, § 8 ss., in cui si legge che «secondo una costante giurisprudenza [...] in tutti i casi in cui talune disposizioni di una direttiva appaiono, sotto il profilo sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise i singoli possono farle valere dinanzi ai giudici nazionali nei confronti dello Stato, sia che questo non abbia recepito tempestivamente la direttiva nel diritto nazionale, sia che l'abbia recepita in modo inadeguato [...] una norma comunitaria è incondizionata se sancisce un obbligo non soggetto ad alcuna condizione né subordinato, per quanto riguarda la sua osservanza o i suoi effetti, all'emanazione di alcun atto da parte delle istituzioni della Comunità o degli Stati membri [...] peraltro una norma è sufficientemente precisa per poter essere invocata da un singolo ed applicata dal Giudice allorché sancisce un obbligo in termini non equivoci». Questa giurisprudenza della CGUE non sembra possa ritenersi riconducibile alla fattispecie fin qui esaminata a causa dell'imprecisione delle disposizioni contenute nella *Bolkestein* e per l'espresso e inequivocabile rinvio che questa fa all'ordinamento dello Stato membro, richiedendo, tra l'altro, che venga emanata un'apposita disciplina nazionale di attuazione.

neità della direttiva a esplicitare effetti diretti per quanto concerne il suo contenuto negativo, ovvero il divieto per uno Stato membro di prorogare automaticamente le concessioni senza previa procedura competitiva (§ 1 e § 2 dell'art. 12)⁵⁰. L'argomentazione della Corte richiama parte della precedente giurisprudenza, secondo cui ogniquale volta le disposizioni di una direttiva appaiano incondizionate e sufficientemente precise, i privati (e, si badi bene, non l'*authority*) possono farle valere dinanzi ai giudici nazionali nei confronti di uno Stato membro, sia quando questi abbia ommesso di trasporre la direttiva sovranazionale, sia quando la direttiva sia stata recepita in modo non conforme⁵¹. Il punto della questione rimane comunque un altro e, a quanto pare, soltanto parzialmente risolto: dando per assodata la possibilità per il privato di far valere direttamente il divieto di proroga contenuto nell'art. 12 della direttiva, che ne è, invece, del privato attuale concessionario e del suo legittimo affidamento? In altri termini, il vero problema che l'efficacia diretta, anche solo limitata al contenuto negativo, della direttiva pone è il pregiudizio ingiusto che arreca a un privato per, a sua volta, favorire un altro privato, pur in presenza di un inadempimento del legislatore nazionale, producendo effetti in *malam partem* e per di più in guisa orizzontale⁵².

Il giudice euro-unitario non pare esser stato del tutto chiaro sul punto⁵³, di talché la questione rimane ancora aperta, lasciando ora privi di tutela i legittimi concessionari pregiudicati dall'idoneità della direttiva a esplicitare effetti diretti. Infatti, non sembra sufficiente neanche ricondurre la fattispecie *de qua* a quanto ricostruito dalla stessa CGUE nel caso *Wells*⁵⁴, ovvero che si tratterebbe di mere ripercussioni negative nei confronti di terzi che però non impediscono al singolo amministrato di pretendere l'attuazione di disposizioni di una direttiva verso lo Stato membro inerte né, tantomeno, la disapplicazione della legge che dispone la proroga genera un obbligo pubblicistico aggiuntivo ai danni del concessionario uscente. Il che vale, seguendo l'indirizzo tracciato dalla Corte, sia se è il privato a invocare la diretta efficacia, sia se questa venga rilevata d'ufficio dall'Amministrazione dello Stato. Un problema cruciale si pone nel momento in cui si conside-

⁵⁰ CGUE, 20 aprile 2023, C-348/2022, cit., § 61 ss.; §74.

⁵¹ Ivi, § 62. Al § 69, in merito al divieto di cui all'art. 12 della direttiva, la Corte conferma che «ha effetto diretto in quanto vieta, in termini inequivocabili, agli Stati membri, senza che questi ultimi dispongano di un qualsivoglia margine di discrezionalità o possano subordinare tale divieto a una qualsivoglia condizione e senza che sia necessaria l'adozione di un atto dell'Unione o degli Stati membri, di prevedere proroghe automatiche e generalizzate di siffatte concessioni. Dalla giurisprudenza della Corte risulta peraltro che un rinnovo automatico di queste ultime è escluso dai termini stessi dell'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2006/123».

⁵² Non a torto, è stato sostenuto di recente come oramai sia il divieto di effetti diretti orizzontali delle direttive a costituire un'eccezione e non il contrario. Sul punto, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, si veda L. Cecchetti, *L'efficacia diretta delle direttive negli ordinamenti nazionali, oggi: questioni ancora aperte alla vigilia del 50° anniversario della sentenza Van Duyn*, in *Eurojus*, 2023, III, 161 ss.

⁵³ Ivi, § 80 ss., spec. § 83.

⁵⁴ CGUE, 7 gennaio 2004, C-201/02, *Wells*, § 56; § 57; §58.

ri che la perdita del bene della vita subita dal concessionario uscente configuri un obbligo pubblicistico aggiuntivo, il quale escluderebbe, di riflesso, la possibilità e il dovere in capo al giudice nazionale di procedere alla disapplicazione della normativa interna. Infatti, il concessionario uscente è titolare di un interesse legittimo oppositivo che verrebbe travolto dalla diretta efficacia della normativa sovranazionale in conseguenza dell'inadempimento statale. Come osservato però tale circostanza è stata negata dal giudice europeo, ma non pochi dubbi permangono a riguardo⁵⁵.

Inoltre, come è stato di recente evidenziato in dottrina, l'interesse all'avvio di una procedura aperta e competitiva, così come prevista dall'art. 12, deve essere azionata dal singolo amministrato, che vanta un interesse, e rivolta all'Amministrazione o al giudice (qualora la prima non provveda) al fine di far valere l'effetto diretto della norma⁵⁶. Sicché il dovere di disapplicazione della norma interna in favore di quella europea non sorgerebbe *ex ante*, ma solo e in seguito all'iniziativa intrapresa dal privato affinché vi sia una procedura di gara aperta⁵⁷. Il che rappresenta probabilmente l'aspetto più rilevante della *quaestio iuris*. Infatti, non sembrano residuare dubbi sul fatto che l'AGCM si sia sostituita all'effettivo (e unico) titolare del diritto nel far valere gli effetti diretti della *Bolkestein*, ovvero il soggetto privato che vanta un interesse tale da apparire come controinteressato rispetto al titolare della concessione. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato rientra nell'organigramma statale e in quanto autorità dello Stato non potrebbe invocare l'effetto diretto di una direttiva sovranazionale per far valere la disapplicazione della disciplina interna, *a fortiori* se essa si rifletta negativamente all'interno della sfera giuridica del privato e del suo legittimo affidamento. Questa è una prerogativa che spetta al solo amministrato controinteressato – e a lui solo – che si ritenga leso dalla mancata applicazione della direttiva UE⁵⁸. In sostanza, si tratta di uno scenario alquanto controverso, se non paradossale, nell'istante in cui lo Stato, attraverso l'Autorità, tragga beneficio dal suo stesso inadempimento e a

⁵⁵ L'annoso e ben più ampio problema dell'efficacia diretta orizzontale delle direttive costituisce senza ombra di dubbio uno dei fenomeni più controversi del diritto euro-unitario. In merito, per esigenze di sintesi, si rinvia, tra i numerosi autori, a R. Mastroianni, *Direttive non attuate, rimedi alternativi e principio di uguaglianza*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1998, I, 81 ss.

⁵⁶ Sul punto G. Parodi, *La proroga delle concessioni demaniali marittime tra disapplicazione e incidente di costituzionalità. Questioni aperte, opacità della giurisprudenza*, in *DPCE online*, 2023, II, 1620, osserva che «il riconoscimento di "effetti diretti" parrebbe, a prima lettura, prescindere dall'attitudine della direttiva ad attribuire ai privati posizioni soggettive idonee a ricevere tutela in giudizio, secondo lo schema consolidato a partire dalla sentenza *Ratti*». Il riferimento dell'autore è a CGUE, 5 aprile 1979, C-148/78, *Ratti*.

⁵⁷ Così G. Parodi, *La proroga delle concessioni demaniali*, cit., 1612.

⁵⁸ Sul punto, si veda la già citata pronuncia CGUE, 23 febbraio 1994, C-236/92, cit., § 8 ss.

discapito del soggetto concessionario⁵⁹. Non solo, ma vi è il rischio altresì che si consolidi un precedente pericoloso⁶⁰.

Ciò non toglie che la tutela del legittimo affidamento del titolare della concessione, ora ricondotta dalla CGUE alla categoria fattuale delle «mere ripercussioni negative», rimane priva di un'effettiva e piena tutela. Per questa ragione il legislatore nazionale dovrà tener conto, nell'elaborazione della nuova disciplina nazionale, anche di questo ineludibile aspetto.

3.2. *Segue. Il problema della potestà disapplicativa della legge ritenuta contrastante con il diritto dell'Unione. Un obbligo ambiguo ripartito tra giudici e funzionari?*

All'attenzione dei giudici si è posto un ulteriore quanto rilevante problema nel merito, rappresentato dalla discrezionalità riconosciuta in capo al singolo dirigente del comune di disapplicare la normativa interna in favore di quella sovranazionale. Questo aspetto costituisce, senza ombra di dubbio, uno dei problemi principali della questione, dal momento che, come confermato dallo stesso giudice amministrativo, la mancanza di un'apposita disciplina di recepimento e la conseguente applicazione diretta di una norma sovranazionale non suscettibile di produrre simili effetti hanno creato un inevitabile *vulnus* circa la certezza del diritto che dovrebbe caratterizzare l'ordinamento giuridico⁶¹.

Rimettere alla personale discrezionalità – se non all'arbitrio – del singolo funzionario dell'Amministrazione la valutazione sull'opportunità di disapplicare in senso assoluto la disciplina nazionale in favore di quella europea, con quali eventuali competenze giuridiche, con quali futuri rimedi esperibili non è dato sapere, ha prodotto una pluralità di decisioni in grado di caducare ogni tipo di aspirazione di unità e uniformità della disciplina. Non può pertanto destare stupore il fatto che tale anarchia – giuridica e amministrativa – abbia, di conseguenza, causato ingiustificate diseguaglianze e manifeste disparità di trattamento. È il caso di un dirigente di un singolo comune che disapplichì la legge di proroga automatica in favore della presupposta natura auto-esecutiva della *Bolkestein*, privando del provvedimento concessorio l'impresa aggiudicataria.

⁵⁹ Si tratta di un problema già da tempo sottoposto all'attenzione della dottrina. In merito, M. Clarich, *Le autorità indipendenti nello "spazio regolatorio": l'ascesa e il declino del modello*, in *Diritto pubblico*, 2004, III, 1049, rileva la necessità che «anche per le Autorità indipendenti occorre determinare con precisione la posizione che esse occupano nel cosiddetto "spazio regolatorio", con la rilevazione e la mappatura dei rapporti giuridici e di fatto intercorrenti con altri attori, ciascuno dei quali è portatore di propri interessi e titolare di competenze che si intrecciano, si sovrappongono e talora si scontrano con quelle altrui».

⁶⁰ Cfr. F. Liguori, *Efficacia diretta e primato europeo*, cit.

⁶¹ TAR Puglia di Lecce, ord. cit., § VI.

Infatti, quest'ultima rimarrebbe priva di una piena forma di tutela, non essendo da essa, almeno per il momento, invocabile una precisa disciplina nazionale di riferimento che preveda, ad esempio, un equo indennizzo per il destinatario della revoca. A differenza, viceversa, di altro dirigente di altro comune, che, invero, avrebbe ritenuto opportuno non applicare la normativa sovranazionale e continuare, di riflesso, ad applicare la normativa di proroga automatica così come indicato dal legislatore nazionale⁶². È questa la fattispecie che si è palesata al giudice amministrativo del TAR.

Una siffatta mancanza di ordine normativo – e la connessa assenza di uniformità di vedute anche in sede giurisprudenziale – ha portato il Collegio a ritenere che la discrezionalità anche solo interpretativa esercitata dal singolo funzionario comunale integrasse una manifesta violazione di legge, dal momento che al singolo dirigente non compete stabilire se la direttiva euro-unitaria abbia le caratteristiche, o meno, di una norma auto-esecutiva. Questa è, infatti, una prerogativa esclusiva del giudice nazionale. Il quale giudice è munito di appositi «strumenti di supporto interpretativo, quali l'incidente di costituzionalità innanzi alla Corte Costituzionale ovvero il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, strumenti dei quali non dispone ovviamente il dirigente comunale»⁶³.

In merito, sarebbe altresì doveroso tenere in debita considerazione la non ragionevole estensione, operata dal Consiglio di Stato nelle sentenze gemelle, dell'obbligo di disapplicazione, per giudici e funzionari statali, della normativa interna per tutte le concessioni demaniali marittime in essere, senza distinzione alcuna. Così facendo, l'Adunanza Plenaria ha immotivatamente ritenuto che «il demanio marittimo balneare sia eguale in tutta la costa italiana e che tutti i tratti costieri della penisola abbiano pari valore, pregio e contendibilità di mercato e quindi determinino tutti lo stesso effetto di contrasto della proroga generalizzata *ex lege* rispetto al diritto europeo»⁶⁴.

Dunque, tutte le proroghe sono da considerarsi *tamquam non essent*, secondo un *iter* logico non meglio definito e, ancora una volta, in sostituzione dell'organo politico cui dovrebbe ordinariamente essere rimessa la valutazione discre-

⁶² Come giustamente obiettato da M. Crisci, *Risorse scarse e interesse transfrontaliero*, cit., 263, in «assenza di un'abrogazione espressa, o di un intervento specifico della Consulta sulla norma interna, la disposizione rimarrà in pieno vigore per disciplinare tutte le fattispecie non regolamentate dalla normativa sovraordinata confliggente». In proposito, l'autore riprende la teoria della disapplicazione enunciata da C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1991, 299, secondo cui questo schema giuridico consente di «non applicare ad una singola fattispecie o per particolari effetti un atto, che per altre fattispecie o ad altri effetti rimane pienamente valido ed efficace».

⁶³ TAR Puglia di Lecce, ord. cit., § VI.

⁶⁴ Così, A. Police, A.M. Chiariello, *Le concessioni demaniali marittime: dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria al percorso di riforma*, cit.

zionale quanto anche alla sussistenza del requisito della scarsità della risorsa⁶⁵. Mentre al giudice amministrativo dovrebbe competere l'esclusivo, seppur rilevante, controllo sulla decisione adottata dall'Amministrazione e sulla conformità di essa al diritto interno e sovranazionale, ma solo quando la direttiva sarà adeguatamente recepita dal legislatore nazionale⁶⁶. Tuttavia, in nessun caso e in nessun modo l'organo giurisdizionale può svolgere il doppio compito consistente dapprima nell'adottare la decisione – al posto del legislatore – e, di poi, nel ritrovarsi a essere il controllore di una valutazione di opportunità che, nella realtà dei fatti, ha esso stesso effettuato. Ben potrebbe parlarsi di un concreto processo di sovvertimento della legalità e, nella fattispecie, di una perniciosa violazione del principio della separazione dei poteri.

Per tale ragione, come è stato acutamente osservato, è sempre l'esercizio della funzione amministrativa a opera dell'Amministrazione che consente il corrispondente «esercizio della funzione giurisdizionale. In assenza del primo, difetta l'oggetto dello *ius dicere*, atteso che non è consentito al giudice amministrativo esprimersi su “poteri amministrativi non ancora esercitati”»⁶⁷.

In sostanza, le obiezioni mosse dal TAR non sembrano essere del tutto immotivate e avulse dal contesto normativo e giurisprudenziale sia interno che europeo. Anzi, esso ha posto in dubbio le deduzioni contenute nelle pronunce della Plenaria e verso cui non aveva altro rimedio che l'elaborare alcuni quesiti pregiudiziali da rimettere, successivamente, alla Corte di giustizia. Del resto, considerate le gravi conseguenze che le sentenze del Consiglio di Stato potrebbero comportare, il giudice inferiore non avrebbe potuto fare altrimenti. Anche a questo riguardo si è espressa la Corte del Lussemburgo con la sentenza C-348/2022, con la quale per un verso essa ha smentito l'asserzione fissata dalla Plenaria, secondo cui gli obblighi contenuti all'interno della direttiva devono applicarsi avendo riguardo all'intero territorio costiero nazionale, senza possibilità di effettuare distinzione alcuna tra i diversi regimi concessori, per altro verso, invece, la Corte ha riconosciuto anche al singolo funzionario dell'Amministrazione la potestà disapplicativa (e obbligatoria) della normativa nazionale contrastante con quella euro-unitaria.

Quanto al primo aspetto, il giudice europeo non solo riconosce ancora un margine di discrezionalità al legislatore e alla p.A. in merito alla valutazione del

⁶⁵ Concordi sul punto *Ibidem*; M.A. Sandulli, *Introduzione al numero speciale sulle “concessioni balneari”*, cit., 349.

⁶⁶ Tuttavia, per dirla con A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, (in due volumi), I, Padova, 2000, 104, nella fattispecie, si tratta pur sempre di un controllo che non attribuirà al giudice amministrativo «quel plus di conoscenza in fatto, che si sostanzia nella disponibilità di formarsi e ricostruire una propria integrale versione delle circostanze, quando anche vi fossero prove discordanti, ma egualmente attendibili, da valutare discrezionalmente», non essendo in presenza di un sindacato di merito, ma di sola legittimità.

⁶⁷ M. Crisci, *Risorse scarse e interesse transfrontaliero*, cit., 253.

canone della scarsità della risorsa costiera, ma che suddetta valutazione possa essere effettuata attraverso sia un'indagine generale, tenendo conto dell'intero territorio nazionale, sia attraverso un'indagine fatta caso per caso, la quale tenga conto delle differenze che ben possono distinguere le concessioni le une dalle altre⁶⁸. Il secondo punto, invece, è esaminato nelle riflessioni che seguono.

3.3. *La legittimazione a disapplicare: riflessioni e obiezioni nell'ordinanza n. 743/2022 del TAR di Lecce e la risposta della CGUE*

Come noto, lo schema giuridico della disapplicazione rappresenta una condizione necessaria per assicurare la certezza del diritto euro-unitario⁶⁹. La controversia discussa dinanzi al TAR ha costretto i giudici a esaminare quale tipo di disapplicazione fosse proprio della fattispecie, ovvero se si trattasse di una disapplicazione assoluta o relativa della normativa ostativa.

A tal proposito, è d'uopo precisare che la disapplicazione presupponga la sussistenza della violazione di legge. In base agli effetti che suddetto strumento può comportare, si è soliti individuare due tipi di disapplicazione: una prima, di tipo assoluto, la quale configura la manifesta violazione della legge ed in quanto tale da considerarsi inammissibile sia per il singolo funzionario dell'Amministrazione sia per il giudice; una seconda, che si definisce relativa, ovvero la disapplicazione di una legge (nella fattispecie *de qua* della legge italiana) in favore di un'altra (quella sovranazionale).

Nel caso in esame il giudice amministrativo ha inteso escludere dal campo di operatività la disapplicazione di natura applicativa, ritenendola «inconcepibile ed inconsistente già sul piano terminologico»⁷⁰.

In merito, infatti, è necessario che il giudice dapprima verifichi se la normativa da attuare, in seguito alla disapplicazione, sia suscettibile di applicazione. Ovvero, se la normativa ritenuta prevalente, dunque quella euro-unitaria, sia in grado di risolvere il caso concreto. In sostanza, si tratta di un'ulteriore e distinta fattispecie giuridica: si tratta della «applicazione selettiva»⁷¹.

⁶⁸ CGUE, 20 aprile 2023, C-348/2022, cit., § 46; § 49, il giudice europeo precisa che «l'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2006/123 deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che la scarsità delle risorse naturali e delle concessioni disponibili sia valutata combinando un approccio generale e astratto, a livello nazionale, e un approccio caso per caso, basato su un'analisi del territorio costiero comune in questione».

⁶⁹ A partire da CGUE, 25 luglio 1964, C-6/64, *Costa c. Enel*; 9 marzo 1978, C-106/1977, *Simmmenthal*. Per la giurisprudenza di legittimità italiana, Corte Cost., 8 giugno 1984, sent. n. 170, *Granital*.

⁷⁰ TAR Puglia di Lecce, ord. cit., § VIII.

⁷¹ In altri termini, si tratta della disapplicazione «in senso relativo». A questo proposito, TAR Puglia di Lecce, ord. cit., § VIII, ha evidenziato come «il concetto di disapplicazione in senso relativo risulta perfettamente inutile ed anzi fuorviante, in quanto ciò che viene in rilievo è in definitiva l'applicazione della norma preva-

Una volta adottato il criterio dell'applicazione selettiva, giunge la fase di individuazione della norma da applicare al fatto concreto. Così, nell'ipotesi in cui non si ritenesse applicabile la disciplina interna, la quale dispone il regime di proroga automatica delle concessioni in essere, si dovrebbe procedere all'applicazione della normativa ritenuta prevalente. Pertanto, la disciplina da applicare, in astratto, dovrebbe essere quella propria della direttiva *Bolkestein*. Questa soluzione risulterebbe adeguata qualora si fosse in presenza di un atto euro-unitario capace di esplicitare effetti diretti all'interno degli ordinamenti degli Stati membri. Tuttavia, tale qualifica è propria dei soli regolamenti UE e delle sole direttive *self-executing*.

In merito, però, volendo condividere il ragionamento deduttivo fatto dal Collegio sul punto e non ritenendo la direttiva 123/2006 auto-esecutiva, il quadro giuridico si complica oltremodo. Questo poiché la direttiva *Bolkestein* non dovrebbe ritenersi *self-executing* per le ragioni più innanzi esposte. Ne consegue la conclusione secondo cui né il singolo dirigente dell'amministrazione né il giudice nazionale potrebbero, allo stato, applicarla.

Le ragioni sono anzitutto di natura logica. Come potrebbe disapplicarsi la normativa nazionale in favore di quella euro-unitaria se la stessa, in guisa chiara, ravvisa la necessità, in più parti del suo testo, che il legislatore nazionale adotti una disciplina precisa di recepimento? A questo proposito, la stessa disciplina europea, in attuazione del principio del primato del diritto euro-unitario, costituisce l'unico parametro di riferimento, in sostituzione della normativa nazionale, soltanto qualora si manifesti per mezzo dell'adozione o di un regolamento o di una direttiva auto-esecutiva, quale non può essere considerata, seguendo l'iter tracciato dal TAR, la direttiva n. 123/2006.

Da questa controversa interpretazione scaturiscono i dubbi mossi, in via pregiudiziale, dal TAR alla Corte di giustizia. Viceversa, alcun problema sarebbe sorto se la direttiva europea avesse rispettato i canoni propri degli atti aventi capacità auto-esecutiva⁷². Ciò non sembra emergere dalla fattispecie poiché, come già evidenziato, l'intenzione del legislatore sovranazionale, avveduto della difficoltà

lente, da individuarsi attraverso i noti e consolidati canoni ermeneutici deputati a dirimere il concorso di norme, tenuto conto della scala di gerarchia delle fonti del diritto». Sul punto, la giurisprudenza dello stesso TAR Puglia di Lecce, sezione I, 15 gennaio 2021, sent. n. 71. Il Collegio ha fatto richiamo anche a esperienze giuridiche straniere in materia, come quella francese in cui si fa riferimento all'identificazione della disapplicazione in senso assoluto con «l'invocabilità di esclusione» e, ancora, quella anglosassone nella quale si è soliti parlare di «effetto di esclusione».

⁷² Nella fattispecie, la risoluzione della controversia sarebbe stata sicuramente maggiormente agevole. Infatti, un atto euro-unitario direttamente efficace e in contrasto con la norma nazionale avrebbe fatto sorgere l'obbligo di applicazione selettiva (o invocabilità di sostituzione o, ancora, di effetto di sostituzione) sia in capo al giudice interno che alla stessa Amministrazione. In questa direzione, si rimanda alla stessa giurisprudenza euro-unitaria, CGUE, 22 giugno 1989, C-103/88, *Fratelli Costanzo*, con la quale decisione la Corte ha sancito l'obbligo, per tutti gli organi facenti parte dell'amministrazione, di applicare le norme auto-esecutive dell'Unione, disapplicando le norme nazionali a queste non conformi.

di adottare una disciplina con effetti diretti in materia di concessioni demaniali marittime, era quella di inquadrare ‘generalmente’ i requisiti da rispettare per gli Stati membri, in particolare quello della concorrenza, affidando, come espressamente ha fatto (es., art. 44 della direttiva 123/2006/CE), ai legislatori interni il compito di recepire i contenuti generali della direttiva e adottare una normativa d’attuazione nazionale. Ciò dovrebbe costituire un’ulteriore prova della natura non *self-executing* della *Bolkestein*.

Alla luce di quanto appena esposto, a eccezione della possibilità di rimettere in via pregiudiziale ex art. 267 TFUE o di sollevare la questione di legittimità costituzionale, il giudice italiano è tenuto ad applicare la legge nazionale (dunque, la normativa di proroga automatica delle concessioni) cercando comunque di attenersi nel farlo al principio della «interpretazione conforme»⁷³. Questo proprio al fine di osservare i principi espressi dalla direttiva sovranazionale.

Sul punto, si è altresì espressa anche la giurisprudenza europea, la quale ha stabilito i limiti a suddetta interpretazione, affermando che l’onere del giudice nazionale, consistente nel dovere di considerare il contenuto di una direttiva nell’interpretare e nell’applicare le norme del rispettivo diritto nazionale, rinvia il proprio limite nei principi generali del diritto stesso⁷⁴. Più dettagliatamente, la Corte intende appellarsi al principio di certezza del diritto – cui lo stesso giudice amministrativo del TAR ha fatto esplicito richiamo – e di non retroattività, non potendo, altresì, l’obbligo servire per giungere a un’interpretazione *contra legem* del diritto nazionale⁷⁵. Dai rilievi conclusivi svolti dal Collegio è possibile effettuare un’ulteriore considerazione.

Infatti, pur dovendo il giudice nazionale comunque esercitare un sindacato conforme al diritto dell’Unione, ancorché in presenza di una direttiva euro-unitaria ma non *self-executing*, egli non potrà mai applicare (così come disapplicare) le norme nazionali nel tentativo di garantire l’attuazione del contenuto della direttiva europea, piegandole a tal punto da renderle in contrasto con il rispettivo ordinamento nazionale.

In un tale scenario, il giudice interno dovrà comunque svolgere una imprescindibile «doppia interpretazione conforme»: una prima, che garantisca l’osservanza del contenuto della direttiva non auto-esecutiva; una seconda, invece, che impedisca allo stesso giudice nazionale di violare, nel tentativo di far valere quanto

⁷³ *Ex multis*, G. Pistorio, *Interpretazione e giudici. Il caso dell’interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea*, Napoli, 2012, 259 ss.; E. Lamarque, *L’interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea secondo la Corte costituzionale italiana*, in *giurcost.it*, 2014, 1 ss. Sul sintagma «interpretazione conforme», si rimanda alle pagine di M. Luciani, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia italiana del diritto*, IX, 2016, 391 ss.

⁷⁴ CGUE, Grande Sezione, 15 aprile 2008, C-268/06.

⁷⁵ CGUE, 8 ottobre 1987, C-80/86; 16 giugno 2006, C-105/03.

contenuto nella normativa europea non immediatamente efficace, la legge nazionale. Siffatta considerazione si colloca nella dimensione giuridica or ora descritta ed è corroborata da un ulteriore aspetto che ora si cerca di porre in rilievo.

Nel merito, se è vero che uno degli scopi principali dell'Unione sia rappresentato dall'attuazione del principio della certezza del diritto, non può consentirsi, allo stesso tempo, la disapplicazione o la violazione della legge interna al fine di favorire una disposizione euro-unitaria che non sia idonea a disciplinare la fattispecie concreta e, come in questo caso, nell'ulteriore ipotesi in cui non sia financo possibile ricorrere all'interpretazione conforme. Ciò non dovrebbe considerarsi ammissibile poiché manca il riferimento normativo euro-unitario stesso se si esclude che la direttiva *Bolkestein* sia in grado di esplicare effetti diretti. Ancora, manca, in realtà, anche l'opportuna disciplina nazionale in materia, considerandosi non adeguata e in contrasto con la direttiva europea la legge nazionale che ha disposto il regime di proroga automatica delle concessioni demaniali marittime *de quibus*.

Per tale ragione, come denunciato dal Collegio del TAR, questo quadro determina «un *vulnus* nell'ordinamento giuridico e una soluzione di continuità nella tutela giurisdizionale»⁷⁶. In altri termini, non si vuole aprioristicamente considerare inapplicabile la disciplina europea, ma di certo appare imprescindibile un chiarimento che non è stato fornito anzitutto dal legislatore europeo e che non è stato pienamente motivato dalla CGUE. In particolare, come si vedrà, circa l'idoneità della direttiva n. 123/2006 a generare effetti diretti e la qualifica di armonizzazione o liberalizzazione della stessa. In secondo luogo, per quanto riguarda il quadro alquanto caotico italiano, da parte del Consiglio di Stato. In proposito, sembra emergere che il *vulnus* cui fa riferimento il Collegio non sia unico, ma sia, invero, doppio se si considera che risulti mancante, all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, un'apposita normativa di recepimento.

Tuttavia, ammesso e non concesso che tale lacuna vi sia, essa non può in nessun modo essere colmata permettendo l'applicazione della sola direttiva a discapito della legge nazionale che ha previsto la proroga automatica, soprattutto se quest'applicazione è disposta da un organo giurisdizionale, qualunque esso sia⁷⁷. A *fortiori* se tale presa di posizione è stata (im)motivata sostenendo come causa giustificatrice l'inerzia del legislatore⁷⁸. Nella fattispecie, sembra si sia andati ben oltre un comportamento tipico di quella «Amministrazione attiva», che risulta essere al confine con la decisione riservata alla sola discrezionalità politica

⁷⁶ TAR Puglia di Lecce, ord. cit., § VIII.

⁷⁷ Inequivocabile risulta essere la giurisprudenza euro-unitaria sul punto, partendo da CGUE, 13 dicembre 1989, C-322/88. Più recente, CGUE, 24 giugno 2019, C-579/15, *Poplawski*.

⁷⁸ Cons. Stato, Ad. Plen., sent. 17, cit., § 48.

e che sembra si sia voluta sottoporre a un sindacato giurisdizionale dal carattere piuttosto anomalo⁷⁹.

Per quest'ordine di ragioni, il Collegio, preso atto dell'impossibilità per la direttiva *Bolkestein* di produrre effetti diretti e costatata la contingente impossibilità di fare ricorso all'interpretazione conforme, ha ritenuto inammissibile la disapplicazione della disciplina interna italiana, avendola ritenuta la sola e possibile applicabile, da parte sia del giudice nazionale che del singolo funzionario dell'Amministrazione.

In compenso, però, il giudice potrà servirsi della questione di legittimità costituzionale rimettendo il problema al giudice delle leggi, unico e solo autorizzato a dichiarare l'effetto abrogativo o additivo di una norma di legge dello Stato. Da ciò consegue che il potere disapplicativo della normativa interna – e il relativo effetto escludente – deve essere considerato, in questo caso, solo facoltativo e non obbligatorio per il giudice nazionale. Infatti, se questo si ritenesse obbligatorio ne conseguirebbe una manifesta violazione di legge. Il che risulta essere in perfetta armonia con l'obiettivo di certezza del diritto perseguito e indicato dalla stessa Corte del Lussemburgo, che ha affermato tale principio quale limite anche all'interpretazione conforme al proprio diritto.

Se così non fosse, ci si ritroverebbe a un inevitabile stato di incertezza sul piano del diritto. Rimanendo in tema, se il giudice amministrativo avesse, nella fattispecie osservata, disapplicato la l. 145/2018 (che ha previsto il regime di proroga automatica, ora sostituita dalla nuova e diversa proroga disposta dal d.l. n. 198/2022), ciò avrebbe determinato un palese vuoto normativo, dato che la direttiva euro-unitaria non potrebbe, in nessun caso, colmare l'omissione del legislatore nazionale, al quale la stessa Unione europea ha conferito l'incarico di riempire con una disciplina interna i contenuti generali che egli stesso ha disposto

⁷⁹ In questa direzione, la presa di posizione assunta dall'Adunanza Plenaria induce a richiamare in causa una delle tematiche più dibattute dalla dottrina e dalla giurisprudenza amministrativa, si vuole fare riferimento alla «discrezionalità» e ai modi, a seconda delle circostanze, in cui essa si manifesta. A proposito della libertà d'azione degli amministratori, della maggior consapevolezza del proprio ruolo e delle responsabilità che ne comporta e del sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo, G. Azzariti, *Dalla discrezionalità al potere. La prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Padova, 1989, 358 ss., rileva che il «nostro attuale sistema di controllo dell'attività discrezionale, basato sul sindacato giurisdizionale degli atti amministrativi, incontra diverse difficoltà. Anzitutto in quanto controllo successivo, che dunque, anche ove sia resa possibile la completa conoscenza del fatto, non può giungere all'esatta percezione degli interessi (che spesso si manifestano in modo informale e non documentale) assunti a base della decisione. Di più: la scelta nel caso concreto deve essere lasciata all'amministrazione, che se ne assumerà la responsabilità, non risultando certo auspicabile una sostituzione nel momento decisionale con un organo la cui funzione è di controllo e non di amministrazione attiva. Un tale esito non può che produrre una grave forma di confusione tra ruoli istituzionali diversi tra loro». L'autore riprende le perplessità espresse, sul tema, da F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1983, I, p. 399 ss., e V. Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1984, II, 463 ss.

nella direttiva *Bolkestein*. Questa sembra essere, per il Collegio del TAR, la soluzione interpretativa maggiormente adeguata.

Dunque, nelle more dell'adozione di una disciplina che solo ed esclusivamente il legislatore italiano può (e dovrà) emanare, dovrebbe ritenersi, in materia di concessioni demaniali marittime, ancora oggi, operante la sola legge nazionale che dispone il regime delle proroghe. Senonché, pronunciandosi sul punto esaminato, la Corte di giustizia UE ha sostenuto, invece, quanto precedentemente statuito dal Consiglio di Stato, ovvero ha ritenuto conforme a diritto l'obbligo di disapplicazione della norma nazionale in contrasto con la direttiva euro-unitaria, allorquando ritenuta idonea a produrre effetti diretti, da parte anche del funzionario amministrativo dello Stato e non solo, dunque, del giudice⁸⁰.

Prima di passare al merito delle ulteriori questioni pregiudiziali che il TAR ha ritenuto necessario rimettere alla CGUE, vi è da sciogliere un'ulteriore problematica ermeneutica che questo giudice amministrativo ha sollevato, ritenendo non convincente la soluzione adottata dall'Adunanza Plenaria. Si tratta della qualifica della direttiva *Bolkestein* quale normativa di liberalizzazione e non, invece, di armonizzazione, che lo stesso giudice del Lussemburgo ha provveduto a negare, così smentendo in questa occasione quanto aveva affermato il Consiglio di Stato.

3.4. *Un ulteriore dubbio: la direttiva Bolkestein quale fonte di liberalizzazione o di armonizzazione?*

Orbene, tra le principali statuizioni del Consiglio di Stato all'interno delle sentenze gemelle assume una portata decisiva la statuizione relativa alla qualifica della direttiva n. 123/2006. Secondo le pronunce adottate dall'Adunanza Plenaria, infatti, la direttiva *de qua* è da intendersi quale direttiva di liberalizzazione, ovvero essa mirerebbe ad abbattere tutti quegli ostacoli che impediscono il pieno ed effettivo svolgimento della libera concorrenza nel settore delle concessioni a scopo turistico-ricreativo, e pertanto richiede agli Stati di adottare le misure necessarie affinché una tale cornice possa concretamente configurarsi.

A questo proposito, il TAR di Lecce ha espresso più di una riserva circa la qualifica di liberalizzazione attribuita dal Consiglio di Stato alla direttiva in esame. In particolare, la statuizione dell'Adunanza Plenaria sarebbe smentita sia da

⁸⁰ CGUE, 20 aprile 2023, C-348/2022, cit., § 78, la Corte ribadisce, in riferimento all'applicazione del §1 dell'art. 12 della direttiva, che quando «il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività è limitato per via della scarsità delle risorse naturali utilizzabili, ogni amministrazione è tenuta ad applicare, in forza di tale disposizione, una procedura di selezione tra i candidati potenziali e a garantire che tutte le condizioni previste da dette disposizione siano rispettate, disapplicando, se del caso, le norme di diritto nazionali non conformi».

una più attenta lettura del contenuto normativo della direttiva in esame, sia da una copiosa giurisprudenza della stessa Corte di giustizia dell'Unione che, da ultimo, dalla decisione sul rinvio pregiudiziale resa dallo stesso giudice europeo.

A tale scopo, utile risulta essere soffermarsi brevemente su quanto previsto dal settimo considerando della direttiva. Esso afferma che la direttiva istruisce una disciplina generale volta a rimuovere gli ostacoli presenti e ad avviare un processo di valorizzazione, consultazione e *armonizzazione* di determinate questioni che implicano la necessaria coordinazione tra gli ordinamenti nazionali⁸¹.

Dalla lettera del considerando della direttiva si evince chiaramente l'intenzione del legislatore europeo, motivata anche dalla complessità della materia e, nello specifico, dall'assenza di uniformità tra le differenti discipline degli Stati membri. Il considerando fa riferimento all'opportunità di istruire un quadro generale che, di conseguenza, induce a escludere la capacità della direttiva a esplicare effetti diretti all'interno degli ordinamenti nazionali. Una considerazione siffatta si deve trarre, altresì, nella parte in cui sempre la stessa norma prevede espressamente un processo di armonizzazione tra le diverse discipline in materia tra Paesi membri. Manca, pertanto, ogni tipo di riferimento che possa far ritenere la direttiva *Bolkestein* come di liberalizzazione e non di armonizzazione.

Questo assunto è inoltre supportato da alcune sentenze chiave – richiamate sia dall'Adunanza Plenaria che dal TAR Puglia di Lecce – della Corte di giustizia. Sul punto, il Collegio ha richiamato in primo luogo la stessa sentenza *Promoimpresa* della CGUE, nella quale il giudice sovranazionale ha sottolineato come «gli articoli da 9 a 13 di questa stessa direttiva provvedano ad una armonizzazione esaustiva concernente i servizi che rientrano nel loro campo di azione»⁸². Ciò comporta inevitabilmente che le norme contenute nella direttiva non siano di per sé idonee a produrre effetti diretti, ma che, viceversa, sia imprescindibile una precisa adozione da parte dello Stato membro di una determinata disciplina di recepimento.

In questa direzione, sempre la Corte di giustizia, riunita in Grande Sezione, ha sostenuto che «l'approccio scelto dal legislatore dell'Unione nella direttiva 2006/123 si basa, come enunciato dal suo considerando n. 7, su un quadro giuridico generale, formato da una combinazione di misure diverse destinate a garantire un grado elevato di integrazione giuridica nell'Unione per mezzo, in particolare, di una armonizzazione vertente su precisi aspetti della regolamentazione delle attività di servizio»⁸³.

Il richiamo all'integrazione giuridica effettuato dalla Corte implica un necessario recepimento della direttiva ad opera degli Stati e ciò emerge, altresì, sia dalla lettura e dall'interpretazione del contenuto della normativa europea sia dal-

⁸¹ Dir. 2006/123, cit., cons. 7.

⁸² CGUE, *Promoimpresa e a.*, cit., § 61.

⁸³ CGUE, Grande Sezione, 30 gennaio 2018, C-360/15 e C-31/16, § 106.

la sua stessa giurisprudenza, a cui sembra essersi pienamente conformata in precedenza anche l'Adunanza Plenaria. Tuttavia, nelle sentenze gemelle essa ha escluso una tale ipotesi, in merito alla quale il giudice del TAR remittente si è limitato a manifestare e a motivare le proprie riserve⁸⁴. Questo non ha impedito al giudice amministrativo di interrogarsi sui profili non tanto di merito circa, ad esempio, la qualifica della direttiva, quanto piuttosto circa la legittimità dell'*iter* procedimentale dell'approvazione, in sede euro-unitaria, della direttiva stessa. In proposito, il TAR ha rimesso, in via pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione, la decisione circa la legittimità stessa della direttiva *Bolkestein*, ritenendo sussistente la violazione dell'art. 115 TFUE, nella misura in cui la direttiva, una volta accertata la sua natura di armonizzazione, sia stata adottata solo a maggioranza dei voti e non all'unanimità, requisito procedimentale inderogabile⁸⁵.

Ne consegue che una siffatta interpretazione ponga più di qualche ragionevole dubbio circa la validità della direttiva che sarebbe incorsa – nella fase procedimentale di approvazione – in una palese violazione del procedimento. In particolare, il dubbio sollevato dal Collegio del TAR Puglia si rileva più che fondato una volta rilevata la funzione di armonizzazione della direttiva n. 123/2006.

La Corte si è soffermata su entrambi gli aspetti sollevati da questo giudice amministrativo, in particolare confermando da un lato la natura armonizzatrice della direttiva, disattendendo, a quanto sembra, la tesi sostenuta dal Consiglio di Stato secondo cui la *Bolkestein* sia una direttiva di liberalizzazione⁸⁶, dall'altro però essa ha ricostruito singolarmente le vicende che hanno riguardato l'*iter* procedimentale di approvazione della normativa, sostenendo che essa sia comunque valida nonostante la mancata approvazione con il requisito dell'unanimità dei voti richiesto dall'art. 94 del TCE, all'epoca in vigore. Nella fattispecie, la Corte asserisce, tra le varie argomentazioni rese sul punto, che l'approvazione all'unanimità dei voti avrebbe dovuto essere richiesta espressamente dagli Stati membri e che l'art. 94 del Trattato invocato dal giudice amministrativo italiano è norma generale rispetto all'art. 47 che è, invece, norma speciale in grado di derogare, dunque, a quella generale. Infatti, l'art. 47, argomenta il giudice del Lussemburgo, richiede una votazione a maggioranza qualificata ai fini dell'approvazione della direttiva, che si è effettivamente verificata⁸⁷. Inoltre, l'applicazione della norma speciale rinviene la propria ragione giustificatrice nell'impossibilità di effettuare

⁸⁴ TAR Puglia di Lecce, ord. cit., § V.

⁸⁵ La norma del Trattato dispone che «il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico sociale, stabilisce direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato interno».

⁸⁶ CGUE, 20 aprile 2023, C-348/2022, cit., § 36; §37.

⁸⁷ Ivi, § 57.

un cumulo tra diverse e inconciliabili basi giuridiche⁸⁸, sicché la Corte ritiene che il legislatore abbia operato conformemente alle procedure contenute nel Trattato. In merito, la ricostruzione svolta dalla Corte ben può ricondursi alla sua funzione integrativa, piuttosto che esclusivamente interpretativa e giurisdizionale, della volontà non del tutto chiara espressa dal legislatore europeo.

4. *Il rischio di un inevitabile contrasto tra (quasi) giudicati: la Corte di giustizia chiamata a intervenire*

Le chiare perplessità espresse dal TAR di Lecce nei confronti dei punti di diritto statuiti dal Consiglio di Stato circa il dovere di applicazione, da parte dei giudici e dei funzionari comunali, della direttiva europea in materia di concessioni demaniali marittime, ovvero l'obbligo inderogabile di procedere indistintamente, per tutto il territorio nazionale, a gare a evidenza pubblica, ha costretto lo stesso giudice amministrativo del tribunale a intraprendere una strada insolita. Essa è rappresentata dalla sospensione del proprio giudizio con il conseguente rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea di alcuni nodi interpretativi in buona parte già menzionati, decidendo di non conformarsi ai principi fissati dall'Adunanza Plenaria. Questo in ragione di un chiaro principio dell'ordinamento giuridico, ovvero l'impossibilità per un giudice inferiore di disattendere le statuizioni fissate dall'organo giurisdizionale titolare della funzione nomofilattica.

Il rinvio pregiudiziale sembra esser stato inteso quale vera e propria *condicio sine qua non* dal TAR, che ha tenuto in debita considerazione la cornice entro la quale questo rinvio è stato effettuato. Una cornice caratterizzata da un disordine normativo, giurisprudenziale e amministrativo che avrebbe potuto investire anche il legislatore e il giudice sovranazionale, trasformandosi in un disordine multilivello, qualora l'interprete europeo avesse accertato il rilievo pregiudiziale circa la validità della direttiva n. 123/2006. Tuttavia, è proprio per tale ragione che la Corte è stata interpellata dal Collegio: per aiutare a fare chiarezza in merito al quadro giuridico vigente.

⁸⁸ Ivi, § 52, il giudice sostiene che «la scelta del fondamento giuridico di un atto non può dipendere solo dal convincimento di un'istituzione circa lo scopo perseguito, ma deve basarsi su elementi oggettivi, suscettibili di sindacato giurisdizionale, quali lo scopo e il contenuto dell'atto. Se l'esame di un atto dell'Unione dimostra che esso persegue una duplice finalità o che ha una doppia componente e se una di queste è identificabile come principale o preponderante, mentre l'altra è solo accessoria, l'atto deve fondarsi su una sola base giuridica, ossia quella richiesta dalla finalità o componente principale o preponderante. In via eccezionale, ove sia provato che l'atto persegue contemporaneamente più obiettivi tra loro inscindibili, senza che uno di essi assuma importanza secondaria e indiretta rispetto all'altro, tale atto dovrà fondarsi sulle diverse basi giuridiche corrispondenti. Il cumulo di due basi giuridiche è però escluso quando le procedure previste dall'una e dall'altra base giuridica sono incompatibili».

Infatti, compito della Corte è fornire l'interpretazione autentica delle norme euro-unitarie e delle proprie pronunce, i cui effetti sono da ritenersi vincolanti *erga omnes*. Questa interpretazione è richiesta a causa del quadro di assoluta incertezza che contraddistingue l'ordinamento italiano, in particolare per due ragioni: per la controversa e non uniforme interpretazione e applicazione della direttiva europea n. 123/2006 e per il sopraggiungere delle sentenze gemelle adottate dall'Adunanza Plenaria.

Il susseguirsi di queste circostanze ha generato una totale mancanza di uniformità. Emblematiche, in questa direzione, sono le singole esperienze comunali. Si pensi al caso del comune di Ginosa Marina, la cui Amministrazione ha ritenuto opportuno applicare la legge nazionale di proroga automatica, ritenendo mancante un'apposita normativa nazionale di recepimento da parte del legislatore italiano o come nel caso di altri comuni che, viceversa, hanno intrapreso una decisione completamente opposta, rappresentata dalla disapplicazione della normativa interna in favore di quella sovranazionale.

È altrettanto controverso, ad esempio, il caso del Comune di Roma, il quale, a proposito di concessioni demaniali, ha indetto gare a evidenza pubblica ricorrendo non alle regole di procedura di gara del Codice della Navigazione, bensì a quelle previste dalla oramai previgente normativa appalti (d.lgs. 50/2016). Il che risulta essere – come ravvisato dal Collegio del tribunale amministrativo pugliese – del tutto fuorviante, poiché l'ordinaria procedura di gara prevista dalla disciplina appalti non è idonea a adempiere alle prescrizioni della direttiva *Bolkestein*. Infatti, quest'ultima disciplina non garantisce, al pari delle regole procedurali contenute all'interno del Codice della Navigazione, «una adeguata forma di pubblicità dell'avviso pubblico e che riserva la valutazione comparativa solo in caso di compresenza di più domande»⁸⁹.

Per questo ordine di motivi, il Collegio ha deciso di richiamare l'attenzione della Corte di giustizia, rimettendole in via pregiudiziale alcune questioni: in primo luogo, quella concernente la validità e vincolatività della direttiva n. 123/2006 per gli Stati membri, stante il sollevato, e poc'anzi osservato, dubbio di legittimità per violazione dell'art. 115 TFUE (*ex* art. 94 TCE), in quanto – considerata direttiva di armonizzazione – approvata solo con il requisito della maggioranza qualificata e non con quello previsto dell'unanimità. Si tratta certamente di una delle questioni dirimenti del caso, che tuttavia la Corte ha risolto sostenendo la legittimità e la validità della direttiva in base a una singolare interpretazione, optando per il criterio della specialità ricavato dall'applicazione dell'art. 47 TCE e non dell'art. 94 del medesimo Trattato. Una ricostruzione che tanto ricorda quegli «avvitamenti della giurisprudenza» di nigriana memoria, non del

⁸⁹ TAR Puglia di Lecce, ord. cit., § IX.

tutto convincente dato che se si fosse ritenuto l'art. 94 la norma da applicare al caso concreto ci si sarebbe trovati dinanzi a una direttiva illegittima da espungere dall'ordinamento. A questo proposito, l'intervento giurisdizionale del giudice europeo è risultato decisivo ai fini della legittimità della direttiva servizi e rappresenta, come già ribadito, un ruolo chiave della Corte che utilizza lo strumento giurisdizionale per colmare, apparentemente, anche le lacune del legislatore.

Tuttavia, era alquanto improbabile che la CGUE si pronunciasse contro la validità della direttiva, soprattutto a distanza di così tanto tempo, tenendo conto anche dell'importanza che questa indiscutibilmente riveste. Essa concerne principi fondanti e ispiratori del processo di costruzione e integrazione europea, in particolare il principio di libera concorrenza⁹⁰.

In secondo luogo, il Collegio ha rimesso in via pregiudiziale anche l'esatta definizione della *Bolkestein*, ovvero se quest'ultima sia caratterizzata dai requisiti di sufficiente dettaglio della normativa e dalla relativa mancanza di spazi di discrezionalità per il legislatore nazionale, i quali siano tali da far ritenere la direttiva stessa *self-executing* e immediatamente operante all'interno degli ordinamenti nazionali. In merito, il TAR sembra aver riservato un'attenzione maggiore sul punto rispetto a quella riservata dall'Adunanza Plenaria⁹¹. Ma come osservato, anche tale dubbio è stato risolto dalla Corte in favore delle deduzioni svolte dal Consiglio di Stato⁹².

Il terzo quesito rimesso dal giudice amministrativo alla CGUE riguardava il caso in cui, una volta accertata la non idoneità della direttiva a produrre effetti diretti, il giudice interno dovesse comunque disporre od ordinare la disapplicazione della normativa nazionale ostativa (avendo anche constatato egli l'impos-

⁹⁰ Sull'indisponibilità delle istituzioni euro-unitarie a rivedere l'ambito di operatività del canone della libera concorrenza, si consideri F. Gaspari, *Coronavirus, assistenza finanziaria dell'Unione europea e «sentieri interrotti della legalità» costituzionale. Per un ritorno alla Costituzione e alla sovranità nazionale*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, III, 65; A. Somma, *L'Unione europea non è un progetto incompleto e neppure riformabile: è un dispositivo neoliberale di successo*, in *Il Mulino*, 2023, I, 162 ss. Sul punto sia consentito richiamare anche F. Tomasicchio, *Le manifestazioni dello Stato interventore nel paradigma neoliberale. Il caso delle nazionalizzazioni dell'energia in Europa*, in *Politica del diritto*, 2023, II, 213 ss. All'affermazione del dogma pro-concorrenziale è corrisposto, inevitabilmente, un sensibile riposizionamento dello Stato ordinamento giuridico, visto come un ostacolo da rimuovere per consentire agli operatori del mercato di imporsi nell'arena economica. Sul tema R. Perez, *Il controllo della finanza pubblica*, in Aa.Vv., *La nuova costituzione economica*, (a cura di) S. Cassese, VI ed., Roma-Bari, 2021, 388, rileva come oramai «gli obiettivi di finanza pubblica sono fissati in sede europea e si perseguono in “coerenza con le procedure e i criteri stabiliti dall'Unione europea” (art. 1, legge n. 39/2011) [...] La necessaria “tutela” della finanza pubblica per affrontare la crisi dei debiti sovrani ha comportato anche una consistente riduzione della sovranità degli Stati in merito alle scelte finanziarie. Queste limitazioni erano già iniziate nel 1992, con il divieto di disavanzi pubblici eccessivi, ma con la nuova *governance* europea sono diventate fattori di tale rilevanza da aver scardinato, come si è visto, l'intera procedura seguita per l'assunzione della decisione finanziaria, influenzando anche sulle scelte di politica economica da accogliere nel bilancio».

⁹¹ Sull'insufficienza della motivazione adottata dall'Adunanza Plenaria in merito alla natura (o meno) *self-executing* della direttiva n. 123/2006/CE, si rimanda a R. Mastroianni, *L'Adunanza Plenaria*, cit., 110.

⁹² CGUE, 20 aprile 2023, C-348/2022, *ex multis* §61 e §74.

sibilità di ricorrere all'interpretazione conforme) e, ancora, se questa operazione risultasse legittimamente conforme ai principi di certezza del diritto e di completezza dell'ordinamento giuridico. Un problema che non si è posto data l'affermazione positiva del giudice europeo sul punto.

A riguardo, pare comunque potersi affermare che una direttiva non auto-esecutiva di certo non può operare in sostituzione di una legge nazionale che, secondo lo stesso giudice europeo appaia non adeguata o, addirittura, illegittima. Infatti, il rimedio di cui dispone l'ordinamento dell'Unione è l'apertura di una procedura di infrazione nei confronti dello Stato membro considerato inadempiente. Suddetta ipotetica soluzione si configura perché lo Stato aveva il dovere di adottare una normativa interna che si adeguasse ai canoni fissati dalla direttiva. Il che conduce necessariamente a escludere la possibilità che possa direttamente esplicare effetti diretti una direttiva non *self-executing*. A rigor di logica ne consegue che la legge nazionale di proroga, ancorché ritenuta inadeguata e non rispettosa dei principi e criteri fissati dalla direttiva, non può (e non avrebbe potuto) essere disapplicata, pena un vuoto normativo non colmabile da nessun organo giurisdizionale.

Vuoto, infatti, che può essere colmato solo dal legislatore nazionale o, in linea di massima, in futuro, da un atto euro-unitario capace di produrre effetti diretti e trovare immediata applicazione anche nell'ordinamento dei Paesi membri. E ciò a sua volta può verificarsi mediante l'adozione di un regolamento, oppure mediante una direttiva che possa ritenersi *self-executing* per la chiarezza, la tassatività e l'assenza di discrezionalità per i legislatori nazionali, quale non pareva essere la direttiva *Bolkestein* e che la Corte, invece, ne ha riconosciuto la capacità a generare effetti diretti nella misura in cui essa prescrive un divieto di proroga delle concessioni generalizzato. A questo proposito, il TAR ha chiesto, inoltre, alla Corte del Lussemburgo se la disapplicazione della norma nazionale – che osta all'applicazione di quella europea – dovesse considerarsi di esclusiva competenza del giudice nazionale o se, invece, tale facoltà potesse essere riconosciuta anche in capo al singolo funzionario o dirigente comunale. Al pari della pronuncia dell'Adunanza Plenaria già intervenuta in senso favorevole in merito⁹³, il giudice del Lussemburgo ha pienamente confermato suddetto indirizzo.

Ancora, il rinvio pregiudiziale del TAR ha riguardato anche l'anomalia in cui versa l'ordinamento amministrativo italiano, nel quale il legislatore ha delegato dapprima alle Regioni, di poi (mediante una sub-delega) ai Comuni le competenze in materia di concessioni demaniali marittime. Ciò ha sicuramente contribuito ad accrescere il disordine amministrativo presente nello scenario italiano in materia concessoria. In particolare, se risulti coerente con gli obiettivi sanciti all'interno dell'art. 49 TFUE e dalla direttiva europea una definitiva pronuncia

⁹³ Cons. Stato, Adun. Plen., sent. 17, cit., § 33 ss.

da parte del giudice nazionale in merito alla sussistenza, o meno, sia del requisito transfrontaliero certo, riferito all'intero territorio nazionale, che del requisito della limitatezza delle risorse naturali.

Questo dilemma scaturisce dal più che legittimo dubbio relativo all'opportunità di riservare la valutazione sia del requisito transfrontaliero che della scarsità delle risorse naturali alla sola discrezionalità dell'Amministrazione piuttosto che al giudice nazionale. Il Collegio, del resto, si è posto un simile dubbio a causa della singolarità del sistema nazionale, nonché della competenza di fatto che, in Italia, i singoli comuni hanno acquisito. È chiaro che il giudice amministrativo si è interrogato sulla legittimità o meno di sindacare la configurabilità tanto del requisito transfrontaliero quanto della scarsità di risorse naturali del territorio costiero, ritenendo a ragione che un tale sindacato sarebbe inevitabilmente risultato lesivo della discrezionalità e del libero apprezzamento di cui titolare esclusiva è l'Amministrazione e, di conseguenza, i suoi funzionari, in una fase che è di predeterminazione della decisione amministrativa⁹⁴. Un problema che sino a ora, però, la giurisprudenza del giudice europeo ha risolto attribuendo questo ufficio al giudice interno e non, invece, ai funzionari dell'Amministrazione.

In conclusione, il Collegio ha tentato di prospettare un quadro del caso alternativo, consistente in una letterale e doppia inversione delle competenze rispetto a quanto deciso sia dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato che dalla giurisprudenza europea.

Nel merito delle questioni, infatti, per un verso, il TAR ha ritenuto che si dovesse impedire al singolo funzionario comunale di disapplicare la normativa interna ritenuta in contrasto con quella europea, costituendo questa esclusiva prerogativa del giudice nazionale, il quale ha a disposizione competenze e strumenti più adeguati di tutela, come l'incidente di costituzionalità o il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia⁹⁵. Questa soluzione non ha però trovato concorde il Consiglio di Stato né tantomeno la Corte di giustizia, i quali hanno entrambi ritenuto, in due momenti chiaramente differenti, la direttiva *Bolkestein* dotata di effetti diretti, riconoscendo anche in capo al singolo dirigente comunale il potere/dovere di disapplicare la normativa nazionale ostativa.

⁹⁴ Sulla necessità che l'Amministrazione provveda a predeterminare i propri criteri di selezione, A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, spec. 21 ss., evidenzia come è «nella procedimentalizzazione dell'attività amministrativa l'indicatore primo del mutamento strutturale dell'attività dei pubblici poteri, da attività unilaterale e meramente autoritativa ad attività plurilaterale, in quanto attenta alle situazioni soggettive degli interessati. La trasformazione dell'Amministrazione, pertanto, trova il suo punto di forza nell'introduzione di forme procedimentali che permettono l'intervento diretto degli interessi degli amministrati nel processo di concretizzazione dell'interesse pubblico (...) Il procedimento, infatti, non è soltanto una soluzione giuridica, ma eminentemente "politica", di coordinamento degli interessi coinvolti. È la rottura di un sistema amministrativo di tipo burocratico ed esclusivamente burocratico, il dissolvimento del rapporto sovrano-suddito, Autorità-sottoposto».

⁹⁵ Sul punto, G. Parodi, *La proroga delle concessioni demaniali marittime*, cit., 1613.

Sull'altro versante, invece, il Collegio non ha condiviso lo stesso potere riconosciuto dalla Corte di giustizia al singolo giudice nazionale di pronunciarsi circa la sussistenza del requisito transfrontaliero e della scarsità delle risorse naturali presenti nel territorio costiero di riferimento, ritenendo, non a torto, che l'Amministrazione, mediante l'attività e l'apprezzamento discrezionale⁹⁶ dei suoi funzionari, sia la sola titolare chiamata a decidere sulla questione⁹⁷.

5. *Amministrazione, giudici, mercati, conflitti e l'alba di una 'nuova' legalità. L'impellente necessità di un mercato amministrato e non più solo regolato*

Quanto cercato di esporre in precedenza non consente di elaborare delle considerazioni e dei giudizi definitivi, soprattutto a causa dell'incertezza normativa e, in parte, giurisprudenziale in relazione alle complicate controversie generate dal caso *Bolkestein*.

Tuttavia, ciò non esclude la possibilità di esprimere una considerazione circa le conseguenze imprevedibili e il disordine che l'efficacia diretta della direttiva n. 123/2006 euro-unitaria in Italia ha provocato. Pare arduo negare che i problemi principali che scaturiscono da questa controversia non derivino dall'interpretazione (in particolare, dell'art. 12) e dalla natura (di armonizzazione o di liberalizzazione) della direttiva. Gli altri dubbi ermeneutici, infatti, sembrano essere dei corollari – certamente decisivi – di questi due aspetti. Ad esempio, la scarsità, o meno, della risorsa costiera; la competenza a disapplicare del giudice o del singolo funzionario dell'Amministrazione (o di entrambi) sono problemi che hanno assunto una rilevanza centrale nel momento in cui l'Adunanza Plenaria si è espressa sulla *quaestio facti* fissando alcuni punti di diritto, a tratti travalicando il proprio potere giurisdizionale, invadendo *de facto* sia la sfera del potere legislativo che in parte, probabilmente, anche del giudice europeo. A questo punto, è il carattere eminentemente politico a contraddistinguere l'atteggiamento e le decisioni del Consiglio di Stato, il quale organo sembra protendere verso una nuova interpretazione dei principi di legalità e di separazione dei poteri.

⁹⁶ M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 319, evidenzia che il problema si configura «per ciò che – se si deve ritenere consentito al giudice di accertare la *materiale esistenza* del fatto (vero e proprio giudizio di fatto), che è il presupposto dell'emanazione dell'atto, perché l'emanazione dell'atto in difetto di quel presupposto concreta, a seconda dei casi, un vizio di eccesso di potere per travisamento dei fatti o di violazione di legge – deve ritenersi, al contrario, a lui vietato di compiere tutti quegli accertamenti che comportino anche un giudizio sul valore del fatto ai fini della scelta discrezionale dell'amministrazione».

⁹⁷ TAR Puglia di Lecce, ord. cit., § finale.

Questa novità, però, non pare sia in grado di recare vantaggi degni di nota. Il quadro in cui opera, o meglio, si pretende di far operare la *Bolkestein*, si appresta a divenire sempre più complicato, sia sul piano interno che sul piano esterno. Quanto al primo, le tensioni istituzionali non sembrano placarsi dopo il tentativo di rendere il contesto maggiormente uniforme in conseguenza dell'adozione delle sentenze gemelle a opera dell'Adunanza Plenaria. Tutt'altro. Esse hanno accresciuto il clima di incertezza e dato adito a una molteplicità di ricorsi (senza voler far previsioni sui futuri e incerti esiti) su diversi livelli, a cominciare dalla promozione del conflitto di poteri su iniziativa parlamentare verso le decisioni *de quibus* del Consiglio di Stato⁹⁸; di lamentare, tramite ricorso di alcuni operatori, l'eccesso di potere giurisdizionale dinanzi alla Corte di Cassazione e, come se non bastasse, financo il tentativo da parte del giudice amministrativo (inferiore) del TAR di Lecce, in altro giudizio, di disattendere la non condivisa portata nomofilattica delle pronunce dell'Adunanza Plenaria, chiamando in causa la Corte del Lussemburgo tramite lo strumento del rinvio pregiudiziale. Si tratta di scontri giurisdizionali che in realtà celano, al loro interno, una carica politica di rilevantissime e ineludibili dimensioni.

Sul versante esterno, invece, i dubbi e le problematiche non risultano essere meno rilevanti, sia per ciò che attiene al piano politico che a quello socioeconomico. Infatti, la prudenza e lo scetticismo del legislatore italiano circa i futuri esiti derivanti dall'applicazione della direttiva *Bolkestein* in materia di concessioni demaniali marittime non sembrano essere isolati nel panorama europeo. Anzi, vi sono Paesi membri dell'UE che non hanno esitato a procrastinare o a non considerare minimamente l'applicazione della direttiva euro-unitaria in materia concessoria. Si pensi a Stati come Portogallo, Grecia o Spagna. In particolare, è d'uopo segnalare come il Governo spagnolo abbia deciso di prorogare per ulteriori settantacinque anni la durata delle concessioni marittime in essere, il che ha comportato la recente apertura, da parte della Commissione europea, di una procedura di infrazione per violazione della direttiva servizi e del principio della libera concorrenza⁹⁹. È chiaro come, probabilmente, risulti essere sproporzionata la proroga posta in essere dall'esecutivo spagnolo, ma questa altro non è che una reazione difensiva nei confronti di quello che potrebbe rivelarsi un punto di non ritorno sul piano turistico, economico e sociale per alcuni Stati e per i loro opera-

⁹⁸ È quanto si è cercato di fare, durante la presidenza Draghi, mediante una proposta da parte di sette deputati, primo proponente l'On. Zucconi, sollevando conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato. Ricorso prontamente dichiarato inammissibile dalla Corte Cost., 25 maggio 2022, ord. n. 154, pubblicata in G.U., 1° Serie speciale, n. 25 del 17 giugno 2022.

⁹⁹ Commissione UE, INFR(2022) n. 4121, resa nota tramite comunicato stampa del 15 febbraio 2023, "Libera circolazione dei servizi: la Commissione interviene per assicurare il buon funzionamento del mercato unico dei servizi".

tori interni. I quali rischierebbero di essere inesorabilmente fagocitati dalla definitiva approvazione di una legislazione che contempra una procedura concorrenziale fatalmente destinata, anche oltre la *voluntas legis*, a creare una situazione di squilibrio in favore di operatori più forti.

Si tratta di un timore che ha delle basi ben solide e che non può ancorarsi esclusivamente a un'eventuale perdita di ingenti profitti dovuti, ad esempio, anche all'irrisorietà di buona parte dei canoni concessori al momento vigenti. Esso è piuttosto da ricollegare alle insidie che l'avvento del meccanismo concorrenziale porta con sé in un settore, come quello della balneazione italiana, che ha una storia lunghissima, incentrata sulla tipicità dei luoghi, delle tradizioni e sulla conduzione dei servizi e delle attività stesse, di solito a gestione familiare o tramite piccole imprese. Le quali non saranno in grado di competere – ad armi pari – nel mercato unico e libero con i colossi che intendono affermarsi anche nel settore turistico costiero nazionale.

A dimostrazione di come non si tratti di una mera congettura, risulta utile fare riferimento a quanto avvenuto per le concessioni marittime nel Golfo di Trieste, in cui le Amministrazioni hanno bandito gare a evidenza pubblica al fine di assegnare le concessioni del demanio costiero. Ebbene, il timore anzidetto si è pienamente concretizzato nel momento in cui una nota multinazionale austriaca si è aggiudicata circa 125 mila metri quadrati di costa, avendo presentato la miglior offerta. È uno dei drammatici esiti dell'imperialismo del mercato e del suo gioco concorrenziale. Si provi a immaginare che cosa sarebbe, un domani, il demanio costiero italiano e i servizi a esso collegati se ogni Amministrazione dovesse procedere a gare a evidenza pubblica allo scopo di conformarsi alle prescrizioni di Bruxelles¹⁰⁰.

In sostanza, si intende evidenziare come non sia esclusivamente posta a rischio un'intera fascia di attività produttiva del settore economico nazionale, ma che sia altresì a rischio la stessa applicazione effettiva della libera concorrenza, stante l'elevata difficoltà di elaborare delle regole che possano consentire l'apertura a tutti gli operatori, prescindendo dalle rispettive dimensioni e capacità economiche e, al contempo, di impedire anche ai concessionari uscenti di non vedersi, improvvisamente, privati dei loro diritti, compromettendo così anche i loro investimenti. Il tutto in (non) ragione di una logica che pretende l'onnipresenza del principio della libera concorrenza nel mercato, ove il pubblico potere è chiamato esclusivamente a elaborare le regole necessarie per il corretto funzionamento del mercato stesso. Pubblico potere da intendersi, nella fattispecie specifica, in senso lato. Infatti, il meccanismo concorrenziale verticalmente emanato deve essere attuato,

¹⁰⁰ Cfr. M. Clarich, *Concessioni balneari, il tempo stringe. E l'intervento decisivo potrebbe arrivare da Bruxelles*, in *Milanofinanza.it* del 25 settembre 2023.

protetto e garantito non solo dal legislatore nazionale, ma anche dagli altri apparati – di altre sfere di potere – che possono concorrere alla sua piena affermazione.

Così, anche i giudici sono chiamati in causa, in particolare a questi compete sindacare e, quando opportuno, censurare le eventuali violazioni verso il rispetto e la mancata osservanza delle norme sulla libera concorrenza, con tutti gli strumenti a disposizione¹⁰¹. Da ultimo, a quanto pare, al fine di tutelare *ad libitum* l'applicazione delle regole del mercato libero, essi sono chiamati anche a sostituirsi al legislatore qualora questi rimanga inerte nell'adottare la disciplina necessaria o mostri una certa qualche titubanza¹⁰². È questo lo scenario che pare si stia delineando in merito all'attuazione, in Italia, della direttiva servizi.

Tuttavia, il ruolo più importante, anche per ciò che attiene all'applicazione e all'osservanza delle regole sulla libera concorrenza, è, ancora oggi, ricoperto dall'ordinamento giuridico dello Stato. Non per la sua diretta partecipazione all'interno o fuori dal mercato, bensì per consentire al mercato di affermarsi. E per far sì che un tale scenario si realizzi, lo Stato non deve interferire con il gioco della libera concorrenza, ma non deve neanche dissolversi¹⁰³: è questo il nucleo fondante delle tesi della teoria dell'economia sociale di mercato posta alla base dell'unità e del processo di integrazione europea¹⁰⁴. In altri termini, lo Stato si ripositiona, rinvenendo il suo nuovo «epicentro nella politica della concorrenza secondo i dettami dell'ordoliberalismo [...]»¹⁰⁵.

¹⁰¹ Come osservato da F.G. Scoca, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Diritto amministrativo*, 2008, II, 278, il controllo giudiziario «è necessario proprio perché funzionale ad impedire che l'Autorità sviluppi una sua politica della concorrenza, travalicando la sua funzione di controllo neutrale, e proponendo un proprio modello "politico", o se si vuole, di indirizzo della concorrenza [...]».

¹⁰² Ancora attuali risultano essere le parole di M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 11, il quale rilevava che «l'opera creativa della giurisprudenza nella fissazione dei lineamenti della giustizia amministrativa vada attribuita non tanto e non solo alla insufficienza del diritto scritto quanto proprio alla storicità e problematicità di tale giustizia. Laddove un settore della vita giuridica è dominato dalla incertezza e dalla instabilità che sono proprie di simili situazioni, il ruolo della giurisprudenza è, per forza di cose, del tutto predominante». Sul creazionismo giudiziale, P.L. Portaluri, *La cambiale Forsthoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021, spec. 135 ss.

¹⁰³ Infatti, la presenza dello Stato è ritenuta imprescindibile per un efficace funzionamento del mercato, una volta constatato il fallimento di una sua non possibile autoregolamentazione. Sul punto, A. Somma, *L'Unione europea*, cit., 165 ss., descrive questo processo come prodotto dell'ortodossia neoliberale. Secondo tale indirizzo «la politica economica non è capace di incidere direttamente sui livelli occupazionali, motivo per cui deve essere indirizzata al sostegno dell'offerta e non anche a quello della domanda. Il tutto accompagnato dal convincimento che la migliore allocazione delle risorse è quella assicurata da un mercato nel quale domanda e offerta possono incontrarsi liberamente. Di qui la conclusione che l'ordine politico deve promuovere la stabilità dell'ordine economico creando le condizioni per un quadro finanziario stabile, e per il resto limitarsi a presidiare la concorrenza».

¹⁰⁴ Chiaro risulta essere, in merito, l'art. 3 del TUE, in cui è precisato che lo sviluppo dell'Europa si basa «su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva [...]», e gli artt. 119 e 120 del TFUE. In particolare, quest'ultimo prevede che gli Stati membri «e l'Unione agiscono nel rispetto dei principi di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza».

¹⁰⁵ G. Amato, *Bentornato Stato, ma*, Bologna, 2022, 29 ss.

La direttiva *Bolkestein* par essere un sintomatico corollario dell'affermazione di questa inarrestabile ideologia dogmatica di cui è istante l'Unione europea. Un ordine di problemi rischia di configurarsi non solo nel momento in cui si pongano a repentaglio interi settori e attività dell'economia nazionale a causa dell'applicazione della libera concorrenza, ma anche allorché si decida di attuare la normativa concorrenziale in determinati ambiti nei quali gli stessi regolatori – tra cui gli Stati – difficilmente possono garantirne un'equa e uniforme applicazione.

In altri termini, il vero rischio, come nella fattispecie delle concessioni demaniali marittime in Italia, sembra essere rappresentato dall'impossibilità di configurare un mercato effettivamente imparziale e dalla possibile e logica conseguenza che il regime di libera concorrenza non diventi altro che una pretesa fittizia, vuota e idonea a generare un mercato di tipo oligopolistico o, in certi casi, di vero e proprio monopolio. Il caso del Golfo di Trieste è emblematico in tal senso. In sostanza, l'applicazione del dogma concorrenziale – in una cornice in cui gli apparati regolatori arrancano e risultano inadeguati nel far conformare i grandi operatori al rispetto delle direttive di settore – finirebbe per divenire uno strumento di mera transizione, che condurrebbe a un altro modello generale e incontrollato di *laissez-faire*, nel quale la disciplina concorrenziale medesima è piegata al volere e alla forza economica dei soliti operatori che dominano la scena del mercato libero, finendo per esserne definitivamente caducata.

Per questa ragione, sembra essere necessario ripensare il modello concorrenziale e i suoi ambiti di operatività, che dovrebbero essere tassativamente predeterminati dai legislatori, rispettivamente sovranazionale e nazionali. Pretendere che il dogma concorrenziale debba trovare un'applicazione talmente estesa da non incontrare più confini, significa predeterminare le condizioni di uno *status* di anarchia piuttosto che di regolamentazione, non solo politica ma anche economica, sociale e giurisdizionale. Il che non farebbe altro che avvalorare la tesi secondo cui l'interesse pubblico primario si debba identificare, oramai, anzitutto con il principio di libera concorrenza nel mercato, di modo che solo in seguito – e se non in contrasto con questo – rilevarebbero tutti gli altri principi tesi a proteggere la pluralità di elementi che contraddistinguono, invero, l'interesse pubblico medesimo¹⁰⁶. In altri termini, si assiste all'inarrestabile sgretolamento della

¹⁰⁶ In tale direzione, può essere riletto l'insegnamento di E. Capaccioli, *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, Milano, 1963, 47, secondo cui «il vero modo di perseguire l'interesse pubblico non è quello di trascurare ed eventualmente sacrificare oltre il necessario gli interessi che con quello vengono in collisione, ma l'altro, di tenere conto anche di tali collidenti interessi, sacrificandoli solo nella misura indispensabile perché l'interesse pubblico possa ricevere il soddisfacimento che gli compete». Sicché pare opportuno considerare la pluralità dell'assetto di interessi in gioco delle parti private, con quelli di cui è istante l'Amministrazione e il pubblico potere *lato sensu*, ma non impiegando, nel bilanciamento, quale unico o supremo parametro il principio di libera concorrenza, poiché esso, seguendo una lettura costituzionalmente orientata, non è in grado, *rebus sic stantibus*, di identificarsi con l'interesse pubblico *tout-court*. In altri termini, è fondamentale che nella valutazio-

«scala di valori»¹⁰⁷ che la Costituzione repubblicana aveva saggiamente architettato e al vertice della quale aveva posto il diritto al lavoro, i diritti sociali ed economici incentrati sul principio di eguaglianza sostanziale e non di certo il principio di libera concorrenza. Eguaglianza sostanziale non rinvenibile all'interno dei Trattati sovranazionali – ivi compresa la Carta di Nizza – i quali hanno, invece, ritenuto opportuno parificare tutti i diritti, ponendoli sul medesimo piano, consentendo così, di volta in volta, un continuo bilanciamento, anche di rilievo costituzionale primario¹⁰⁸.

In conclusione, è appena il caso di ribadire che non si intende porre in discussione il principio della libera concorrenza *tout-court*, quanto rimarcare la ragionevole preoccupazione del concreto rischio che una sua distorta applicazione finisca col produrre effetti perversi e non voluti, tradendo in tal modo anche lo stesso spirito dei suoi propugnatori.

Anche per questi motivi, ne consegue, come è già stato evidenziato in una linea ancora molto minoritaria, che il settore delle concessioni balneari «non può essere un libero mercato: ma deve essere un mercato amministrato, con barriere all'accesso, perché chi sta dentro deve poi restituire alla collettività risorse che un mercante qualsiasi non restituirà mai»¹⁰⁹. Questo nel tentativo di porre un argine all'inarrestabile processo di «neoliberalizzazione» non solo dell'economia e delle sue leggi, ma anche dell'attività amministrativa.

ne effettuata dall'Amministrazione e nella eventuale decisione del giudice vengano certamente raffrontati tutti gli interessi, tenendo ben presente la nota rilevanza che ha assunto nel nostro ordinamento anche la libera concorrenza nel mercato, ma, allo stesso tempo, non può neanche giungersi all'eccessivo sacrificio, se non annullamento, dell'interesse pubblico nella sua totalità.

¹⁰⁷ L'espressione è di G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013, 80 ss. Di parere differente, a quanto pare, sembra essere G. Corso, *La necessità di un bene comune*, in *Liber Amicorum per Marco D'Alberti*, cit., 380, secondo cui la «Costituzione e le leggi pongono tutti i diritti sullo stesso piano».

¹⁰⁸ Questa tendenza è stata, da ultimo, esaminata anche in seguito all'avvento dell'emergenza pandemica. In merito, per un parallelismo con la prevalenza del principio concorrenziale, si riprendono le parole di M. Luciani, *Fobonomia*, in *Liber Amicorum per Marco D'Alberti*, cit., 788, il quale osserva come la «produzione fobonomica, insomma, in tanto è compatibile con quei principi in quanto catturi e non sia catturata dalla paura, ovvero non l'assuma a paradigma legittimante qualsivoglia alterazione della Costituzione dei diritti e della Costituzione dei poteri». In conclusione, sarebbe opportuno avvedersi, in via cautelare, dal «paradigma legittimante» della libera concorrenza se funzionale all'alterazione della Costituzione dei diritti e dei poteri. L'autore rimanda al suo precedente scritto *La "costituzione dei diritti" e la "costituzione dei poteri". Note sulle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, II, Padova, 1985, 497 ss.

¹⁰⁹ A. Somma, *Io sto con i balneari*, cit.

Il nodo delle concessioni demaniali marittime. Amministrazione, giudici, mercati e conflitti

Nel presente lavoro si cerca di evidenziare le problematiche derivanti dalla possibile applicazione in Italia della Direttiva Servizi n. 123/2006/CE, nota come “Bolkestein”, nell’ambito delle concessioni demaniali marittime. A questo proposito, si cercherà anche di focalizzare l’attenzione sulle decisioni rese dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, sulla recente sentenza del TAR di Lecce, che ha posto alcune questioni pregiudiziali sulla validità ed efficacia della direttiva europea e sulla risposta della Corte di giustizia dell’Unione resa di recente tramite la pubblicazione della sentenza C-348/2022. Infine, si rifletterà sull’attuale quadro normativo, caratterizzato da una confusione senza precedenti, e sulla necessità che le istituzioni europee applichino a tutti i costi il principio della libera concorrenza nel mercato. Il tutto senza preoccuparsi della situazione del mercato interno e dei rischi per la concorrenza stessa.

The node of maritime state concessions. Administration, judges, markets and conflicts

This paper will attempt to highlight the issues arising from the possible application in Italy of the Services Directive No. 123/2006/EC, known as ‘Bolkestein’, in the context of maritime state concessions. In this regard, an attempt will also be made to focus attention on the decisions rendered by the jurisprudence of the Council of State, on the recent ruling of the Regional Administrative Court of Lecce, which posed some preliminary questions on the validity and efficacy of the European directive, and on the response of the Court of Justice of the Union recently rendered through the publication of ruling C-348/2022. Finally, it will reflect on the current regulatory framework, characterised by unprecedented confusion, and the need for the European institutions to apply the principle of free competition in the market at all costs. All without concern for the situation of the internal market and the risks to competition itself.

E.S.G., modelli di allerta e *due diligence* per uscire dalla crisi pandemica: quali opportunità per le aziende di minori dimensioni?

Marina Capobianco

SOMMARIO: 1. Covid-19, sostenibilità delle aziende e indicatori E.S.G. – 2. E.S.G., crisi aziendale e indici di allerta. – 3. *Due diligence* e funzionalizzazione dell'attività economica alla tutela ambientale. – 4. Uno sguardo alle P.M.I. – 5. Spunti conclusivi di riflessione.

1. *Covid-19, sostenibilità delle aziende e indicatori E.S.G.*

La pandemia da Covid-19, conducendo molte imprese, normalmente “sane”, a veder compromessa la loro stessa sopravvivenza a causa dello *shock* provocato su interi settori d'attività¹, ha posto l'accento su tre aspetti. Il primo si rinviene nella necessità delle aziende di rafforzare ed ampliare la propria base informativa mediante l'inclusione, nel proprio sistema informativo, di indicatori qualitativi, redatti su base volontaria e non, aventi carattere non finanziario²; ciò ai fini dell'osservazione di importanti fenomeni, spesso, trascurati dalla *governance* a causa della difficoltà di valutazione e dell'inesistenza di uno *standard* valutativo generalmente accettato³.

A tal proposito, letteratura ed evidenze empiriche hanno messo in evidenza che il tema della “sostenibilità” si è rivelato, specie in questi mesi, un importante mezzo per affrontare la crisi pandemica dimostrando come a migliori *performance* in termini di responsabilità sociale corrisponde una maggiore “resistenza” delle

¹ Per un'analisi degli effetti della pandemia sull'economia globale si rimanda a Consob, *La crisi Covid-19 Impatti e rischi per il sistema finanziario italiano in una prospettiva comparata*, Roma, 2020.

² Così G. Castellani, *Responsabilità sociale d'impresa e bilancio di sostenibilità*, Milano, 2011.

³ Sul punto M. Laermann, *The significance of ESG ratings for socially responsible investment decisions. An examination from a market perspective*. Atti del seminario su *Corporate Responsibility for Sustainable Development*, Open University, Olanda, 2016, 1-30.

aziende agli eventi negativi⁴. Sulla scorta di queste evidenze, di recente, si è tornato a riflettere sull'importanza di strumenti quali gli "indici di sostenibilità" che forniscono un giudizio "a tutto tondo" sulla capacità delle aziende di condurre al meglio le proprie attività dalla triplice prospettiva sociale, ambientale e di *governance* (*Triple Bottom Line*), sintetizzata nel modello *Environmental, Social and Governance* (E.S.G.)⁵ ed incluso nei Principi per di finanza sostenibile ed investimenti responsabili (*Socially Responsible Investing*, S.R.I.)⁶.

Come è noto, in tale modello, la prima dimensione è valutata in relazione all'impatto che l'attività economica ha sull'ambiente (in relazione alla riduzione di emissioni di anidride carbonica, alla maggiore efficienza nell'utilizzo delle risorse naturali, all'attenzione al cambiamento climatico e alla bio-diversità); la dimensione "sociale" è valutata con riferimento al rispetto dei diritti umani in azienda (dalle politiche adottate per l'inclusività dell'ambiente di lavoro, al controllo della *supply chain* sino alla tutela della parità di trattamento); la dimensione, "di *governance*" è valutata in termini di diligente amministrazione (in relazione all'indipendenza dei soggetti presenti in azienda, ai sistemi di remunerazione del management, alla codificazione di comportamenti etici)⁷.

Secondo alcuni studi, i riflessi positivi della sostenibilità socio-ambientale e di *governance* sulle *performance* economiche sono dovuti, in larga parte, alla comunicazione, da parte delle aziende, anche per quelle per le quali non vige l'obbligo di rendicontazione di informazioni a carattere non finanziario (*ex D.L. n. 254/2016*), dell'impegno profuso in ambito economico e socio-ambientale⁸. Ancora, le aziende che hanno fronteggiato al meglio la pandemia da *Covid-19* presentano valori molto elevati in tutte e tre le dimensioni del modello E.S.G e presentano una produttività del lavoro alta con un aumento della redditività⁹.

⁴ Diversi studi hanno approfondito questo aspetto. Tra tutti, si ricordano i lavori di S. Neri, *Environmental, Social and Governance (ESG) and Integrated Reporting*, in S. Vertigans, S.O. Idowu (a cura di), *Global challenges to CSR and sustainable development. CSR, Sustainability, Ethics & Governance*. Cham, 2021, 293-302; F. Bartolacci, A. Caputo, M. Soverchia, *Sustainability and financial performance of small and medium sized enterprises: a bibliometric and systematic literature review*, in *Bus. Strategy Environ*, 2020, 29(3), 1297-1309.

⁵ Sul tema, W.T. Knoefel, *Investing for long-term value. Integrating environmental, social and governance value drivers in asset management and financial research. A state-of-the-art assessment. International Finance Corporation*, Conference Report, Zurigo, 2005 e, più di recente, H. Fung, S.A. Law, J. Yau, *Socially responsible investment in a global environment*. Cheltenham, 2010.

⁶ Cfr Unep-Fi, *Demystifying Responsible Investment Performance. A review of key academic and broker research on ESG factors*, Report, 2007.

⁷ Per approfondimenti, si rinvia la lettura al contributo di H. Fung, S.A. Law, J. Yau, *Socially responsible investment in a global environment*, cit.

⁸ Cfr Consob (2020), *La crisi Covid-19*, cit.

⁹ Si vedano i dati contenuti nel rapporto pubblicato da Istat, *Sostenibilità nelle imprese: aspetti ambientali e sociali*, Roma, 2020.

Tuttavia, la maggiore attenzione da parte delle aziende risulta ancora prevalentemente rivolta agli aspetti relativi alla sola dimensione ambientale¹⁰.

Esistono diversi indicatori rientranti nel modello E.S.G. adottati dalle aziende al fine di indagare la dimensione ambientale. Secondo un noto studio, esistono cinque livelli di indicatori riferiti a tale sfera: il primo include gli indici di “conformità”, relativi all’aderenza dell’azienda alle norme locali, nazionali e internazionali e agli *standard* di settore; il secondo livello attiene gli indici legati agli “effetti” dell’azienda sull’ambiente naturale e sociale; il terzo livello include gli indici relativi ai “risultati” ottenuti dall’azienda in termini energetici e idrici, rifiuti ed emissioni; il quarto livello comprende gli indici riferiti alla *supply chain* (distribuzione, uso, smaltimento e riciclo dei prodotti); l’ultimo livello di indicatori valuta la sostenibilità in termini “sistemici” ossia mediante gli indici di *performance* riferiti alla qualità di vita¹¹.

Altri studi hanno classificato gli indicatori di sostenibilità con riferimento alle altre due dimensioni del modello E.S.G. (socialità e *governance*) suddividendoli in due tipologie: la prima include gli “Indici di *performance*” (*Key Performance Indicators, K.P.Is*) che indagano, in particolare, la *governance* aziendale con riferimento a tre tipi di capitale: il capitale “relazionale”, calcolato in termini di percentuale delle offerte andate a buon fine sul totale delle offerte, tasso di fidelizzazione, numero di reclami annui pervenuti, livello di soddisfazione dei dipendenti. Il secondo tipo di capitale è quello “umano”, definito in relazione alla scolarità del personale dipendente, allo stipendio, suddiviso per genere e per categoria contrattuale, dei lavoratori, alla percentuale di utilizzo di risorse umane esterne. Il terzo tipo di capitale è quello “intellettuale e strutturale”, calcolato in base alla percentuale di investimenti in infrastrutture tecnologiche rispetto al fatturato totale, alla percentuale di investimenti effettuati per il risparmio energetico; al numero e alla tipologia di certificazioni ottenute, al totale emissioni di CO2)¹².

La seconda tipologia di indicatori di sostenibilità, secondo il modello suddetto, include gli “Indici di rischio” (*Key Risks Indicators, K.R.Is*) che misurano altri aspetti legati alla *governance* quali la perdita di risorse *core*, *know how* o relazioni chiave, in relazione a specifici clienti, fornitori o personale dipendente, alle mancate opportunità operative a causa di difficoltà gestionali, il rischio legato alla

¹⁰ Sul punto, M. Sciarelli, S. Cosimato, D. Landi, F. Iandolo, *Socially responsible investment strategies for the transition towards sustainable development: the importance of integrating and communicating ESG*, *The TQM Journal*, 2021, 33(7), 39-56; S.L. Gillan, A. Koch, L.T. Stark, *Firms and social responsibility: a review of ESG and CSR research in corporate finance* in *J. Corp. Finance*, 2020, 66(C), 1-41.

¹¹ Per approfondimenti si rimanda a Greentire, *Indicatori di performance per la sostenibilità*, Rapporto, in collaborazione con SDA Bocconi School of Management, 2014.

¹² Cfr F. Bava, M.G Di Trana, *ISA 570: Italian auditors' and academics' perceptions of the going concern opinion* in *Australian Accounting Review*, 2019, 29(1), 112-123. D. Virgillito, *Crisi d'impresa: indicatori e indici dell'allerta alla base delle scelte strategiche aziendali*, Milano, 2020.

reputazione¹³. Secondo alcune recenti ricerche, esiste una relazione tra adozione di indicatori di sostenibilità e aumento del valore d'impresa: le aziende che tengono conto, nei loro modelli di *business*, delle tre dimensioni della sostenibilità e degli indicatori E.S.G., hanno una maggiore profittabilità nel lungo periodo¹⁴.

2. *E.S.G., crisi aziendale e indici di allerta*

In secondo luogo, la crisi pandemica da *Covid-19* è stata l'occasione per riavviare il dibattito sulla corretta gestione della crisi d'impresa e sugli strumenti in grado di evitare che quest'ultima, se protratta e non opportunamente risolta, da squilibrio economico-finanziario, conduca al dissesto e, nei casi più gravi, all'insolvenza¹⁵. In tal senso, gli indici di sostenibilità costituiscono uno strumento utile per le aziende al fine di capire, in modo anticipato, il loro stato di salute (specie nell'attuale contesto connotato da incertezza regolatoria e da una generale confusione circa i mezzi da impiegare per valutare e assicurare la continuità aziendale¹⁶). Alcuni studi sembrano confermare questo aspetto evidenziando come, dall'inizio della pandemia, le aziende con migliori *performance* in termini di sostenibilità economica e socio-ambientale siano risultate più resistenti alla crisi medesima¹⁷.

Altri studi hanno confermato tale assunto mettendo in evidenza come il ricorso agli indicatori E.S.G. sia utile per individuare in modo "predittivo" alcuni rischi che "sfuggono" agli indicatori tradizionali facendo emergere che le aziende più sostenibili hanno una maggiore probabilità di far fronte a fasi economiche negative¹⁸. Ancora, gli indicatori E.S.G. e gli indici di sostenibilità possono risultare utili per "mitigare" il rischio di credito: il miglioramento delle prestazio-

¹³ Ancora, F. Bava, M.G. Di Trana, *ISA 570: Italian auditors' and academics' perceptions of the going concern opinion*, cit.

¹⁴ Sul punto, Assonime, *Doveri degli amministratori e sostenibilità. Rapporto – note e studi*, Roma, 2021, 1-150.

¹⁵ Così P. Andrei, *La prevenzione dei dissesti aziendali: alcuni spunti di riflessione*, Milano, 1996.

¹⁶ Sul punto mi si permetta il rinvio a M. Capobianco, *La risoluzione della crisi d'impresa al tempo del Covid-19: tra sospensioni, rinvii e soluzioni per il futuro*, in *Dir. Econ.*, 2021, 106(3), 525-533.

¹⁷ Tra tutti, si veda B. Héraud, *Face à la crise du Covid-19, les stratégies des entreprises les plus responsables et durables sont payantes*. Novethic, 2020; D.C. Broadstock, K. Chan, L.T. Cheng, X.W. Wang, *The role of ESG performance during times of financial crisis: Evidence from COVID-19 in China*, in *Finance Res. Lett.*, 2020, 38(1), 1-11; K. Papadopoulos, R. Araujo, S. Toms, *ESG drivers and the COVID-19 catalyst*, Harvard Law School, 2020; W. Ding, R. Levine, C. Lin, W. Xie, *Corporate immunity to the Covid-19 pandemic*, in *NBER*, 2020, w.p. n. 27055, 1-52.

¹⁸ In argomento, A. Fatemi, M. Glaum, S. Kaiser, *ESG performance and firm value: the moderating role of disclosure*, in *Glob. Finance J.*, 2018, 38(C), 45-64.

ni E.S.G. può, cioè, ridurre la probabilità di *default* generando flussi di cassa più elevati o meno volatili¹⁹.

I riflessi positivi della sostenibilità socio-ambientale e di *governance* sulle *performance* finanziarie sono confermati anche da altri studi secondo i quali gli indicatori E.S.G. hanno un impatto positivo sul *rating* finanziario delle aziende, con giudizi positivi al crescere degli indici di sostenibilità²⁰. Anche per questa ragione, gli indicatori inclusi nel modello E.S.G. dovrebbero porsi all'interno del "sistema di allerta" e, in particolare, nell'ambito degli «altri indici in rapporto alle specificità dell'impresa», previsti dal Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza (art. 13, co. 1-3, D.Lgs. n. 14/2019, come corretto e integrato dalla L. n. 20/2019 e ss.mm.ii), con l'obiettivo di guardare, con un'ottica non solo aziendalistica, la gestione della crisi d'impresa²¹.

Come è noto, il suddetto sistema, elaborato dalla "migliore" prassi professionale²², è composto da un variegato *set* di indici "all'avanguardia"²³ volti a fornire "segnali" relativi ai dati finanziari aziendali (si pensi al *debt service coverage ratio*, calcolato in base alla stima dei flussi finanziari prospettici o alle soglie riferite agli indici "settoriali" quali la "sostenibilità degli oneri finanziari", la "adeguatezza patrimoniale", il "ritorno liquido dell'attivo", la "liquidità" e l'"indebitamento"). Tale sistema è poi scomposto in indicatori generali, indici "significativi" e ulteriori indici "specifici" per tipologia di azienda e per settore di attività²⁴.

Ed è proprio in quest'ultima tipologia di indici che possono essere utilmente inclusi gli indicatori di sostenibilità con l'obiettivo di valutare, con un'ottica qualitativo-sistemica, la gestione aziendale e far sì che le aziende che, per le loro peculiarità o per altri fattori di specificità, non siano opportunamente valutate dagli indicatori di allerta generali, possano essere valutate con altri parametri²⁵. Questo approccio trova consensi in dottrina la quale ha evidenziato l'opportunità di estendere le valutazioni in tema di responsabilità sociale anche alla crisi azien-

¹⁹ Così A. Goss, G.S. Roberts, *The impact of corporate social responsibility on the cost of bank loans*, in *Journal of Banking & Finance*, 2011, 35(7), 1794-1810.

²⁰ Cfr A. Devalle, S. Fiandrino, V. Cantino, *The linkage between ESG performance and credit ratings: a firm-level perspective analysis*, in *Int. J. Bus. Manag.*, 2017, 12(7), 53-65.

²¹ Per approfondimenti si rimanda, tra gli altri, al contributo di N. Castellano, P. Romano, *I sistemi di "allerta e prevenzione" delle crisi d'impresa*, in *Cont. gest.*, 2019, 29-31.

²² E, in particolare, Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, *Crisi d'impresa. Gli indici dell'allerta*, Roma, 2020 e, prima, Organismo Italiano Contabilità, *Ristrutturazione del debito e informativa di bilancio. Documento n. 6*, Roma, 2016.

²³ Così M. Bianca, *Allerta e dintorni: l'adozione delle misure idonee alla tempestiva rilevazione della crisi da parte dell'imprenditore individuale*, in *Orizzonti dir. comm.*, 2020, 1(1), 55-70.

²⁴ Cfr Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, *Crisi d'impresa*, cit.

²⁵ Sul punto, N. Castellano, P. Romano, *I sistemi di "allerta e prevenzione" delle crisi d'impresa*, cit.

dale e ai suoi strumenti rilevatori così facendo emergere la sostenibilità, intesa senso ampio, della continuità aziendale²⁶.

3. Due diligence e funzionalizzazione dell'attività economica alla tutela ambientale

In terzo luogo, la crisi pandemica ha messo in luce la necessità per le aziende di dotarsi di mezzi idonei a svolgere l'attività economica nel rispetto dei sempre più stringenti vincoli in materia di tutela ambientale. Basti pensare alle recenti proposte europee sulla previsione della c.d. "due diligence"²⁷ finalizzate ad introdurre obblighi di sostenibilità aziendale, sulla base dei Principi Guida in materia di sviluppo sostenibile dettati dell'O.N.U.²⁸. Il modello prevede, in primo luogo, i soggetti sui quali grava l'obbligo di dovuta diligenza ossia le aziende di grandi dimensioni (e, in particolare, le aziende con oltre 500 dipendenti e con un fatturato netto globale superiore a 150 milioni di euro) nonché le aziende operanti in alcuni settori ad alto impatto ambientale tra i quali il settore minerario e quello tessile (ma purché abbiano almeno 250 dipendenti e un fatturato netto globale pari o superiore a 40 milioni di euro)²⁹.

Inoltre, il modello prescrive i meccanismi di monitoraggio degli impatti negativi eventualmente prodotti dall'azienda; tali forme di controllo si esplicano nella valutazione periodica (annuale) dei rischi derivanti dallo svolgimento dell'attività economica, riferiti a tutta la *supply chain*, al fine di identificare adeguatamente i suddetti eventi negativi ed attuare idonee misure correttive³⁰.

Infine, il modello contempla le modalità di adozione dell'obbligo di dovuta diligenza che le aziende devono porre in essere per prevenire e mitigare eventuali effetti negativi derivanti dallo svolgimento della loro attività economica; tali modalità si sostanziano nell'elaborazione di una "strategia" volta ad assicurare il rispetto di diritti umani, dell'ambiente e della buona *governance*; inoltre, la sud-

²⁶ Così S. Pacchi, *La gestione sostenibile della crisi d'impresa*, in *Quad. ristruttur. az.*, 2022, 5-27; si veda anche G. D'Attorre, *Sostenibilità e responsabilità sociale nella crisi d'impresa*, in *Dir. crisi*, 2021, 4, 1-3.

²⁷ Cfr Commissione Europea, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937*, COM(2022)71 final del 23 febbraio 2022, Bruxelles, 2022.

²⁸ Cfr Onu, *Sustainable development goals. Report*, New York, 2020.

²⁹ Sul punto, C.G. Corvese, *La sostenibilità ambientale e sociale delle società nella proposta di Corporate Sustainability Due Diligence Directive (dalla «insostenibile leggerezza» dello scopo sociale alla «obbligatoria sostenibilità» della due diligence)*, in *Banca impr. soc.*, 2022, 41(3), 391-432; M. Fasciglione, *Luci ed ombre della proposta di Direttiva europea sull'obbligo di due diligence d'impresa in materia di diritti umani e ambiente*, in *SIDI*, 2022, 8, 1-15.

³⁰ Cfr C.G. Corvese, *La sostenibilità ambientale e sociale delle società nella proposta di Corporate Sustainability Due Diligence Directive*, cit.; M. Fasciglione, *Luci ed ombre della proposta di Direttiva europea sull'obbligo di due diligence d'impresa in materia di diritti umani e ambiente*, cit.

detta strategia si traduce in regole (dalle politiche aziendali ai codici di condotta), nella ridefinizione in chiave sostenibile dei processi interni e degli assetti organizzativi (nuove procedure per misurare la sostenibilità, il rapporto con il territorio, con il sistema sociale e modalità di amministrazione responsabile) nonché in modelli di gestione improntati sugli obiettivi E.S.G.³¹.

Sulla scorta di tale modello, in Italia sono state introdotte importanti modifiche normative a livello costituzionale (e, in particolare, all'art. 41 Cost. ad opera della L. Cost. n. 1/2022) in materia di tutela socio-ambientale con la "funzionalizzazione" dell'attività economica, pubblica e privata, al rispetto di fini non soltanto legati alla "utilità sociale" ma anche a scopi ambientali (tale attività, ora, non può svolgersi «in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana»). Inoltre, la legge può indirizzare l'attività economica, oltre che a fini sociali, anche "ambientali" (mediante «programmi e controlli opportuni») ³², per la necessità di rendere effettivi i c.d. "doveri intergenerazionali" (ossia la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, «anche nell'interesse delle future generazioni», come espressamente previsto, ora, dall'art. 9 Cost., riformato anch'esso dalla L. Cost. n. 1/2022) ³³.

Secondo alcuni studiosi, tale vincolo ha natura "positiva" in quanto si traduce nella c.d. "blue economy", intesa come sistema economico che si pone in linea con l'economia circolare e, quindi, nel pieno rispetto della tutela ambientale secondo un approccio "olistico" ³⁴. In tal modo, infatti, si è realizzata una sorta di "fruttuoso equilibrio" tra libertà economiche ed utilità sociale dando concretezza alla visione per cui il mercato e l'ambiente si integrano in una prospettiva di "mutuo beneficio": i due "ambienti" (naturale ed economico), cioè, si pongono in un'ottica di "co-essenzialità" ³⁵.

³¹ Ancora, M. Fasciglione, *Luci ed ombre della proposta di Direttiva europea sull'obbligo di due diligence d'impresa in materia di diritti umani e ambiente*, ult. cit.

³² Cfr D. Grifoni, *Il concetto di "utilità ambientale" nell'art. 41 Cost. Riflessioni a seguito della Legge costituzionale n. 1/2022*, in *Riv. giur. amb. dir.*, 2022, 3, 1-18; N.M. Tritto, *I limiti all'iniziativa economica privata e la salvaguardia delle future generazioni alla luce delle recenti modifiche alla Costituzione*, in *Riv. Corte conti*, 2022, 1, 64-71.

³³ Sul punto si rimanda a L. Violini, G. Formici, *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente: riforme costituzionali e interventi della giurisprudenza*, in Aa.Vv., *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente. Sviluppi, sfide e prospettive per Stati, imprese e individui*, in *Dir. Econ.*, 2021, (numero monografico), 32-54. Nella stessa Rivista, F. Fracchia, *I doveri intergenerazionali. La prospettiva dell'amministrativista e l'esigenza di una teoria generale dei doveri intergenerazionali*, 2021, 55-69.

³⁴ Così F. De Leonardis, *Ambiente e Costituzione economica*, in *Dir. Econ.*, 2019, 3, 1-5.

³⁵ Cfr D. Grifoni, *Il concetto di "utilità ambientale" nell'art. 41 Cost.*, cit.; si veda anche L. Calvosa, *La governance delle società quotate italiane nella transizione verso la sostenibilità e la digitalizzazione*, in *Riv. soc.*, 2022, 309-321.

4. Uno sguardo alle P.M.I

Quanto alle aziende di minori dimensioni, numerosi studi confermano l'importanza degli indici di sostenibilità³⁶. La centralità assunta dal modello E.S.G. per le P.M.I., in particolare, è emersa in un recente studio dal quale si evince che la maggior parte di esse pone la sostenibilità alla base delle scelte strategiche e quelle d'investimento considerandola mezzo utile per uscire al meglio dalla crisi pandemica³⁷. Nonostante ciò, le aziende di minori dimensioni faticano ad implementare modelli E.S.G. a causa della complessa realtà in cui operano che esige degli accorgimenti resi necessari dal “dramma”³⁸ cui sono afflitte in termini di «insufficienza informativa»³⁹, di «inadeguatezza o incompletezza del sistema informativo»⁴⁰, di «scarsa integrazione tra dati contabili ed extra-contabili»⁴¹ cui si aggiunge il «gap organizzativo» che si riflette sulle valutazioni che risultano, spesso, “distorte”⁴².

Inoltre, l'adozione di un simile modello richiede il superamento di talune criticità “insite” nei modelli E.S.G. quali l'eccessiva complessità procedurale e di calcolo legata al mezzo principale su cui si basano gli indicatori di sostenibilità (il *rating*)⁴³, la scarsa accuratezza e la “opacità” informativa che non permette valutazioni precise in presenza di dati mancanti⁴⁴, la difficoltà di operare compara-

³⁶ Tra tutti, si ricordano i lavori di E.M. Hammann, A. Habisch, H. Pechlaner, *Values that create value: socially responsible business practices in SMEs - Empirical evidence from German companies*, in *Bus. Ethics Eur. Rev.*, 2009, 18(1), 37-51; F. Testa, M. Battaglia, L. Bianchi, *The diffusion of CSR initiatives among SMEs in industrial clusters: some findings from Italian experiences* in *Int. J. Technol. Manag.*, 2012, 158(1-2), 152-170; F. Bartolacci, A. Caputo, M. Soverchia, *Sustainability and financial performance of small and medium sized enterprises*, cit. M. Barbosa, J.A Castaneda-Ayarza, D.H. Lombardo Ferreira, *Sustainable Strategic Management (GES): sustainability in small business*, in *J. Clean. Prod.*, 2020, 258(1), 1-45.

³⁷ Cfr Forum per la Finanza Sostenibile, *PMI italiane e sostenibilità*, Rapporto, Milano, 2020.

³⁸ Così A. Danovi, A. D'Amico, *La previsione dell'insolvenza ex art. 13 co. 3 c.c.i.: efficacia del test di classificazione binario e dell'analisi discriminante lineare*, in *IPEJM*, 2020, 1, 1-20.

³⁹ Sul tema si vedano i lavori di M. Giannacouroua, V. Kantarakib, C. Christopoulou, *The perception of crisis by Greek SMEs and its impact on managerial practices*, in *Soc. Behav. Sci.*, 2015, 175, 546-551; C. Giorgino, *Crisi aziendale e prevenzione. Metodologie e modelli per prevedere il prevedibile*, Milano, 2016; E. Giaccosa, *Il fenomeno della crisi aziendale. Un modello di percezione del fenomeno della crisi aziendale nel sistema impresa*, Milano, 2016.

⁴⁰ Cfr J. Spillan, M. Hough, *Crisis planning in small businesses: importance, impetus and indifference*, in *Eur. Manag. J.*, 2003, 398-407; B. Herbane, *The evolution of business continuity management*, cit.

⁴¹ Cfr M. Giannacouroua, V. Kantarakib, C. Christopoulou, *The perception of crisis by Greek SMEs and its impact on managerial practices*, cit.

⁴² Cfr E.M. Hammann, A. Habisch, H. Pechlaner, *Values that create value: socially responsible business practices in SMEs*, cit.

⁴³ Sul punto, O. Cagnasso, *PMI e sostenibilità alla luce dei fattori ESG*, in *Riv. corp. gov.*, 2023, 1, 11-24.

⁴⁴ Secondo il rapporto di Cerved, *Rapporto Italia sostenibile*, San Donato Milanese, 2022.

zioni tra aziende a causa dell'assenza di un criterio generalmente accettato⁴⁵ cui si aggiungono gli elevati costi di implementazione⁴⁶.

Per superare questi limiti, sarebbe opportuno elaborare, nell'ambito del modello previsto per le aziende *tout court*, un insieme di indicatori applicabili alle P.M.I. stante la loro peculiare natura in quanto i soli indici settoriali di cui si è detto *retro* non risultano idonei ai fini della corretta valutazione dello stato di salute aziendale⁴⁷. La proposta formulata da alcuni studiosi è quella di inserire, ad esempio, nel modello dedicato alle P.M.I., alcuni valori-soglia quali-quantitativi che variano in relazione ad alcuni parametri⁴⁸. Nella costruzione di un simile modello si dovrebbe tenere conto, in particolare, oltre al settore e alla struttura proprietaria (come attualmente previsto nel modello di allerta ma anche nel modello E.S.G.), della componente "socialità" stante il valore che le P.M.I. apportano al "territorio" e alla "comunità" nei quali esse sono inserite⁴⁹. Si potrebbe, ad esempio, stimare il *gap* di *rating* legato alla formalizzazione, da parte di queste aziende, degli indicatori E.S.G., ipotizzando una sorta di *Social Premium* da inserire nella loro valutazione⁵⁰. In tal modo, le piccole aziende che non riescono ad essere opportunamente incluse nei modelli suddetti, possono utilmente adottare sistemi di valutazione che tengono conto delle loro specificità, ampliando altresì la loro base informativa al fine di una valutazione di tipo "olistico"⁵¹.

Quanto, infine, alla *due diligence*, occorre evidenziare che, pur in assenza di un preciso obbligo di tutela ambientale per le P.M.I. (a meno che queste non facciano parte della *supply chain* di grandi aziende obbligate ad adottare il modello esaminato *retro*), alcuni studiosi, partendo dalla necessità di evitare che le aziende di minori dimensioni rimangano nel loro stato di "invisibilità"⁵² dal punto di vista degli obblighi di tutela ambientale, hanno suggerito di estendere a tali aziende gli obblighi in materia di rispetto dei diritti umani, inclusi nel modello *due diligence* in quale – rispetto all'obbligo volto alla tutela ambientale, riferito solo ad alcune aziende – riguarda tutte le imprese «indipendentemente dalla loro dimensione, dal settore, dal contesto operativo, dell'assetto proprietario e dalla

⁴⁵ Cfr M. Sciarelli, *La misurazione della sostenibilità. I problemi aperti delle metriche ESG con particolare riferimento alle PMI*, Rapporto-studio, Milano, 2022.

⁴⁶ Secondo quanto pubblicato da Cerved, *Rapporto Italia sostenibile*, cit.

⁴⁷ Così A. Danovi, A. D'Amico, *La previsione dell'insolvenza ex art. 13 co. 3 c.c.i.*, cit.

⁴⁸ Si veda, in tal senso, Confindustria, *Linee guida per la rendicontazione di sostenibilità per le P.M.I.*, Documento n. 7, 2020.

⁴⁹ Sul punto, Equità & Altis, *Sostenibilità: una valutazione su misura per le PMI. Come valorizzare le condotte ESG delle aziende di piccole e medie dimensioni*, Roma, 2019.

⁵⁰ Ancora, Equità & Altis, *Sostenibilità: una valutazione su misura per le PMI*, cit.

⁵¹ Così M. Barbosa, J.A. Castaneda-Ayarza, D.H. Lombardo Ferreira, *Sustainable Strategic Management (GES)*, cit.

⁵² Cfr M.K. Addo, *Business and human rights and the challenges for Small and Medium-Sized enterprises*, in *Int. econ. L.*, 2017, 3(2), 311-338.

loro struttura». In tal modo, anche le P.M.I sono obbligate ad adottare una strategia volta all'identificazione ed alla mitigazione degli impatti negativi derivanti dallo svolgimento della loro attività economica⁵³.

5. *Spunti conclusivi di riflessione*

Responsabilità e sostenibilità socio-ambientale costituiscono due capisaldi di un fenomeno oramai “sdoganato” nonché parte integrante delle strategie aziendali⁵⁴ dalla cui opportuna considerazione discende una relazione positiva benché “controversa”⁵⁵ con le *performance* aziendali permettendo alle imprese sostenibili di ottenere una sorta di “immunità economica” ai tempi del *Covid-19*⁵⁶. Oggi più che mai, quindi, la *governance* aziendale è chiamata ad affrontare il difficile contesto economico con mezzi orientati alla sostenibilità, in modo “autentico”⁵⁷ ossia mediante l'adozione di sistemi informativi completi, comprensivi di indicatori qualitativi e di *performance* di sostenibilità tenuto conto, da un lato, della complessità in cui le aziende operano e, dall'altro, delle peculiarità che le connotano, specie con riferimento alle P.M.I.⁵⁸

Tuttavia, le numerose difficoltà incontrate da queste ultime nell'adottare modelli di *governance* sostenibili unitamente ai limiti insiti nelle metriche E.S.G. e nei sistemi di allerta potrebbero compromettere la loro effettiva adozione. Per superare tali inconvenienti, potrebbero rivelarsi utili alcuni mezzi di *reporting* quali, ad esempio, il “*self assessment* strategico” che permette alle aziende di auto-analizzare il grado di sostenibilità in relazione a ciascuna dimensione che caratterizza il modello E.S.G.⁵⁹ oppure il “bilancio integrato” che include poste contabili strategiche anche se di difficile valutazione (*asset* intangibili, capitale umano e relazionale, capacità innovativa)⁶⁰.

Un altro strumento idoneo potrebbe essere il “bilancio sociale” che permette un'informativa “ragionata” (o “estesa”), quali-quantitativa, di natura pro-

⁵³ Così V. Brino, *Governance societaria sostenibile e due diligence: nuovi orizzonti regolativi*, in *Lavoro dir. Econ.*, 2022, 2, 1-19; M. Fasciglione, *Luci ed ombre della proposta di Direttiva europea sull'obbligo di due diligence*, cit.

⁵⁴ Così G. Castellani, *Azioni concrete di Responsabilità Sociale d'Impresa. Il coinvolgimento degli stakeholder*, Roma, 2017.

⁵⁵ Così G. Castellani, *CSR e intangibili della sostenibilità. Capitale Umano a rischio svalutazione*, in *Telòs*, 2011, 4, 1-11.

⁵⁶ Cfr W. Ding, R. Levine, C. Lin, W. Xie, *Corporate immunity to the Covid-19 pandemic*, cit.

⁵⁷ Così K.H. Bae, S. El Ghoul, Z. Gong, *Does CSR matter in times of crisis? Evidence from the COVID-19 pandemic*, in *J. Corp. Finance*, 2021, 67(C), 1-18.

⁵⁸ In argomento, ancora J. Spillan, M. Hough, *Crisis planning in small businesses*; cit.; B. Herbane, *The evolution of business continuity management*, cit.

⁵⁹ Cfr Confindustria, *Linee guida per la rendicontazione di sostenibilità per le PMI*, cit.

⁶⁰ Sul punto, G. Castellani, *Azioni concrete di Responsabilità Sociale d'Impresa*, cit.

spettica e consuntiva, sia della gestione economico-finanziaria ma anche di quella socio-ambientale⁶¹. Tutto ciò al fine di superare i principali limiti valutativi delle aziende e, in particolare, di quelle di minori dimensioni le quali, come si è visto, spesso, non sono dotate di funzioni o modelli specifici in tema di sostenibilità o di crisi aziendale⁶² e, dall'altro, di massimizzare il valore d'azienda nel lungo periodo, minimizzando i rischi di gestione⁶³ e preservando la *governance*, specie in condizioni straordinarie quali quelle attuali⁶⁴.

Vanno in questa direzione le iniziative promosse a livello europeo e nazionale in materia di obblighi di *due diligence* in tema ambientale che impongono la funzionalizzazione dell'attività economica, pubblica e privata, oltre che alla "utilità sociale", anche alle istanze ambientali, non più soltanto come scelta volontaria e, spesso, di natura informale ma quale obbligo vero e proprio, esteso, a determinate condizioni, anche alle aziende di minori dimensioni⁶⁵. Si segnalano, altresì, le iniziative in materia di *reporting* sulla sostenibilità volte, da un lato, ad estendere ulteriormente l'informativa non obbligatoria in materia ambientale anche alle P.M.I. secondo il criterio della "proporzionalità" (che permette di adattare tale *disclosure* alle dimensioni aziendali) e, dall'altro lato, ad elaborare degli *standard* uniformi – per principi e requisiti di sostenibilità, applicabili in modo "trasversale" a tutte le imprese (*cross-cutting standard*) – e differenziati in base alle tre dimensioni del modello E.S.G., applicabili alla singola impresa in relazione alla sua "operatività", (*sector-agnostic standard*)⁶⁶.

In ultima analisi, il percorso normativo segnato dal legislatore e la prassi seguita dalle aziende è volta a realizzare il passaggio da una concezione "volontaristica" della sostenibilità ad una «effettività di tutela degli interessi degli *stakeholders*» mediante la previsione di precisi obblighi organizzativi, gestionali e interni aziendali, con una azione più incisiva in tema di sostenibilità⁶⁷.

⁶¹ Per approfondimenti, si rimanda al lavoro di A. Tami, A. *Oltre la banca. Verso una finanza sostenibile: dall'analisi economico finanziaria all'analisi ESG*, Milano, 2013.

⁶² Cfr Equità & Altis, *Sostenibilità: una valutazione su misura per le PMI*, cit.

⁶³ Ancora, G. Castellani, *Responsabilità sociale d'impresa e bilancio di sostenibilità*, cit.

⁶⁴ Così D. Virgillito, *Crisi d'impresa*, cit.

⁶⁵ Cfr R. Rolli, *Dalla Corporate Social Responsibility alla Sustainability, alla Environmental, Social and Governance (ESG)*, in *R. Corp. Finance*, 2022, 1, 75-81.

⁶⁶ Per approfondimenti, J. Baumüller1, S.O. Grbenic, *Moving from non-financial to sustainability reporting: analyzing the E.U Commission's proposal for a corporate sustainability reporting directive (CSRD)*, in *J. Econ. Behav. Organ.*, 2021, 18(4), 369-381.

⁶⁷ Così L. Calvosa, *La governance delle società quotate italiane*, cit.

E.S.G., modelli di allerta e due diligence per uscire dalla crisi pandemica: quali opportunità per le aziende di minori dimensioni?

Il lavoro analizza l'impatto degli indicatori di *Environmental, Social and Governance* (E.S.G), degli indici di sostenibilità sulle aziende e del recente modello basato sulla *due diligence* in materia ambientale alla luce di quanto sostenuto dalla più nota letteratura, nazionale ed internazionale, risalente e recente, in tema di vantaggi legati all'adozione di una *governance* sostenibile nella triplice prospettiva economica, sociale e ambientale, anche per far fronte alla pandemia da Covid-19. Obiettivo del contributo è capire se i suddetti indici e modelli, anche integrati con il nuovo sistema predittivo della crisi d'impresa basato sugli indici di allerta, siano in grado di misurare lo stato di salute delle aziende in un'ottica sistemica così superando i noti limiti di cui soffrono i tradizionali approcci di valutazione basati sui soli dati di bilancio, specie con riferimento alle imprese di piccole e medie dimensioni.

E.S.G., alert and due diligence models to emerge from the pandemic crisis: what opportunities for smaller companies?

The work analyzes the impact of Environmental, Social and Governance indicators (E.S.G), the sustainability indexes on companies and the recent model based on environmental due diligence in the light of what is supported by the best-known national and international literature, both dating back and recent, on the subject of advantages linked to the adoption of a system of sustainable governance in the triple economic and socio-environmental perspective, also to deal with the Covid-19 pandemic. The aim of the contribution is to understand whether the aforementioned indices and models, also integrated with the new predictive system of the company crisis based on the alert indices, are able to measure the state of health of companies in a systemic perspective, thus overcoming the well-known limitations suffered by traditional valuation approaches based only on balance sheet data, especially with reference to small and medium-sized enterprises.

Note sui collaboratori

FABRIZIO FRACCHIA, Professore Ordinario di Diritto amministrativo, Università “L. Bocconi” di Milano (fabrizio.fracchia@unibocconi.it)

PAOLA LOMBARDI, Professoressa Ordinaria di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Brescia (paola.lombardi@unibs.it)

DANILO PAPPANO, Professore associato di Diritto amministrativo Università della Calabria (danilo.pappano@unical.it)

GABRIELE SERRA, Magistrato T.A.R. e Dottore di ricerca in Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Cagliari (g.serra@giustizia-amministrativa.it)

FABIO CUSANO, Dottore di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università degli studi dell'Aquila (fabio.cusano@graduate.univaq.it)

GIANLUIGI DELLE CAVE, Dottore di ricerca in Business&Law, Università degli Studi di Brescia (g.dellecave@unibs.it)

STEFANIA SANTAMARIA, Dottore di ricerca, Università degli Studi di Napoli “Parthenope” (stefania.santamaria@uniparthenope.it)

MARIA LETIZIA SICILIANO, Assegnista di ricerca, Dipartimento di scienze politiche e giuridiche, Università degli studi di Messina (masiciliano@unime.it)

MARINA CAPOBIANCO, Dottoranda di ricerca presso l'Università degli studi di Catanzaro “Magna Graecia” (marina.capobianco@unicz.it)

LEOPOLDO ESPOSITO, Dottorando di ricerca in Diritto dell'economia della società digitale presso Università Telematica Internazionale UNINETTUNO, avvocato presso lo Studio Orrick, (leopoldesposito@gmail.com)

CRISTINA FRAGOMENI, Dottoranda di ricerca in Diritto ed economia, Università Mediterranea di Reggio Calabria (cristina.fragomeni@unirc.it)

FRANCESCO GIACALONE, Dottorando di ricerca in “Diritto umani: evoluzione, tutela e limiti”, Università degli studi di Palermo (francesco.giacalone10@unipa.it)

GIUSEPPE MARIA MARSICO, Dottorando di ricerca in Diritto privato e dell'economia, Università degli Studi di Roma Tor Vergata (giuseppemaria.marsico@students.uniroma2.eu)

FRANCESCO TOMASICCHIO, Dottorando in Diritto privato comparato, Università degli Studi di Roma “La Sapienza” (francesco.tomasicchio@uniroma1.it)

GIOVANNI PASCERI, Professore a contratto di Diritto dell'ambiente e della sicurezza sul lavoro, Università LUM; Fellow all'ISLC - Information Society Law Center, Dipartimento "Cesare Beccaria" dell'Università di Milano (giovannipasceri@pasceri.it)

NICCOLÒ PECCHIOLI, Professore a contratto di diritto amministrativo e di Legislazione dei beni culturali presso l'Università degli studi di Firenze (niccolo.pecchioli@unifi.it)

PIER GIORGIO VISCONTI, Dottore Magistrale in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi Roma Tre di Roma (pie.visconti@stud.uniroma3.it)



www.ildirittodelleconomia.it
www.muccheditore.it