ISSN 1123-3036

Il diritto dell'economia

rivista quadrimestrale
open access di dottrina,
giurisprudenza
e documentazione

dicembre 2023

3

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

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. 112 (3 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
Pubblicato nel mese di dicembre 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.)	Rosamaria Iera	Andrea Primerano
Giovanni Barozzi Reggiani	Giuseppe La Rosa	Elisabetta Romani
Lorenzo Bimbi	Antonietta Lupo	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	Scilla Vernile (deleg. dal Direttore)
Letterio Donato	Clara Napolitano	Alice Villari
Silia Gardini (deleg. dal Direttore)	Pasquale Pantalone (deleg. dal Direttore)	Patrizia Vipiana
Annalaura Giannelli	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 precondizione 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. 112 (3-2023)

ARTICOLI E SAGGI

Antonio Cassatella, Meccanismo europeo di stabilità e *Recovery and Resilience Facility* quali fattori di trasformazione dello Stato amministrativo ..... » 11

Michele Trimarchi, Politiche di bilancio e vincoli europei ..... » 51

Pasquale La Selva, Alcune riflessioni su ambiente e concorrenza nella regolazione del mercato dei rifiuti ..... » 89

Benedetta Celati, Riqualificazione del patrimonio edilizio e sviluppo delle città. Verso una "conformazione ecologica" del territorio urbano? ..... » 111

Giovanni Cocco, Partecipazione agli appalti da parte delle PMI. Ci sono spiragli per superare le perduranti resistenze? ..... » 129

Giovanni Consolo, Il nuovo applicativo di analisi del rischio fiscale "Ve.Ra." nel processo di digitalizzazione dell'attività dell'Amministrazione finanziaria ..... » 153

Elisabetta Codazzi, L'esercizio del controllo analogo su società *in house* tra crisi di impresa e direzione e coordinamento del socio pubblico: alcune riflessioni alla luce del nuovo art. 120-*bis*, CCII ..... » 169

Javier Belda Mercado, Algunos aspectos sobre el Derecho de obligaciones romano y el sistema contractual romano ..... » 205

Riccardo Stupazzini, Alessio Martini, Il ciclo di vita dei prodotti di plastica nell'era dell'economia circolare: uno studio giuridico sistematico ..... » 225

Federico Jorio, Dal bilancio come «bene pubblico» all'abuso di bilancio ..... » 327

Antonella Sciortino, Le proposte di riforma del patto di stabilità e crescita: il profilo della sostenibilità del debito pubblico ..... » 359

Elena Tanzarella, Il diritto alla bellezza nel prisma della città: architettura e "moral equality" ..... » 375

NOTE SUI COLLABORATORI 539

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 69, n. 112 (3 2023) pp. 11-49

Articoli e saggi

Meccanismo europeo di stabilità e *Recovery and Resilience Facility* quali fattori di trasformazione dello Stato amministrativo*

Antonio Cassatella

> «Lo Stato adunque non ha altra vita, altra realtà, altra forza da quella in fuori che, sotto forma di attività personali e di beni materiali, esso desuma dalla società ch'esso rappresenta e governa» (Antonio Salandra, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, 1904)

Sommario: 1. – Il contesto istituzionale di riferimento: Mes e Rrf come strumenti finanziari utili a definire l'identità amministrativa e costituzionale dell'Ue e degli Stati membri. 2. – Spazio della politica, della tecnica e del diritto pubblico nella gestione del Mes… 3. – (*Segue*)… e del Recovery Fund. 4. – Le condizionalità nel Mes: strumenti di correzione di modelli inefficienti e di implementazione di nuovi paradigmi amministrativi. 5. – Le condizionalità nel Recovery Fund ed i piani di ripresa e resilienza come strumenti di riforma. 6. – La valutazione della condotta degli Stati e l'enforcement delle condizionalità come garanzia di effettività dei sistemi di finanziamento: il caso del Mes. 7. – (*Segue*)… e del Recovery Fund. 8. – Le trasformazioni della sovranità indotte da Mes e Rrf: pseudo-problemi e questioni reali.

1. *Il contesto istituzionale di riferimento: Mes e Rrf come strumenti finanziari utili a definire l'identità amministrativa e costituzionale dell'Ue e degli Stati membri*

È assunto comune che il XXI secolo sia stato caratterizzato da tre crisi sistemiche, indotte dal terrorismo internazionale, dal collasso dei mercati finanziari e dalla pandemia. Ad esse potrebbero presto aggiungersi la crisi innescata dal conflitto russo-ucraino e quella derivante dal riscaldamento globale. Se le cause

di ciascuna crisi sono molteplici, i più palesi effetti sono stati percepiti sul piano economico e sociale[1].

Tutte le crisi, in particolare, hanno determinato mutamenti idonei ad incidere sui rapporti fra Stato-apparato e Stato-ordinamento. Dall'emergenza terroristica sono scaturite istanze securitarie; da quella finanziaria un rinnovato intervento degli Stati nell'economia; da quella pandemica l'esigenza di limitare alcune libertà a tutela della salute pubblica e la necessità di sostenere le economie ulteriormente pregiudicate dall'emergenza sanitaria[2]. Vi è dunque da chiedersi se la somma di questi fenomeni non stia facendo da catalizzatore per una nuova «grande trasformazione» delle forme di Stato e governo occidentali[3].

Non si tratta di una situazione inedita per il continente europeo. Il superamento dello Stato monoclasse fu sospinto dalla Prima guerra mondiale, dalla febbre spagnola e dalla crisi finanziaria del '29, che furono l'innesco della statizzazione della società nel contesto degli Stati autoritari e totalitari[4]. La ridefinizione dei compiti dello Stato pluriclasse, sorto dopo il secondo conflitto mondiale anche in forza del piano Marshall, fu indotta dalla crisi petrolifera, dall'aumento del debito pubblico e dal conseguente superamento delle ideologie che avevano dominato la prima metà del Novecento[5].

---

[*] Il presente contributo è stato elaborato nell'ambito di una ricerca collettiva in tema di rapporti fra Stato ed economia, finanziata dall'IRPA e coordinata dai professori Sveva del Gatto e Marco Macchia. Dove non altrimenti segnalato, i dati utilizzati ai fini dell'elaborazione del contributo sono stati raccolti presso i siti internet del *Mes* e del *Rrf*, aggiornati a febbraio 2023.

[1] Nella letteratura amministrativistica più sensibile alle questioni di diritto europeo cfr., da ultimi, E. Chiti, *L'Unione e le conseguenze della pandemia*, in *Giorn. Dir. Amm*., 2020, 4, 436 ss.; M. Macchia, *Lo strumentario giuridico per le misure di rilancio*, in *Giorn. Dir. Amm*., 2020, 5, 560 ss.; G. Napolitano, *I pubblici poteri di fronte alla pandemia*, in *Giorn. Dir. Amm*., 2020, 2, 145 ss.; R. Perez, *La crisi del 2020: le prime reazioni europee e nazionali*, in *Giorn. Dir. Amm*., 2021, 4, 429 ss.

[2] Cfr. R. Dehousse, *Le tre crisi del continente malato*, in *Il Mulino*, 2012, 3, 486 ss.; S. Fabbrini, *Le implicazioni istituzionali della crisi dell'euro*, in *Il Mulino*, 2012, 1, 96 ss. Sull'impatto delle crisi antecedenti e della pandemia sulle istituzioni statali ed europee, in termini affini a quanto sostenuto in queste pagine, cfr. almeno G. Antonelli, A. Morrone, *La riforma del Mes: una critica economica e giuridica*, in *Federalismi.it*, 2020, 15 ss.; F. Bilancia, *Crisi economica, decisioni finanziarie ed istituzioni democratiche nazionali. Considerazioni di sintesi*, in *Federalismi.it*., 2016, 2 ss.; G. Della Cananea, *Il nuovo Mes: ex crisis Europa oritur*, in *Quaderni Costituzionali*, 2021, 1, 203 ss.; S. Giubboni, *Diritto e politica nella crisi del modello sociale europeo*, in *Pol. Soc*., 2014, 1, 145 ss. F. Salmoni, *Piano Marshall, Recovery Fund e il containment americano verso la Cina. Condizionalità, debito e potere*, in *Costituzionalismo.it*., 2021, 52 ss. Per quanto concerne la crisi indotta dalla pandemia, oltre ai contributi richiamati alla nota che precede, cfr. almeno M. Basili, *L'epidemia di Covid-19: il principio di precauzione e i fallimenti istituzionali*, in *Merc. Conc. Reg*., 2019, 3, 475 ss.; B. Raganelli, *Oltre la crisi Covid. Una sfida per l'Europa tra limiti e distorsioni*, in *Analisi Giur. Econ*., 2020, 2, 361 ss. e, da ultima, la sintesi offerta da F. Fabbrini, *Next Generation Eu. Il futuro di Europa e Italia dopo la pandemia*, Bologna, 2022, 37 ss.

[3] Si fa riferimento alla formula di K. Polanyi, *La grande trasformazione*, (1944) trad. it. Torino, 2010, 281 ss.

[4] L'eccezionalità degli eventi non toglie che le trasformazioni in atto avessero origini più profonde: cfr. F. Mazzarella, *La semplicità immaginaria. Apogeo e crisi dello Stato liberale di diritto*, in *Ars Interpretandi*, n. 2011, 1, 57 ss.

[5] Cfr. S. Cassese, *Lo Stato come problema storico*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl*., 2013, 1, 183 ss.

Si reputa, tuttavia, che non spetti alla scienza giuridica indulgere in affreschi dei mutamenti delle forme di Stato e governo, trattandosi di questioni da sviluppare nell'ambito di studi storici e politologici[6]. Appare più proficuo concentrarsi sull'analisi di fenomeni di dettaglio, attinenti al concreto impatto delle crisi sul funzionamento degli apparati pubblici, così da fornire una serie di elementi utili allo sviluppo delle riflessioni metagiuridiche.

Un tratto distintivo dell'odierno contesto istituzionale europeo è rappresentato dalle politiche pubbliche attraverso cui l'Ue ha garantito un sostegno agli Stati membri in crisi economico-finanziaria, in quanto parte di un mercato comune e di una comunità politica[7]. A tal fine sono stati predisposti, nel 2012, il Meccanismo europeo di stabilità[8] e, nel 2020, il *Next Generation EU* (a propria volta articolato in un dispositivo europeo per la ripresa e la resilienza, c.d. *Recovery and Resilience Facility*, ed in ulteriori strumenti di minore portata finanziaria)[9].

Attraverso questi strumenti, l'Ue si fa garante del contenimento degli effetti di crisi specifiche o sistemiche, sostenendo gli Stati al fine di preservare il merca-

---

[6] Ciò non esclude confronti interdisciplinari, come ben evidenziano, ad esempio, G. Antonelli, A. Morrone, *op. cit.*, *passim*.

[7] Cr. S. Cassese, *L'Europa vive di crisi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2016, 3, 779 ss.

[8] Si rammenta come il *Mes* sia stato istituito, sulla base di un'apposita riforma dell'art. 136 TFUe, attraverso il Trattato di Bruxelles del 2 marzo 2012, elaborato a seguito della c.d. crisi dei debiti sovrani, dapprima affrontata dall'Ue con interventi mirati e transitori istituiti, rappresentanti dal meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria (*Mesf*) e dal corrispondente fondo europeo (*Fesf*). Sulla disciplina del *Mes* cfr. almeno A. Quadrio Curzio, *I fondi salva Stati europei: limiti, pregi, potenzialità*, in *Il Mulino*, 2012, 5, 849 ss., oltre ad E. Chiti, *Le istituzioni europee, la crisi e la trasformazione costituzionale dell'Unione*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2012, 783 ss.; F. Donati, *Crisi dell'euro, governance economica e democrazia nell'Unione Europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2013, 2, 337 ss.; C. Herrmann, *Differentiated integration in the field of economic and monetary policy and the use of '(semi-)extra' Union legal instruments – the case for "inter se Treaty amendments"*, in B. De Witte, A. Ott e E. Voss, a cura di, *Between Flexibility and Disintegration. The Trajectory of Differentiation in EU Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017, 237 ss.; G. Napolitano, *Il meccanismo europeo di stabilità e la nuova frontiera costituzionale dell'Unione*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2012, 5, 461 ss.; M. Ruffert, *The European debt crisis and European Union law*, in *Common Market Law Rev*, 2011, 1777 ss.; A. Valzer, *Il meccanismo europeo di stabilità oggi. Appunti*, in *Banca, Borsa, Tit. Credito*, 2020, 2, 212 ss. Sulla recente riforma del *Mes*, nella letteratura giuspubblicistica, cfr. G. Antonelli, A. Morrone, *op. cit.*, 2 ss.; O. Chessa, *Il nuovo Mes: razionalità e misticismo nella garanzia della stabilità finanziaria*, in *Quad. Cost.*, 2021, 1, 203 ss.; G. Della Cananea, *op. cit.*, 207 ss.; A. Scaffidi, *La riforma del Meccanismo europeo di stabilità e le persistenti criticità in materia di decision making*, in *Federalismi*, 2021, 84 ss.

[9] Cfr. il regolamento n. 2020/2094 del Consiglio dell'Ue – relativo al *NgUe* – e il regolamento n. 2021/241 del Parlamento e del Consiglio, con cui si è disciplinato il *Rrf*. Gli altri fondi sono il *ReActUe*, il fondo per una transizione giusta, il fondo per lo sviluppo rurale, il fondo *InvestUe*, il meccanismo di protezione civile ed il programma *Orizzonte europa*. Le vicende relative all'istituzione del *NgUe* risalgono alla primavera del 2020, quando, per iniziativa congiunta di Consiglio e Commissione, si sono individuate modalità di finanziamento (mediante prestiti o sovvenzioni a fondo perduto) indispensabili a sostenere gli Stati membri nella predisposizione di politiche pubbliche funzionali a superare la crisi pandemica. Al riguardo, si vedano almeno F. Capriglione, *Il dopo Covid-19: esigenza di uno sviluppo sostenibile*, in *Nuova Giur. Civ., suppl.*, 2020, 5, 26 ss.; E. Castorina, *Stato di diritto e "condizionalità economica": quando il rispetto del principio di legalità deve valere anche per l'Unione europea*, in *Federalismi.it*. 2020, 43 ss.; A. Sciortino, *Pnrr e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico «normativo»?*, in *Federalismi*, 2021, 239 s.

to interno e la coesione europea[10]. Gli scopi perseguiti da *Mes* e *NgUe* sono sensibilmente diversi, con alcune ricadute sulla loro disciplina.

Il *Mes*, istituito con un trattato internazionale sulla base dell'art. 136 TfUe, mira a mitigare le ripercussioni delle crisi dei debiti sovrani sul mercato comune, assumendo una funzione *latu sensu* correttiva delle disfunzioni degli Stati, per lo più derivanti da cause di medio-lungo periodo[11]. Il *NgUe*, istituito sulla base dell'art. 122 TfUe per far fronte alla crisi pandemica, ha l'ambizione di superare l'emergenza economica in atto e di sostenere nuove tecniche di governo dell'economia e della società, capaci di adattarsi allo sviluppo tecnologico ed ai mutamenti ambientali ed antropologici che stanno caratterizzando questo scorcio di secolo[12].

La differenza più marcata fra i due strumenti attiene ai modi ed agli effetti dell'erogazione del sostegno economico agli Stati. Nel caso del *Mes*, gli Stati sono infatti obbligati a sostituire le somme versate coi relativi interessi, sulla falsariga di quanto avviene per i prestiti bancari, con possibile applicazione di condizionalità che determinano la sottoposizione degli Stati beneficiari alla sorveglianza dell'istituzione. Nel caso del *Rrf* previsto nell'ambito del *NgUe*, una parte delle somme previste è erogata come prestito (385,5 miliardi) ed una parte di poco minore

[10] Si tratta di un rilievo generalmente condiviso in dottrina, per quanto non manchino i distinguo e le riletture critiche del fenomeno, specie in rapporto alla funzione solidaristica del meccanismo, negata dai più: cfr. almeno G. Antonelli, A. Morrone, *op. cit.*, 15; O. Chessa, *op. cit.*, 204; G. Della Cananea, *op. cit.*, 208 s.; A. Scaffidi, *op. cit.*, 85.

[11] Cfr. il sesto considerando del Trattato di Bruxelles, dove si assume che il *Mes* «può fornire un sostegno alla stabilità sulla base di condizioni rigorose commisurate allo strumento di assistenza finanziaria scelto, *se indispensabile per salvaguardare la stabilità finanziaria della zona euro nel suo complesso e dei suoi Stati membri*» (corsivo aggiunto). Sulle finalità sottese all'attivazione del *Mes* cfr. anche Corte di Giustizia, seduta plenaria 27.11.2012, c-370/12, *Pringle* (punto 96): secondo la Corte, infatti, «il *Mes* non ha l'obiettivo di mantenere la stabilità dei prezzi, bensì è diretto a soddisfare le esigenze di finanziamento dei membri del *Mes*, vale a dire gli Stati membri la cui moneta è l'euro, che già si trovino o rischino di trovarsi in gravi problemi finanziari, se indispensabile per salvaguardare la stabilità finanziaria della zona euro nel suo complesso e quella dei suoi Stati membri. A tal fine, il *Mes* non è abilitato né a fissare i tassi d'interesse ufficiali per la zona euro, né ad emettere euro, atteso che l'assistenza finanziaria che esso concede deve essere finanziata totalmente, nel rispetto dell'articolo 123, paragrafo 1, TfUe, mediante capitale liberato o mediante emissione di strumenti finanziari, come previsto dall'articolo 3 del Trattato *Mes*». Su tale pronuncia cfr. S. Adam, F. Mena Parras, *The European Stability Mechanism through the Legal Meanderings of the Union's Constitutionalism: Comment on Pringle*, in *Eur. Law Rev.*, 2013, 848 ss.; R. Calvano, *Il meccanismo europeo di stabilità e la perduta sensibilità costituzionale della Corte di Giustizia dell'Unione europea alla luce del caso Pringle*, in *Giur. Cost.*, 2013, 3, 2426 ss.; E. Chiti, *Il meccanismo europeo di stabilità al vaglio della Corte di Giustizia*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2013, 2, 148 ss.

[12] Secondo il quinto considerando del regolamento n. 2020/2094, in particolare, il *NGUe* dovrebbe «dare impulso a una ripresa sostenibile e resiliente dell'attività economica», proiettando i propri effetti nel lungo periodo. Secondo il punto 2 della comunicazione della Commissione n. 440/2020, la predisposizione del *NGUe* e degli strumenti finanziari attuativi sono giustificati anche dalla necessità di «costruire un'Europa *più equa* con un'economia al servizio delle persone, rafforzare il nostro mercato unico e l'autonomia strategica, mobilitarci a favore dei nostri *valori*, coltivare la *democrazia* e assumere pienamente le nostre *responsabilità* nello scenario geopolitico mondiale» (corsivi aggiunti).

come sovvenzione a fondo perduto (338 miliardi), con la previsione di condizionalità caratterizzate da peculiari regimi di monitoraggio[13].

Pur tenendo conto delle ravvisate differenze fra i due strumenti, il ricorso al *Mes* ed al *NgUe* (in riferimento alla gestione del *Rrf*, su cui si concentrerà l'indagine) pone problemi comuni e, quindi, tali da giustificare un'esposizione parallela della loro disciplina e delle relative ricadute sistematiche[14].

La chiave di lettura utilizzata in questo studio muove da una qualificazione di *Mes* e *Rrf* quali strumenti amministrativi funzionali alla tutela di interessi pubblici europei[15].

Entrambi sono plastiche espressioni di *administratio*, da intendere nel significato di gestione di somme pubbliche (conferite dagli Stati a *Mes* e *Rrf*) e preordinate a soddisfare un interesse generale che trascende quello degli Stati (coesione dell'Ue). Il fatto che il *Mes* e l'Ue possano reperire sul mercato ulteriori somme funzionali alla maggiore capitalizzazione dei fondi non altera questo schema, confermando semmai l'esistenza di pressanti interessi sovranazionali alla stabilità di Stati e mercati[16].

A sostegno della prospettiva prescelta va aggiunta un'ulteriore ragione, che permette di non esaurire l'indagine nella descrizione di organizzazioni e procedure. Ci si deve infatti chiedere se la rilevanza attribuita a questi strumenti nella gestione delle crisi delle economie e società statuali incida sulla tenuta del modello di «Stato amministrativo», che, dal secondo dopoguerra, connota la maggior parte dei Paesi membri dell'Ue e dell'Eurogruppo[17].

Con tale espressione ci si riferisce alla forma di Stato preordinata a garantire le condizioni per lo sviluppo di un'economia concorrenziale, in cui spetta all'amministrazione il compito di mitigare le esternalità derivanti dai fallimenti del mercato, bilanciando libertà economiche e diritti sociali[18]. Entro questa cor-

[13] I dati relativi all'Italia sono particolarmente significativi anche in raffronto agli altri Paesi europei: i finanziamenti sono ripartiti in 68,9 miliardi di sovvenzioni a fondo perduto, e ben 122,6 miliardi di prestiti. In termini comparativi, basti osservare come la Germania abbia richiesto 27,9 miliardi di sovvenzioni, senza richiedere prestiti; la Francia 40,9 miliardi di sovvenzioni, senza prestiti; la Spagna 69,6 miliardi di sovvenzioni, anche in tal caso senza prestiti. Per un'analisi ulteriore cfr. G. Antonelli, A. Morrone, *op. cit.*, 9 ss.

[14] Per le differenti prospettive d'indagine, cfr., fra gli altri, B. De Witte, *Using International Law in the Euro Crisis: Causes and Consequences*, in *Arena Working Papers*, 2013, 4, 1 ss.; A. Morrone, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo Stato costituzionale in Europa*, in *Quad. Cost.*, 2014, 1, 79 ss.; G. Gitti, *Il Mes alla prova del diritto privato del mercato*, in *Oss. Dir. Civ. Comm.*, 2020, 1, 305 ss.

[15] Sull'utilità di questa tecnica cfr. B. Kingsbury, N. Krisch e R. B. Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law*, in *Law & Cont. Probl.*, 2005, 15 ss.. Nella dottrina italiana, cfr. S. Cassese, *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2005, 2, 331 ss.

[16] Cfr. F. Salmoni, *op. cit.*, 67.

[17] Si veda in tal senso A. Iannì, *L'insolvenza sovrana come fenomeno di mutazione giuridica imposta. Le politiche di condizionalità*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eu.*, 2016, 3, 735 ss.

[18] Per un'impostazione e sintesi delle trasformazioni dello Stato ottocentesco cfr. A. Salandra, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904, 6 ss. La nozione di Stato amministrativo sembra preferibile

nice teorica, l'amministrazione dovrebbe quindi limitare le proprie interferenze sull'esercizio delle libertà economiche ed individuali, fornendo semmai le infrastrutture ed i servizi indispensabili a garantire la tutela dei diritti sociali (istruzione, sanità, previdenza), protetti in termini astratti – sovente, declamatori – dalle Costituzioni e dalle fonti sovranazionali.

Benché possa peccare di una certa vaghezza nel fornire un modello generale che non tiene conto di tutte le specificità delle singole esperienze giuridiche, tale formula sembra l'unica idonea a sintetizzare il ruolo che le amministrazioni rivestono nella definizione delle politiche interne e nell'implementazione delle politiche dell'Ue, che si avvale dell'intervento degli Stati in funzione di amministrazione europea indiretta[19].

L'impatto di *Mes* e *Rrf* sulle caratteristiche dello Stato amministrativo ha dato luogo a valutazioni contraddittorie, che prospettano ora un'espansione della sfera pubblica nell'economia e nella società, ora un suo arretramento a favore di strategie neoliberiste.

Vi è, ad esempio, chi ha visto nel *Rrf* l'espressione di un momento hamiltoniano dell'Ue, che si farebbe carico delle posizioni debitorie degli Stati condividendo con essi la gestione pubblica della crisi pandemica, ingestibile da parte degli operatori privati e dalla logica del mercato[20]. All'opposto, vi è chi qualifica sia *Mes* che *Rrf* come strumenti destinati a condizionare la sovranità politica degli Stati finanziati, orientando percorsi di riforma tali da trasformare la maggior parte dei diritti sociali in diritti economicamente condizionati da politiche di *austerity*[21].

Entrambe le prospettive, suggerite soprattutto dalla dottrina costituzionalistica, rischiano di essere falsate da condizionamenti ideologici, che non tengono in adeguato conto un dato preliminare: la creazione di *Mes* e *Rrf* si deve alla stessa volontà degli Stati membri dell'Ue ed alla decisione di limitare la loro sovranità

---

a quella di Stato sociale, perché pone in maggiore rilievo il ruolo di mediatore fra conflitti sociali ricoperto dalle amministrazioni in un contesto caratterizzato da una pluralità di interessi disomogenei. Per il concetto di «Stato amministrativo» e la sua diffusione cfr. S. Cassese, *La formazione e lo sviluppo dello Stato amministrativo in Europa*, in S. Cassese, P. Schiera e A. von Bogdandy, *Lo Stato e il suo diritto*, Bologna, 2013, 18 ss.

[19] Cfr. S. Cassese, *Verso un diritto europeo italiano, in Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2017, 2, 303 ss.; Id., *Stato in trasformazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2016, 2. 331 ss.

[20] Cfr. già A. Quadrio Curzio, *op. cit.*, 857; in termini critici cfr. E. Chiti, *L'Unione*, cit., 436 ss. Sottolinea la rilevanza sociale dei programmi finanziari in esame S. Cecchini, *L'Europa aspira a diventare uno Stato sociale?*, in *Rivista AIC*, 2021, 127 ss.

[21] Già prima della pandemia, con riferimento all'impatto delle politiche unionali, cfr. R. Calvano, *La tutela dei diritti sociali tra meccanismo europeo di stabilità e legalità costituzionale ed europea*, in *Federalismi.it.*, 2014, 1 ss.; L. De Lucia, *'Pastorato' e 'disciplinamento' nella governance economica europea. Diritto e razionalità economica a seguito della crisi*, in *Dir. Pubbl.*, 2015, 3, 890 ss.; S. Giubboni, *op. cit.*,147; C. Marchese, *I diritti sociali nell'epoca dell'austerity: prospettive comparate*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eu.*, 2017, 1, 141 ss.; R. Perez, *Fiscal Compact e diritti sociali*, in *Riv. Giur. Mezz.*, 2013, 1, 107 ss. Con riferimento alle vicende successive alla pandemia, un'efficace sintesi delle questioni aperte si deve a N. Lupo, *Il piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *Federalismi.it*, 2022, 4 ss.

nel contesto dell'integrazione sovranazionale, al fine di risolvere problemi che gli Stati non sono in grado di affrontare in via autonoma ed unilaterale[22].

Tali scelte si pongono in continuità con le politiche di autolimitazione della sovranità statale che hanno caratterizzato il percorso dell'integrazione europea a partire dal secondo dopoguerra, trovando la loro fonte nelle stesse Costituzioni. Con riferimento alla situazione italiana, è nell'art. 11 Cost. che si può individuare la matrice giuridica di tali autolimitazioni, ferma restando la necessità di stabilire modalità dell'intervento degli organismi sovranazionali ed internazionali sul livello di tutela dei diritti garantiti dalla Carta fondamentale: modalità che, sul piano giuridico, dovranno rispondere a standard di ragionevolezza e proporzionalità[23].

Per quanto non sia dubbia l'incidenza di *Mes* e *Rrf* sulle prerogative dei singoli Stati, occorre dunque scindere i problemi rappresentati dall'analisi del merito delle politiche pubbliche perseguite tramite tali strumenti dalle questioni relative al modo in cui istituzioni sovranazionali e Stati cooperano nella loro gestione. Se le politiche pubbliche necessitano di un intervento amministrativo funzionale alla loro attuazione, sul piano giuridico è necessario focalizzare l'indagine su quest'ultimo fattore, quale fenomeno immanente all'intervento dello Stato nell'economia e nella società.

Negli stessi termini, mentre le questioni attinenti alla valutazione del contenuto delle singole politiche pubbliche sono meglio comprensibili attraverso gli strumenti concettuali dell'economia politica – oltre che del diritto internazionale, europeo e costituzionale, in quanto metodi di comprensione e limitazione del potere politico e, in certa misura, economico – le questioni inerenti al ruolo degli apparati amministrativi nella loro implementazione si prestano ad un'analisi condotta con le tecniche della scienza del diritto amministrativo[24].

Si tratta di un'opzione di metodo derivante dalla tesi – già propugnata da Tocqueville, ma comune a larga parte della scienza contemporanea – per cui il fenomeno amministrativo è un momento coessenziale alla formazione e trasformazione degli ordinamenti giuridici, tale da condizionare l'attuazione dei precetti costituzionali e da contribuire, in ogni caso, a misurare la loro effettiva portata[25].

---

[22] Cfr., molto opportunamente, G. Della Cananea, *op. cit.*, 210.

[23] Per un'analisi delle premesse storiche e giuridiche del fenomeno cfr. per tutti S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2003, 36 ss.

[24] Cfr. A. Von Bogdandy, *Il diritto amministrativo nello spazio giuridico europeo: cosa cambia, cosa rimane*, in S. Cassese, P. Schiera e A. Von Bogdandy, *op. cit.*, 130 ss.

[25] Cfr. A. de Tocqueville, *Relazione sull'opera di Macarel intitolata "Corso di diritto amministrativo",* (1846), in Id., *La rivoluzione democratica in Francia*, trad. it. Torino, 2015, 234 ss. Nella dottrina recente cfr., tra gli altri, A. Von Bogdandy, *op. cit.*, 103. Si tratta, tuttavia, di una tesi estensibile allo sviluppo dello Stato moderno, in cui sono state proprio le trasformazioni amministrative a determinare discontinuità fra le forme di Stato e di governo, prima ancora delle trasformazioni indotte da riforme costituzionali: cfr. S. Cassese, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XX secolo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2002, 1, 27 ss.

Muovendo da questa premessa, la successiva parte dell'indagine affronterà tre aspetti correlati: *a)* analisi delle caratteristiche organizzative e procedimentali di *Mes* e *Rrf*, al fine di cogliere i rapporti fra tecnica, politica e garanzie giuridiche nella gestione delle politiche finanziarie; *b)* analisi degli oneri imposti da *Mes* e *Rrf* agli Stati, per misurare la loro incidenza sulla fisionomia dello Stato amministrativo; *c)* analisi delle tecniche di monitoraggio e controllo della gestione delle risorse finanziate da parte degli Stati, allo scopo di saggiare la complessiva effettività del sistema.

Si tenterà di formulare, infine, una sintesi di quanto emerso, verificando in quali termini *Mes* e *Rrf* siano espressione delle trasformazioni dello Stato amministrativo e siano idonei a mutarne la fisionomia.

2. *Spazio della politica, della tecnica e del diritto pubblico nella gestione del Mes…*

Il *Mes* si colloca sul frastagliato crinale che congiunge relazioni internazionali ed ordinamento dell'Ue. Si tratta, infatti, di un'organizzazione internazionale posta a tutela di interessi dell'Ue[26].

Il *Mes* svolge attività precluse alla Bce sulla base dell'art. 123 TFUe[27], quali la predisposizione di programmi di aggiustamento macroeconomico e l'erogazione di prestiti a favore degli Stati membri dell'Eurogruppo che versino in particolari condizioni di crisi del debito sovrano o che non siano in possesso di risorse per far fronte a sofferenze bancarie idonee ad incidere sul mercato comune[28].

Le maggiori difficoltà classificatorie riguardano la qualificazione delle attività del *Mes*. Vi è chi lo assimila ad un'istituzione bancaria, giustificando l'applicazione di principi di matrice privatistica alle attività di erogazione di prestiti[29].

[26] Sulle funzioni del *Mes* cfr. l'art. 3 del Trattato di Bruxelles.

[27] Sul rapporto fra le funzioni del *Mes* e della Bce, cui spettano funzioni di controllo della stabilità dei prezzi anche attraverso l'emissione di moneta, ma alla quale sono vietate attività creditizie, cfr. G. Napolitano, *op. cit.*, 461 ss.

[28] Secondo gli artt. 14, 15, 16, 17 e 18 del Trattato, il *Mes* può intervenire mediante cinque differenti misure: aggiustamento macroeconomico dello Stato (come avvenuto per Grecia e Cipro); assistenza finanziaria precauzionale; sottoscrizione di titoli di debito pubblico dello Stato sul mercato primario; intervento sul mercato secondario dei titoli di debito pubblico dello Stato; finanziamenti destinati alla ricapitalizzazione di enti creditizi; ricapitalizzazione diretta delle banche. A seguito della pandemia è stata introdotta anche una speciale linea di finanziamento a favore degli Stati in crisi (*Pandemic Crisis Support*). La misura è stata fortemente criticata nella parte in cui sottoporrebbe comunque i beneficiari dei finanziamenti alla sorveglianza rafforzata prevista dal Trattato istitutivo del *Mes* e dal regolamento n. 472/2013: cfr. M. Dani, A. José Menéndez, *Soft-conditionality through soft-law: le insidie nascoste del Pandemic Crisis Support*, in *La Costituzione.info*, 2021; F. Salmoni, *L'insostenibile leggerezza del Meccanismo europeo di stabilità. La democrazia alla prova dell'emergenza pandemica*, in *Federalismi.it*, 2020, 280 ss.

[29] Cfr. G. Gitti, *op. cit.*, 305 ss..

All'opposto, vi è chi ne ribadisce la natura pubblicistica, in rapporto alla ravvisata funzionalizzazione del credito alla tutela di interessi dell'Unione[30]. In una posizione intermedia si colloca chi qualifica il *Mes* come un peculiare fondo sovrano, plasmato sulla falsariga del Fmi[31].

Per quanto sia indubbiamente istituito per la tutela di interessi pubblici, il *Mes* non è tenuto all'osservanza dei principi della Carta di Nizza in materia di attività amministrativa, fuoriuscendo dal perimetro dell'amministrazione europea latamente intesa[32].

Questo non implica, però, che struttura organizzativa ed attività di erogazione del credito siano rette da mere norme interne o fonti di *soft law*, o che al *Mes* siano pacificamente applicabili principi di diritto comune, come vorrebbero i fautori di una lettura panprivatistica del fenomeno. Esiste, infatti, un nocciolo di *hard law* pubblicistica che regola organizzazione e funzionamento del meccanismo, definito dal Trattato istitutivo del *Mes* e dal regolamento n. 472/2013/Ue[33]. Gli stessi protocolli d'intesa che determinano l'erogazione delle misure di sostegno contenenti condizionalità a carico degli Stati devono essere conformi agli atti legislativi, agli avvertimenti, ai pareri, alle raccomandazioni ed alle decisioni dell'Ue[34].

Il *Mes* può essere pertanto definito come un ente internazionale di diritto singolare, la cui disciplina appare coerente con le specifiche funzioni cui è preordinato il meccanismo di sostegno finanziario agli Stati, senza i significativi margini di anomia tipici dell'azione di altri organismi analoghi[35].

Il funzionamento del meccanismo dipende dalla volontà degli Stati che detengono le quote maggioritarie del fondo[36]. Queste caratteristiche incidono sulla sua struttura organizzativa, in cui assume un considerevole rilievo l'interesse

---

[30] Cfr. G. Napolitano, *op. cit.*, 461 ss.

[31] Cfr. A. Valzer, *op. cit.*, 212 ss.

[32] Cfr., anche in rapporto alla matrice internazionale del meccanismo ed alla sua separazione rispetto alla struttura istituzionale dell'Ue, G. Napolitano, *op. cit.*, 461 ss.

[33] Si tratta del regolamento sul rafforzamento della sorveglianza economica e di bilancio degli Stati membri nella zona euro che si trovano o rischiano di trovarsi in gravi difficoltà per quanto riguarda la loro stabilità finanziaria

[34] Cfr. art. 13, comma 3, del Trattato.

[35] Non si tratta di un fenomeno inedito nella prospettiva d'indagine del diritto amministrativo globale, come evidenziano gli studi dedicati ai deficit di *accountability* e trasparenza degli organismi operanti in ambito transnazionale ed internazionale: cfr. almeno S. Battini, *Organizzazioni internazionali e soggetti privati: verso un diritto amministrativo globale?*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2005, 2, 359 ss.; E. Benvenisti, *The Law of Global Governance*, L'Aja, 2014, specie 158 ss.; S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2002, 2, 323 ss.

[36] Cfr. art. 7 e 8 del Trattato. Le quote di partecipazione sono proporzionate all'apporto di capitali necessari al funzionamento del *Mes*: attualmente, la quota maggioritaria è detenuta dalla Germania (26% circa), seguita da Francia (20%), Italia (17%) e Spagna (11%). In tutte le materie in cui sia necessaria una maggioranza qualificata dei voti, Germania e Francia hanno quindi un sostanziale diritto di veto. Su questi profili cfr. A. Scaffidi, *op. cit.*, 85 ss.

dei governi degli Stati – Germania, Francia ed Italia – che hanno maggiormente contribuito alla dotazione economica del *Mes*[37].

Il *Mes* si articola in un *board of governors*, i cui membri sono i ministri dell'economia degli Stati membri, ed in un *board of administrators*, composto da tecnici nominati dai ministri su base fiduciaria[38]. Le competenze dei due organi non sono nettamente distinte dal Trattato e dalle *by laws*, per quanto si possa attribuire al primo il compito di definire gli indirizzi generali del *Mes* ed al secondo la loro attuazione, su delega del *board of governors*[39]. Ai fini del concreto funzionamento del meccanismo, un ruolo decisivo è riservato al direttore del *Mes*, designato dal *board of governors* ed affiancato da un gruppo di lavoro denominato *management board*[40].

La legittimazione dei membri del *Mes* deriva sia dalla loro appartenenza ai governi degli Stati (nel caso dei componenti del *board of governors*) che dalla loro riconosciuta capacità tecnica nella gestione del credito e nelle relazioni internazionali (in tutti gli altri casi). Non è dunque infondata la tesi di chi individua nel *Mes* l'espressione di una tecnocrazia caratterizzata da una ridotta legittimazione democratica. Si tratta, tuttavia, di una conseguenza fisiologica della complessità delle funzioni esercitate dal meccanismo[41].

La natura tecnico-amministrativa del *Mes* incide sull'*accountability* dell'istituzione, che appare contraddistinta da significativi limiti. I membri del *Mes* sono infatti tenuti ad osservare il segreto d'ufficio rispetto alle attività svolte, anche a seguito della cessazione dei relativi incarichi[42], e non rispondono personalmente delle decisioni assunte[43]. Questo non li esonera, tuttavia, dal rispetto degli stan-

[37] Che i processi di integrazione su scala europea e globale non abbiano determinato il superamento delle organizzazioni statali, quali nodi di una più ampia rete di rapporti, è affermazione comune: per una sintesi recente cfr. L. Casini, *Lo Stato nell'era di google*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2019, 4, 1111 ss.

[38] Cfr. rispettivamente gli artt. 4, 5 e 6 del Trattato.

[39] Cfr. art. 5, comma 6, lett. m), del Trattato.

[40] Cfr. artt. 7 ed 11 del Trattato.

[41] Per una serie di realistiche considerazioni in ordine alla fisiologica legittimazione tecnica degli organismi sovranazionali cfr. G. Majone, *Deficit democratico, istituzioni non-maggioritaria ed il paradosso dell'integrazione europea*, in *Stato e Merc.*, 2003, 1, 18 ss. e, da ultimo, L. Castellani, *L'ingranaggio del potere*, Macerata, 2020, 18 ss. Sul mito del deficit democratico dell'Ue cfr. tuttavia le condivisibili argomentazioni di G. Della Cananea, *L'Unione Europea. Un ordinamento composito*, Roma-Bari, 2003, 107 ss., nonché G. Palombella, *È possibile una legalità globale?*, Bologna, 2012, specie 239 ss. Va da sé che la legittimazione tecnica delle istituzioni europee implica la necessità di un efficace esercizio delle relative funzioni: per una disamina dei limiti dell'attività amministrativa unionale cfr. G. Napolitano, *La crisi di legittimazione e di capacità amministrativa dell'Europa*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2016, 3, 717 ss.

[42] Cfr. art. 34 del Trattato.

[43] Cfr. art. 35 del Trattato.

dard internazionali che orientano la gestione creditizia[44], delle *by laws*[45] e di un apposito codice di condotta[46].

La qualità di membro *ad interim* degli organismi del *Mes* e la conservazione di un dato ruolo all'interno dei vari *board* o nella direzione del meccanismo dipendono da rapporti fiduciari riconducibili al circuito politico-rappresentativo dei singoli Stati membri. Va aggiunto come i ministri e funzionari operanti nel *Mes* non godano di una reale riserva di amministrazione nella gestione delle politiche creditizie, dovendo integrare la loro attività con quella della Commissione, del Consiglio, della Bce e del Fmi, oltre che degli Stati che richiedono il sostegno del meccanismo. Il *Mes* è dunque il nodo di una più ampia rete organizzativa definita dal Trattato e dal regolamento n. 472/2013, che attenua i margini di autonomia di ciascuna istituzione, a favore del coordinamento e del reciproco controllo delle scelte effettuate[47].

La struttura organizzativa influenza le modalità di erogazione dei prestiti. Si tratta di un procedimento "misto", schematicamente suddivisibile in due momenti: una prima fase – ascendente – muove dalle necessità dello Stato che chiede il supporto del *Mes*; una seconda fase – discendente – va dal *Mes* allo Stato[48].

La riforma del 2021 ha parzialmente innovato il sistema previsto nel 2012, distinguendo l'accesso a misure precauzionali di finanziamento prive di condizionalità a favore degli Stati che rispettino le prescrizioni del patto di stabilità e crescita dell'Ue (*Precautionary Conditioned Credit Line*, Pccl) e misure soggette a condizionalità rafforzate (*Enhanced Conditions Credit Line*, Eccl)[49].

Nel primo caso, gli Stati ottengono somme di danaro con il solo obbligo di corresponsione del corrispettivo maggiorato dei relativi interessi, posto che la situazione economica del debitore non è caratterizzata da squilibri eccessivi; nel secondo caso l'obbligo di restituzione della somma di accompagna a quello di attuare riforme istituzionali finalizzate a contenere il debito pubblico e ad innescare meccanismi virtuosi nell'allocazione delle risorse pubbliche[50].

L'attivazione della procedura spetta allo Stato, attraverso una preliminare discussione politica interna sull'opportunità di superare la situazione di cri-

---

[44] Cfr., sulla base dell'art. 22, comma 2, del Trattato, la *Esm Compliance Charter* del 1.12.2020 ed il documento contenente le *High Level Risk Policy* del novembre 2019.

[45] Cfr. le *By Laws* dell'8.12.2014.

[46] Cfr. il *Code of Conduct* del 12.5.2016.

[47] Sul punto, anche in rapporto al più generale fenomeno del coordinamento istituzionale europeo, cfr. S. Del Gatto, *Il metodo aperto di coordinamento. Amministrazioni nazionali e amministrazione europea*, Napoli, 2012, 94 ss.

[48] Sui procedimenti "misti" o "composti" cfr. G. Della Cananea, *L'Unione Europea*, cit., 122 ss.

[49] Cfr. art. 14 del Trattato.

[50] Cfr., ancorché in termini critici rispetto alla tenuta del modello, O. Chessa, *op. cit.*, 205.

si mediante il supporto del *Mes*. La procedura è aperta alla partecipazione della società civile[51]. Spetta dunque allo Stato scegliere se attivare procedure finalizzate ad ottenere misure prive di condizionalità o misure condizionate[52]. Nel caso in cui si chieda un intervento di aggiustamento macroeconomico, l'istanza di accesso al credito va supportata da un programma predisposto dallo Stato, da sottoporre preliminarmente alla valutazione della Commissione, che ne propone l'approvazione al Consiglio[53].

Successivamente, la stessa Commissione, in concerto con la Bce e con l'apporto del Fmi, svolge le valutazioni istruttorie che portano a quantificare i rischi per l'area euro e la misura erogabile in rapporto alle aspettative di crescita dello Stato finanziato[54]. La riforma del 2021 impone di valutare la sostenibilità del debito pubblico dello Stato e, conseguentemente, la sua capacità di rimborso[55].

Sulla base degli elementi raccolti, il *board of governors* valuta l'ammissibilità della misura. Nel caso in cui l'erogazione del credito debba essere integrata da condizionalità, Commissione e Bce – in auspicato concerto con il Fmi – sono delegate dal *board* a condurre la trattativa che porta alla stipulazione di un *memorandum of understanding* fra Stato e *Mes*, nel quale si fissano le condizioni generali di erogazione della misura richiesta. Sulla base del *MoU* viene stipulato l'accordo di finanziamento che definisce gli aspetti finanziari della misura, i cui termini sono dettagliati dal *board of administrators*[56].

La procedura evidenzia una serie di sovrapposizioni fra valutazioni tecniche e decisioni politiche, rispetto alle quali i margini di applicazione dei princi-

---

[51] Cfr. art. 8 del regolamento n. 472/2013. Si tratta di un momento essenziale, anche considerando il fatto che dopo questa prima fase il ruolo dei Parlamenti nella valutazione dell'opportunità delle misure proposte dal *Mes* appare recessivo: su questi problemi cfr. M. Bonini, *Delle prerogative parlamentari nell'Europa dei fallimenti di Stato*, in *Quad. Cost.*, 2012, 4, 891 ss.; F. Bassan, G.D. Mottura, *Le garanzie statali nel sistema europeo di assistenza finanziaria agli Stati*, in *Merc. Conc. Regole*, 2013, 3, 571 ss.; L. De Lucia, *op. cit.*, 891; A. Valzer, *op. cit.*, 212 ss.

Cfr. l'art. 8 del regolamento n. 472/2013, che consente la partecipazione delle parti sociali e delle organizzazioni della società civile interessate, al fine di rafforzare il consenso (ossia, la legittimazione democratica) attorno a tali scelte di indirizzo politico.

[52] Cfr. art. 13, comma 1, del Trattato.

[53] Cfr. l'art. 7 del regolamento n. 472/2013. Il programma di aggiustamento è un documento dal carattere spiccatamente tecnico: esso è basato sulla valutazione della sostenibilità del debito pubblico effettuata dalla Commissione europea e deve essere aggiornato periodicamente per tenere conto dell'impatto delle misure negoziate con il *Mes* sul sistema economico del richiedente. Il programma deve inoltre tenere conto, in sede di aggiornamento, dei meccanismi di formazione salariale e del programma nazionale di riforma dello Stato.

[54] Cfr. il *memorandum of understanding* del 27.4.2018, stipulato fra *Mes* e Commissione europea, finalizzato a definire le modalità di collaborazione e coordinamento fra le due istituzioni.

[55] Cfr. art. 13, comma 2, lett. b), del Trattato.

[56] Cfr. art. 13, comma 5, del Trattato. Secondo l'art. 14, comma 4, del Trattato, nel caso in cui si richieda l'erogazione di un prestito senza condizionalità è sufficiente che lo Stato alleghi alla domanda di ammissione al finanziamento una lettera d'intenti in cui siano messe in evidenza le principali «linee politiche» che lo Stato intende perseguire. Il contenuto della lettera sarebbe quindi meno vincolante di quello stabilito dall'accordo, con l'effetto di rendere più flessibili eventuali rinegoziazioni o correttivi al programma di finanziamento.

pi generali del diritto pubblico – motivazione delle decisioni, partecipazione dei vari *stakeholders*, *accountability* dei decisori, sindacabilità degli atti – sono piuttosto limitati, per quanto non del tutto assenti[57].

Le interrelazioni fra momenti tecnici e politici sono connaturate alle relazioni fra Stati ed enti sovranazionali, caratterizzate sovente da informalità, mediazioni, compromessi di vario genere. É più proficuo chiedersi, semmai, quale natura giuridica abbiano gli accordi e quali siano i margini di tutela nei confronti di decisioni sfavorevoli per lo Stato richiedente, in caso di diniego o di imposizione di condizioni non proporzionate allo scopo perseguito.

Pare dubbio che l'erogazione del prestito sia caratterizzata da una piena consensualità, espressiva di una compartecipazione alla definizione delle misure finanziarie. La posizione dello Stato richiedente resta però ancillare rispetto a quella del *board of governors*, che decide a maggioranza se la richiesta è ammissibile e fissa sempre a maggioranza – ancorché con il supporto di Commissione, Bce e Fmi – le condizioni economico-finanziarie del prestito e le eventuali condizionalità da attuare.

Se fra i cultori del diritto internazionale la natura dei *MoU* rimane discussa[58], nella prospettiva del diritto amministrativo tali atti sono assimilabili ad un accordo di programma "verticale" stipulato fra parti che rappresentano interessi disomogenei, cui fanno seguito ulteriori accordi attuativi ed atti esecutivi[59]. La nozione consente di coniugare la bilateralità dell'accordo ai fini della produzione dei relativi effetti con una certa asimmetria fra le parti, rilevante sia nella predisposizione del *memorandum* che nell'individuazione dei suoi contenuti più significativi.

Qualora non si giunga all'accordo così tratteggiato, possono ipotizzarsi margini di tutela a favore degli Stati richiedenti. Tutte le controversie nascenti

---

[57] Cfr., in particolare, gli obblighi di pubblici del programma di aggiustamento economico e della sostenibilità del debito pubblico prevista dall'art. 7, comma 8, del regolamento n. 472/2013. Su tali principi e la loro diffusione nel contesto sovranazionale ed internazionale cfr. G. Della Cananea, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009, 37 ss. Per una critica del funzionamento del *Mes*, nella specifica prospettiva in esame, cfr. P. Simone, *Respecting the Democratic Principles in Esm Activities Related in the Context of the Economic and Financial Crisis*, in L. Daniele, P. Simone e R. Cisotta, a cura di, *Democracy in the EMU in the Aftermath of the Crisis*, Berlino, 2017, 194 ss.

[58] La dottrina prevalente nega che si tratti di trattati internazionali, anche ai fini dell'applicazione della convenzione di Vienna, e descrive i *MoU* come fonti bilaterali di *soft law*, il che ne può spiegare la scarsa cogenza, ma non la struttura: per una ricognizione del dibattito, cfr. J. Klabbers, *The Concept of Treaty in International Law*, L'Aja, 1996, 42 ss.. Con riferimento al sistema unionale cfr. A. Karatzia, T. Konstadinides, *The Legal Nature and Character of Memoranda of Understanding as Instruments used by the European Central Bank*, in *Eu Law Rev.*, 2019, 447 ss.

[59] Il modello teorico potrebbe essere rappresentato dal *vertikaler Vertrag* descritto dal § 54 *VwVfg*, ma a propria volta espressivo di un modello teorico-generale di negozio bilaterale di diritto pubblico fra soggetti (siano essi pubblici, o pubblici e privati) che si collocano in posizioni istituzionali distinte, talora caratterizzate dal perseguimento di interessi principali prevalenti sugli interessi secondari di una delle parti. Per una rivisitazione del tema, in rapporto all'integrazione europea, cfr. G.M. Racca, *Gli accordi fra amministrazioni pubbliche: cooperazioni nazionali ed europee per l'integrazione organizzativa e l'efficienza funzionale*, in *Dir. Amm.*, 2017, 1, 101 ss.

dall'interpretazione ed esecuzione del *Mes* sono deferite al *board of governors*, che decide a maggioranza. Se un membro del *Mes* contesta tale decisione, la controversia può essere deferita alla Corte di Giustizia dell'Ue[60]. In difetto di una casistica, nulla esclude che la Corte possa valutare se le decisioni assunte in seno al meccanismo siano conformi al principio di proporzionalità e siano sufficientemente giustificate, senza esaurire la propria cognizione in un controllo estrinseco della procedura seguita[61].

Potrebbe inoltre ipotizzarsi un sindacato della Corte di Giustizia sulle decisioni assunte nel corso della procedura di finanziamento da parte della Commissione e dalla Bce, come conferma il caso *Ledra*, originato da una controversia che vedeva contrapposto un istituto di credito irlandese danneggiato dalle misure disposte nei propri confronti sulla base delle condizionalità inserite in un prestito erogato nell'ambito del *Mesf*[62]. É poi possibile il sindacato delle leggi statali che attuano le condizionalità, riservato alle Corti costituzionali degli Stati membri, come dimostrano indirettamente una pronuncia della Corte portoghese e la recente sentenza della Corte tedesca relativa ai rapporti fra ordinamenti statali ed ordinamento europeo in materia bancaria-finanziaria[63].

Anche dal punto di vista del controllo giudiziale dell'attività del *Mes*, pertanto, ricorrono le caratteristiche osservate in rapporto al modo di formazione delle decisioni. É il contesto istituzionale entro cui si inserisce il *Mes*, caratterizzato dalla compresenza di giudici sovranazionali e nazionali, a garantire la soluzione di eventuali conflitti nascenti dall'erogazione dei prestiti o dalla loro esecuzione.

---

[60] Cfr. art. 37, commi 2 e 3, del Trattato. Le questioni interpretative che non sono oggetto di controversie sono invece valutate dal *board of administrators*.

[61] Cfr. art. 37 del Trattato. Reputano che il Trattato limiti la cognizione della Corte al mero rispetto delle forme procedimentali G. Napolitano, *Il meccanismo,* cit., 461 ss.; P. Simone, *op. cit*., 194 ss.

[62] Cfr. Corte di Giustizia, Grande Sezione, 20.9.2016, *Ledra Advertising e altri contro Commissione* e Bce, C-8/15P e C-10/15P, in cui, respinta l'azione di annullamento del *MoU*, si è ritenuto che la Commissione sia legittimata passiva di azioni di responsabilità promosse ai sensi degli artt. 268 e 340, comma 3, TFUe, in rapporto alle previsioni dell'art. 13 del Trattato istitutivo del *Mes*, che riservano alla Commissione il compito di valutare la compatibilità dei contenuti dei *MoU* con il diritto dell'Ue. La domanda era, in ogni caso, respinta nel merito. Su questa sentenza cfr. A. Poulou, *The Liability of the EU in the ESM framework*, in *Maastricht Jou. of Eu. Comp. Law*., 2017, 127 ss.

[63] Con riferimento a prestiti erogati dal *Fesf*, ma con considerazioni estensibili anche al *Mes*, cfr. la sentenza del Tribunale Costituzionale del Portogallo, 5.7.2013, n. 187. Su tale pronuncia e sulla sua cornice teorica, cfr. D. Butturini, *Le norme nazionali imposte dall'austerità europea di fronte al giudizio di costituzionalità*, in *Forum Costituzionale*, 2013, 1 ss.; M. Iannella, *Condizionalità e diritti sociali: spunti dal caso portoghese*, in *Dir. Soc*., 2016, 1, 107 ss. Analogo controllo, seppur ad altri fini, è stato svolto dal *Bundesverfassungsgericht* nella sentenza del 5.5.2020, relativa alla compatibilità del *Public Sector Purchase Program* con i principi della Legge fondamentale tedesca. Con specifico riferimento alla questione appena prospettata ed al possibile impatto della pronuncia della Corte nella gestione di Mes e Rf, cfr. A. Sandulli, *Il bazooka giurisdizionale tedesco e la politica monetaria della Banca Centrale Europea*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com*., 2020, 3, 363 ss.

3. (Segue) … *e del Recovery Fund*

Passando all'esame del *Rrf*, occorre innanzitutto sottolineare come non si tratti di un'istituzione separata dall'Ue, ma di una modalità di azione delle stesse istituzioni europee, che condividono e socializzano le perdite derivanti dalla crisi pandemica attraverso un soccorso finanziario a favore degli Stati. A questa misura si affianca un programma di sviluppo economico-sociale volto a ridefinire i rapporti fra Stati, società e mercati.

Il *Rrf* ha dunque ad oggetto misure di intervento straordinarie ma finalizzate a produrre effetti favorevoli di lungo periodo, che si aggiungono – e si pongono in concorrenza – rispetto alle erogazioni garantite dal *Mes*, ritenute più onerose perché implicano sempre la restituzione delle somme e dei relativi interessi.

La distribuzione delle somme massime da destinare ai singoli Stati è prestabilita dalla Commissione in rapporto alla popolazione, al pil *pro capite* ed al tasso di disoccupazione di ciascuno Stato membro[64].

Le istituzioni coinvolte nel procedimento di erogazione delle somme non sono tenute a valutare la situazione economica dello Stato che chiede accesso al fondo ai fini di una delibazione della meritevolezza del credito – come avviene nel *Mes* – ma a verificare la pertinenza e la sostenibilità delle richieste degli Stati rispetto agli obiettivi perseguiti dall'Ue[65]. I finanziamenti ed i prestiti sono infatti preordinati ad attuare una serie di riforme compatibili con gli obiettivi stabiliti dagli atti di indirizzo della Ue e con le politiche individuate dal Semestre europeo, a garanzia del coordinamento fra la politica emergenziale ed altri obiettivi a medio e lungo termine, collegati allo sviluppo tecnologico ed ambientale[66].

Anche il procedimento di finanziamento previsto dalla disciplina sul *Rrf* ha un carattere misto, con una fase iniziale ascendente ed una successiva fase discendente.

Gli Stati presentano alla Commissione i programmi da finanziare, elaborati dai governi nazionali (c.d. *Pnrr*)[67]. I programmi vanno giustificati in rapporto

---

[64] Cfr. art. 11 del regolamento n. 2021/241.

[65] Anche a fronte dell'instabilità del quadro normativo, il *Rrf* non è stato oggetto di una particolare attenzione da parte della scienza giuridica, mentre sono numerosi i contributi che ne esaminano i contenuti e le implicazioni rispetto all'architettura finanziaria dell'Ue. Fra gli altri, cfr. C. Hebner, *European Legal Limits of Recovery Fund*, in *Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance*, Working Paper 2020 – 16, 1 ss. M. Moschella, *What role for the European Semester in the recovery plan?*, paper dell'*Economic Governance Support Unit* del Parlamento europeo, 2020, 1 ss.

[66] Per la definizione degli obiettivi cfr. il 22 considerando della comunicazione (2020)408 e l'art. 14, comma 2, della proposta di regolamento ad essa allegata. Per un ulteriore approfondimento sulle implicazioni dei criteri cfr. M. Moschella, *op. cit.*, 19.

[67] Il livello di partecipazione pubblica alla formazione del *pnrr* è inferiore a quello garantito dal *Mes*, non essendo necessario il coinvolgimento espresso delle parti sociali o di altri gruppi di interesse, al punto che i piani sono il frutto quasi esclusivo di elaborazioni governative, formulate in dialogo con la Commissione europea, ancorché condivise, nelle loro linee di fondo, dai Parlamenti nazionali

ai parametri predefiniti dalla Commissione in apposite linee guida[68] ed alle raccomandazioni fornite a ciascuno Stato dall'Ue fra il 2019 ed il 2020, nell'ambito dello *Stability Growth Pact*[69].

La fase istruttoria di valutazione dei piani è svolta dalla Commissione. L'istruttoria implica la cooperazione fra Commissione e Stati, con la possibilità di proporre osservazioni e modifiche ai piani *in itinere*[70]. Il regolamento istitutivo del *Rrf* stabilisce, in particolare, i parametri sulla base dei quali la Commissione è tenuta a valutare l'ammissibilità dei singoli piani: pertinenza, efficacia, efficienza e coerenza del piano rispetto gli obiettivi dell'Unione[71].

Si tratta di parametri che, per quanto tipizzati dal legislatore europeo, non implicano una pura valutazione tecnica del contenuto dei piani, ma sottendono un apprezzamento politico della loro conformità alle direttrici del *NgUe*.

La pertinenza del piano attiene alla sua capacità di attuare gli obiettivi perseguiti dall'Ue e di dare concreta risposta all'emergenza economico-sociale innescata dalla pandemia, senza trascurare gli obiettivi di medio e lungo termine connessi alla necessità di garantire una concreta transizione ecologica, digitale ed economica; l'efficacia del piano si misura in rapporto alla sua capacità di avere impatto duraturo sullo Stato membro; l'efficienza si valuta con riferimento alla giustificazione dei costi del piano ed alla capacità di prevenire e contrastare episodi di corruzione, frode e conflitti di interesse nell'attuazione del piano; la coerenza va infine riferita alla misure di attuazione delle riforme previste dal piano e dei progetti di investimento pubblico[72].

Una volta valutati i piani, la Commissione ne propone l'approvazione al Consiglio con atto debitamente motivato[73]. La proposta non ha, tuttavia, un carattere meramente formale, perché giunge all'esito dell'istruttoria e condiziona, nei contenuti, le stesse valutazioni del Consiglio: spetta alla Commissione stabilire le riforme ed i progetti di investimento da attuare, l'ammontare del contributo finanziario o del prestito richiesto, le modalità per il monitoraggio delle riforme e gli indicatori pertinenti allo scopo[74].

---

[68] Cfr. i documenti predisposti nell'autunno 2020 dalla Commissione, relative a digitalizzazione e connessione digitale, settore energetico, mercato del lavoro, pubblica amministrazione, mobilità. Altrettanto rilevanti sono le linee guida predisposte dalla Commissione nella comunicazione Swd(2021) 12 del 22 gennaio 2021.

[69] Sul contenuto della giustificazione del piano cfr. le analitiche previsioni dell'art. 18, comma 4, lett. a)-t) del regolamento n. 2021/241.

[70] Cfr. il 23 considerando e l'all. II della comunicazione (2020)408, oltre agli artt. 17, 18 e 19 del regolamento n. 2021/241.

[71] Cfr. sempre l'art. 19 del regolamento n. 2021/241.

[72] Cfr. ancora una volta l'art. 19 del regolamento n. 2021/241.

[73] La motivazione risulta necessaria anche nel caso di mancata approvazione del *pnrr*, ai sensi dell'art. 19, comma 5, del regolamento n. 2021/241.

[74] Cfr. l'art. 20 del regolamento n. 2021/241.

L'approvazione del Consiglio non esaurisce la procedura, ma ha l'effetto di dare legittimazione politica al *pnnr* ed alle riforme in esso stabilite. Ai fini della definitiva efficacia delle misure di sostegno economico è infatti necessario un ulteriore adempimento, rappresentato dalla stipulazione di un accordo fra Commissione e Stato. L'erogazione dei singoli finanziamenti viene successivamente disposta dalla Commissione, sulla base di un parere del Comitato economico e finanziario dell'Ue[75].

Il contenuto degli accordi varia in rapporto al tipo di misura erogata. Anche rispetto al *Rrf* si può tuttavia osservare come la consensualità dell'accordo sia più apparente che reale, a fronte del fatto che la volontà e le valutazioni di Commissione e Consiglio risultano prevalenti su quelle degli Stati.

Oltre che gli atti di indirizzo predisposti ai fini della formazione del *pnrr*, spiccano in tal senso gli obblighi aggiuntivi previsti dall'accordo ad esclusivo carico degli Stati ed a tutela della finanza dell'Ue. Si affida ai singoli Stati beneficiari – alla stregua di un'amministrazione europea indiretta – il compito di monitorare le modalità di spesa delle somme stanziate e di predisporre tutti i meccanismi necessari ad evitare episodi di frode, corruzione, conflitto di interessi, facendosi carico delle azioni legali necessarie al recupero delle somme indebitamente utilizzate. Gli accordi prevedono anche il diritto della Commissione a disporre la riduzione dei finanziamenti o ad ottenere la loro restituzione in caso di frodi, attività corruttive o conflitti di interessi tali da ledere gli interessi finanziari dell'Ue, come pure in caso di gravi violazioni degli accordi[76].

4. *Le condizionalità nel Mes: strumenti di correzione di modelli inefficienti e di implementazione di nuovi paradigmi amministrativi*

La distribuzione delle risorse conferite nel *Mes* e *Rrf* è accompagnata da prescrizioni coerenti con il vincolo di scopo che li caratterizza[77]. Per quanto una parte della dottrina abbia tentato di ascrivere il fenomeno alle condizioni potestative di diritto comune[78], gli oneri non sono meri elementi accidentali del negozio, ma fattori causali degli accordi o indici del tipo legale della decisione di finanziamento.

[75] Cfr. art. 24 del regolamento n. 2021/241. Va sottolineato come i finanziamenti siano disposti dopo che gli Stati abbiano raggiunto gli obiettivi individuati dal *pnrr*, sulla base di quanto stabilito dal comma 2.

[76] Cfr. art. 22 del regolamento n. 2021/241, sia con riferimento agli accordi relativi ai prestiti, ai sensi dell'art. 15, che agli accordi relativi ai finanziamenti a fondo perduto, ai sensi dell'art. 23.

[77] Il fenomeno va distinto dalla questione delle c.d. condizionalità implicite, che si traducono in tecniche di condizionamento dell'autonomia politica degli Stati membri: cfr. S. Sacchi, *Conditionality by other means: EU involvement in Italy's structural reforms in the sovereign debt crisis*, in *Comp. Eu. Pol.*, 2015, 77 ss.

[78] Cfr. G. Gitti, *op. cit.*, 305 ss..

L'attuazione delle *conditionality policies* rappresenta, pertanto, il reale obiettivo dell'Ue, in coerenza con gli artt. 122 e 136 TFUe[79]. L'operazione finanziaria rappresenta una leva preordinata ad effettuare riforme economico-sociali che alcuni Stati non hanno attuato nel corso dei precedenti decenni (*Mes*), o ad incentivare una serie integrata e contestuale di interventi finalizzati ad agevolare il rafforzamento del mercato comune e della stessa comunità politico-giuridica continentale (*Rrf*)[80].

Le condizionalità incidono sulla fisionomia dei singoli ordinamenti, specie in rapporto al ruolo che le amministrazioni rivestono nella gestione della spesa pubblica e nell'implementazione dei diritti sociali tutelati dalle singole Costituzioni[81].

Queste implicazioni, ampiamente avvertite nel dibattito scientifico, spiegano le riserve che la dottrina esprime nei confronti di tali meccanismi, sia sul piano dei contenuti che dei metodi[82]. Si tratta di timori che non possono essere sottostimati, ma essi non sembrano giustificare una critica generalizzata di un sistema dotato di una cornice regolatoria riconducibile alla volontà degli Stati ed alla necessità di risolvere problemi posti dall'interconnessione fra economie e politiche statali[83].

L'accesso ai finanziamenti implica, infatti, la preliminare assunzione di responsabilità politica dei governi e parlamenti che decidono di avviare i percorsi di riforma collegati al sostegno economico, facendo salvo il controllo di costi-

---

[79] Cfr. A. Iannì *op. cit*., 1720 ss.; A. Somma, *Il diritto privato europeo e il suo quadro costituzionale di riferimento nel prisma dell'economia del debito*, in *Contr. Impr*., 2016, 124 ss.

[80] Cfr. L. Bini Smaghi, *Governance and Conditionality: Toward a Sustainable Framework?*, in *Journal of Eu Integr*., 2015, 755 ss.; V. Dimier, *Constructing Conditionality: The Bureaucratization of EC Development Aid*, in *European For. Aff. Rev*., 2006, 263 ss.; W. Jakoby, J. Hopkin, *From lever to club? Conditionality in the European Union during the financial crisis*, in *Journal of Eu. Pub. Pol*., 2020, 1157 ss.

[81] Per quanto non manchino condizionalità volte a guidare le riforme della giustizia o ad incidere sullo stesso assetto delle fonti del diritto, gli ambiti di maggiore incidenza rimangono quelli relativi alle funzioni amministrative. Per un'analisi empirica, cfr., C. Botelho Moniz, P. De Gouveia Melo e L. Do Nascimento Ferreira, *Southern Program Countries – Cyprus, Portugal, Spain*, in F. Laprévote, J. Gray e F. De Cecco, a cura di, *Research Handbook on State Aid in the Banking Sector*, Celtenham, 2017, 381 ss.; D. GyőRrfy, *Trust and Crisis Management in the European Union. An Institutionalist Account of Success and Failure in Program Countries*, Berlino, 2018, 113 ss.; S. Theodoropoulou, *National Social and Labour Market Policy Reforms in the Shadow of EU Bailout Conditionality: The Cases of Greece and Portugal*, in C. De La Porte, E. Heins, a cura di, *The Sovereign Debt Crisis, the EU and Welfare State Reform*, Londra, 2016, 95 ss.

[82] Si tratta di assunti comuni, specie con riferimento al *Mes*: cfr. M. Delsignore, *I servizi sociali nella crisi economica*, in *Dir. Amm*., 2018, 3, 587 ss.; A. Morrone, *op. cit*., 79 ss.; G. Gitti, *op. cit*., 305 ss.; G. Pitruzzella, *Austerità finanziaria versus crescita economica nel dibattito sull'Eurosistema*, in *Quad. Cost*., 2012, 2, 427 ss. A. Somma, *op. cit*., 124 ss.; S. Ragone, *Constitutional Effects of the Financial Crisis at European and National Level: A Comparative Overview*, in *Rev. gen. Der. Públ. Comp*., 15, 2014, p. 1 ss.

[83] Cfr. A. Baraggia, *Conditionality Measures within the Euro Area Crisis: A Challenge to the Democratic Principle*?, in *Cambridge Int. L. Jou.*, 2015, 268 ss.; F. W. Scharpf, *Multilevel Democracy: A Comparative Perspective*, in N. Behnke, J. Broschek e J. Sonnicksen, a cura di, *Configurations, Dynamics and Mechanisms of Multilevel Governance*, Berlino, 2019, 249 ss.;

tuzionalità delle leggi emanate in attuazione dei programmi[84]. Il difetto di legittimazione democratica che si può imputare a tali meccanismi non pare qualitativamente maggiore di quello che caratterizza il circuito rappresentativo interno, anche in considerazione dell'endemica crisi che contraddistingue il parlamentarismo e la qualità del dibattito pubblico[85].

Tenendo conto di questa cornice, può essere utile soffermarsi sulla struttura e sulle caratteristiche delle condizionalità e sui loro contenuti, muovendo dalla disciplina di *Mes* e *Rrf* e dalla pur ridotta casistica di riferimento.

Le condizionalità stabilite dal *Mes* sono coerenti con l'interesse pubblico sotteso all'istituzione del meccanismo. La meritevolezza del credito implica che lo Stato finanziato sia in grado di sviluppare la propria economia al fine di restituire le somme con i relativi interessi; al contempo, la crescita economica rappresenta una risposta alla crisi e la via per evitare ulteriori ripercussioni nell'eurozona, in coerenza con gli obiettivi perseguiti dall'art. 136 TFue.

I principali casi di studio sono rappresentati dalle condizionalità imposte ai prestiti ottenuti da Cipro e Grecia fra il 2012 ed il 2018[86].

Per quanto sia invalso l'assunto per cui il *Mes* imporrebbe agli Stati misure di austerità volte al contenimento della spesa pubblica ed alla contrazione dell'intervento amministrativo nell'economia e nelle misure di protezione sociale, va osservato come l'obiettivo delle riforme sia rappresentato dalla razionalizzazione del sistema, più che dal suo radicale sovvertimento[87].

Nel caso di Cipro, l'amministrazione aveva livelli di efficienza e rispetto della *rule of law* in linea con la media europea, senza denotare particolari criticità[88].

---

[84] Per un'impostazione del problema in rapporto al Mes cfr. P. Simone, *op. cit.*, 199 ss. L'esperienza portoghese sembra dimostrare, inoltre, come l'attuazione del MoU stipulato con il Mes abbia determinato un rafforzamento delle prerogative parlamentari nel controllo delle attività del governo, attraverso un meccanismo denominato *Follow-up Committee*: cfr. A.J. Seguro, *The Centrality of the Portuguese Parliament: Reform, Troika and "Contraption"*, in A. Costa Pinto, C. Pequito Texeira, *Political Institutions and Democracy in Portugal. Assessing the Impact of Eurocrises*, Berlino, 2019, 101 ss.

[85] Cfr., fra gli altri, A. Barbera, *La rappresentanza politica: un mito in declino?*, in *Quad. Cost.*, 2008, 4, 853 ss.; S. Cassese, *Governare gli italiani. Storia dello Stato*, Bologna, 2014, 347 ss.; N. Lupo, *Il governo italiano*, in *Giur. Cost.*, 2018, 915 ss. In prospettiva comparata, cfr. lo stesso S. Cassese, *Stato in trasformazione*, cit., 331 ss.; M.P. Chiti, *Achievements and Mutations in Public Law since 1989*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2019, 6, 777 ss.; W. Merkel, *Is Capitalism Compatible with Democracy?*, in *Zeit. Vergl. Pol.*, 2014, 109 ss.

[86] Sulla situazione in cui versavano i due Paesi al momento della richiesta di intervento del Mes cfr. G.A. Hardouvelis, I. Gkionis, *A Decade Long Economic Crisis: Cyprus versus Greece*, in *Cyprus Ec. Pol. Rev.*, 2016, 3 ss. V.T. Rapanos, V. Kaplanoglou, *Governance, Growth and the Recent Economic Crisis: The Case of Greece and Cyprus*, in *Cyprus Ec. Pol. Rev.*, 2014, 3 ss.; S.A. Zenios, *The Cyprus Debt: Perfect Crysis and a Way Forward*, in *Ec. Pol. Rev.*, 2013, 3 ss. Non si fa riferimento specifico all'intervento del *Mes* in Spagna, in quanto le misure richieste non avevano ad oggetto il superamento di una crisi sistemica del Paese, ma interventi di ricapitalizzazione del sistema bancario. Su questo caso cfr. M. Massò, *The Effects of Government Debt Market Financialization: The case of Spain*, in *Comp. & Change*, 2016, 166 ss.

[87] Cfr. F. Di Mascio, A. Natalini, *Fiscal Retrenchment in Southern Europe: Changing patterns of public management in Greece, Italy, Portugal and Spain*, in *Pub. Man. Rev.*, 2015,129 ss.

[88] Cfr. V.T. Rapanos, V. Kaplanoglou, *op. cit.*, 18 ss.

Le condizionalità avevano ad oggetto una riallocazione delle risorse e delle funzioni amministrative, rafforzando la presenza dello Stato in alcuni settori nevralgici ed aprendo maggiori spazi di investimento per i capitali privati in ambiti in cui non si palesavano rischi di fallimento del mercato idonei a legittimare il pregresso monopolio pubblico nell'erogazione di determinati servizi.

Si stabiliva la necessità di una mappatura delle partecipazioni pubbliche dello Stato e delle forme di partenariato, con l'introduzione di una disciplina generale della materia[89]; la privatizzazione dei settori della logistica portuale, della telefonia, della produzione e distribuzione dell'energia elettrica, con la creazione di mercati regolati in luogo di monopoli pubblici[90]; l'impegno a garantire una maggiore effettività ed efficienza del sistema fiscale[91]; la razionalizzazione delle spese nel settore sanitario, con una distinzione fra servizi gratuiti ed a pagamento, in proporzione alle condizioni dei cittadini ed alle caratteristiche delle relative patologie[92]; l'eliminazione di ostacoli all'accesso alle libere professioni e la promozione della concorrenza nel mercato[93]. Si sollecitava, inoltre, il traversale rafforzamento delle capacità del personale amministrativo e la diffusione delle tecnologie informatiche a supporto dell'attività dei pubblici uffici[94]. Si riteneva infine necessaria una razionalizzazione delle competenze ministeriali e la riduzione degli enti locali[95].

Le misure previste nel caso della Grecia denotavano, al contrario, la necessità di correggere le endemiche disfunzioni degli apparati amministrativi, cui si attribuiva – a differenza di Cipro – un ruolo preponderante nella crisi del debito sovrano[96].

Anche in tal caso gli equilibri attesi dal *Mes* implicano un'amministrazione più moderna ed in grado di far fronte ai problemi posti dall'integrazione europea. Secondo una parte della dottrina ellenica, in Grecia si starebbe perfezionando un mutamento del modello burocratico, caratterizzato da una stretta dipendenza degli apparati dai vertici ministeriali e partitici, a favore di un modello basato sulle agenzie specializzate[97]. Per quanto si tratti di un modello perfettibile, si è consapevoli del fatto che la precedente esperienza politico-amministrativa abbia palesato insoddisfacenti livelli di trasparenza ed imparzialità delle amministrazioni[98].

---

[89] Cfr. il punto 3.4. del *MoU*.

[90] Cfr. il punto 3.5. del *MoU*.

[91] Cfr. il punto 2 del *MoU*.

[92] Cfr. il punto 3.2 del *MoU*.

[93] Cfr. punto 5.2 del *MoU*.

[94] Cfr. punto 3.7. del del *MoU*.

[95] Cfr. punto 3.11 del *MoU*.

[96] Cfr. V.T. Rapanos, V. Kaplanoglou, *op. cit.*, 18 ss.

[97] Cfr. M. Lampropoulou, G. Oikonomou, *The "Trilemma" of Public Bodies: Bureaucratic Structures Versus Agencies Under Policy Conditionality*, in *Admin. Soc.*, 2020, 1299 ss.

[98] Cfr. sempre M. Lampropoulou, G. Oikonomou, *op. cit.*, 1319 ss. Per un caso di studio riferito alla nuova Agenzia delle Entrate cfr. D. Dimitrakopoulos, *The Depoliticisation of Greece's Public Revenue Admini-*

Entro questa cornice, il *MoU* ha stabilito il rafforzamento dei meccanismi di contrasto all'evasione fiscale[99]; la riorganizzazione degli apparati, con particolare riguardo alla selezione, formazione e promozione del personale interno su base meritocratica[100]; la riforma della disciplina dei contratti pubblici e la previsione di strumenti giudiziali e stragiudiziali volti a dirimere efficacemente le controversie derivanti dalla loro aggiudicazione ed esecuzione[101]; la modernizzazione del sistema sanitario, mediante la riduzione ed il controllo della spesa pubblica, la rideterminazione dei prezzi dei farmaci, la riduzione delle prescrizioni farmaceutiche da determinare sulla base di evidenze scientifiche[102]; la riforma della previdenza sociale, riducendo le frodi e gli sprechi a tutela dei soggetti effettivamente abbienti[103]; la privatizzazione del settore bancario, al fine di evitare le interferenze degli apparati politico-amministrativi nella gestione del credito[104]; la dismissione di proprietà e partecipazioni pubbliche prive di rilevanza strategica[105].

Da un esame comparativo delle riforme avviate nel sud Europa sono emerse alcune linee di fondo delle riforme amministrative. Esse consistono nell'accentramento di funzioni distribuite fra differenti plessi amministrativi; nella riduzione degli enti territoriali, mediante accorpamenti e fusioni volte a razionalizzarne le funzioni; nel rafforzamento delle funzioni di pianificazione, gestione e controllo della spesa; nella graduale modernizzazione degli apparati, attraverso la formazione del personale e la dotazione di nuove tecnologie[106].

5. *Le condizionalità nel Recovery Fund ed i piani di ripresa e resilienza come strumenti di riforma*

Nel caso del *Rrf*, gli oneri imposti agli Stati rientrano fra i presupposti per accedere al finanziamento, la cui erogazione è subordinata all'individuazione dei costi necessari ad avviare le riforme indicate negli atti di indirizzo predisposti dall'Unione europea.

---

stration. Radical Change and the Limits of Conditionality, Berlino, 2020, 59 ss.

[99] Cfr. punto 2.2. del *MoU*.

[100] Cfr. punto 2.4.1. del *MoU*.

[101] Cfr. punto 2.4.2 del *MoU*.

[102] Cfr. punto 2.5.2. del *MoU*.

[103] Cfr. punto 2.5.3. del *MoU*.

[104] Cfr. punto 3 del *MoU*.

[105] Cfr. punto 4.4. del *MoU*.

[106] Cfr. M. Lampropoulou, *Policy responses to the Eurozone crisis: A comparative analysis of southern European administrations*, in *Pub. Pol. Admin*., 2020, 289 ss.; C. Spanou, *External influence on structural reform: Did policy conditionality strengthen reform capacity in Greece?*, in *Pub. Pol. Adm*., 2020, 135 ss.

Benché si enfatizzi il carattere fittizio degli esempi forniti dalla Commissione nelle linee guida e nelle raccomandazioni relative alla formazione dei piani, i modelli contengono soluzioni volte a rafforzare un'immagine di un'amministrazione *business responsive*, per usare i termini rivolti all'Italia[107].

Il catalogo delle riforme proposte è ampio, ma il comune denominatore delle richieste formulate è rappresentato dalla necessità di attenuare i legami fra politica ed amministrazione e ridurre i condizionamenti amministrativi sull'esercizio dell'attività di impresa.

Si può essere indotti a ritenere che si tratti della rivisitazione di note tesi liberiste di scuola austriaca[108], ma va riconosciuto come la spinta alla modernizzazione degli apparati sia coerente con la plurisecolare volontà di razionalizzare il potere, per ridurre le sue interferenze sulla libertà individuali e rendere effettiva la stessa protezione dei diritti sociali[109]. Gli stessi interventi di riforma devono essere coerenti con i principi che connotano lo Stato di diritto, nei termini individuati da Parlamento e Consiglio nel regolamento n. 2020/2092, dove legalità, trasparenza e giustiziabilità dell'azione amministrativa sono precondizioni per lo stesso finanziamento unionale[110].

La Commissione suggerisce di garantire la prevedibilità dell'azione amministrativa; di legittimare le decisioni pubbliche con una maggiore partecipazione degli *stakeholder* ai procedimenti legislativi ed agli atti di regolazione economica; di rafforzare la lotta alla corruzione, anche al fine di rendere l'amministrazione impermeabile rispetto a pressioni partitiche. Si richiede un aggiornamento delle tecnologie informatiche a disposizione dell'amministrazione, al fine di automatizzare una serie di procedure, in particolare quelle di aggiudicazione dei contratti pubblici; si incentiva la creazione di reti informatiche preordinate ad agevolare l'interconnessione fra i differenti livelli di governo. Si sollecita il rafforzamento

[107] Si sarebbe di fronte, pertanto, ad una tipica ipotesi di c.d. *soft law* che, incidendo sui bilanciamenti di interessi e sui contenuti delle valutazioni politico-amministrative degli Stati membri, ne limita l'autonomia con effetti paragonabili alla c.d. *hard law*: su tale dicotomia, e sui dubbi relativi alla sua ammissibilità in contesti istituzionali come quelli dell'Ue, cfr. R. Bin, *Soft Law, No Law*, in A. Somma, a cura di, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, 31 e ss.; M. Ramajoli, *Soft Law e ordinamento amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2017, 1, 147 ss.

[108] Per una sintesi della visione liberale e liberista del potere amministrativo cfr. almeno F. A. Von Hayek, *La società libera*, (1960), trad. it. Soveria Mannelli, 2011, 359 ss.

[109] Cfr. S. Cassese, *Chi governa il mondo?*, Bologna, 2013, 109 ss.

[110] Cfr. il settimo considerando del regolamento n. 2020/2092, dove espressamente si è riconosciuto come il rispetto dello Stato di diritto sia «un presupposto essenziale per il rispetto dei principi di una sana gestione finanziaria, sanciti nell'articolo 317 del TfUe». Si veda pure la comunicazione n. 2020(580) del 30 settembre 2020 della Commissione europea, *The rule of law situation in the European Union*, elaborata nell'ambito delle attività di monitoraggio del livello di attuazione dei principi dello Stato di diritto nei singoli Stati membri (c.d. *rule of law mechanism*). Sul punto cfr. C. Fasone, *Crisi dello Stato di diritto: condizionalità a tutela del bilancio dell'Unioni e conclusioni del Consiglio Europeo*, in *Quad. Cost.*, 2021, 1, 214 ss.

delle capacità dei funzionari, mediante percorsi di formazione, promozione del merito e della parità di genere.

Si individuano anche gli strumenti funzionali ad ottenere i risultati attesi. Gli aspetti più rilevanti riguardano la razionalizzazione dell'attività legislativa, mediante l'introduzione di valutazioni di impatto regolativo e successivi controlli volti a misurare gli effetti delle riforme. Non meno significativa è, inoltre, la responsabilizzazione degli apparati pubblici, a partire dai vertici ministeriali, cui si dovrebbero attribuire obiettivi da misurare con idonee tecniche di *accountability*[111].

Può dunque osservarsi come l'Ue miri a guidare una trasformazione delle amministrazioni nazionali più arretrate in apparati dotati di una maggiore capacità tecnica. L'ambizione è quella di armonizzare i modelli amministrativi, avvicinando gli apparati pubblici del sud Europa e dei balcani agli standard di altri Paesi, anche al fine di rafforzare l'effettività dell'amministrazione europea indiretta. Senza dare soverchio peso alle formule di stile utilizzate dalla Commissione e dal Consiglio, l'insistenza sull'area semantica della *responsivness* e dell'*accountability* esprime la necessità di promuovere un'amministrazione dotata di piena autonomia decisionale, indipendente dagli apparati partitici di maggioranza e tenuta a rendere conto del proprio operato a cittadini ed operatori economici[112].

La riprova di quanto osservato si ha in rapporto ai contenuti dei *pnrr* approvati da Commissione e Consiglio nel corso dell'autunno del 2021. Senza pretese esaustive, e senza dare enfasi a documenti che dovranno comunque essere attuati dagli Stati, può osservarsi come la maggior parte delle programmate riforme non implichi il superamento dello Stato amministrativo, ma la parziale ridefinizione dei suoi compiti e degli strumenti necessari ad attuare una serie di politiche pubbliche di rilevanza strategica.

Un buon esempio può essere rappresentato dal *pnrr* predisposto dal governo italiano[113].

Il termine "amministrazione" ricorre ben ottantasei volte nel documento. Tutti gli interventi di riforma previsti dal piano implicano, infatti, la predispo-

[111] Per queste misure e suggerimenti cfr. il documento predisposto dalla Commissione nell'ambito della definizione degli interventi suscettibili di finanziamento, intitolato *Recovery and Resilience Plans. Example of component of reforms and investments. A public administration fit for the future.*

[112] Sulla semantica della responsabilità, le cui matrici vanno individuate nella cultura protestante e calvinista, scarsamente penetrata nei Paesi e nei sistemi culturali dell'Europa meridionale, balcanica ed ellenica, cfr. D. Birnbacher, *Philosophical Foundations of Responsibility*, in A.E. Auhagen, H.W. Bierhoff, a cura di, *Responsibility. The many Faces of a Social Phenomenon*, Londra-New York, 2001, 9 ss. Restano seminali, sul piano politico e giuridico, gli studi di J. Friedrich, T. Cole, *Responsible Bureaucracy: A Study of the Swiss Civil Service*, Cambridge, 1932; C.J. Friedrich, *Public Policy and the Nature of Administrative Responsibility*, in *Public Policy*, 1941, 165 ss.

[113] Per un'analisi del *pnrr* cfr. F. Fabbrini, *op. cit*., 105 ss.; M. Guidi, M. Moschella, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: dal Governo Conte II al Governo Draghi*, in *Riv. It. Pol. Pubbl.*, 2021, 3, 406 ss.; A. Tonetti, *La riforma della pubblica amministrazione: problemi e proposte*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2021, 4, 1021 ss.

sizione di politiche attuabili unicamente con l'intervento dell'amministrazione, che farà a tal fine uso dello strumentario che le è proprio: atti di programmazione e pianificazione, provvedimenti autorizzatori e concessori, attività di monitoraggio e controllo. Lo stesso *pnrr* enfatizza la necessità di un'amministrazione efficiente per lo sviluppo del sud Italia: in quest'ottica, il meridione avrebbe bisogno di "più" Stato, non di "meno" Stato, a condizione che gli apparati pubblici siano effettivamente in grado di giungere ad obiettivi spesso disattesi nella storia recente e meno recente[114].

Se ci si sofferma sulla sezione del *pnrr* dedicata alle riforme amministrative, appare altrettanto evidente come i finanziamenti unionali siano preordinati a modernizzare apparati che si presuppongono come indispensabili a garantire adeguati livelli di benessere ed un efficace coordinamento fra iniziativa pubblica e privata. Lo stesso *pnrr* riconosce come l'amministrazione italiana abbia un numero di dipendenti (circa 3,2 milioni) inferiore alla media Ocse (13,4 % dell'occupazione totale, contro il 17,7 % della media OCSE, secondo i dati del 2017), con competenze spesso inidonee ed un modesto ricambio generazionale[115].

Vi è un passaggio del *pnrr* che coglie con immediatezza il principale problema dell'amministrazione italiana. In un contesto di sovrapproduzione normativa gli apparati non sono in grado di dare effettiva attuazione alla disciplina legale di riferimento. La questione in gioco non attiene tanto alla (riconosciuta) necessità dell'intervento pubblico in una serie di settori nevralgici per il mantenimento e lo sviluppo dell'ordine economico-sociale, quanto alla qualità dell'azione amministrativa, minata in radice dalla complessità della disciplina e dalla ridotta formazione dei funzionari pubblici[116]. Ne deriva che «se una p.a. con crescenti problemi strutturali deve gestire un insieme di regole sempre più complicate, il risultato è la progressiva perdita della capacità di implementare gli investimenti, sia pubblici sia privati da parte del sistema-Paese. Questa situazione impone costi economici elevati a cittadini e imprese e pregiudica la capacità di crescita nel lungo periodo»[117].

La modernizzazione dei meccanismi di selezione del personale ed il miglioramento delle capacità dei dipendenti pubblici dovrebbero permettere di accrescere

[114] Cfr. il *pnrr*, 37, dove espressamente si rileva come «le riforme per migliorare la pubblica amministrazione e accelerare gli investimenti hanno un impatto rilevante sul Sud e contribuiscono a una migliore efficacia nell'impiego dei fondi esistenti, tra cui i fondi SIE e il Fondo per lo Sviluppo e la Coesione, e a favorire un maggior assorbimento nelle regioni meridionali degli incentivi e delle risorse assegnate su base competitiva, come il cosiddetto "superbonus" edilizio». Sul punto cfr. A. Poggi, *Il Pnrr come possibile collante dell'unità repubblicana? (riflessioni in margine al regionalismo e al divario Nord-Sud)*, in *Le Regioni*, 2021, 1, 199 ss.

[115] Cfr. *pnrr*, 44.

[116] Secondo il *pnrr*, 44 s., infatti, «a fronte di crescenti vincoli numerici, anagrafici e formativi, la PA italiana si trova a gestire un insieme di norme e procedure estremamente articolate e complesse che si sono progressivamente stratificate nel tempo in maniera poco coordinata e spesso conflittuale su diversi livelli amministrativi (nazionale, regionale e locale)».

[117] Cfr. *pnrr*, 45.

la stessa capacità amministrativa. La necessità di semplificare e velocizzare l'azione amministrativa non implica una riduzione della sfera pubblica a favore dell'intervento privato, ma esprime l'assodata e mai soddisfatta esigenza di rendere gli apparati pubblici più adeguati a soddisfare le necessità di cittadini ed imprese. Nella stessa prospettiva si colloca l'esigenza di digitalizzare l'azione amministrativa[118].

Pure i *pnrr* degli altri Stati si distinguono per l'esigenza di attuare politiche innovative attraverso l'intervento amministrativo: bastino gli esempi di Francia, Germania e Spagna[119].

Nel caso della Francia, questi obiettivi si accompagnano alla semplificazione dell'attività amministrativa, non disgiunta da auspicate politiche di decentramento e differenziazione dei livelli di governo[120]. Anche in Francia si enfatizza la necessità di una transizione digitale dell'amministrazione, nell'ottica di garantire una migliore integrazione fra Stato, società e mercati[121].

Fra gli obiettivi del *pnrr* della Germania vi è la modernizzazione dell'amministrazione, che passa attraverso il massiccio utilizzo di tecnologie digitali, finalizzate a semplificare l'azione pubblica ed a consentire un più ampio accesso ad archivi e documenti. Sono poi previste specifiche attività di supporto alle amministrazioni territoriali, anche al fine di garantire un'efficiente allocazione dei sussidi ottenuti mediante il *Rrf*[122].

Il *pnrr* predisposto dalla Spagna si caratterizza per l'implementazione amministrativa di una serie di politiche pubbliche ritenute strategiche per il rilancio dell'economia e per la coesione sociale. Considerevoli risorse sono infatti allocate per l'agenda urbana e rurale, promozione e sviluppo di agricoltura ed infra-

[118] Cfr. pnrr par. M1C1.2, 92 ss.

[119] Sul punto si veda la recente panoramica di B.P. Amicarelli, P. Clarizia, M. Manocchio, P. Marconi, G. Mocavini, R. Morgante, G. Napolitano, A. Renzi, *I piani nazionali di ripresa e resilienza in prospettiva comparata*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2021, 4, 1137 ss.

[120] Si fa riferimento alla *loi* 2020-1525 del 7 dicembre 2020. Come riconosciuto dal *pnrr* francese, 22, l'intervento riformatore determina «la suppression ou le regroupement de commissions administratives consultatives, la déconcentration de décisions administratives individuelles dans les domaines de la culture, de l'économie et de la santé, ainsi que la simplification de certaines procédures applicables aux installations industrielles afin de développer l'activité et l'emploi sur les territoires». Sono significativi anche gli interventi di riforma finalizzati alla coesione territoriale, che da un lato implicano il miglioramento dei servizi informatici e della connettività a favore dei centri minori, e, dall'altro, un maggiore decentramento amministrativo, preordinato ad avvicinare l'amministrazione agli individui ed alle imprese. Come stabilisce il pnrr francese, 25, le projet de loi «différenciation, décentralisation, déconcentration et décomplexification» (4D) lancera une nouvelle étape de la décentralisation et de la déconcentration de manière à concentrer les moyens humains et financiers sur le niveau local plutôt que sur l'administration centrale».

[121] Cfr. pnrr, 39.

[122] Alla «Moderne öffentliche Verwaltung» è dedicata la «Komponente 6.1» del pnrr tedesco. Anche in tal caso, il rafforzamento dell'efficienza amministrativa e delle stesse relazioni fra Stato e mercato passerebbero per il miglioramento delle infrastrutture digitali: «Eine stärkere Digitalisierung der Verwaltung und ein Ausbau des Angebots an EGovernment kann die Produktivität des öffentlichen Sektors erhöhen, öffentliche Verwaltung und Dienstleistungen effizienter gestalten sowie Nachfrageimpulse für digitale Dienstleistungen erzeugen». Allo scopo, è previsto uno stanziamento di tre miliardi di euro.

strutture, rafforzamento del sistema sanitario nazionale e del sistema di assistenza sociale, oltre che della istruzione, formazione e ricerca, la cultura. Nell'ambito del *pnrr* il 5% delle risorse è esclusivamente destinato alla promozione di un'amministrazione moderna ed alla connessa, improcrastinabile, transizione digitale[123].

6. *La valutazione della condotta degli Stati e l'enforcement delle condizionalità come garanzia di effettività dei sistemi di finanziamento: il caso del Mes*

L'attuazione delle riforme indotte da *Mes* e *Rrf* rappresenta il vero banco di prova dell'effettività dei due meccanismi e del coordinamento fra le politiche delineate a livello sovranazionale e le prerogative dei singoli Stati[124].

Nella scienza politica e giuridica di matrice angloamericana si sono isolati due modelli di attuazione delle condizionalità e di gestione dei conflitti nascenti dalla loro esecuzione: il *management* e l'*enforcement*. Nel primo modello, a fronte delle difficoltà emerse in sede esecutiva, le parti adottano strategie cooperative aventi ad oggetto la rinegoziazione dei rapporti, la ridefinizione dei programmi e la pacifica soluzione delle controversie[125]. Nel secondo, una delle parti può avvalersi di potestà unilaterali per agire nei confronti del debitore inadempiente[126].

---

[123] Si tratta della «componente 11» del pnrr spagnolo. Fra gli altri interventi, figura la necessità di migliorare la capacità amministrativa nel settore degli appalti pubblici, mediante «profesionalización de los agentes intervinientes en la contratación pública, mejora el acceso de las pymes, refuerzo de la transparencia y la eficiencia, de la seguridad jurídica y de la supervisión y control» (C11.R4). Si ha inoltre la più generale ambizione di «Modernización de la Administración General del Estado, y orientación al servicio del ciudadano. Se logrará a través de la mejora de los servicios públicos digitales, mejorando las infraestructuras tecnológicas y la ciberseguridad, automatizando procesos y el desarrollo de servicios públicos basados en datos» (CC11.I1). Il risultato sarà possibile mediante la transizione digitale: «seis iniciativas para la transformación digital de las Administraciones de sanidad, justicia, el Servicio Público de Empleo, la Seguridad Social, las migraciones y las políticas de inclusión, los consulados, y una lanzadera de proyectos tractores en Interior y Defensa, Agricultura y Consumo». L'interdipendenza buona amministrazione e sviluppo socioeconomico è l'assunto che muove tutte le riforme spagnole: nel pnrr si afferma esplicitamente come «la transformación eficaz del tejido productivo español que se tiene que producir en los próximos años sólo será posible si se actualiza la administración pública, dado su papel clave en el buen funcionamiento de la economía».

[124] Per un'impostazione dei problemi dell'ottemperanza degli accordi internazionali, cfr., fra gli altri, K. Raustiala, A.M. Slaughter, *International Law, International Relations and Compliance*, in W. Carlnaes, T. Risse e B. Simmons, *The Handbook of International Relations*, Los Angelse, 2002, 539 ss.; D. Shelton, a cura di, *Commitment and Compliance: the Role of non binding Norms in International System*, Oxford, 2000. Nella dottrina italiana cfr. M. Ventura, *Condizionalità e realizzazione progressiva degli obblighi internazionali nelle relazioni esterne dell'Unione Europea*, in *Riv. Dir. Int.*, 2019, 45 ss.

[125] Tale metodo, nella cooperazione internazionale, sarebbe incentivato dal fatto che i *MoU* rappresentano un tipico esempio di contratto incompleto, ossia di accordo caratterizzato da una serie di limiti informativi sulla futura condotta delle parti ed esposto fisiologicamente all'inadempimento: sul punto cfr. G. Majone, *op. cit.*, 15.

[126] Su questa distinzione cfr. K. Raustiala, A.M. Slaughter, *op. cit.*, 542 ss. J. Tallberg, *Paths to Compliance: Enforcement, Management, and the European Union*, in *Int. Org.*, 2002, 609 ss. Più recentemente cfr. P. Blomqvist, *Soft and hard governing Tools*, in C. Ansell, J. Torfing, *Handbook on Theories of Governance*, Chel-

Si tratta di termini suggestivi, che non sottendono, tuttavia, concetti davvero originali. Nella scienza giuridica continentale *management* ed *enforcement* hanno un equivalente negli atti bilaterali con funzione transattiva e nell'autotutela contrattuale ed amministrativa, più utili a comprendere le implicazioni teoriche ed applicative dell'intero fenomeno e gli stessi limiti dell'attuale disciplina.

Tenendo conto dei limiti descrittivi delle formule utilizzate e della possibilità di combinare entrambi i modelli a garanzia dell'esecuzione degli accordi o a tutela degli interessi del creditore[127], il *management* connota in prevalenza l'esecuzione degli accordi stipulati nell'ambito del *Mes*, mentre l'*enforcement* è applicabile con più nitore al *Rrf*.

Nel caso del *Mes*, i sistemi di monitoraggio e valutazione della condotta degli Stati beneficiari sono caratterizzati da una ridotta regolazione, in linea con la matrice intergovernativa del meccanismo. Le fonti da tenere in considerazione sono rappresentate dai singoli *MoU*, che prevedono un monitoraggio periodico delle attività degli Stati, e dal regolamento n. 472/2013[128].

La logica sottesa al monitoraggio effettuato nell'ambito del *Mes* è duplice. Su un versante vi è l'interesse del *Mes*-istituzione all'attuazione delle riforme; sull'altro vi è l'interesse del *Mes*-creditore alla restituzione delle somme prestate ed alla sostenibilità di un meccanismo che opera pur sempre secondo logiche tipiche degli operatori bancari. Questa duplice chiave di lettura spiega la sovrapposizione di competenze e strumenti di monitoraggio della condotta degli Stati.

Un primo tipo di monitoraggio è svolto dalla Commissione e dalla Bce. Esso ha ad oggetto la condotta degli Stati, misurando l'implementazione degli accordi, l'attuazione delle riforme previste, il loro impatto macroeconomico e la conseguente conformità dell'intera operazione agli obiettivi prestabiliti nel *MoU*. Il monitoraggio dura per tutto il periodo necessario ad implementare il programma, ma può protrarsi anche oltre la sua scadenza e finché non sia stata restituita una quota pari al 75% della somma erogata[129].

A tal fine, i funzionari della Commissione e della Bce possono effettuare missioni presso gli Stati, tenuti a collaborare e ad offrire il supporto necessario all'espletamento di tali attività[130]. Nel caso della Grecia, il monitoraggio si è con-

---

tenham, 2016, 267 ss.; J.H.H. Weiler, *The Geology of International Law. Governance, Democracy, Legitimacy*, in *Heidelberg Jou. Int. Law*, 2004, 553 ss.

[127] In tale prospettiva cfr. J. Tallberg, *op. cit.*, 609 ss.

[128] Cfr. il quinto considerando e l'art. 1, comma 1, lett. b) del regolamento, che estendono l'applicazione degli strumenti di sorveglianza economica dell'Ue nei confronti degli Stati che si trovano o rischiano di trovarsi in gravi condizioni di instabilità finanziaria anche nei confronti degli Stati che abbiano chiesto l'erogazione di prestiti sulla base del *Mesf*, del *Fesf* e del *Mes*.

[129] Cfr. art. 14 del regolamento.

[130] Cfr. art. 7, comma 4, del regolamento. Non si tratta di un fenomeno isolato rispetto alle attività delle amministrazioni globali e dello stesso sistema europeo: Cfr. S. Cassese, *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2003, 1, 35 ss., e, per alcuni esempi, cfr. L. Borlini, P. Manfri-

cretizzato nei periodici *Compliance Report*[131] ed è stato integrato dagli *Enhanced Surveillance Report* predisposti dalla Commissione sulla base del regolamento n. 472/2013, a fronte delle perduranti difficoltà del Paese[132].

Dato che i prestiti del *Mes* sono erogati a lungo termine, il monitoraggio si protrae anche a decenni dall'attuazione delle condizionalità, al fine di verificare in che misura i mutamenti dei contesti socioeconomici globali possano incidere sull'efficacia delle riforme effettuate. A questo scopo, la Commissione predispone dei *Post-Programme Report*, come avvenuto nel caso di Cipro[133], oltre che di Irlanda[134] e Portogallo[135], beneficiari di finanziamenti ottenuti nell'ambito del *Mesf* ma soggetti ad analogo monitoraggio.

Il secondo tipo di monitoraggio viene svolto direttamente dai funzionari del *Mes* (*board of director*), attraverso un sistema di *early warning*, finalizzato a misurare sistematicamente la capacità finanziaria dello Stato, ai fini della restituzione rateale del prestito. Si tratta di uno strumento di tipo cautelativo e preventivo, volto a minimizzare i rischi di incapienza dello Stato debitore. Il controllo dei funzionari del *Mes*, che implica ampio accesso ai dati del sistema bancario, si concentra sugli aspetti finanziari del prestito, per quanto debba necessariamente coordinarsi con l'istruttoria condotta da Commissione e Bce[136].

Nell'ottica di una leale cooperazione fra le parti, l'inadempimento degli accordi rappresenta un'evenienza del tutto patologica, che le parti devono scongiurare a garanzia della credibilità del sistema. Sono dunque ammessi correttivi al programma concordato, in maniera tale da non esporre gli Stati all'inadempimento dei relativi obblighi. Qualora emergano scostamenti significativi fra gli interventi degli Stati ed il programma, la Commissione può proporre al Consi-

---

ni, *La lotta alla corruzione internazionale dall'ambito dell'Ocse alla dimensione Onu*, in *Dir. Comm. Int.*, 2007, 1, 15 ss.; A. Magliari, *La proposta di riforma delle autorità europee di vigilanza finanziaria. Verso un ulteriore accentramento delle funzioni di vigilanza a livello sovranazionale: prospettive e problemi*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2018, 2, 391 ss.; G. Sciascia, *L'accountability della Commissione europea nell'esercizio diretto di funzioni amministrative*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2018, 6, 975 ss.

[131] Cfr. il *Compliance Report* del 9 luglio 2018, contente un'articolata ed assai puntuale analisi della situazione economica greca e delle misure di attuazione del *MoU* e delle sue successive integrazioni.

[132] Cfr. art. 2 del regolamento. Si prevede la sorveglianza rafforzata degli Stati in perdurante crisi, che, nel caso della Grecia, sono funzionali tanto al monitoraggio del sistema economico complessivamente inteso che alla valutazione dei rischi riconducibili alla difficoltà o impossibilità di restituire le somme erogate dal *Mes* secondo le cadenze prefissate. L'*Enhanced Surveillance Report* del 2020 contiene una serie di analisi di tutti i settori interessati dalle riforme imposte mediante i meccanismi di condizionalità e della complessiva sostenibilità economica dell'esposizione debitoria del Paese.

[133] Cfr. il *Post-Programme Surveillance Report* del novembre 2020, dove si evidenzia come la pandemia possa determinare uno slittamento del pagamento dei rimborsi a partire dal 2025, nonostante la capacità reattiva dimostrata dal sistema economico ed istituzionale cipriota.

[134] Cfr. anche in tal caso il *Post-Programme Surveillance Report* del novembre 2020.

[135] Cfr. sempre il *Post-Programme Surveillance Report* dell'aprile 2020.

[136] Cfr. la prassi individuata nel volume curato dallo stesso Mes, *Safeguarding the Euro in Times of Crisis. The inside Story of Esm*, Lussemburgo, 2019, 285 ss.

glio di assumere una decisione che ne dichiari la mancata attuazione, precisando se l'inadempimento dipenda o meno da circostanze imputabili allo Stato[137].

Le strategie decisionali adottate variano a seconda delle dinamiche proprie della singola operazione. Nel caso della Grecia si sono effettuate periodiche modifiche dell'originario *MoU*, che hanno determinato un'integrazione dei percorsi di riforma originariamente previsti ed una ridefinizione dell'oggetto degli obblighi pattuiti[138].

Resta aperto il problema delle conseguenze della decisione del Consiglio qualora la mancata attuazione del programma dipenda da decisioni politiche degli apparati di vertice dello Stato, preordinate a violare gli accordi presi con il *MoU*. Il sistema mostra significative carenze di *enforcement*, da non ritenere espressione di una lacuna della disciplina, quanto di scelte volte ad evitare un inasprimento dei conflitti fra Stati membri e Stato finanziato.

L'unica sanzione prevista dal trattato istitutivo del *Mes* è rappresentata dalla sospensione del diritto di voto dello Stato nell'ambito delle attività dell'istituzione, finché perduri l'inadempienza[139]. Si tratta di una misura politicamente grave – che si ispira al modello reputazionale del *name and shame* – ma priva di ricadute concrete sotto il profilo economico-finanziario[140].

Va però rammentato come le somme garantite agli Stati non siano erogate in un'unica soluzione, ma seguano cadenze periodiche. Nulla esclude, quantomeno in astratto, che, per effetto del principio generale del *pacta sunt servanda* e degli standard prudenziali in materia di gestione del rischio creditizio, il *Mes* possa interrompere l'erogazione delle ulteriori quote pattuite, chiedendo la restituzione delle somme eventualmente fruite per scopi diversi da quelli programmati, salva l'esimente dello stato di necessità o della forza maggiore a favore dello Stato debitore[141].

7. (Segue)… *e del Recovery Fund*

[137] Cfr. art. 7, comma 7, del regolamento. Per un'analisi del problema riferita alla Grecia, dove la collaborazione fra Mes e Stato è necessaria anche al fine di evitare i conflitti nascenti dalla mancata attuazione del programma, cfr. S. Panagetou, *Disciplining Greece: Crisis Management and Its Discontents, Rev. Rad. Pol. Ec., 2017, 358 ss.*

[138] Il primo *MoU* è stato sottoscritto nel 2015, con ulteriori emendamenti nel 2016, 2017 e nel 2018.

[139] Cfr. art. 4, comma 8, del Trattato.

[140] Su questa forma di sanzione indiretta ed i suoi limiti cfr. E. F. Greene, J. L. Boehm, *The Limits of "Name and Shame" in International Financial Regulation*, in *Cornell Law Rev.*, 2011, 1084 ss.

[141] Cfr. W. Kälin, *Implementing Treaties in Domestic Law: from "Pacta Sunt Servanda" to "Anything Goes"?*, in V. Gowlland-Debbas, a cura di, *Multilateral Treaty-Making. The Current Status of Challenges to and Reforms Needed in the International Legislative Process*, Leiden, 2000, 111 ss. Sui problemi correlati all'applicazione del principio del *pacta sunt servanda* cfr. anche P. Fois, *I valori fondamentali del "nuovo" diritto internazionale e il principio pacta sunt servanda*, in *Riv. Dir. Int.*, 2010, 1, 15 ss.; A. Tanzi, *Sull'insolvenza degli Stati nel diritto internazionale*, in *Riv. Dir. Int.*, 2012, 1, 66 ss.; M. Ventura, *op. cit.*, 45 ss.

L'attuale disciplina del *Rrf* rispecchia le matrici amministrativistiche della procedura di finanziamento e consolida la posizione dell'Ue nei confronti degli Stati, attribuendo alla Commissione una serie di poteri di *enforcement* esercitabili in via unilaterale. Alcuni dei poteri della Commissione possono essere assimilabili a potestà di autotutela amministrativa, mentre, per altri aspetti, il fenomeno riecheggia l'autotutela contrattuale posta a vantaggio esclusivo dell'amministrazione contraente[142].

L'art. 24 del regolamento istitutivo del *Rrf* prevede, a tal fine, la sospensione parziale o totale dei pagamenti, nel caso in cui non siano stati raggiunti gli obiettivi intermedi individuati nei piani approvati, salva la possibilità di revocare la sospensione quando gli Stati abbiano adottato correttivi idonei[143]. Qualora l'inadempimento si protragga oltre i sei mesi dalla sospensione, il finanziamento viene proporzionalmente ridotto, per essere annullato – con risoluzione unilaterale dell'accordo – nel caso in cui non siano stati conseguiti «progressi concreti» entro il termine di diciotto mesi dall'approvazione del *pnrr*[144]. Si tratta di concetti indeterminati, che sembrano lasciare alla Commissione ampi margini di monitoraggio della condotta degli Stati.

Qualora la Commissione intenda avvalersi dei poteri di *enforcement* previsti dal regolamento, è necessario acquisire le osservazioni e controdeduzioni degli Stati membri, al fine di assumere una decisione ponderata. Per quanto il regolamento non contenga una specifica disciplina del procedimento di riesame, si reputa che ad esso si applichino tutte le garanzie procedimentali e processuali previste nei confronti dell'attività della Commissione: l'atto dovrà essere quindi motivato ai sensi dell'art. 296 TFUe, oltre che formato in conformità ai principi generali di buona amministrazione stabiliti dall'art. 41 della Carta di Nizza, con la possibilità di impugnare la decisione innanzi al Tribunale ed alla Corte di Giustizia[145].

---

[142] Il fenomeno presenta chiare assonanze con la disciplina dei procedimenti di sovvenzione dell'Ue e con la disciplina degli aiuti di Stato soggetti a vigilanza europea, ancorché nel quadro di procedimenti misti: cfr. F. D'Angelo, *Relazioni organizzative, coamministrazione, principio di cooperazione*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2017, 5, 1185 ss.; B. Marchetti, *Fondi strutturali e tutela giurisdizionale: variazione degli schemi regolatori e conseguenze sull'architettura giudiziaria dell'Ue*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2012, 6, 1105 ss.; A. Tonetti, *I poteri amministrativi comunitari in materia di aiuti di Stato*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2007, 4, 443 ss.

[143] Cfr. art. 24, comma 6, del regolamento n. 2021/241. La sospensione viene disposta dopo aver dato allo Stato la facoltà di proporre osservazioni entro un termine di un mese dalla comunicazione di avvio del procedimento di sospensione.

[144] Cfr. art. 24, comma 8, del regolamento n. 2021/241. Anche in tal caso la misura afflittiva è preceduta da una comunicazione di avvio del procedimento, che consente agli Stati di presentare osservazioni entro il termine di due mesi.

[145] Sul punto cfr. G. Della Cananea, *L'Unione Europea*, cit., 122 ss.; L. Saltari, *I piani d'azione e il regime dell'attività*, in L. De Lucia, B. Marchetti, *L'amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, 2015, 126 ss. Per una ricognizione dei principi applicabili ai procedimenti amministrativi europei cfr. A. Simonati, *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato nell'analisi giurisprudenziale*, Padova, Cedam,

Nulla esclude, tuttavia, che le rigidità dei meccanismi di *enforcement* possano essere integrate con una gestione manageriale dei conflitti nascenti dalla mancata ottemperanza delle condizionalità ad opera degli Stati. Andranno vagliate, nella prassi, le potenzialità delle osservazioni degli Stati, che potrebbero indurre la Commissione a non adottare le drastiche misure della sospensione o dell'annullamento dei contributi, giustificando eventuali negoziazioni relative all'oggetto delle condizionalità o ai termini necessari alla loro attuazione.

Da questa angolazione, la gestione manageriale dei problemi derivanti dalla tardiva o mancata attuazione delle condizionalità sottenderebbe una soluzione politica delle tensioni o dei conflitti fra Commissione e Stati, con il doveroso coinvolgimento del Consiglio, avvicinando il funzionamento del *Rrf* a quello del *Mes*.

Per quanto concerne il monitoraggio dell'implementazione delle riforme effettuate dagli Stati in attuazione dei singoli *pnrr*, il regolamento istitutivo del *Rrf* appare formulato in termini più generici di quanto non avvenga per la disciplina del *Mes*: questo dipende, in larga parte, dal fatto che il monitoraggio viene compiuto più nell'interesse del *Rrf* istituzione che in quello del *Rrf* creditore, che può qualificarsi tale solamente in rapporto all'erogazione dei prestiti[146].

Il regolamento demanda alla Commissione il compito di sorvegliare l'attuazione del dispositivo e di misurare, sulla base di appositi indicatori, il raggiungimento degli obiettivi previsti dai singoli *pnrr*. Ci si limita ad affermare, non senza ambiguità, come il monitoraggio sia «mirato e proporzionato» alle attività svolte nell'ambito del dispositivo, e, dunque, alle stesse caratteristiche qualitative e quantitative dei finanziamenti[147]. L'attività di monitoraggio della Commissione deve essere necessariamente coordinata con quella degli stessi Stati, che hanno previsto in ciascun *pnrr* gli idonei sistemi di valutazione e rendicontazione delle spese effettuate in rapporto all'attività oggetto di finanziamento[148].

8. *Le trasformazioni della sovranità indotte da Mes e Rrf: pseudo-problemi e questioni reali*

Resta da chiedersi in quale misura *Mes* e *Rrf* stiano determinando una trasformazione dello Stato amministrativo ed una correlata ridefinizione degli ambiti di sovranità degli Stati che accedono a prestiti e contributi. Per quanto sia prudente esprimere dei giudizi provvisori e tendenziali rispetto a fenomeni ancora

2009, 14 ss. L'applicazione di tali principi anche nelle attività di gestione del *Rrf* sembra coerente con l'art. 298 TFUe e con la necessità di rafforzare l'*accountability* delle amministrazioni europee.

[146] Cfr. artt. 28 e 29 del regolamento n. 2021/241.

[147] Cfr. art. 29, comma 1, del regolamento n. 2021/241.

[148] Cfr. art. 28 del regolamento n. 2021/241.

in atto, sembra opportuno scindere problemi apparenti e reali derivanti dal fenomeno analizzato.

L'ipotesi di una surrettizia trasformazione della sovranità degli Stati appare, da questa specifica angolazione, fuorviante. Non si nega che l'integrazione europea e la globalizzazione economico-giuridica abbiano determinato una ridefinizione del ruolo degli Stati nel contesto dell'Ue, ma non si tratta di un fenomeno così dirompente come ritengono alcuni critici dei meccanismi in esame[149].

Sul piano storico, economico e politico, le interdipendenze fra gli Stati sono una costante della storia europea, tanto più che l'aspirazione ad una integrale sovranità ed autarchia dei singoli sistemi appare più come il frutto di narrazioni ideologiche che come il risultato di concrete prassi di potere[150].

Sul piano giuridico, lo stesso processo di integrazione europea postula un'adesione dello Stato sovrano al sistema di relazioni definito dai Trattati e dal diritto derivato, con la perdurante possibilità di rinunciare ad oneri e benefici derivanti dall'appartenenza al mercato comune ed alla stessa comunità politica europea. Tralasciando ogni valutazione circa le cause e gli effetti dell'operazione, la volontaria fuoriuscita del Regno Unito dall'Ue rappresenta la più nitida riprova empirica di questo ordine di idee[151].

La novità è semmai rappresentata dalla creazione di un sistema giuridico che colloca entro una rete stabile di relazioni e reciproci controlli della sovranità degli Stati membri dell'Ue, sia nell'ambito del processo di integrazione europea che in quello – più ristretto, ma non meno rilevante – dell'accesso al *Mes* ed al *Rrf*, in cui gli Stati assumono la posizione dei "debitori" o "beneficiari" di sostegno economico[152].

Le interdipendenze fra le economie e i modelli di sviluppo sociale dei singoli Stati sono rese palesi da questi meccanismi, che rappresentano uno spazio pubblico in cui ciascuno Stato risulta direttamente responsabile (*accountable*) del modo in cui vengono perseguiti ed attuati i valori ed interessi che connotano la loro costituzione, formale e materiale. Si ritiene che il valore aggiunto di questa

[149] Per una sintesi del dibattito già intensificatosi prima della pandemia cfr. F. Bilancia, *op. cit.*, 8 ss.

[150] Cfr. K. Polanyi, *op. cit.*, 315 ss, nonché C.S. Maier, *Dentro i confini. Territorio e potere dal 1500 a oggi*, trad. it Torino, 2019, 330 ss. A. Pagden, *Signori del mondo. Ideologie dell'Impero in Spagna, Gran Bretagna e Francia. 1500-1800*, trad. it. Bologna, 2005, 303 ss.

[151] Sulla vicenda cfr. L. Casini, *Lo Stato*, cit., 1111 ss.; F. Palermo, *L'Europa delle domande sbagliate*, in *Il Mulino*, 2016, 5, 846 ss.

[152] Sulla condizione dello Stato "debitore" nel contesto dei rapporti internazionali, dove vengono in larga parte a mancare i privilegi di cui lo Stato gode rispetto a debiti contratti con imprenditori privati, cfr. W. Mark, C. Weidemeier e M. Gulati, *Market Practice and the Evolution ofForeign Sovereign Immunity, in Law & Soc. Inquiry*, 2018, 496 ss.; W.P. Nagan, J.L. Root, *The Emerging Restrictions on Sovereign Immunity: Peremptory Norms of International Law, the U.N. Charter, and the Application of Modern Communications Theory*, in *N.C.J. Int'l L. & Com.*, 2013, specie 411 ss.; G. Salatino, *The Restructuring of Sovereign Debt*, in *Riv. Dir. Comm. Int.*, 2020, 343 ss.

tecnica di cooperazione sia rappresentato dalla sua istituzionalizzazione, preferibile alle molteplici e mutevoli tecniche di rimedi, informali e formali, che connotano i rapporti internazionali[153].

In quest'ottica, sembra malposto anche il problema della ritenuta carenza di pubblicità e trasparenza di *Mes* e *Rrf*. Se non è dubbio che tali meccanismi siano perfettibili, si è già osservato come essi siano strutturati in maniera tale da rendere controllabili e valutabili – da parte degli Stati, dei Parlamenti e dell'opinione pubblica più consapevole – i contenuti e gli effetti delle scelte degli apparati di *Mes* e *Rrf*, degli Stati membri e degli Stati che hanno ottenuto il soccorso finanziario.

La gestione di *Mes* e *Rrf* è caratterizzata da un nucleo di regole organizzative e procedimentali, dall'impiego di una serie di parametri e standard utilizzabili sia ai fini della quantificazione delle misure di sostegno che della definizione delle relative condizionalità, oltre che da sistemi di monitoraggio continuativi. Per quanto limitati, sussistono chiari margini di sindacato delle decisioni assunte ad opera della Corte di Giustizia e, con riferimento alle misure di attuazione delle condizionalità, delle Corti costituzionali degli Stati membri. La stessa discussione pubblica delle misure appare notevole: sia nel dibattito condotto sui media che in quello accademico ogni profilo politico, economico e giuridico del sistema è oggetto di discussione e valutazione da parte degli esperti e di tutti i potenziali interessati[154].

Se non vanno sottovalutati i rischi derivanti dalle scelte effettuate dai governi statali sia nella fase ascendente che in quella di attuazione delle condizionalità imposte da *Mes* e *Rrf*, occorre sottolineare come il problema non risieda tanto nel modo in cui sono strutturati i meccanismi europei, ma nella difettosa implementazione della *rule of law* nell'ambito degli stessi sistemi statali. Il *deficit* di democrazia e trasparenza andrebbe dunque superato, in primo luogo, all'interno dei singoli Stati, in coerenza con la stessa logica sussidiaria che connota l'integrazione sovranazionale[155].

Un terzo problema che appare enfatizzato attiene all'incidenza delle riforme imposte da *Mes* e *Rrf* sul livello di tutela e protezione dei diritti sociali garantiti dalle singole costituzioni. Che tali riforme impongano sacrifici ai cittadini ed alle imprese operanti negli Stati finanziati appare lapalissiano e confermato, sul

---

[153] Cfr. K. Polanyi, *op. cit.*, 316. Per una ricognizione dei vari *default* degli Stati cfr. W. Mark, C. Weidemeier, M. Gulati, *op. cit.*, 500 ss.; G. Salatino, *op. cit.*, 343 ss.

[154] Cfr. A. Arrese, A. Vara-Miguel, *A Comparative Study of Metaphors in Press Reporting of the Euro Crisis*, in *Discourse & Soc.*, 2016, 133 ss.; T. Dergiades, G. Milas e T. Panagioditis, *Tweets, Google Trends, and Sovereign Spreads in the GIIPS*, in *Oxford Econ. Papers*, 2015, 406 ss.; V. A. Schmidt, *Speaking to the Markets or to the People? A Discursive Institutionalist Analysis of the EU's Sovereign Debt Crisis*, in *Brit. Jou. Pol. Int. Rel.*, 2014, 188 ss.

[155] Cfr., in rapporto alla situazione di Ungheria e Polonia ed alle politiche unionali che mirano ad utilizzare le condizionalità inserite nelle misure di sostegno finanziario anche al fine di implementare la *rule of law*, M. Blauberger, V. Van Hüllen, *Conditionality of EU funds: an instrument to enforce EU fundamental values?*, in *Jou. Eu. Int.*, 2020, 1 ss.

piano empirico, dalle vicende della Grecia e, in misura minore, Cipro. A margine delle considerazioni di ordine economico-politico attinenti alle vicende dei due Stati, che imporrebbero di valutare i sacrifici imposti in rapporto alla situazione antecedente alle crisi, le condizionalità non sembrano determinare la trasformazione dello Stato pluriclasse, ma una ridefinizione del ruolo di legislazione e amministrazione[156].

La vicenda in esame si iscrive, con le dovute e necessarie cautele, nel quadro del più generale percorso di modernizzazione dello Stato amministrativo, il cui tratto costante è rappresentato dalla necessità di continue riforme e revisioni degli strumenti utilizzati dagli apparati pubblici per garantire determinati assetti di valori ed interessi, o per adattarli alle molteplici contingenze. La stessa nozione di Stato amministrativo implica, peraltro, un rifiuto di categorizzazioni astratte e legate a correnti ideologiche o filosofico-politiche (come quelle sottese alle formule di Stato liberale o sociale), ponendo l'accento sui variabili equilibri fra funzioni dello Stato e sul ruolo assunto dagli apparati amministrativi nella definizione ed implementazione delle singole politiche pubbliche[157].

Il ricorso a questo ordine di concetti può favorire una diversa chiave di lettura dell'intero fenomeno: *Mes* e *Rrf* non sono causa del superamento di questa forma di Stato, ma ne rappresentano una nuova espressione, in quanto preordinati a risolvere problemi che i singoli apparati governativi ed amministrativi degli Stati non sono in grado di affrontare in totale autonomia[158].

Da un lato, infatti, le amministrazioni non hanno le risorse per fronteggiare in maniera adeguata i problemi demandati alle loro cure, cosicché il ricorso al sostegno di finanziatori pubblici sovranazionali rappresenta una via quasi obbligata per reperire le risorse necessarie a risolvere problemi consolidati o congiunturali, sorti all'interno dei singoli sistemi. Dall'altro, quando i problemi non riguardano i singoli Stati, ma l'intera comunità internazionale – come nel caso della pandemia, ma anche della crisi ambientale palesatasi negli anni Ottanta e conclamata in questo secolo – non stupisce che gli Stati cerchino di coordinare i propri interessi e le loro azioni nell'ambito delle istituzioni sovranazionali.

In tal senso, le condizionalità sottese all'approvazione dei programmi ammessi al *Rrf* palesano il dovere di innovare metodi e contenuti dell'azione amministrativa degli Stati per affrontare problemi politici, economici e giuridi-

---

[156] Con riferimento alla necessità di comparare le situazioni cfr. cfr. P.E. Petrakis, P.C. Kostis, *The Evolution of the Greek Economy. Past Challenges and Future Approaches*, Cham, 2020, 205 ss.

[157] Cfr. M.S. Giannini, *I pubblici poteri*, 318. Sui riflessi del problema sulle riflessioni scientifiche cfr. B. Sordi, *Decostruzioni e ricostruzioni: le ultime fatiche della scienza del diritto amministrativo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2017, 310 ss.

[158] Cfr., fra gli altri, S. Battini, *La globalizzazione del diritto pubblico*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2006, 2, 325 ss.

ci che trascendono le capacità predittive e precettive del diritto positivo statuale e delle stesse costituzioni[159].

Cercando di esprimere in sintesi questo fenomeno si può osservare come le amministrazioni siano sempre meno percepite come titolari di poteri integrativi della legge e sempre più concepite come apparati posti a servizio di cittadini ed imprese operanti nell'intero spazio politico, economico e giuridico dell'Unione Europea. Si sarebbe quindi di fronte, più che ad una reviviscenza della risalente teoria del *service public,* al riconoscimento del ruolo di impulso e direzione dello sviluppo economico sociale riservato alle amministrazioni statali e sovrastatali[160].

Entro questa cornice, gli apparati pubblici diventano parte di un sistema terziario avanzato, che giustifica la specialità delle loro prerogative in rapporto alla loro capacità di guidare e promuovere l'esercizio delle libertà economiche e dei diritti sociali[161].

Resta da chiarire quali siano gli effettivi problemi correlabili al funzionamento di *Mes* e *Rrf* e quali siano gli ambiti di indagine su cui si dovrebbe effettivamente impegnare la scienza giuridica nel prossimo futuro.

Una prima questione riguarda gli ambiti decisionali in cui si esercitano effettivamente le funzioni di indirizzo politico-amministrativo da cui traggono origine le misure e le condizionalità imposte da *Mes* e *Rrf*, espressive di una determinata visione politico-economico-giuridica del processo di integrazione europeo[162].

Nel *Mes*, vengono in rilievo il *board of governors*, il *board of administrators* e gli apparati a servizio della direzione generale, quali organi cui spetta il compito di sintetizzare gli interessi degli Stati e di definire gli obiettivi del meccanismo. Il fatto che tali organi godano di legittimazione democratica indiretta, e di considerevole legittimazione tecnica, non elimina il problema relativo alla giustificazione delle scelte assunte nella definizione delle singole condizionalità e delle stesse misure di finanziamento[163]. Il Trattato istitutivo del *Mes*, le *by laws* ed il regola-

---

[159] Cfr. S. Cassese, *Stato in trasformazione*, cit., 331 ss.; Id., *Lo spazio giuridico globale*, cit., 323 ss.

[160] Fra le più stimolanti interpretazioni del fenomeno, già in atto da alcuni anni, cfr. la posizione assunta da una parte della scienza giuridica tedesca, utilmente compendiata in E. Schmidt Assmann, *La dogmatica del diritto amministrativo nel dibattito tedesco sulla riforma ("la nuova scienza del diritto amministrativo")*, in *Dir. Amm*., 2015, 2, 255 ss.

[161] Sull'amministrazione come parte del sistema terziario cfr. M.S. Giannini, *Il pubblico potere*, cit., 119 ss.

[162] Cfr., fra gli altri, A.J. Menéndez, *The Crisis of Law and the European Crises: From the Social and Democratic Rechtsstaat to the Consolidating State of (Pseudo-)technocratic Governance*, in *Jour. Law & Soc.*, 2017, 56 ss. Con riferimento al caso italiano, cfr. S. Cavatorto, E. De Giorgi, G. Piccolino, *Next Generation EU nel governo paralementare italiano*, in *Riv. It. Pol. Pubbl.*, 2021, 3, 377 ss.; S. Profeti, B. Baldi, *Le Regioni italiane e il Pnrr: la (vana) ricerca di canali d'accesso all'agenzia*, in *Riv. It. Pol. Pubbl.*, 2021, 3, 432 ss.

[163] Cfr. M. Everson, *A Technocratic Tiranny of Certainty*, in J. Přĭ báň, a cura di, *Self-Constitution of European Society. Beyond Eu Politics, Law and Governance*, Londra, 2016, 218 ss.; S. Mudge, *The Social Bases of Austerity. European tunnel vision & the curious case of the missing left*, Speri Paper-9, 2014, 1 ss.; N. Scicluna, S. Auler, *From the rule of law to the rule of rules: technocracy and the crisis of EU governance*, in *West Eu. Pol.*, 2019, 14 ss.

mento n. 472/2013 su questi aspetti manifestano serie carenze, specie a causa del segreto che circonda l'attività dei membri dei vari *board*.

Non meno rilevante è il ruolo ricoperto da Commissione, Bce e Fmi sia nell'ambito del *Mes* che del *Rrf*. Si è visto come questi enti gestiscano direttamente l'attività istruttoria e pre-decisoria che porta alla formulazione dei *MoU* stipulati nell'ambito del *Mes*, come pure nella definizione e valutazione delle misure di sostegno agli Stati nell'ambito del *Rrf*.

In apparenza, le decisioni finali in ordine all'ammissibilità delle misure di sostegno economico rimangono riservate agli organi che esprimono la volontà politica degli Stati (*board of governors* del *Mes* e Consiglio). Nella scienza del diritto amministrativo e nella stessa epistemologia è tuttavia riconosciuto come la fase di raccolta ed organizzazione dei dati, di qualificazione giuridica dei fatti e di individuazione delle strategie di comportamento condizioni ed anticipi i contenuti della fase decisoria, cui spetta sovente il mero compito di ratificare scelte maturate altrove[164].

È agevole ipotizzare come il ruolo di Commissione, Bce e Fmi sia maggiormente accentuato di quanto appare sulla base delle fonti formali che disciplinano il *Mes* e lo stesso *Rrf*. Che la procedura abbia una sua razionalità non è dubbio, giacché il tecnicismo delle decisioni implica che esse siano predisposte da chi ha l'effettiva disponibilità di dati, modelli di sviluppo, strumentario giuridico necessario a garantire determinati obiettivi. Si dovrebbe tuttavia favorire una migliore connessione fra *context of discovery* (dei dati, dei modelli) riservato a Commissione, Bce, Fmi e *context of justification* (dell'opportunità e sostenibilità dei modelli proposti), riservato al *board of governors* o agli Stati[165].

Soffermandoci sul caso italiano, basti osservare come sia stata data scarsa rilevanza al dato – fondamentale – per cui il *pnrr* si basa prevalentemente su prestiti, e non su sovvenzioni a fondo perduto, a differenza di quanto avvenuto per Francia, Germania e Spagna. La scelta è ovviamente libera sul piano politico, ma l'elemento dirimente attiene alla sua giustificazione tecnico-applicativa, rilevante anche ai fini dell'implementazione del piano e dell'attività di monitoraggio

[164] Cfr. F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 232 ss.

[165] Non sembra particolarmente incisivo, al riguardo, l'art. 25 del regolamento n. 2021/241, relativo alla trasparenza del procedimento di erogazione dei finanziamenti nell'ambito del *Rrf*. La trasparenza fa infatti riferimento alla fase della procedura che segue la trasmissione dei singoli *pnrr* alla Commissione, ma non alla fase antecedente, né, in particolare, alla fase delle trattative e dei possibili confronti fra Stato richiedente e Commissione stessa. Altrettanto anodine sembrano le previsioni dell'art. 34 del regolamento, che pur stabilendo oneri di informazione, comunicazione e pubblicità correlati alla procedura di finanziamento lasciano alla Commissione un certo margine discrezionale in materia (come stabilisce il comma 1, la Commissione «può») e non hanno ad oggetto le fasi preliminari di predisposizione dei piani e della loro valutazione.

dell'Ue: sul punto, il livello del dibattito pubblico e scientifico è parso inferiore all'importanza del tema[166].

Una seconda questione attiene alla definizione dei modelli amministrativi – e, in generale, istituzionali – da implementare mediante le riforme imposte attraverso le condizionalità. Si è ampiamente osservato come essi facciano riferimento alla semantica dell'amministrazione "responsabile" nei confronti di cittadini ed imprese, a propria volta correlata ad una concezione latamente manageriale dell'agire pubblico. Le categorie generali possono essere utili per avvicinarsi al fenomeno, ma ciò non toglie che le indagini debbano essere compiute in rapporto all'impatto delle singole misure imposte da *Mes* e *Rrf* sul funzionamento di ciascun apparato.

Dall'esame delle condizionalità contenute nei *MoU* e delle raccomandazioni rivolte agli Stati ai fini della formazione dei programmi da finanziare mediante il *Rrf* sembra emergere la necessità di rafforzare le capacità di valutazione e scelta dei funzionari amministrativi, tenuti ad assumere decisioni in contesti caratterizzati da scarsità di risorse, vincoli di bilancio e scopo. Nel momento in cui si sollecita la maggiore indipendenza dell'amministrazione dalla politica si sottende, pertanto, che molte decisioni latamente politiche vadano assunte dagli apparati amministrativi.

Una simile concezione dell'amministrazione può tuttavia operare solo se, a fianco della responsabilizzazione politica degli apparati si stabiliscono le sanzioni a carico dei dirigenti e dei funzionari per mancato raggiungimento degli obiettivi. L'esigenza di *accountability*, intesa come dovere di rendiconto, deve accompagnarsi alla definizione di misure di *liability* del personale amministrativo, da affiancare ai tradizionali strumenti di tutela dei cittadini e delle imprese. Sul punto, le condizionalità imposte da *Mes* e *Rrf* non contengono indicazioni convincenti e lasciano aperto il problema rappresentato dalla necessità di garantire dei razionali sistemi di controllo e misurazione dei risultati ottenuti dalle amministrazioni, evitando, al contempo, il rischio di irrigidire la loro azione e di incentivare pratiche di burocrazia difensiva[167].

Una terza questione attiene alla complessiva efficacia delle riforme incentivate da *Mes* e *Rrf*. Per quanto i sistemi di monitoraggio e controllo degli adempimenti degli Stati possano contribuire a misurare e valutare l'attività degli Stati ed il suo impatto sulla situazione economica dei vari Paesi, occorre considerare come le riforme previste possano dare risultati apprezzabili unicamente nel medio

[166] Sul punto cfr., tuttavia, M. Villani, S. Vasarri, *La governance del Recovery Fund ed il sistema dei controlli*, in *Riv. Corte Conti*, 2021, 1, 19 ss.

[167] Sulla burocrazia difensiva cfr., tra gli altri, S. Battini, F. Decarolis, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2019, 1, 293 ss.

o lungo periodo, non potendo essere dissociate dallo sviluppo culturale dei sistemi in sofferenza[168].

Limitando i riferimenti al caso italiano, non è dubbio che le riforme degli apparati rischino di rivelarsi del tutto vane se ad esse non si accompagna al superamento di un sistema culturale storicamente caratterizzato dalla scarsa osservanza dei precetti legali, dalla diffusione di prassi corruttive, dalla tendenza all'evasione fiscale e da altri connotati della mentalità italiana, più che del sistema amministrativo in quanto tale[169]. Accanto alle singole riforme andrebbe quindi rafforzato il monitoraggio del rispetto della *rule of law* in ciascuno Stato.

Dall'esame dei *MoU* o delle raccomandazioni indirizzate agli Stati ai fini della redazione dei piani da finanziare con il *Rrf* questi profili risultando del tutto trascurati, sul presupposto che il modello ottimale di amministrazione individuato dalla Commissione, dalla Bce e dal Fmi possa diffondersi in tutti i contesti, vuoi in forza della sua razionalità intrinseca, vuoi in forza del fatto che esso risulta il più idoneo a determinare lo sviluppo delle economie e delle società.

L'assunto rischia tuttavia di rivelarsi fallace, come dimostrano, sul piano empirico, gli studi relativi alla circolazione dei modelli giuridici determinata da fattori esogeni alle culture locali o alla spontanea capacità di adattamento ed imitazione dei singoli sistemi[170].

---

[168] Con riferimento alla Grecia, cfr. C. Alcidi, L. Bonatti, A. Fracasso, *The Greek Crisis and Its Structural Features: Some Insights from a Comparative Exercise*, in L. Paganetto, a cura di, *Stagnation versus Growth in Europe. Capitalism in the 21st Century*, Cham, 2016, 133 ss.

[169] Cfr. G. Berruti, M.F. Palestino, *Contested Land and Blurred Rights in the Land of Fires (Italy)*, in *International Planning Studies*, 2020, 277 ss.; I. Pardo, *Governance Without Legitimacy: An Italian Conundrum of Democracy*, in I. Pardo, G. Prato, a cura di, *Legitimacy. Ethnographic and Theoretical Insights*, Berlino, 2018, 57 ss.

[170] Cfr. M. Bussani, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, 2010, 25 ss.

Meccanismo europeo di stabilità e Recovery and Resilience Facility *quali fattori di trasformazione dello Stato amministrativo*

Il saggio esamina la disciplina di MES e Recovery Fund al fine di stabilire se la loro attuazione ed applicazione da parte degli Stati membri dell'Ue comporti delle trasformazioni nel sistema amministrativo, determinando una ridefinizione dei ruoli, delle competenze e delle funzioni delle singole amministrazioni. Dopo un esame dei sistemi di soccorso economico-finanziario agli Stati e delle procedure che caratterizzano l'erogazione dei finanziamenti, il saggio si sofferma sugli effetti derivanti dal ricorso ad indebitamento o finanziamento, specie con riferimento alle "condizionalità" imposte dagli enti finanziatori ed accettate dagli Stati. Per quanto possibile, l'esame è condotto anche in rapporto alla casistica già sperimentata (specie i casi di Grecia e Cipro). Contro le astratte critiche di chi individua in MES e Recovery Fund degli strumenti di contrazione della sovranità, riduzione dei livelli di democrazia, imposizione di modelli "neoliberisti", il saggio evidenzia i pregi ed i limiti dell'architettura istituzionale e procedurale che caratterizza i sistemi di finanziamento.

The European Stability Mechanism and the Recovery and Resilience Facility: a transformation of the administrative State?

The essay examines the regulation of the ESM and the Recovery Fund in order to determine whether their implementation by EU Member States leads to transformations in the administrative system, resulting in a redefinition of the roles and powers of administrations. After an examination of the procedures of economic and financial aid to States, the essay examines on the effects of borrowing or financing, especially with reference to the "conditionalities" imposed by the financing bodies. The analysis is conducted in relation to case studies (especially Greece and Cyprus). Against the abstract criticisms of those who identify the ESM and the Recovery Fund as instruments for the contraction of sovereignty, the reduction of democracy levels, and the imposition of "neo-liberal" ideas, the essay highlights the merits and limits of the institutional and procedural architecture that characterises the financing systems.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 69, n. 112 (3 2023) pp. 51-88

Articoli e saggi

Politiche di bilancio e vincoli europei*

Michele Trimarchi

Sommario: 1. Politiche di bilancio e sovranità del legislatore statale. – 2. I vincoli europei come fattore di erosione delle politiche di bilancio. – 3. Dalla crisi economica del 2007 alla costituzionalizzazione dei vincoli europei. – 3.1. La risposta dell'Unione alla crisi e il *Fiscal Compact.* – 3.2. L'incidenza del *Fiscal Compact* sulle politiche di bilancio degli Stati membri. – 3.3. Le conseguenti modifiche della Costituzione italiana con la legge costituzionale n. 1/2012. – 4. Vincoli di bilancio e dintorni: la solidarietà tra gli Stati e l'unione bancaria. – 4.1. I meccanismi di assistenza agli Stati in crisi. – 4.2. Gli strumenti non convenzionali della Bce. – 4.3. L'Unione bancaria. – 5. Vincoli di bilancio e crisi da pandemia: una risposta dell'Europa tra (prevalente) continuità ed (incerta) discontinuità. – 6. Conclusioni e scenari.

1. *Politiche di bilancio e sovranità del legislatore statale*

L'attuazione delle politiche pubbliche da parte degli Stati richiede quasi sempre l'impiego di risorse finanziarie[1]: o perché comporta un trasferimento diretto di denaro a cittadini o imprese; oppure, più frequentemente, perché trova la propria trascrizione giuridica in leggi che attribuiscono all'amministrazione il compito di erogare funzioni o servizi[2]. La destinazione delle risorse è strumentale all'attuazione delle politiche pubbliche ma è anche, essa stessa, una decisione «politica», in quanto presuppone una scelta allocativa di risorse scarse[3].

Il contenuto delle politiche di bilancio riflette l'evoluzione del ruolo dei poteri pubblici e dei compiti che essi assumono nei confronti della società. Quan-

* Il contributo fa parte di una ricerca su Stato ed economia promossa dall'Istituto di Ricerca sulla Pubblica Amministrazione - IRPA con il coordinamento dei professori S. Del Gatto e M. Macchia.

[1] Una politica pubblica – secondo la definizione ormai classica datane da David Easton – «consiste in una rete di decisioni e di azioni che alloca valori»: D. Easton, *The political system: an inquiry into the State of political science*, New York, 1953, 130, tr. it.: *Il sistema politico*, Milano, 1973.

[2] In questo caso, ai costi delle prestazioni si aggiungono quelli per il funzionamento degli apparati.

[3] Sul punto, di recente, W. Giulietti, *Funzione politica del bilancio e tutela dell'interesse finanziario tra tecnica e diritto*, in *Il diritto dell'economia*, 2019, 282 s.

do l'amministrazione – con l'avvento dello Stato pluriclasse e le Costituzioni del secondo dopoguerra – ha cominciato ad occuparsi non soltanto della tutela della libertà e della proprietà e dell'ordine pubblico, bensì anche e soprattutto del benessere dei cittadini e del soddisfacimento dei diritti sociali[4], si sono imposte politiche finanziarie improntate al progressivo aumento della spesa pubblica, al quale si è fatto fronte con il largo impiego della leva fiscale e soprattutto tramite l'emissione di titoli di Stato e quindi la contrazione di debito pubblico.

Gli Stati europei meno accorti, come l'Italia, hanno avvertito con preoccupazione le dimensioni raggiunte dal proprio debito solo nel momento in cui hanno ceduto la sovranità monetaria all'Unione, poiché ciò ha impedito loro di far fronte all'aumento dei tassi di interesse tramite l'inflazione[5]. Questo, insieme alla crescente attenzione rivolta dalle istituzioni europee alla stabilità delle finanze degli Stati dell'eurozona, ha posto al centro del dibattito pubblico il tema della sostenibilità del debito[6].

Invero, i costituenti italiani si erano posti il problema se prevedere vincoli alla spesa pubblica e avevano accolto una soluzione compromissoria[7]. Non fu

---

[4] Sullo Stato pluriclasse, per tutti, M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, 45 ss.; S. Cassese, *Lo 'Stato pluriclasse'*, in *L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, a cura di S. Cassese, G. Carcaterra, M. D'Alberti, A. Bixio, Bologna, 1994.

[5] Come noto, l'inflazione riduce il peso del debito per lo Stato in quanto agisce come una tassa occulta sui risparmiatori che detengono i titoli del debito pubblico. In Italia, all'inizio degli anni Ottanta, per effetto delle politiche monetarie espansive effettuate dalla Banca d'Italia nel decennio precedente sotto il controllo del Tesoro, l'inflazione era al 20% e il debito pubblico era al 60%. L'ammontare di risorse che l'inflazione trasferiva dai risparmiatori allo Stato era all'incirca pari al 12%, del Pil, cioè «una cifra notevolissima, il doppio dell'attuale gettito di tutta l'Iva (che è circa al 6 per cento del Pil). Questo è anche il contributo dell'inflazione al contenimento del rapporto fra debito e Pil, che viene meno quando l'inflazione scende»: così G. Galli, *Il divorzio fra Banca d'Italia e Tesoro: teorie sovraniste e realtà*, in *Osservatorio dei conti pubblici italiani*, 2018, reperibile al sito osservatoriocpi.unicatt.it/cpi-archivio-studi-e-analisi-il-divorzio-fra-banca-d-italia-e-tesoro-teorie-sovraniste-e-realta, dove sono anche puntualmente indicati i gravi difetti della tassa da inflazione.

[6] Gli economisti sono concordi nel ritenere che un debito troppo alto aumenta il rischio delle crisi economiche (ad esempio, A. Bassanetti, C. Cottarelli, A.F. Presbitero, *Lost and found: Market access and public debt dynamics*, Oxford Economics Papers, 2018, 71 (2), 445-471) mentre è discusso se esso abbia anche l'effetto di ridurre il tasso di crescita di lungo periodo. Questa tesi è stata sostenuta su basi empiriche da C.M. Reinhart and K.S. Rogoff, *Growth in a Time of Debt*, in *American Economic Review: Papers & Proceedings* 100 (May 2010): 573-578. L'articolo, che ha avuto una certa influenza sulle politiche di austerità, ha suscitato un vivo dibattito presso gli economisti. In particolare, sono stati rilevati alcuni errori metodologici che hanno messo in dubbio le conclusioni raggiunte (T. Herndon, M. Ash, *Does High Public Debt Consistently Stifle Economic Growth? A Critique of Reinhart and Rogoff* , Political Economy Research Institute, University of Massachusetts Amherst, 15 aprile 2013, 1). La correlazione tra debito pubblico eccessivo e riduzione del tasso di crescita ha comunque trovato conferma in studi successivi, come ad esempio M. Kumar, J. Woo, *Public Debt and Growht*, Economica, 2015, Volume 82, Issue 328 October

[7] Come ricorda A. Morrone, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale,* in *Rivista telematica dell'Associazione italiana dei costituzionalisti,* in *www.associazionedeicostituzionalisti.it,* 2014, 1, 1, in Assemblea Costituente furono affrontati principalmente due problemi: «il primo, quello di limitare l'iniziativa legislativa (specie parlamentare) in materia finanziaria per evitare politiche di spesa demagogiche, che portò alla previsione dell'obbligo di copertura, su iniziativa di Vanoni e di Einaudi «come garanzia delle tendenza al pareggio di bilancio»; il secondo, relativo al contenuto di quest'obbligo, con la sostituzione dell'originario testo proposto da Mortati

previsto il vincolo al pareggio tra le entrate e le spese; furono però previsti l'obbligo, per le leggi che importano nuove e maggiori spese, di indicare i mezzi necessari per farvi fronte (art. 81, quarto comma)[8] e il divieto di «stabilire nuovi tributi e nuove spese» con la legge di bilancio (art. 81, terzo comma).[9]

La tesi che da queste disposizioni si potesse evincere, sia pur indirettamente, un vincolo costituzionale alla spesa pubblica rimase largamente minoritaria[10] a causa del diffuso atteggiamento di insofferenza della cultura giuridico-istituzionale del dopoguerra rispetto all'idea che le decisioni di carattere finanziario potessero essere

("le leggi le quali comportino maggiori oneri finanziari devono provvedere ai mezzi necessari per fronteggiarla") con quello meno impegnativo e più duttile sollecitato da Bozzi e da Perassi (in "le leggi…devono indicare i mezzi […]")».

[8] A. Pirozzoli, *Il vincolo costituzionale del pareggio di bilancio,* in *Rivista telematica dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, www.associazionedeicostituzionalisti.it*, 2011, 4, 4; A. Brancasi, *La disciplina costituzionale del bilancio: genesi, attuazione, evoluzione, elusione,* in *Il Filangeri-Quaderno 2011*, 7, il quale osserva che l'obbligo di copertura finanziaria per le leggi di spesa fu inserito come contropartita all'iniziativa di spesa delle Camere.

[9] Anche la competenza esclusiva del Governo in relazione alla predisposizione e alla presentazione alle Camere del disegno di legge di bilancio (comunque emendabile dal Parlamento) costituisce espressione dell'attenzione dei costituenti al contenimento delle spese. Sul timore espresso in Costituente che l'attribuzione dell'iniziativa in materia di bilancio al Parlamento potesse generale una politica di spesa demagogica v. l'intervento dell'on. Porzio nella seduta del 24 ottobre 1946, *Atti dell'Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, Seconda Sottocommissione*, 420, nonché l'intervento dell'on. Einaudi nella stessa seduta che individuava il maggiore pericolo nella tendenza dei deputati di «proporre spese senza nemmeno rendersi conto dei mezzi necessari per fronteggiarle». Cfr. V. Onida, *Le leggi di spesa nella Costituzione*, Milano, 1969, 152; A. Pirozzoli, *Il vincolo costituzionale del pareggio di bilancio,* cit., 4; L. Gianniti, *Il pareggio di bilancio nei lavori della Costituente,* in *www.astrid-online.it.*: A. Brancasi, *La disciplina costituzionale del bilancio*, cit., 7; C. Golino, *Il principio del pareggio di bilancio,* Padova, 2013, 83 ss. Sulla emendabilità del bilancio da parte del Parlamento cfr. S. Bartole, *Commento all'art. 81 Cost.,* in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1979, 210; N. Lupo, *Costituzione e bilancio. L'art. 81 della Costituzione tra attuazione, interpretazione e aggiramento,* Roma, 2007, 59 ss., anche con riferimento ai limiti all'emendabilità del bilancio.

[10] L'opinione si fondava su una lettura combinata del terzo e del quarto comma dell'art. 81, i quali prevedevano, rispettivamente, che il bilancio non può «stabilire nuovi tributi e nuove spese» e che le leggi che comportano nuove spese devono «indicare i mezzi per farvi fronte». Secondo questa impostazione, la legge di bilancio era una legge in senso meramente formale, il cui contenuto era integralmente predeterminato dalle altre leggi che, fuori dal bilancio, disponevano nuove spese e che erano tuttavia sottoposte all'obbligo di copertura. Se le spese possono essere previste solo fuori dal bilancio con leggi apposite, e se tali leggi sono sottoposte all'obbligo di copertura, la conclusione è che la Costituzione non ammette spese che non siano coperte da entrate (c.d. spese *in deficit*). Cfr. G. Castelli Avolio, *L'esame in Parlamento del bilancio dello Stato*, appendice alla relazione della Commissione finanze e tesoro sul disegno di legge concernente lo stato di previsione dell'entrata e della spesa del Ministero del tesoro per l'esercizio finanziario 1955-56 (A.C., II legislatura, n. 1603-A e n. 1603-*bis*-A, 53 s., 58 s.); G. Bognetti, *La Costituzione economica italiana,* Milano, 1995, 112; G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo,* Torino, 2017, 152 ss. In questo senso anche A. Pace, *Pareggio di bilancio: qualcosa si può fare,* in *Rivista telematica dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, www.associazionedeicostituzionalisti.it*, 2011, 3, 1, appellandosi al canone della ragionevolezza e quindi a «un'interpretazione adeguata alla gravità dell'attuale situazione finanziaria». Osserva R. Perna, *Costituzionalizzazione del pareggio di bilancio ed evoluzione della forma di governo italiana,* in *Il Filangeri - Quaderno 2011*, 23, che «dal punto di vista strettamente testuale, il combinato disposto tra il terzo ed il quarto comma dell'articolo 81 riduce al minimo gli spazi per la creazione intenzionale di deficit di bilancio in funzione anticongiunturale (secondo i paradigmi della finanza pubblica discrezionale), e sembra recepire un modello assai rigoroso di finanza pubblica neutrale». L'A. peraltro rileva il carattere originale nel panorama costituzionale di una soluzione che affida l'obiettivo dell'equilibrio di bilancio non alla legge di bilancio ma al vincolo del pareggio della decisione incrementale di spesa.

sottoposte a vincoli giuridici di carattere quantitativo[11]. Prevalse l'interpretazione, avallata dalla Corte costituzionale[12], secondo cui il testo costituzionale si limitava a conformare i processi decisionali di determinazione della politica finanziaria, rimettendone i contenuti alla decisione sovrana delle forze di maggioranza[13].

In definitiva, la Costituzione fu interpretata nel senso che i vincoli alle politiche di bilancio da essa previsti fossero soltanto di ordine procedurale[14], tesi a «conformare i processi decisionali del legislatore costringendolo a calcolare l'entità della spesa indotta dalle sue decisioni ed a valutarne la sostenibilità in relazione agli equilibri di bilancio ritenuti auspicabili»[15]. Benché sia stato acutamente osservato che in questo modo si «tratteggiava un sistema che, rispetto al merito delle politiche, restava assolutamente neutro, non esprimeva alcuna opzione di politica economica consentiva politiche espansive, così come anche restrittive»[16],

[11] Significativo il rimprovero mosso da Giannini a Orlando di aver preso le mosse da un'idea astratta di «ingerenza pubblica» (M.S. Giannini, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, 5), quando quest'ultimo aveva segnalato il rischio che, con l'aumento esponenziale dei compiti assunti dallo Stato moderno e la sua ingerenza nella vita economica, la finanza, da semplice mezzo, finisse con il prevalere «sui fini stessi dello Stato moderno» (V.E. Orlando, *Introduzione,* in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di Id., Milano, 1900, XII). Cfr. G. Della Cananea, *Dalla contabilità di Stato alle finanze pubbliche: la prospettiva europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 1144.

[12] La Corte costituzionale ha avallato la tesi che nessun vincolo di ordine quantitativo alla spesa potesse desumersi dall'art. 81 Cost. con una celebre pronuncia nella quale si legge che la «politica di spesa […] deve essere contrassegnata non già dall'automatico pareggio del bilancio, ma dal tendenziale conseguimento dell'equilibrio tra entrate e spesa: Corte cost., sentenza n. 1 del 1966, in *Giur. cost.*, 1966, 1 ss., con osservazioni di V. Onida, *Portata e limiti dell'obbligo di indicazione della "copertura" finanziaria nelle leggi che importano "nuove o maggiori spese".* La formula utilizzata è per certi aspetti equivoca: in realtà la Corte, ritenendo che l'obbligo di indicare nelle leggi diverse dal bilancio i mezzi per fronteggiare le nuove o maggiori spese dovesse essere osservato con rigore solo per le spese afferenti l'esercizio in corso (Mentre altrettanto rigore non è richiesto riguardo agli esercizi futuri, per i quali è sufficiente la previsione – non irrazionale né arbitraria – di una maggiore entrata in equilibrato rapporto con la spesa da effettuare nei successivi esercizi e in armonia con le previsioni economico-finanziarie del Governo. Cfr. Corte cost., sentenza n. 22 del 1968, in *Giur. cost.*, 1968, 417 ss., e n. 12 del 1987, in *Giur. cost.*, 1987, 71 ss.), ha sancito la legittimità del ricorso all'indebitamento come forma di copertura degli oneri finanziari gravanti sugli esercizi futuri, escludendo così che la Costituzione ponesse argini all'espansione della spesa.

[13] Si argomentò che l'obbligo di indicare la copertura finanziaria delle nuove spese era riferito dalla Costituzione soltanto alle leggi che «importano spese», cioè a quelle che prevedono direttamente una spesa e ne definiscono l'ammontare che dovrà essere iscritto in bilancio. La legge di bilancio, essendo sottratta all'obbligo di copertura, era così legittimata ad assentire spese *deficit* per la copertura dei costi derivanti dalle leggi con le quali, nel corso dell'esercizio finanziario, erano stati attribuiti funzioni e compiti all'amministrazione. La funzione dell'obbligo di copertura non era dunque di garantire l'equilibrio di bilancio, bensì di «rendere consapevoli» le leggi di spesa delle proprie conseguenze finanziarie. Tale obbligo non era esteso al legislatore del bilancio poiché questi è intrinsecamente consapevole delle implicazioni finanziarie delle proprie decisioni, in quanto le assume avendo presente e giustapponendo l'ammontare complessivo delle spese a quello delle entrate. Su questi aspetti, per tutti, cfr. A. Brancasi, *Bilancio (equilibrio di)*, in *Enc. Dir.*, Ann. VII, Milano, 2014, 171.

[14] Per l'esame puntuale e aggiornato dei vincoli procedurali e formali al bilancio si rinvia a W. Giulietti, *op. cit.*, 287 ss.

[15] È la tesi di V. Onida, *Le leggi di spesa nella costituzione,* cit., 450 ss., su cui A. Brancasi, *Il principio del pareggio di bilancio in Costituzione,* in *Osservatoriosullefonti.it*, 2012, 2, 8.

[16] A. Brancasi, *La disciplina costituzionale del bilancio*, cit., 10 s. Questa lettura è in sintonia con l'opinione prevalente, secondo cui la Costituzione italiana non adotta un preciso modello economico di riferimento:

in prospettiva storica è difficile non riconoscere che l'interpretazione costituzionale prevalente abbia accompagnato e legittimato il progressivo aumento della spesa pubblica in Italia e la correlata crescita del debito dello Stato.

2. *I vincoli europei come fattore di erosione delle politiche di bilancio*

Anche il Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea (Trattato di Roma del 1957) non fissava limiti quantitativi al *deficit* e al debito pubblico degli Stati membri. La politica finanziaria, come del resto quella monetaria, era considerata espressione della sovranità statuale[17].

L'obiettivo di armonizzare la gestione dei bilanci nazionali venne posto al centro dell'agenda europea con il Piano Werner nel 1970, ma la proposta non ebbe seguito[18]. Da allora in avanti, per diversi anni, la Comunità economica europea si è concentrata sul coordinamento delle politiche monetarie, trascurando le politiche finanziarie degli Stati membri[19].

La svolta è segnata dal Trattato istitutivo dell'Unione Europea, firmato a Maastricht nel 1992. Questo ha previsto l'introduzione della moneta unica e, correlativamente, ha individuato nella stabilità finanziaria degli Stati la condizione essenziale per la stabilità della moneta stessa[20]. Pertanto ha introdotto, per la pri-

---

M. Luciani, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. Pubbl.*, V, Torino, 1990, 374 ss.; Id., *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini,* in *Astrid rassegna,* 2013, 3, 39, dove si insiste sul fatto che la Costituzione italiana non impone neppure «un modello di società ma sollecita semplicemente un progetto di trasformazione sociale e, consentendo a ciascuno di sviluppare pienamente la propria personalità, di questa non definisce un "modello" generale, permettendo – invece – i più vari progetti di vita (è questa la vera sostanza dell'art. 3, comma 2)»; F. Angelini, *Costituzione ed economia al tempo della crisi,* in *Rivista telematica dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, www.associazionedeicostituzionalisti.it,* 2012, 4, 1 ss.

[17] R. Perez, *Cessioni di sovranità e poteri di bilancio,* in *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio*, cit., 353; V. Cerulli Irelli, *I vincoli europei e le esigenze di coordinamento della finanza pubblica*, in *Lavoro nelle p.a.*, 2006, 808; G. Pitruzzella, *Chi governa la finanza pubblica in Europa?*, in *Quad. cost.*, 2012, 16.

[18] Cfr. G. Della Cananea, *Indirizzo e controllo della finanza pubblica*, cit., 38.

[19] Basti pensare all'istituzione del Fondo europeo per la cooperazione monetaria, con Regolamento (CEE) n. 907/73 del Consiglio del 3 aprile 1973 e del Sistema monetario europeo, con Regolamento (CEE) n. 3181/78 del Consiglio del 18 dicembre 1978. In entrambi i casi si è fatto leva sulla clausola generale dei poteri impliciti (art. 235 Trattato CEE). In un secondo momento, con l'Atto unico europeo del 1986, l'obiettivo della «convergenza delle politiche economiche e monetarie per l'ulteriore sviluppo della Comunità» è stato espressamente introdotto nel Trattato CEE (art. 102 A). Su queste vicende cfr. G. Della Cananea, *Indirizzo e controllo della finanza pubblica*, cit., 38.

[20] Regole che obbligano gli Stati a una politica di bilancio responsabile sono essenziali perché all'interno di un'unione monetaria i segnali di mercato derivanti dall'andamento dei tassi di interesse sui titoli del debito pubblico sono meno evidenti e, quindi, i responsabili della politica di bilancio di un paese potrebbero essere indotti a realizzare *deficit* di bilancio più elevati di quelli sostenibili. Inoltre, le politiche nazionali potrebbero riflettere dinamiche di breve periodo non compatibili con la condivisione della moneta. Cfr. Servizio del bilancio del Senato della Repubblica, *La* governance *economica europea*, giugno 2013, 3, 2.

ma volta a livello costituzionale europeo, regole puntuali in materia finanziaria[21], ponendole come condizioni per l'accesso degli Stati all'Unione monetaria»[22].

La situazione della finanza pubblica degli Stati è considerata sostenibile quando il bilancio non è caratterizzato da un disavanzo eccessivo (art. 109 J, comma 1), cioè se il rapporto deficit[23]/Pil è inferiore al 3% e il debito lordo[24] è inferiore al 60% del Pil (v. Protocollo sulla procedura per disavanzi pubblici eccessivi) [25]. A presidio del divieto di disavanzi eccessivi è prevista la procedura di infrazione, che si attiva su impulso della Commissione e si articola in quattro fasi, l'ultima delle quali, di competenza del Consiglio, a carattere cautelare-sanzionatorio nei confronti dello Stato inadempiente[26].

La procedura di infrazione conteneva significativi elementi di flessibilità[27]. Si attribuivano alla Commissione ampi margini di discrezionalità nella valutazione della posizione degli Stati, avallando interpretazioni indulgenti dei vincoli, o comunque valutazioni di natura politica[28], tanto da far ritenere che il divieto di disavanzi eccessivi presentasse essenzialmente un valore di *moral suasion* per gli Stati[29]. Di certo, il Trattato non imponeva agli Stati di mantenere il bilancio in pareggio, ma di «determinare e mantenere equilibri finanziari che tengano conto

---

[21] Il rilievo costituzionale dei vincoli è messo in evidenza da G. Della Cananea, *Indirizzo e controllo della finanza pubblica*, cit., 53, il quale osserva che «sul piano formale, essi sono sanciti dal Tue e dai protocolli ad esso allegati, che si inseriscono sul tessuto normativo costituito dai trattati istitutivi e dagli accordi che li hanno successivamente modificati o integrati. Inoltre, sul piano, distinto da quello formale, della logica dei valori, questo insieme di principi e regole fa parte a buon titolo del nucleo fondamentale della Costituzione economica».

[22] Cfr. V. Cerulli Irelli, *I vincoli europei e le esigenze di coordinamento della finanza pubblica*, cit.

[23] Il deficit (o indebitamento netto) è costituito dalla differenza tra le entrate e le spese coperta mediante indebitamento.

[24] Il debito pubblico è Stato costituito dalle passività del settore pubblico necessarie per finanziare il disavanzo, rappresentate dai titoli di collocati sul mercato.

[25] R. Perez, *Il controllo della finanza pubblica,* in *La nuova costituzione economica*, a cura di S. Cassese, Roma-Bari, 2007, 285 s.

[26] A fronte della perdurante inottemperanza dello Stato, il Consiglio può disporre la pubblicazione di informazioni supplementari prima dell'emissione dei titoli, invitare la Banca europea degli investimenti a riconsiderare le politiche di prestiti allo Stato, obbligare lo Stato a costituire un deposito infruttifero di importo adeguato e, infine, obbligarlo a pagare una ammenda di entità adeguata. Come rilevato, «solo l'ultima delle quattro misure ha un contenuto sanzionatorio, le altre avendo un contenuto misto, cautelare-ripristinario-sanzionatorio»: R. Perez, *Il controllo della finanza pubblica*, cit., 286; C. Golino, *op. cit.*, 17 s.

[27] Era previsto che la Commissione tenesse in considerazione nella valutazione della situazione finanziaria dei paesi anche i ritmi di avvicinamento ai parametri e l'eccezionalità delle circostanze che determinano un loro eventuale sforamento. L'art. 104 C, comma 2, consente, infatti, che, in uno Stato, «il rapporto disavanzo/debito/Pil, sia superiore al valore di riferimento, se esso sia diminuito in modo sostanziale e continuo e abbia raggiunto un livello che si avvicina al valore di riferimento, ovvero quando il superamento sia eccezionale e temporaneo e il rapporto resti vicino al valore di riferimento»: R. Perez, *La finanza pubblica,* in *Trattato di diritto amministrativo*, Tomo I, a cura di S. Cassese, Milano, 2003, 595 s.; G. Pitruzzella, *Chi governa la finanza pubblica in Europa?,* cit., 16; G. Della Cananea, *Indirizzo e controllo*, cit., 47.

[28] G. Della Cananea, *Indirizzo e controllo,* cit., 49 s., il quale peraltro osserva che la politicità delle decisioni è intrinseca nella natura della Commissione, che è appunto una istituzione eminentemente politica.

[29] R. Perez, *Cessioni di sovranità e poteri di bilancio*, cit., 353 s.

dell'esigenza di ridurre i disavanzi eccessivi»[30]. Un controllato ricorso all'indebitamento rimaneva consentito, soprattutto per finanziare la spesa per investimenti[31].

Detto ciò, il Trattato di Maastricht ha segnato una svolta epocale nell'approccio alla disciplina delle finanze pubbliche, in quanto da un vincolo procedurale a carico del legislatore nazionale, come quello derivante dall'interpretazione invalsa dell'art. 81 Cost., si è passati a un vincolo di carattere quantitativo-sostanziale, sebbene con gli ampi margini di elasticità che si sono visti e che giustificano la conclusione che il Trattato sull'Unione europea non ha privato gli Stati della loro sovranità nell'ambito delle politiche di bilancio.

Che le politiche di bilancio rimanessero prerogativa delle istituzioni nazionali, nel rispetto del principio di sussidiarietà, è confermato dal divieto per l'Unione e per gli Stati di rispondere dei debiti assunti da uno Stato membro o dalle unità istituzionali operanti al suo interno (la c.d. *no-bail out provision*, prevista all' art. 104 B, comma 1)[32]. L'individuazione dello Stato come responsabile delle politiche fiscali, infatti, è il naturale completamento dell'autonomia che lo Stato stesso mantiene rispetto all'Unione nella gestione dei propri bilanci; autonomia che gli consente di ricorrere anche ad un controllato indebitamento, rispetto al quale il governo nazionale è politicamente responsabile davanti a cittadini e mercati[33].

Il Patto di stabilità e crescita del 1997[34] segna un avanzamento dei vincoli europei a carico delle decisioni di bilancio degli Stati. Esso prevede l'impegno degli Stati a rispettare l'obiettivo a medio termine di un saldo di bilancio «prossimo al pareggio o positivo». A tutela di questo obiettivo, il regolamento n. 1466/97 introduce misure inedite di carattere preventivo[35] nell'ambito della

---

[30] G. Della Cananea, *Indirizzo e controllo*, cit., 57 s.

[31] *Ibidem*.

[32] Cfr. R. Perez, *Il patto di stabilità e crescita: verso un Patto di flessibilità?,* in *Giorn. dir. amm.,* 2002, 997 ss; C. Golino, *op. cit.*, 19; R. Perez, *Cessioni di sovranità e poteri di bilancio*, cit., 353.

[33] Cfr. G. Della Cananea, *Indirizzo e controllo della finanza pubblica*, cit., 46. V. anche Id., *La "pubblicità" dei disavanzi eccessivi: tecniche di determinazione ed effetti*, cit., 579: «contrariamente al governo della moneta, […] il governo della finanza si ispira al principio di sussidiarietà. Le regole e i controlli comunitari restringono, ma non annullano, le possibilità di manovra delle quali i singoli Stati dispongono. Lasciano intatti i margini di scelta discrezionale relativi alla determinazione dei livelli di tassazione, quelli concernenti la distribuzione della spesa pubblica tra i vari programmi, la possibilità di ricorrere all'indebitamento per finanziare le spese di investimento».

[34] Composto da una risoluzione approvata al Consiglio europeo di Amsterdam del 17 giugno e dai regolamenti del Consiglio nn. 1466/97 e 1467/97 del 7 luglio 1997.

[35] Sul versante preventivo il regolamento n. 1466/97 stabilisce che gli Stati partecipanti all'unione monetaria presentano al Consiglio e alla Commissione un programma di stabilità nel quale individuano l'obiettivo a medio termine di una situazione di bilancio con un saldo prossimo al pareggio o in attivo e delineano il percorso di avvicinamento a tale obiettivo nonché l'andamento previsto del rapporto debito pubblico/Pil con la descrizione dei provvedimenti di bilancio e delle altre misure di politica economica adottati o proposti a tal fine (art. 3, comma 2). Avvalendosi anche delle informazioni fornite dallo Stato sull'andamento previsto dell'economia, il Consiglio esamina il programma e valuta se l'obiettivo di bilancio a medio termine individuato dallo Stato consente un margine di manovra per evitare il determinarsi di un disavanzo eccessivo, se le ipotesi economiche sulle quali il programma è fondato siano realistiche e se le misure adottate e/o proposte siano adeguate per la realizzazione del percorso prospettato (art. 5, comma 1); se ritiene che gli obiettivi e i conte-

sorveglianza multilaterale (c.d. braccio preventivo del Patto di stabilità e crescita) che si affiancano alla procedura di infrazione del divieto di disavanzi eccessivi, che viene peraltro irrigidita dal regolamento n. 1467/97 (c.d. braccio correttivo del Patto di stabilità e crescita)[36].

Dal punto di vista formale, il Patto di stabilità e crescita è strumentale all'applicazione della disciplina finanziaria contenuta nel trattato Ce, come modificato a Maastricht: l'obiettivo del bilancio prossimo al pareggio, secondo la logica del Patto, serve a mettere gli Stati in condizione di affrontare le normali fluttuazioni cicliche mantenendo il disavanzo pubblico entro il valore di riferimento del 3 % del Pil[37]. Ciò malgrado, rimane evidente che il Patto segna un cambio di passo nella disciplina finanziaria europea, perché da un vincolo di carattere negativo e flessibile, consistente nel divieto di realizzare disavanzi eccessivi, si passa ad un vincolo di tipo positivo, ossia il bilancio prossimo al pareggio, che prescrive il conseguimento di un determinato risultato nella gestione dei conti pubblici[38].

In considerazione di ciò, una autorevole dottrina ha persino sostenuto che il Patto di Stabilità e Crescita si ponesse in contrasto col Trattato di Maastricht poiché questo consentiva agli Stati di ricorrere ad un controllato indebitamento per sostenere la crescita, mentre il primo espressamente lo vieta, così impedendo agli Stati, ormai privi della leva monetaria, di attuare politiche per la crescita, obiettivo che il Trattato affidava proprio agli Stati[39].

In realtà, l'obiettivo a medio termine del bilancio prossimo al pareggio non si pone in contrasto con il divieto di disavanzi eccessivi poiché, come si desume anche dalla sua collocazione nell'ambito del ramo preventivo del Psc, la sua funzione è di stimolare gli Stati ad una politica di bilancio virtuosa che li metta al riparo dal rischio di incorrere in un disavanzo eccessivo; la procedura di infrazio-

---

nuti del programma debbano essere rafforzati, invita lo Stato membro interessato ad adeguare il suo programma (art. 5, comma 2). Il Consiglio inoltre vigila sull'applicazione del programma di stabilità (art. 6, comma 1) e, «qualora individui uno scostamento sensibile della posizione di bilancio dall'obiettivo a medio termine o dal percorso di avvicinamento a tale obiettivo», adotta una raccomandazione (comma 2) che può rendere pubblica nei casi più gravi (comma 3).

[36] Sul versante correttivo, il regolamento n. 1467/97 riduce la flessibilità della procedura per disavanzi eccessivi prevedendo che il disavanzo pubblico è considerato eccezionale e temporaneo, ai sensi dell'articolo 104 C, paragrafo 2, lettera a), secondo trattino, alla duplice condizione di dipendere da un evento inconsueto non soggetto al controllo dello Stato membro e di produrre rilevanti ripercussioni sulla situazione finanziaria del paese, richiedendosi a tal fine un declino annuo del Pil in termini reali pari almeno al 2 % (art. 1). Il regolamento n. 1467/97 ha inoltre introdotto misure per l'accelerazione della procedura per i disavanzi eccessivi e previsto sanzioni più severe a carico dello Stato membro che non attui le misure correttive necessarie per ripristinare la situazione di equilibrio. CFr. R. Perez, *La finanza pubblica,* cit., 597; C. Golino, *op. cit.,* 23

[37] Regolamento n. 1466/97, considerando 4.

[38] R. Perez, *Il patto di stabilità e crescita: verso un Patto di* flessibilità?, cit., 1000.

[39] G. Guarino, *Un saggio di "verità" sull'Europa e sull'euro*, in *www.giuseppeguarino.it.*, 21 ottobre 2013, paragrafi 1-15.

ne rimane ancorata alla violazione di quest'ultimo[40], tanto che non si attiva automaticamente nel caso in cui non sia raggiunto l'obiettivo di medio termine[41]. Del resto, come è stato esattamente osservato, la base giuridica dell'imposizione dell'obiettivo a medio termine non è l'articolo del Trattato che prevede il divieto di disavanzi pubblici eccessivi (art. 104 Tce, oggi art. 126 Tfue), bensì la disposizione sulla sorveglianza multilaterale (art. 99 Tce, oggi art. 121 Tfue)[42].

Conclusivamente, il Patto di Stabilità e crescita non ha privato gli Stati della sovranità finanziaria, cioè della possibilità di sviluppare politiche di bilancio autonome, né v'è ragione di ravvisare una violazione del Trattato[43]. Nondimeno, è chiaro che la sovranità finanziaria, già limitata dal divieto di disavanzi eccessivi, ha subito una ulteriore erosione per effetto della previsione dell'obiettivo a medio termine di un bilancio prossimo al pareggio.

---

[40] In termini simili già G.L. Tosato, *La riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio alla luce della normativa dell'Unione: l'interazione tra i livelli europeo e interno,* in *Riv. dir. int.,* 2014, 12, il quale osserva che «Da una considerazione congiunta dei due rami (preventivo e correttivo) della normativa europea di bilancio emerge che essi risultano separati e distinti ancorché coordinati e sinergici. Il primo non modifica né assorbe il secondo; in altri termini, il Patto di stabilità e crescita e il *Fiscal Compact* non sovvertono le regole del Trattato. Una cosa è il limite dell'Omt (-0,5% per gli Stati euro), altra quello della procedura per debito eccessivo (-3%): il primo non annulla, irrigidendola, la soglia del secondo. I due limiti si basano su parametri diversi: l'uno sul saldo strutturale di bilancio, l'altro su quello nominale; e assolvono a due funzioni diverse. La disciplina preventiva mira a indirizzare *ex ante* le politiche nazionali di bilancio verso obiettivi sostenibili di finanza pubblica. La disciplina correttiva interviene *ex post* nel caso di inefficacia di quella preventiva».

[41] Cfr. A. Brancasi, *Bilancio*, cit., 175.

[42] Ivi, 176.

[43] Va aggiunto, peraltro, che negli anni successivi alla sua entrata in vigore, il Patto di stabilità e crescita è stato modificato con l'introduzione di elementi di maggiore flessibilità, considerata, da una parte, l'incapacità degli Stati membri di soddisfare i parametri individuati dal Patto e, dall'altra, il rallentamento dell'economia europea registratosi negli ultimi mesi del 2000. Tale percorso ha avuto inizio con la Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo del 27 novembre 2002 sul «Rafforzamento del coordinamento delle politiche di bilancio» (COM (2002) 0668), con la quale si manifestava l'esigenza di tenere in considerazione l'impatto del ciclo economico cui conti pubblici, valutando le condizioni di bilancio dei singoli Stati membri in termini strutturali, cioè al netto delle fluttuazioni e delle manovre transitorie. In tema v. C. Golino, *op. cit.,* 25-31. I regolamenti CE del Consiglio nn. 1055 e 1056 del 27 giugno 2005, di modifica rispettivamente dei reg. 1466/97 e 1467/97, hanno rimodulato il meccanismo preventivo del Patto di stabilità prevedendo la possibilità di differenziare gli obiettivi a medio termine per i diversi Stati membri e consentendo deroghe puntuali e motivate in base a considerazioni economiche all'obiettivo del pareggio. Gli Stati sono comunque obbligati a mantenere un margine sufficiente al di sotto del valore di riferimento del 3% del Pil e hanno l'obbligo di realizzare un miglioramento annuale dei saldi pari ad almeno lo 0,5 %. Inoltre si prevede che il saldo indebitamento sia calcolato al netto delle misure *una tantum* e sia depurato degli effetti del ciclo economico, per cui il calcolo non deve tener conto delle minori entrate e maggiori spese dovute all'eventuale ciclo negativo e neppure delle maggiori entrate e minori spese sostenute nell'eventuale ciclo positivo. Ciò al fine di consentire agli Stati membri di attuare politiche anticicliche, ossia politiche espansive in fase di recessione e restrittive in fase di crescita (in luogo delle politiche pro cicliche, che consistono nell'aumento della pressione fiscale e nella riduzione delle spese in fase di recessione al fine di compensare il minor gettito). Anche la procedura per disavanzi eccessivi è stata rivista con una dilatazione della clausola di eccezionalità e «introducendo, in un contesto di ampia discrezionalità del Consiglio, una maggiore tolleranza per i Paesi che, pur avendo sforato il limite del 3%, siano impegnati in spese temporanee connesse a importanti processi di ristrutturazione della spesa pubblica orientati a garantire una maggiore sostenibilità di lungo periodo». In questo modo la procedura, di cui il Patto aveva esaltato la funzione sanzionatoria, è stata ricondotta alla vocazione originaria di strumento di assistenza e di stimolo ad una politica finanziaria sana degli Stati membri.

3. *Dalla crisi economica del 2007 alla costituzionalizzazione dei vincoli europei*

3.1. *La risposta dell'Unione alla crisi e il* Fiscal Compact

La crisi finanziaria del 2007-2011 ha indotto gli Stati a interventi di salvataggio di banche e compagnie di assicurazione che per il loro finanziamento hanno richiesto un largo ricorso al deficit, dando luogo a una vera e propria crisi di insolvenza dei debiti sovrani[44]. La crisi finanziaria ha così assunto una dimensione istituzionale a livello globale[45] e ha imposto la revisione della *governance* economica e finanziaria[46]. Le istituzioni europee hanno introdotto più stringenti vincoli alle politiche di bilancio degli Stati col dichiarato obiettivo di ridurre la sproporzione tra la politica monetaria, da tempo assoggettata al regime comune, e la politica di bilancio e tributaria, tradizionalmente riservata alla cooperazione intergovernativa[47]. Ciò al fine di prevenire, o eventualmente rimuovere, i disavanzi di bilancio che rappresentano i principali fattori di destabilizzazione dell'economia[48].

Sulla base delle linee programmatiche contenute nel Patto *euro plus* approvato dal Consiglio europeo del 24 e 25 marzo 2011[49], il *Six Pack* ha riformato il

---

[44] Su questa dinamica e, più in generale, sulle cause e sulle caratteristiche della crisi economica v. G. Napolitano, *Il Meccanismo europeo di stabilità e la nuova frontiera costituzionale dell'Unione*, in *Giorn. dir. amm*., 2012, 461; G. Pitruzzella, *Chi governa la finanza pubblica in Europa?*, cit., 9 ss.; C. Golino, *op. cit.*, 32 ss.; E. Mostacci, *La sindrome di Francoforte: crisi del debito, costituzione finanziaria europea e torsioni del costituzionalismo democratico,* in *Pol. dir.*, 2013, 499 ss.; con attenzione alla situazione finanziaria italiana, A. Quadro Curzio, *L'Italia nella Eurozona: profili di finanza pubblica,* in *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio,* cit., 15 ss.

[45] G. Pitruzzella, *Chi governa la finanza pubblica in Europa?,* cit., 11.

[46] G. Napolitano, *The 'puzzle' of global governance after the financial crisis*, in Aa.Vv., *Global Administrative Law: An Italian Perspective*, *European University Institute,* 2012, 31 ss., dove si osserva che «After the Lehman Brothers' default and the global panic and distress generated by it, crises of big financial institutions are not any longer considered purely "local". That's why also solutions may not be exclusively "national". The financial crisis showed the need for supranational collective action». In generale, sul rapporto tra l'universalità della crisi e la territorialità delle risposte che gli Stati possono mettere in campo v. le considerazioni di N. Irti, *Crisi mondiale e diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2009, 1243 ss.: «abbiamo letto o udito da qualche parte che nell'ora della crisi ciascun popolo si avvolge nella propria bandiera: cioè si sente legato a un singolare destino e reso consapevole di una propria e inconfondibile esistenza storica. Il rapporto di protezione e obbedienza lascia bensì riemergere la territorialità del potere sovrano, ma questo carattere ha pure una dolorosa fragilità, poiché la crisi è planetaria, il materiale infiammabile sparso in ogni luogo, e la potenza della tecno-economia sovrastano le frontiere degli Stati. C'è un divario, direi un'abissale distanza, fra la dimensione della crisi e le misure di protezione: dove quella ci prende e avvolge tutti, come in un contagio malefico e divorante, queste sono specifiche e determinate nei luoghi e nel tempo. Il conflitto fra territorialità e spazialità è il tema tragico della nostra epoca».

[47] G. Rivosecchi, *Il Trattato sul Mes e il* Fiscal Compact *al vaglio del Tribunale Costituzionale Federale e della Corte di Giustizia,* in *Giorn. dir. amm.,* 2014, 486.

[48] G.M. Roberti, *Crisi del debito sovrano e sovranità economica*, in *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio*, cit., 214 s.

[49] Allegato I alle Conclusioni del Consiglio Europeo del 24 e 25 marzo 2011, EUCO 10/1/11, Bruxelles 20 aprile 2011. Il Patto fu sottoscritto dai capi di Stato o di governo della zona euro e vi hanno aderito altresì Bulgaria, Danimarca, Lettonia, Polonia, Romania. Cfr. G. Napolitano, *La crisi del debito sovrano e il raf-*

Patto di stabilità e crescita sia nella parte preventiva sia nella parte correttiva, con l'obiettivo di rafforzare il coordinamento (e dunque i vincoli) delle (alle) politiche finanziarie degli Stati[50]. Un ulteriore rafforzamento si è avuto col *Two pack*[51].

forzamento della governance *economica europea*, in Id. (a cura di), *Uscire dalla crisi*, Bologna, 2012, 413 ss.; C. Golino, *op. cit.*, 55 s.

[50] Approvato dal Parlamento e dal Consiglio nel novembre 2011, comprende tre regolamenti che riformano il Patto di stabilità e crescita: il regolamento UE n. 1175/2011, che modifica il regolamento CE n. 1466/97 del Consiglio per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza del coordinamento delle politiche economiche; il regolamento UE n. 1177/2011 che modifica il regolamento CE n. 1467/97 per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi; il regolamento n. 1173/2011 relativo all'effettiva esecuzione della sorveglianza di bilancio nella zona euro. Il *Six Pack* comprende inoltre la direttiva n. 2011/85/UE relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri e altri due regolamenti che disciplinano le nuove procedure per la sorveglianza sugli squilibri macroeconomici: il regolamento UE 1176/2011 relativo all'effettiva esecuzione della sorveglianza di bilancio nella zona euro e il regolamento UE n. 1174/2011 sulle misure esecutive per la correzione degli squilibri macroeconomici eccessivi nell'area euro. Sul tema cfr. M.P. Chiti, *La crisi del debito sovrano e le sue influenze per la* governance *europea, i rapporti tra Stati membri, le pubbliche amministrazioni,* in *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio*, cit., 186; G. Rivosecchi, *Legge di bilancio e leggi di spesa tra vecchio e nuovo articolo 81 della Costituzione*, cit., 411; G. Rizzoni, *Il « semestre europeo », fra sovranità di bilancio e autovincoli costituzionali*, in *Rivista telematica dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, www.associazionedeicostituzionalisti.it,* 2011, 4, 7 ss.; M. Giordano, *La nuova* governance *fiscale,* in *www.rivistacorteconti.it.*, 12. Sotto l'aspetto della prevenzione, il regolamento UE n. 1175/2011 introduce il «semestre europeo per il coordinamento delle politiche economiche», con l'obiettivo di realizzare un coordinamento *ex ante* delle politiche economiche e la convergenza delle prestazioni economiche degli Stati membri. Nel corso del semestre europeo, che si svolge nella prima parte dell'anno, gli Stati membri e l'Unione formulano gli indirizzi di massima delle rispettive politiche economiche; inoltre, gli Stati presentano i programmi di stabilità, che vengono sottoposti alla valutazione del Consiglio e della Commissione. La caratteristica del procedimento del semestre è che il Consiglio, previa valutazione della Commissione, fornisce consulenza sulle politiche macrofinanziarie e macrostrutturali degli Stati. Di queste indicazioni gli Stati devono tenere conto, pena l'adozione di ulteriori raccomandazioni e infine di misure sanzionatorie (art. 1). La riforma della parte preventiva del Patto di stabilità e crescita conferma che l'obiettivo di bilancio a medio termine individuato da ciascuno Stato nel programma di stabilità, relativo al rapporto indebitamento/Pil, può divergere dal pareggio, ma deve comunque porsi in un intervallo compreso tra il – 1% del Pil e il pareggio o l'attivo, in modo da assicurare la sostenibilità delle finanze pubbliche. Nel programma di stabilità deve essere specificato il percorso di avvicinamento all'obiettivo di medio termine; gli Stati con un livello di debito superiore al 60% del Pil devono realizzare la convergenza verso l'obiettivo a medio termine con un miglioramento annuale del saldo di bilancio pari allo 0,5% del Pil, fatta salva la possibilità di allontanarsi da questo percorso in caso di eventi inconsueti fuori dal controllo dello Stato o in caso di grave recessione. Sul versante della correzione, il regolamento UE n. 1177/2011 modifica il regolamento CE n. 1467/97 stabilendo che gli Stati il cui debito supera il 60% del Pil dovranno adottare misure per ridurre l'eccedenza di debito (rispetto al 60%) al ritmo di un ventesimo all'anno in media negli ultimi tre anni. In questo modo viene attribuita maggiore rilevanza, all'interno della procedura di infrazione, all'andamento del debito. Viene inoltre introdotto un sistema di sanzioni volto a migliorare il rispetto della parte preventiva e della parte correttiva del Patto di stabilità e crescita nella zona euro. Esso prevede un semi-automatismo delle procedure per l'irrogazione delle sanzioni per i Paesi che violano le regole del Patto. Le sanzioni sono infatti sono raccomandate dalla Commissione e si considerano approvate dal Consiglio a meno che esso non le respinga con voto a maggioranza qualificata («maggioranza inversa») degli Stati dell'area euro (non si tiene conto del voto dello Stato interessato).

[51] Si tratta dei Regolamenti (UE) del Parlamento europeo e del Consiglio n. 473/2013 (*sulle disposizioni comuni per il monitoraggio e la valutazione dei documenti programmatici di bilancio e per la correzione dei disavanzi eccessivi negli Stati membri della zona euro*) e n. 472/2013 (*sul rafforzamento della sorveglianza economica e di bilancio degli Stati membri nella zona euro che si trovano o rischiano di trovarsi in gravi difficoltà per quanto riguarda la loro stabilità finanziaria*). Il primo regolamento definisce una procedura per la vigilanza rafforzata sugli Stati membri che affrontano o rischiano di affrontare gravi difficoltà economico-finanziarie, con potenziale effetto

In estrema sintesi il *Six Pack* e il *Two Pack* hanno reso più rigide le *fiscal rules* presenti nel panorama europeo da Maastricht in poi, nella convinzione che la debolezza del sistema non fosse costituita tanto dall'impianto generale della «costituzione fiscale europea», quanto dall'eccessiva permeabilità a istanze politiche dei meccanismi di *enforcement* delle regole[52].

Alla riforma delle regole europee si è affiancato il *Trattato su stabilità, coordinamento e governance dell'Unione europea* (c.d. *Fiscal Compact*), stipulato il 2 marzo 2012 da 25 dei 27 Stati dell'Unione (esclusi il Regno Unito e la Repubblica Ceca) e entrato in vigore il 1°gennaio 2013.

La novità recata dal *Fiscal Compact* – che è un trattato internazionale, non una fonte del diritto dell'Unione, sebbene non manchino momenti di coordinamento anche molto intenso[53] – consiste, più che nei suoi contenuti[54], nell'obbligo assunto

di contagio in tutta l'eurozona, o che ricevono assistenza finanziaria al fine di assicurare un rapido ritorno alle condizioni normalità. Il secondo regolamento reca disposizioni comuni per il monitoraggio e la valutazione dei progetti di bilancio. In quest'ottica prevede un calendario comune per l'approvazione dei bilanci dei Paesi della zona euro, in modo da contribuire ad un utile svolgimento del semestre europeo. Il regolamento reca altresì disposizioni per assicurare la correzione dei disavanzi eccessivi degli Stati membri nell'eurozona. A questo proposito prevede che la Commissione, qualora ritenesse il progetto di bilancio di uno Stato membro non conforme agli obblighi imposti dal Patto di stabilità e crescita, può chiedere la presentazione di un progetto di bilancio rivisto; al termine dell'esame del progetto di bilancio, al più tardi entro il 30 novembre di ogni anno, la Commissione adotta, se necessario, un parere sul progetto stesso, da sottoporre alla valutazione dell'Eurogruppo.

[52] E. Mostacci, *op. cit.,* 516 s.

[53] Il ricorso al Trattato internazionale per introdurre nuovi vincoli finanziari a carico degli Stati membri è stato imposto dal veto del Regno Unito sulla proposta della Germania di introdurre le nuove misure nel corpo del Trattato di Lisbona. Veto determinato sia da un effettivo rifiuto di assoggettarsi a più stringenti vincoli europei in materia economica, sia da ragioni di politica interna. Su queste vicende v. P. Craig, *The Stability Coordination and Governance Treaty: Principle, Politics and Pragmatism,* in *European law Review,* 2012, 232. Anche se formalmente estranee al diritto dell'Unione, le norme del *Fiscal Compact* sono intimamente connesse al funzionamento della stessa. Ciò, oltre a costituire di per sé una anomalia, potrebbe porre problemi interpretativi e di compatibilità delle norme del trattato con quelle del diritto dell'Unione. L'esigenza di coordinamento è però soddisfatta dall'art. 2 del *Fiscal Compact*, in base al quale le parti contraenti applicano e interpretano il Trattato conformemente ai trattati istitutivi e al diritto secondario dell'Unione europea. Il Trattato inoltre «si applica nella misura in cui è compatibile con i trattati su cui si fonda l'Unione europea e con il diritto dell'Unione europea» e «non pregiudica la competenza dell'Unione in materia di unione economica». Le norme del *Fiscal Compact* assumono dunque una posizione subordinata sia nei confronti dei trattati istitutivi che della legislazione derivata dell'Unione: possono integrare e dare esecuzione al diritto dell'Unione, ma non possono porsi in conflitto con esso. Eventuali conflitti sono risolti in via di interpretazione dando prevalenza al diritto dell'Unione; e se non possono essere superati, danno luogo alla disapplicazione delle norme del *Fiscal Compact.*

[54] Dal punto di vista dei contenuti, il *Fiscal Compact* mira a rinsaldare la disciplina di bilancio degli Stati membri per rafforzare il pilastro economico dell'Unione economica e monetaria e favorire il conseguimento degli «obiettivi dell'Unione europea in materia di crescita sostenibile, occupazione, competitività e coesione sociale» (art. 1). Si tratta, come si vede, di un obiettivo in larga parte coincidente con quello enunciato nel Patto di stabilità e crescita rivisto con il *Six pack*. Anche con riguardo all'impegno di politica finanziaria concretamente assunto dagli Stati firmatari, l'impostazione del *Fiscal Compact* non si distanzia granché da quella del regolamento n. 1466/97 nel testo consolidato. L'impegno assunto, infatti, è quello di mantenere la posizione di bilancio della pubblica amministrazione in pareggio o in avanzo, con la precisazione che tale regola «si considera rispettata se il saldo strutturale annuo della pubblica amministrazione è pari all'obiettivo di medio termine specifico per il paese, quale definito nel patto di stabilità e crescita rivisto, con il limite inferiore di un disavanzo strutturale dello 0,5% del prodotto interno lordo ai prezzi di mercato» (art. 3, par. 1, lett. a e b). Per disavanzo strutturale,

dagli Stati sottoscrittori di modificare la propria legislazione introducendo la regola del bilancio in pareggio «tramite disposizioni vincolanti e di natura permanente – preferibilmente costituzionale – o il cui rispetto fedele è in altro modo rigorosamente garantito lungo tutto il processo nazionale di bilancio» (art. 3, par. 2)[55].

così come previsto già dal regolamento n. 1466/97, si intende il saldo nominale di bilancio al netto degli effetti del ciclo economico e delle misure temporanee e *una tantum* che hanno effetti solo transitori. L'unica differenza saliente rispetto al patto di stabilità e crescita è che il *Fiscal Compact* prevede come disavanzo massimo ammesso lo 0,5 % del Pil, invece dell'1%; è tuttavia concesso un disavanzo strutturale sino al 1% del Pil quando il rapporto tra il debito pubblico e il prodotto interno lordo è significativamente inferiore al 60% e i rischi sul piano della sostenibilità a lungo termine delle finanze pubbliche sono bassi (art. 3, par. 1, lett. d). Anche l'impegno assunto degli Stati membri con il *Fiscal Compact* prevede alcuni elementi di flessibilità. In circostanze eccezionali gli Stati possono infatti «deviare temporaneamente dal loro rispettivo obiettivo di medio termine o dal percorso di avvicinamento a tale obiettivo» (art. 3, par. 1 lett. c). «Per "circostanze eccezionali" si intendono eventi inconsueti non soggetti al controllo della parte contraente interessata che abbiano rilevanti ripercussioni sulla situazione finanziaria della pubblica amministrazione oppure periodi di grave recessione economica ai sensi del patto di stabilità e crescita rivisto, purché la deviazione temporanea della parte contraente interessata non comprometta la sostenibilità del bilancio a medio termine» (art. 3, par. 3, lett. b). Sul versante correttivo, il Trattato conferma l'obbligo per lo Stato membro il cui debito sia superiore al 60% del Pil di ridurlo a un ritmo medio di un ventesimo all'anno (art. 4). Per rinforzare la procedura per disavanzi eccessivi è previsto infine che gli Stati coinvolti predispongono un «programma di partenariato economico e di bilancio che comprenda una descrizione dettagliata delle riforme strutturali da definire e attuare per una correzione effettiva e duratura del suo disavanzo eccessivo» da presentare alla Commissione e al Consiglio nell'ambito dei meccanismi previsti dal Patto di stabilità e crescita (art. 5, par. 1). «Spetterà al Consiglio dell'Unione europea e alla Commissione europea monitorare l'attuazione del programma di partenariato economico e di bilancio e dei piani di bilancio annuali ad esso conformi» (art. 5 par. 2). «Nel pieno rispetto dei requisiti procedurali dei trattati su cui si fonda l'Unione europea, le parti contraenti la cui moneta è l'euro si impegnano a sostenere le proposte o le raccomandazioni presentate dalla Commissione europea, ove questa ritenga che uno Stato membro dell'Unione europea la cui moneta è l'euro abbia violato il criterio del disavanzo nel quadro di una procedura per i disavanzi eccessivi» (art. 7, par. 1). In definitiva, il *Fiscal Compact* non sconvolge l'architettura della *governance* finanziaria europea che si basa sulle norme del Tfue (in larga parte riproduttive di quelle introdotte a Maastricht) e sul Patto di stabilità e crescita riformato, né comporta una attrazione di competenze statuali in favore delle istituzioni europee. Come osserva P. Craig, *op. cit., 235*, «It is in any event generally acknowledged that the TSCG does not advance matters very much from the obligations contained in the EU Treaty and accompanying legislation. It is true that art.126(1) TFEU is framed in terms of an obligation on Member States to avoid excessive deficits, which is different from an obligation to balance the budget contained in art.3(1)(a) TSCG. The difference is, however, significantly reduced when the Lisbon Treaty provisions are read together with the changes made by the six-pack of EU legislation enacted in 2011. Thus art.3(1)(b) TSCG, which gives substance to the notion of balanced budget, specifies that the "balanced budget" rule is deemed to be respected if the annual structural balance of the general government is at its country-specific medium-term objective, as defined in the revised Stability and Growth Pact, with a lower limit of a structural deficit of 0.5 per cent of the gross domestic product at market prices. There is much commonality between art.3(1)(b) and Regulation 1466/97 as amended in 2011.18 The deficit rule of 0.5 per cent in art.3(1)(b) is not very different from that in revised Regulation 1466/97, where it is 1 per cent. The obligation to balance the budget in art.3(1)(a) TSCG is further qualified by the fact that art.3(1)(b) TSCG is expressed as an obligation on contracting states to ensure rapid convergence towards the medium-term economic objective, in accord with a time-frame proposed by the Commission». Cfr. altresì T.F. Giupponi, *Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, cit., 53, e, soprattutto, M.P. Chiti, *La crisi del debito sovrano e le sue influenze per la governance europea, i rapporti tra Stati membri, le pubbliche amministrazioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 21, il quale osserva che spesso si dimentica che «il pareggio di bilancio non è una novità del *Fiscal Compact*, che solo lo rafforza in quanto era già presente nel diritto dell'unione, e così vincolava il diritto degli Stati in virtù del principio del primato del diritto europeo su quello nazionale».

[55] Cfr. R. Perez, *Il Trattato di Bruxelles e il Fiscal Compact,* in *Giorn. dir. amm.,* 2012, 472, dove si rileva che «è attraverso queste regole che la riforma potrebbe suggerire una trasformazione intervenuta nella costitu-

Se uno Stato viene meno all' obbligo di modificare il diritto interno, l'art. 8 consente a ciascuno degli altri Stati di adire la Corte di giustizia[56]: innescando una sorta «di controllo incrociato orizzontale tra Stati»[57] che si giustifica poiché, nell'ambito dell'Unione monetaria, ciascuno di essi ha interesse a che gli altri si dotino di una disciplina interna idonea a mantenere sotto controllo la finanza pubblica[58]. La Corte di Giustizia, da parte sua, «assume il ruolo di garante ultimo della conformità del processo di revisione costituzionale ai vincoli assunti con il

zione fiscale degli Stati, mettendo in luce il passaggio da una nozione prevalentemente politica della decisione di bilancio a una nozione legale». Osserva che l'obiettivo del *Fiscal Compact* è di sospingere «la politica di bilancio verso un orientamento di medio periodo, nell'interesse anche delle generazioni future», A. Bini Smaghi, *Morire di austerità. Democrazie europee con le spalle al muro,* Bologna, 2013, 186. Inoltre, gli Stati si impegnano a istituire un meccanismo di correzione «sulla base di principi comuni proposti dalla Commissione europea, riguardanti in particolare la natura, la portata e il quadro temporale dell'azione correttiva da intraprendere, anche in presenza di circostanze eccezionali, e il ruolo e l'indipendenza delle istituzioni responsabili sul piano nazionale per il controllo dell'osservanza delle regole enunciate al paragrafo 1. Tale meccanismo di correzione deve rispettare appieno le prerogative dei parlamenti nazionali» (art. 3, par. 2). Il meccanismo di correzione è attivato automaticamente «qualora si constatino deviazioni significative dall'obiettivo di medio termine o dal percorso di avvicinamento a tale obiettivo» e «include l'obbligo della parte contraente interessata di attuare misure per correggere le deviazioni in un periodo di tempo definito» (art. 3, par 1, lett. e)).

[56] In particolare, è previsto che la Commissione presenta tempestivamente allo Stato sospettato di inadempimento una relazione sulle disposizioni adottate in attuazione dell'art. 3, par. 2. Se la Commissione conclude la propria relazione nel senso che lo Stato non ha rispettato tale previsione, «una o più parti contraenti adiranno la Corte di giustizia dell'Unione europea. Una parte contraente può adire la Corte di giustizia anche qualora ritenga, indipendentemente dalla relazione della Commissione, che un'altra parte contraente non abbia rispettato l'articolo 3, paragrafo 2». Il diritto di azione davanti alla Corte di giustizia viene dunque negato alla Commissione e riconosciuto agli Stati contraenti. Stando alla formulazione letterale della disposizione, lo schema è diverso a seconda che lo Stato agisca davanti alla Corte di giustizia a seguito della relazione della Commissione che dichiara l'inadempimento ovvero «indipendentemente dalla relazione della Commissione». Nel primo caso, infatti, il Trattato prevede che le «parti contraenti adiranno la Corte di giustizia»: sembrerebbe cioè stabilire un obbligo di agire da parte degli Stati contraenti, quasi si trattassero di sostituti processuali della Commissione. Nel secondo caso, invece, il Trattato prevede che lo Stato «può adire la Corte di Giustizia»: questa volta, cioè, sembrerebbe trattarsi di una mera facoltà, e non di un obbligo, per lo Stato. La norma non individua esplicitamente il contenuto della sentenza della Corte di giustizia, della quale si dice soltanto essere «vincolante per le parti del procedimento, le quali prendono i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza comporta entro il termine stabilito dalla Corte di giustizia» (art. 8, par. 1). Dal momento che la materia del contendere riguarda la violazione da parte dello Stato dell'art. 3. Par. 2 del *Fiscal Compact*, è facile ritenere che la sentenza abbia un contenuto misto di accertamento e condanna dello Stato all'adozione dei provvedimenti necessari per «internalizzare» i vincoli finanziari previsti dall'art. 3 par. 1 e introdurre il meccanismo di correzione già esaminato. Per l'esecuzione della sentenza si riproduce lo schema già visto per l'avvio della fase di cognizione davanti alla Corte di Giustizia. Sono sempre gli Stati contraenti, infatti, ove ritengano che lo Stato convenuto non abbia preso i provvedimenti richiesti dalla Corte di giustizia, a adire nuovamente la Corte «e chiedere l'imposizione di sanzioni finanziarie secondo i criteri stabiliti dalla Commissione europea nel quadro dell'articolo 260 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea. La Corte di giustizia, qualora constati che la parte contraente interessata non si è conformata alla sua sentenza, può comminarle il pagamento di una somma forfettaria o di una penalità adeguata alle circostanze e non superiore allo 0,1% del suo prodotto interno lordo» (art. 8, par. 2).

[57] M. Clarich, *I controlli sulle amministrazioni locali e il sistema sanzionatorio*, in *Rivista della Corte dei conti*, 2014, 378 ss.

[58] Come osserva G. Napolitano, *La crisi del debito sovrano*, cit., 468, gli «Stati membri diventano cosı` attori del processo costituente nazionale, che viene sottratto al monopolio del popolo sovrano». Sul fenomeno degli Stati che agiscono oltre i loro confini v. G. Della Cananea, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009, 16 ss.

Fiscal Compact», secondo una «tendenza che fa dei giudici non più solo i custodi dei diritti soggettivi ma anche e soprattutto i custodi dell'equilibrio costituzionale degli ordinamenti»[59].

3.2. *L'incidenza del* Fiscal Compact *sulle politiche di bilancio degli Stati membri*

La valutazione dell'impatto del *Fiscal Compact* sulle politiche di bilancio nazionali non è agevole. Ragionando sul terreno delle fonti del diritto, si sarebbe portati a sminuirla, poiché i vincoli che il Trattato richiede di introdurre nella legislazione nazionale sono sostanzialmente analoghi a quelli già previsti da atti del diritto dell'Unione europea che operano per forza propria all'interno dei diritti nazionali[60]; né il fatto che gli Stati siano chiamati a recepire quei vincoli in disposizioni preferibilmente costituzionali aggiunge granché, atteso che in base a consolidati principi (in Italia desunti dagli artt. 11 e 117 Cost.), le norme europee occupano una posizione di primato rispetto a quelle nazionali, incontrando il solo limite dei principi fondamentali e inderogabili della Costituzione (c.d. contro-limiti)[61].

Se però si guarda alla concreta incidenza sulle politiche di bilancio le conclusioni devono essere diverse. Il diritto europeo non prevede conseguenze giuri-

---

[59] A. Manzella, *Il governo democratico della crisi*, in *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio*, cit., 134. Il modello descritto è invero simile a quello previsto dall'art. 259 Tfue, che consente a ciascuno degli Stati membri di adire la Corte di giustizia dell'Unione europea quando reputi che un altro Stato membro abbia mancato a uno degli obblighi a lui incombenti in virtù dei trattati. Qui vi è però la particolarità che gli Stati non denunciano la violazione del diritto europeo, ma di un Trattato internazionale, ed è quindi più difficile trovare la legittimazione dell'intervento della Commissione e, soprattutto, della giurisdizione della Corte di Giustizia. Per superare questa difficoltà si può argomentare dalla configurazione della finanza come questione d'interesse comune, per desumerne che quello che gli Stati nazionali fanno valere davanti alla Corte di Giustizia non è un interesse nazionale ma un interesse finanziario europeo (R. Perez, *Il Trattato di Bruxelles e il Fiscal Compact*, cit., 473). Tali considerazioni, limitate alla materia finanziaria, non superano tuttavia il problema istituzionale di ordine generale che fa dubitare della legittimazione dell'intervento della Corte di Giustizia in caso di inadempimento del *Fiscal Compact*. Non sembra, infatti, che, in mancanza di un accordo per modificare il Trattato istitutivo, alcuni Stati membri possano in sostituzione stipulare un Trattato internazionale facendo uso delle istituzioni europee per conferire alle norme pattizie garanzie analoghe a quelle previste per i Trattati istitutivi e conseguire i propri obiettivi come fossero obiettivi dell'Unione (In questo senso paiono convincenti le considerazioni di P. Craig, *op. cit.*, 239 s.). Se, dunque, la legittimità del trattato sul *Fiscal Compact* non pare poter essere messa in discussione sotto il profilo delle competenze esercitate, discorso diverso vale in relazione al coinvolgimento delle istituzioni europee (soprattutto Commissione e Corte di Giustizia) nell'attuazione del patto di bilancio e di controllo sulla sua osservanza da parte degli Stati membri.

[60] G.L. Tosato, *La riforma costituzionale*, cit., 18 s., il quale osserva che la normativa europea di bilancio è contenuta in fonti di diritto dell'Unione (Trattati, regolamenti, direttive) e in un accordo internazionale (*Fiscal Compact*). Si tratta di norme che operano per forza propria nell'ordinamento italiano in quanto i Trattati, le direttive e l'accordo internazionale sono stati recepiti infatti con apposite leggi di esecuzione, mentre i regolamenti sono, per loro natura, atti direttamente applicabili.

[61] G.L. Tosato, *La riforma costituzionale,* cit., 19-21.

diche sugli atti e sulle omissioni degli Stati per la violazione delle regole sul bilancio. Le procedure di accertamento e sanzione delle eventuali infrazioni degli Stati membri alla disciplina di bilancio affidate alla Commissione e al Consiglio, oltre a scontare le difficoltà connesse al funzionamento di un organo intergovernativo come il Consiglio stesso, non prevedono il potere delle istituzioni di imporre modifiche alla legislazione nazionale, ma solo l'applicazione di sanzioni pecuniarie di dubbia efficacia[62]. Sul versante giurisdizionale, la Corte di giustizia ha sì competenza a pronunciarsi sull'interpretazione e sulla validità della disciplina europea in materia finanziaria, ma non può, per espressa previsione dell'art. 126, par. 10, TFUE, accertare e sanzionare le infrazioni commesse in materia dagli Stati membri, se non quelle relative all'obbligo di immettere le regole di bilancio nel diritto interno preferibilmente a livello costituzionale (art. 8 *Fiscal Compact*)[63]. In quest'ultima ipotesi, peraltro, la inottemperanza alla pronuncia della Corte «comporta soltanto il rischio di una sanzione pecuniaria, non superiore allo 0,1 del PIL dello Stato condannato, ma non determina la diretta illegittimità degli atti o delle omissioni a questo imputabili»[64].

L'inserimento in Costituzione dei vincoli finanziari europei fornisce alle Corti costituzionali un parametro per sindacare le leggi sotto il profilo della congruenza con gli obiettivi di finanza pubblica, colmando la carenza di giurisdizione della Corte di giustizia[65]. Se si pone mente a ciò, l'impatto sulle politiche di bilancio dell'impegno assunto dagli Stati col *Fiscal Compact* è considerevole, perché la violazione delle regole sul bilancio adesso può dar luogo all'invalidità degli atti che ne sono causa[66].

Le conseguenze della riforma costituzionale sul piano sistematico non si arrestano peraltro al controllo delle leggi, ma si producono a cascata sulla formulazione delle politiche pubbliche. La giustiziabilità dei vincoli finanziari infatti stimola e indirizza la legislazione nella direzione della riduzione della spesa, con sviluppi che trascendono la materia finanziaria in senso stretto e interessano

---

[62] G.L. Tosato, *La riforma costituzionale,* cit., 22

[63] Ivi, 22 s.

[64] M. Luciani, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini,* cit., 30.

[65] Cfr. W. Giulietti, *op. cit.*, 297.

[66] M. Luciani, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini,* cit., 30. In termini analoghi A. Brancasi, *Bilancio*, cit., 179, il quale osserva che la giurisdizione della Corte costituzionale, conseguenza della modifica della Carta, è una «soluzione che potrebbe essere vista come succedanea alla modifica del Trattato ed all'estensione della giurisdizione della Corte di giustizia all'osservanza del divieto di disavanzi eccessivi e del Patto di stabilità». Per l'opinione che la riforma costituzionale supplisce alle carenze della *governance* dell'Unione nell'attuazione dei vincoli finanziari G.L. Tosato, *op. cit.*, 23; G. Bognetti, *Il pareggio di bilancio nella Carta costituzionale,* in *rivistaaic.it*, 2011, 1 ss. Del resto, che l'Unione europea si avvale degli apparati nazionali per l'attuazione delle proprie norme non è una novità, né un tratto caratteristico della materia finanziaria: v. L. Saltari, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria,* Milano, 2007.

la rimodulazione dell'organizzazione amministrativa e, potenzialmente, alterano l'equilibrio dei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione[67].

La riduzione della spesa pubblica non può non passare, se non altro in termini tendenziali, per una riduzione della sfera pubblica, cioè per la dismissione da parte degli apparati di alcuni compiti storicamente assunti e il loro trasferimento alla società, con la conseguente semplificazione dell'apparato amministrativo preposto; il che, peraltro, è in linea con l'indicazione generale del diritto europeo, che vede nel mercato, sia pur regolato ed eventualmente corretto, il dispositivo primario per la soddisfazione degli interessi degli individui e dei bisogni collettivi.

Tanto premesso, la ricerca della sostenibilità finanziaria delle politiche pubbliche certamente non comporta, o quantomeno non impone, un disimpegno dello Stato dalla tutela e garanzia dei diritti fondamentali. Invero, essa soprattutto richiama il decisore politico alla responsabilità nella selezione degli interessi da soddisfare attraverso l'azione pubblica, selezione che, dovendo fare i conti con la scarsità delle risorse a disposizione, deve privilegiare le azioni tese al perseguimento degli interessi di rango costituzionale, in particolar modo i diritti fondamentali[68].

In conclusione, la posizione di primato che il diritto europeo occupa nella gerarchia delle fonti non avrebbe potuto determinare un coinvolgimento delle istituzioni nazionali nel perseguimento degli obiettivi finanziari di matrice europea comparabile a quello prodotto dalla internalizzazione dei vincoli.

3.3. *Le conseguenti modifiche della Costituzione italiana con la legge costituzionale n. 1/2012*

Come noto, l'Italia ha fatto seguito all'impegno assunto col *Fiscal Compact* con la legge costituzionale n. 1/2012, intitolata «Introduzione del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale», che ha modificato gli articoli 81, 97, 117 e 119 della Costituzione. Considerati gli aspetti tecnici della materia, non facilmente traducibili nel linguaggio costituzionale, si è preferito rinviare per la definizio-

[67] G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo,* Bologna, 2014, 10 s., osserva come sia «di tutta evidenza che questi vincoli finanziari sono destinati a pesare in misura significativa sul perimetro dell'azione pubblica, sui compiti degli apparati burocratici e sulla loro capacità di assolverli adeguatamente».

[68] W. Giulietti, *Funzione politica del bilancio*, cit., 300, a proposito della sentenza Corte costituzionale 16 dicembre 2016, n. 275, dove l'affermazione che «è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione». Osserva puntualmente l'A., che «l'importante assunto, lungi dal voler significare una utopica affrancazione dal condizionamento finanziario per il riconoscimento dei diritti – quand'anche fondamentali –, risulta essere per contro una affermazione perentoria della responsabilità del decisore politico nella selezione degli interessi da soddisfare attraverso l'azione pubblica, che deve fare i conti con la sufficienza delle risorse, senza la distorsione o l'illusione dell'abuso del ricorso all'indebitamento».

ne più concreta delle nuove regole alla legislazione di attuazione (legge «rinforzata» 24 dicembre 2012, n. 243, prevista dall'art. 81 Cost., da cui pure si ricavano indicazioni importanti sul nuovo assetto costituzionale della finanza italiana)[69].

L'art. 81 Cost. prevede adesso che «lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico». L'indebitamento è consentito «solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico», nonché «al verificarsi di eventi eccezionali»; in questa seconda ipotesi è necessaria la «previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti». Il nuovo testo costituzionale conferma l'obbligo di copertura, ma lo riferisce a «ogni legge che importi nuovi o maggiori oneri provvede ai mezzi per farvi fronte», e quindi comprende anche la legge di bilancio. La determinazione del «contenuto della legge di bilancio», delle «norme fondamentali» e dei «criteri volti ad assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni» sono rimessi ad una legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera, nella cornice dei principi definiti con legge costituzionale.

La modifica dell'art. 97 della Costituzione consiste nella introduzione di un primo comma, per il quale «Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico». L'obbligo è ribadito all'art. 119, comma 1 Cost. per quanto riguarda gli enti locali che, nel rispetto dell'equilibrio dei relativi bilanci, devono concorrere ad assicurare l'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea. Infine, nel tentativo di rafforzare il ruolo dello Stato come garante ultimo dell'equilibrio della finanza pubblica, è stato modificato l'art. 117 Cost. riportando nell'ambito delle materie attribuite alla competenza legislativa esclusiva dello Stato l'armonizzazione dei bilanci pubblici[70].

La riforma della Costituzione non introduce un divieto assoluto di indebitamento. La stessa espressione «pareggio bilancio», che peraltro figura soltanto nel titolo della l. cost. n. 1/2012 poiché il testo costituzionale parla di «equilibrio di bilancio», presenta una certa ambiguità, poiché può designare anche un mero pareggio contabile, realizzato con l'iscrizione tra le entrate di risorse da reperire tramite la contrazione di debito pubblico[71]. Tuttavia, se le regole contenute nel testo

[69] L. Caso, *Il nuovo articolo 81 della Costituzione e la legge rinforzata,* in *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio*, cit., 474.

[70] Su questo aspetto si rinvia alle considerazioni di W. Giulietti in W. Giulietti, M. Trimarchi, *Nozione di amministrazione pubblica e coordinamento statale nella prospettiva dell'interesse finanziario*, in *Dir. e Proc. Amm.,* 2016, 947 ss. e alla bibliografia *ivi* citata.

[71] A. Brancasi, *Il pareggio di bilancio in costituzione*, cit., 2; A. Brancasi, *Bilancio,* cit., 178, il quale nondimeno riconosce che la riforma è evocativa dell'opzione a favore di una certa politica di finanza pubblica in luogo di altre, in particolare di una politica di riduzione della spesa pubblica e/o di aumento del prelievo fiscale.

originario della Costituzione erano indifferenti al tipo di politiche finanziarie e si limitavano a conformare i processi decisionali (o quantomeno si prestavano ad essere interpretate in questo senso), il nuovo testo, conformemente all'approccio europeo, limita nei contenuti la discrezionalità delle forze di maggioranza e le richiama a un principio di responsabilità nella gestione e allocazione di risorse scarse[72].

4. *Vincoli di bilancio e dintorni: la solidarietà tra gli Stati e l'unione bancaria*

4.1. *I meccanismi di assistenza agli Stati in crisi*

Fino alla crisi finanziaria del 2007-2011 le regole europee non contemplavano strumenti per reagire all'eventuale crisi dei debiti sovrani: per un verso, la *no bail out clause* escludeva che l'Unione intervenisse in aiuto degli Stati[73] e, per altro verso, la moneta unica non consentiva agli Stati di ricorrere all'arma dell'inflazione[74]. Sospinta dal timore che l'eventuale *default* di alcuni Stati potesse mettere in pericolo l'intera eurozona, l'Unione ha ritenuto di accompagnare l'irrigidimento delle *fiscal rules* con vari programmi e azioni di contrasto all'insostenibilità del debito pubblico[75].

[72] Cfr. A. Brancasi, Le decisioni di finanza pubblica, cit., 4 ss., dove si osserva che i vincoli introdotti «pur limitandola, non privano gli Stati della loro politica di bilancio: la limitano perché l'entità del disavanzo, oltre ad essere condizionata dalla circostanza che il suo costo è stabilito dal mercato, è una grandezza non più nella libera disponibilità degli Stati; pur tuttavia, gli Stati membri hanno quantomeno la possibilità di esercitare una loro politica di bilancio finanziandola con il prelievo fiscale».

[73] La *no bail out clause* è contenuta all'art. 125 Tfue (*ex* art. 103 Tce), a tenore del quale «L'Unione non risponde né si fa carico degli impegni assunti dalle amministrazioni statali, dagli enti regionali, locali, o altri enti pubblici, da altri organismi di diritto pubblico o da imprese pubbliche di qualsiasi Stato membro, fatte salve le garanzie finanziarie reciproche per la realizzazione in comune di un progetto economico specifico. Gli Stati membri non sono responsabili né subentrano agli impegni dell'amministrazione statale, degli enti regionali, locali o degli altri enti pubblici, di altri organismi di diritto pubblico o di imprese pubbliche di un altro Stato membro, fatte salve le garanzie finanziarie reciproche per la realizzazione in comune di un progetto specifico». Secondo l'interpretazione più rigorosa, comunque discussa in dottrina, questa clausola vieterebbe ogni misura di salvataggio di uno Stato membro in crisi; non solo la diretta assunzione di debiti sovrani da parte dell'Unione o di altri Stati membri, ma anche qualsiasi sostegno finanziario sotto forma di prestiti, garanzie, linee di credito, acquisto di titoli pubblici o accettazione degli stessi in garanzia.

[74] G. Pitruzzella, *Chi governa la finanza pubblica in Europa?,* cit., 12.

[75] G. Napolitano, *Il Meccanismo europeo di stabilità,* cit., 461; come osserva L. Bini Smaghi, *Morire di austerità*, cit., 65, «le regole di finanza pubblica stabilite nel Patto di stabilità erano considerate sufficienti per evitare bilanci pubblici eccessivi. Per questo non erano stati previsti aiuti per i paesi in difficoltà, eccetto che nei casi di calamità naturali». Ma – rileva l'A. – «la realtà si è rivelata molto diversa dalle aspettative» dimostrando che «la finanza pubblica può entrare in crisi non solo a causa di scelte politiche sbagliate, bensì in conseguenza di un forte calo imprevisto dell'attività economica, che trasforma il debito privato in debito pubblico». È questo il caso della Spagna e dell'Irlanda le quali, fino allo scoppio della crisi, avevano registrato disavanzi di bilancio contenuti; le finanze pubbliche di questi Stati sono uscite dalla norma solo dopo lo scoppio della bolla immobiliare, con effetti devastanti sul sistema bancari e sull'economia reale. L'altro aspetto che era sta-

A parte il piano eccezionale per il soccorso della Grecia[76], sono stati dapprima istituiti, sulla base dell'art. 122, par. 2 Tfue[77], il «Meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria» (Mesf)[78] e il Fondo europeo di stabilità finanziaria (Fesf)[79].

In seguito, è stato aggiunto all'art. 136 Tfue, il quale prevede che «gli Stati membri la cui moneta è l'euro possono istituire un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile per salvaguardare la zona euro nel suo insieme. La concessione di qualsiasi assistenza finanziaria necessaria nell'ambito del meccanismo sarà soggetta a una rigorosa condizionalità»[80]. Tale disposizione introduce nel Trattato una deroga al principio generale anti-salvataggi[81], ma la «rigorosa condizionalità» cui è assoggettato l'aiuto indica che l'assistenza può esser data solo in cambio ad ulteriori cessioni di sovranità nelle politiche di bilancio da parte degli Stati nazionali.

Dopo la riforma del Tfue è stato istituito, con un trattato internazionale concluso a Bruxelles il 2 febbraio 2012, il Meccanismo Europeo di Stabilità

to ignorato in sede europea sino allo scoppio della crisi era la possibilità che un paese con una situazione critica di finanza pubblica perdesse l'accesso ai mercati, con la conseguenza che, non riuscendo più a indebitarsi, non ha più le risorse per pagare la spesa pubblica strutturale (pensioni, stipendi, sanità) e la crisi finanziaria diventa crisi economica e sociale.

[76] Approvato il 2 maggio 2010 dal Consiglio dei ministri delle finanze degli Stati dell'eurozona, il piano prevedeva un prestito alla Grecia di 110 miliardi di euro in tre anni, di cui 30 erogati dal Fondo monetario internazionale e 80 a carico degli Stati, a fronte di un programma di austerità e consolidamento del bilancio pubblico nazionale.

[77] La disposizione consente di concedere transitoriamente assistenza finanziaria in caso di circostanze eccezionali e al di fuori del controllo dello Stato. Era dubbia, tuttavia, la compatibilità del regolamento istitutivo del Mesf con il divieto posto dall'art. 125 Tfue, secondo cui l'Unione non risponde e non si fa carico degli impegni assunti dagli Stati. In secondo luogo, era dubbio che l'aiuto agli Stati con esposizione debitoria eccessiva potesse trovare fondamento nell'art. 122, par. 2 Tfue, che consente di intervenire solo laddove l'emergenza da risolvere non sia imputabile agli Stati stessi. Cfr. M.P. Chiti, *La crisi del debito sovrano e le sue influenze per la governance europea, i rapporti tra Stati membri, le pubbliche amministrazioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 6-8; G.M. Roberti, *op. cit.*, 207-214; G. Napolitano, *Il Meccanismo europeo di stabilità,* cit., 462, cui si rinvia per l'individuazione dei limiti deli meccanismi di soccorso basati sull'art. 122 Tfue. Per una sintesi del dibattito sulla creazione di un fondo monetario europeo per aiutare i paesi in crisi v. L. Bini Smaghi, *Morire di austerità,* cit., 68 ss.

[78] Regolamento n. 407/2010 del Consiglio dell'11 maggio 2010. L'aiuto del Mesf poteva consistere in un prestito su richiesta o nell'apertura di una linea di credito in favore dello Stato interessato e doveva essere giustificato da «un serio deterioramento dell'ambiente economico e finanziario internazionale».

[79] Istituito nelle forme di una società a responsabilità limitata di diritto lussemburghese di durata triennale, il Fesf era un «veicolo speciale» che emette obbligazioni per garantire agli Stati membri in proporzione al loro contributo al capitale della Bce. Per approfondimenti v. G. Napolitano, *La crisi del debito sovrano,* cit., 393 s.

[80] Decisione 2011/199/UE del Consiglio europeo del 25 marzo 2011. Per la tesi che il paragrafo 3 dell'art.136 del Tfue costituisce una deroga al generale divieto di *bail out* v. G. Napolitano, *Il Meccanismo europeo di stabilità,* cit., 463; E. Mostacci, *op. cit.,* 24 s. Per l'idea che l'istituzione del Mesf e, poi, del Mes non si ponga in contrasto alla *no bail out clause* v. M.P. Chiti, *La crisi del debito sovrano e le sue influenze per la governance europea, i rapporti tra Stati membri, le pubbliche amministrazioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 15, sulla base di quanto deciso dalla Corte costituzionale tedesca nel caso *Pringle*. In questi termini cfr. altresì L. Bini Smaghi, *Morire di austerità,* cit., 75, dove si osserva che «il Fondo salva Stati è compatibile con il Trattato […] perché il Trattato vieta di ripianare i debiti di altri paesi ma non di concedere prestiti. Il prestito non è un trasferimento di risorse, se viene rimborsato».

[81] Cfr. G. Napolitano, *La crisi del debito sovrano,* cit., 397.

(Mes)[82], un meccanismo di aiuto a carattere permanente che si attiva su richiesta ed è subordinato a precise condizioni di politica economica definite in un *memorandum* di intesa negoziato con la Commissione, di concerto con la Bce e, ove possibile, con il Fondo monetario internazionale[83].

Particolarmente significativo è che la concessione dell'assistenza finanziaria sia sottoposta alla duplice condizione della ratifica del *Fiscal Compact* e della introduzione nella legislazione nazionale dei vincoli finanziari contenuti nello stesso *Fiscal Compact* (v preambolo del *Fiscal Compact*)[84]. Inoltre, le somme ricavate dalle sanzioni irrogate dalla Corte di giustizia per inadempimento dello Stato all'obbligo di trasferire nella propria legislazione i vincoli del *Fiscal Compact* sono versate al meccanismo europeo di stabilità (art. 8, par. 2 del *Fiscal Compact*).

Malgrado la Corte di giustizia abbia affermato che i condizionamenti della politica economica degli Stati membri siano solo «conseguenze indirette» dell'attivazione del Mes[85], è chiaro che esso comporta vincoli a carico delle politiche di bilancio degli Stati più intensi rispetto al divieto di disavanzi eccessivi previ-

[82] Dal punto di vista della natura giuridica, il Mes è un organismo di carattere intergovernativo con un capitale sottoscritto dagli Stati di 700 miliardi. Dispone di una capacità di prestito fino a 500 miliardi di euro. L'assistenza finanziaria può essere erogata tramite diverse modalità: apertura di una linea di credito per il Paese beneficiario (art. 14), ricapitalizzazione ove occorra gli istituti finanziari (art. 15), erogazione di prestiti (art. 16), acquisto dei titoli di Stato degli stati membri sul mercato primario (art. 17). La scelta di istituire un organismo di carattere intergovernativo tramite un Trattato internazionale, quindi al di fuori del sistema dell'Unione sebbene ad esso collegato sotto diversi aspetti, è apparsa discutibile perché la modifica dell'art. 136 Tfue intendeva proprio consentire l'istituzionalizzazione di strumenti di assistenza all'interno del sistema (M.P. Chiti, *La crisi del debito sovrano e le sue influenze per la governance europea, i rapporti tra Stati membri, le pubbliche amministrazioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 11 s.); essa inoltre, dato il coinvolgimento delle istituzioni dell'Unione, dà luogo a problemi di inquadramento analoghi a quelli esaminati per il *Fiscal Compact*. La strada seguita per l'istituzione del Mes è comunque stata ritenuta legittima nel celebre caso Pringle dalla Corte di giustizia. Anzi, come si vedrà meglio tra poco, l'estraneità del Mes rispetto alle istituzioni dell'Unione ha costituito addirittura il principale argomento impiegato dalla Corte per rigettare le censure del ricorrente che ne sosteneva l'incompatibilità con il diritto dell'Unione (CGUE, Pringle c. Government of Ireland, 27 novembre 2012, C-370/12, su cui E. Chiti, Il Meccanismo europeo di stabilità al vaglio della Corte di giustizia, in Giorn. dir. amm., 2013, 148 ss.).

[83] Sulla struttura del Mes, le sue funzioni e i suoi limiti sul piano soprattutto della *governance* e dell'*accountability* v. G. Napolitano, *Il Meccanismo europeo di stabilità,* cit., 464-468; C. Golino, *op. cit.,* 45-53.

[84] R. Perez, *Cessioni di sovranità e poteri di bilancio,* cit., 364.

[85] CGUE, *Pringle c. Government of Ireland*, 27 novembre 2012, C-370/12. Alla Corte di Giustizia era stato chiesto di verificare la legittimità del Mes in relazione al nuovo art. 136.3 Tfue. Il sospetto avanzato dal rimettente era che questa disposizione, e dunque anche il Mes approvato in base alla stessa, esorbitasse dalle competenze dell'Unione relative alla politica monetaria e al coordinamento delle politiche economiche degli Stati. La Corte ha superato il quesito rilevando che il Mes non corrisponde al modello del meccanismo di assistenza previsto dall'art. 136.3 Tfue, in quanto «tanto il carattere permanente del meccanismo previsto, quanto il fatto che le sue attività mirano a salvaguardare la stabilità finanziaria della zona euro nel suo complesso non consentirebbero che una simile azione dell'Unione sia condotta sul fondamento di detta disposizione del Trattato FUE». Il fondamento del Mes, prosegue la Corte, è da ravvisare piuttosto negli articoli 4.1.e 5.2. del TUE, che, prevedendo il principio di leale collaborazione, consentono agli Stati membri dell'eurozona di stringere al di fuori del sistema dell'Unione accordi internazionali vertenti su materie disciplinate dal diritto UE e, dunque, anche di concludere un accordo relativo all'istituzione del meccanismo di stabilità. La Corte di giustizia, in altre parole, ha salvato il Mes sostenendo che si tratta di un accordo internazionale tra gli Stati membri posto al di

sto dal Trattato[86]. In questo senso, il Mes opera come uno strumento di *enforcement* dei vincoli di bilancio introdotti dal Psc riformato e dal *Fiscal Compact*, se non altro perché gli Stati hanno tutto l'interesse a non trovarsi nelle condizioni di dover chiedere l'aiuto.

Conclusivamente, l'istituzione del Mes quale organismo permanente indubbiamente trasforma l'Unione «da comunità di (soli) benefici a comunità (anche) di rischi»[87]. Ma tale condivisione dei rischi ha come sua condizione l'armonizzazione delle Carte costituzionali nazionali richiesta dal *Fiscal Compact* e, come contropartita, il diritto di ciascuno Stato di sorvegliare gli altri nel recepimento dei vincoli finanziari a livello costituzionale. Sono i vincoli finanziari, dunque, il vero motore di questo processo costituente[88].

4.2. *Gli strumenti non convenzionali della Bce*

Come noto, un ruolo fondamentale nel contrasto alla crisi dei debiti sovrani l'ha rivestito, e lo riveste tuttora, la Banca centrale europea, la quale a partire dal 2012 ha dapprima annunciato col programma Omt[89], e poi effettivamente rea-

fuori della Unione economica e monetaria, compatibile con il diritto dell'Unione in quanto gli obblighi da esso scaturenti non si pongono in contrasto con esso.

[86] F. Munari, *Da Pringle a Gauweiler: i tormentati anni dell'Unione monetaria e i loro effetti sull'ordinamento giuridico europeo*, in *Dir. un. eur.*, 2015, 734 ss., 737 s., il quale osserva che le norme sul coordinamento delle politiche economiche trovano applicazione «fino a quando la situazione è fisiologica. Quando uno Stato membro si trova invece a dover accedere a forme di assistenza finanziaria, si esce dall'UEM e si entra nel mondo Mes, attivando meccanismi di condizionalità che di fatto commissariano quello Stato membro, limitandone fortemente la sovranità».

[87] M.P. Chiti, *La crisi del debito sovrano e le sue influenze per la governance europea, i rapporti tra Stati membri, le pubbliche amministrazioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 3; G. Napolitano, *Il meccanismo europeo di stabilità*, cit., 468, il quale osserva che «In termini economici, infatti, le carte costituzionali costituiscono contratti di assicurazione con cui i membri della comunità, in nome del vincolo reciproco che li lega, accettano di fare fronte comune ai futuri rischi». Di una «partial and contradictory transformation of the EMU from a "community of mutual benefits" to a «community of mutual benefits and risk-sharing» parlano E. Chiti, P.G. Teixeira, *op. cit.,* 697.

[88] Secondo A. Morrone, *op. cit.,* 2, «al di là del valore giuridico, politico simbolico, il patto di bilancio rappresenta il seme di una nuova sfida che riguarda l'Europa e gli Stati membri […] Partire dal principio del pareggio di bilancio, nel contesto europeo, può rappresentare un'occasione ri-fondativa, per accelerare l'unificazione monetaria verso quella economica e, sullo sfondo, verso quella politica».

[89] Bce, Technical features of the Outright Monetary Transactions, Press Release, 6 september 2012, consultabile su *www.ecb.eu*. Il programma Omt consisteva nella promessa di acquistare sul mercato secondario un numero potenzialmente illimitato di titoli di Stato dei paesi dell'Eurozona in difficoltà finanziaria, a condizione che questi accettino di sottoporsi ad un programma di risanamento stipulato con il Meccanismo Europeo di Stabilità (Mes). Il programma non è mai divenuto operativo, ma la semplice promessa della Banca centrale di acquistare i titoli degli Stati in crisi ha tranquillizzato gli investitori circa la loro solvibilità e ha consentito agli Stati di collocare i propri titoli sul mercato con tassi di interesse ragionevolmente bassi. La crisi finanziaria dei paesi periferici, infatti, era dovuta in massima parte all'assenza nella Zona euro di una banca centrale che esercitasse la funzione di prestatore di ultima istanza, all'occorrenza stampando ulteriore moneta. Tale circostanza aveva indotto gli investitori a considerare il rischio che gli Stati sovra indebitati non potessero più pagare i titoli

lizzato col Quantitative easing (Qe)[90], l'acquisto sul mercato secondario di una quantità consistente di titoli di Stato dei paesi in difficoltà, garantendone la solvibilità davanti agli investitori e quindi consentendo agli Stati medesimi di collocare i propri titoli sul mercato con tassi di interesse ragionevolmente bassi.

In un primo tempo anche queste misure erano pensate nella logica dell'*enforcement* dei vincoli di bilancio – la promessa di acquistare sul mercato secondario un numero potenzialmente illimitato di titoli di Stato dei paesi dell'Eurozona in difficoltà finanziaria tramite il programma Omt prevedeva la condizione che gli Stati accettassero di sottoporsi ad un programma di risanamento stipulato con il Mes – ma in seguito è prevalsa una logica puramente solidaristica, nel senso che l'acquisto dei titoli è proseguito in misura massiccia ed è stato liberato dalla rigorosa condizionalità degli inizi. La logica sottostante all'intervento della Banca centrale si discosta dunque dal modello generale dell'assistenza, il quale prevede la solidarietà in cambio di una rigorosa condizionalità, costituita dall'osservanza dei vincoli di bilancio, e quindi di una ulteriore cessione di sovranità fiscale da parte degli Stati beneficiari.

È discusso se il modello di solidarietà sotteso agli interventi della Bce sia compatibile con le competenze dell'Unione definite dal diritto primario. In particolare, è dubbio se i programmi di acquisti siano ammissibili alla luce del divieto di finanziamento monetario ex art. 123 e, soprattutto, se gli acquisti siano effettivamente atti di politica monetaria, come tali di competenza dell'Unione[91], e non invece misure di politica economica, competenza degli Stati. Ben consapevole di queste difficoltà, la Bce si è data carico di argomentare la riconducibilità degli

---

scaduti, il che determinava la difficoltà degli Stati medesimi a collocare i propri titoli sul mercato se non a tassi di interesse elevatissimi.

[90] *Public sector purchase programme* o PSPP, decisione UE 2015/774 della Banca Centrale Europea del 4 marzo 2015. Il Qe che prevede un programma di acquisto massiccio di attività finanziarie, inclusi titoli di Stato nel mercato secondario. Il programma prevede che la Bce acquisti direttamente solo l'8% dei titoli, mentre la quota restante del 92% è acquistata in forma decentrata dalle banche centrali nazionali coordinate dalla Bce. Gli acquisti dei titoli sono effettuati in proporzione alle quote delle banche centrali nazionali nello schema di capitale della Bce e ciascuna banca centrale acquista titoli di emittenti della propria giurisdizione. Di conseguenza sono acquistati in misura superiore i titoli di Stato dei paesi che detengono le quote maggiori del capitale della Bce (in primo luogo, la Germania, che risulta la prima beneficiaria degli acquisti in termini assoluti, seguita da Francia e Italia). A differenza del programma Omt, il Qe è divenuto immediatamente operativo e gli acquisti sono tuttora in corso, a seguito di diverse proroghe da parte della Bce. Inoltre, sempre a differenza del programma Omt, il Qe non è selettivo: riguarda i titoli di tutti gli Stati membri e l'acquisto da parte della Bce con è condizionato a programma di risanamento da parte degli stati.

[91] A norma dell'articolo 119, paragrafo 2, Tfue, l'azione degli Stati membri e dell'Unione comprende l'istituzione di una moneta unica, l'euro, nonché la definizione e la conduzione di una politica monetaria e di una politica del cambio uniche (sentenza Pringle, C-370/12, EU:C:2012:756, punto 48). Per quanto riguarda più specificamente la politica monetaria, risulta dall'articolo 3, paragrafo 1, lettera c), Tfue che l'Unione ha competenza esclusiva in tale settore per gli Stati membri la cui moneta è l'euro (v., in tal senso, sentenza Pringle, C-370/12, EU:C:2012:756, punto 50).

strumenti di acquisto alla propria competenza in materia di politica monetaria[92]. E la Corte di giustizia, adita in sede di rinvio pregiudiziale da parte della Corte costituzionale tedesca, ha sancito in due occasioni la legittimità dei programmi di acquisto (sentenza Gauweiler, relativa al programma Omt[93]; sentenza Weiss, relativa al Qe[94]), atteso che nell'ambito delle politiche monetarie la Bce ai sensi dell'art. 127 Tfue non ha soltanto il compito di perseguire l'obiettivo della stabilità dei prezzi, ma anche quello di sostenere «le politiche economiche generali dell'Unione al fine di contribuire alla realizzazione degli obiettivi di quest'ultima, come definiti all'articolo 3 Tue»[95].

La Corte costituzionale tedesca in una recente sentenza ha ritenuto inapplicabile e comunque non vincolante per la Germania la sentenza Weiss in quanto la

[92] Per ricondurre i programmi di assistenza alla politica monetaria la Bce afferma che l'obiettivo perseguito è quello di «salvaguardare un'adeguata trasmissione della politica monetaria e la sua unicità» In sostanza, si rileva che un divario così marcato come quello che si era realizzato tra stati virtuosi e non virtuosi, i secondi costretti a pagare ingenti interessi sui propri titoli, le impedisce di realizzare una politica monetaria uniforme. In questo quadro il programma Omt veniva presentato come una politica monetaria che, sebbene non convenzionale, è strumentale al recupero delle politiche ordinarie divenute inefficaci a causa delle crisi finanziaria.

[93] Corte di giustizia, Grande sezione, 16 giugno 2015, Gauweiler.

[94] Corte di giustizia, causa C-493/17; sentenza 11 dicembre 2018, Weiss.

[95] La Corte di giustizia nelle sentenze Gauweiler e Weiss ha sottolineato che l'autonomia e l'indipendenza della Bce dalla politica, nonché la natura tecnica delle decisioni che assume, comportano che a tale organismo vada riconosciuto un ampio margine di discrezionalità nell'assunzione delle proprie scelte di politica monetaria, rispetto al quale il giudice può soltanto svolgere un sindacato «debole» volto ad accertare la proporzionalità delle misure rispetto agli obiettivi dichiarati. Fatta questa premessa, la Corte di giustizia ha osservato che «il Trattato FUE non contiene alcuna definizione precisa della politica monetaria», ma ne indica l'obiettivo nel mantenimento della stabilità dei prezzi. Pertanto «al fine di stabilire se una misura rientri nella politica monetaria, occorre fare riferimento principalmente agli obiettivi della misura stessa». Nella specie l'obiettivo dichiarato del programma Omt, che è quello di preservare un'adeguata trasmissione della politica monetaria e assicurarne l'unicità, contribuisce alla realizzazione di tale politica e dunque rientra a pieno titolo nelle competenze della Bce. Infatti, rileva la Corte, «l'idoneità del SEBC ad influire sull'evoluzione dei prezzi mediante le sue decisioni di politica monetaria dipende, in larga misura, dalla trasmissione degli impulsi che esso emette sul mercato monetario ai vari settori dell'economia. Di conseguenza, un funzionamento deteriorato del meccanismo di trasmissione della politica monetaria può rendere inoperanti le decisioni del SEBC in una parte della zona euro e mettere così in discussione l'unicità della politica monetaria. Inoltre, poiché un funzionamento deteriorato del meccanismo di trasmissione altera l'efficacia delle misure adottate dal SEBC, la capacità di quest'ultimo di garantire la stabilità dei prezzi ne risulta necessariamente pregiudicata. Pertanto, le misure intese a preservare tale meccanismo di trasmissione possono essere ricondotte all'obiettivo principale definito all'articolo 127, paragrafo 1, Tfue». Infine, la Corte ha ritenuto che le «garanzie» predisposte dalla Banca siano sufficienti ad evitare un illegale aggiramento dell'art. 123 Tfue, in base al quale alla Bce e alle banche centrali degli Stati membri di concedere scoperti di conto o qualsiasi altra forma di facilitazione creditizia alle autorità e agli organismi pubblici dell'Unione e degli Stati membri, nonché di acquistare direttamente, presso di essi, titoli del loro debito. Il programma Omt, infatti, prevede l'acquisto sul mercato secondario titoli di breve durata, i meno idonei quindi a modificare il valore di mercato dei titoli, e senza mai annunciare ex ante la quantità dei prodotti da acquistare. In questo modo gli agenti privati non potranno mai avere la certezza del riacquisto da parte della Bce, comprando soltanto quei titoli che riterranno affidabili. Inoltre, il programma Omt non fa venir meno «l'incitamento» degli Stati a condurre una sana politica di bilancio, in quanto l'intervento della Bce è quantitativamente limitato al ripristino dell'efficacia della trasmissione della politica monetaria e in ogni caso la Bce può in ogni tempo rivedere i titoli acquistati. Soprattutto, la circostanza che l'acquisto sia subordinato al rispetto dei programmi imposti dal Mes esclude che il programma Omt possa incitare gli Stati a seguire politiche di bilancio disinvolte.

Corte di giustizia avrebbe agito *ultra vires* violando il principio di proporzionalità nella valutazione del QE[96]. In particolare, la Corte tedesca condivide con la Corte di giustizia che la BCE adottando il QE sia rimasta all'interno delle competenze dell'UE per la politica monetaria, però ritiene che la BCE non abbia adeguatamente giustificato la propria decisione, che pertanto è da considerarsi misura sproporzionata in ragione del suo impatto sulla politica fiscale degli Stati.

Al di là delle eventuali giustificazioni che questa pronuncia possa trovare nel diritto interno[97], essa sicuramente merita il giudizio severo dei commentatori[98] poiché mette in discussione il principio della supremazia del diritto europeo[99], la competenza della Corte di giustizia ex art. 19.1 TUE a pronunciarsi sulla conformità ai Trattati degli atti delle istituzioni europee[100] e altri principi fondanti dell'ordinamento europeo. Anche il governo del principio di proporzionalità da parte del giudice tedesco non va esente da critiche.

Detto questo, e pur seguendo la Corte di giustizia dove rileva che «gli autori dei trattati non hanno inteso operare una separazione assoluta tra politica economica e quella monetaria»[101], si deve riconoscere che le competenze della BCE nella politica monetaria hanno un limite logico, rappresentato proprio dal fatto che la

---

[96] Sentenza del BundesVerfassungGericht (BVerfG) del 5 maggio 2020, sui ricorsi riuniti 2 BVerfG 859/15, 5 BVerfG 1651/15, 2 BVerfG 2006/15, BVerfG 980/16.

[97] Sul punto v. soprattutto M. Clarich, *Corte costituzionale tedesca, Corte di giustizia dell'Unione europea e Banca centrale europea, ovvero* oportet ut scandala eveniant, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2020, 347 ss.

[98] Tra i molti H. Enderlein, *The german Constitutional Court Ruling of 5.5.2020*, Hertie School of Governance, 10 maggio 2020; F. Bassan, *Il primato del diritto tedesco*, in *DB editoriali*, maggio 2020; L.F. Pace, *Il BVerG e la sentenza sul Programma PSPP*, in *Federalismi.it*, 27 maggio 20220; M.P. Chiti, *La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Qe avvia il processo di «disintegrazione europea»?*, in *Astrid Rassegna*, 15 maggio 2020; B. Caravita, M. Condinanzi, A. Morrone, A.M. Poggi, *Da Karlsruhe una decisione poco meditata in una fase politica che avrebbe meritato maggiore attenzione*, in *Federalismi.it*, 13 maggio 2020. Per maggiori approfondimenti v. i contributi di M.P. Chiti, *La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Qe avvia il processo di «disintegrazione europea» o per una vera fiscalità dell'Unione europea*; L. Bini Smaghi, *La sentenza della Corte costituzionale tedesca contro la Bce è infondata*; D.U. Galetta, J. Ziller, *Karlsruhe über alles? Riflessioni a margine di una pronunzia « assolutamente non comprensibile » e « arbitraria »* (commento a BVerfG 05.05.2020, 2 BvR 859/15, Weiss); M. Clarich, *Corte costituzionale tedesca, Corte di giustizia dell'Unione europea e Banca centrale europea, ovvero* oportet ut scandala eveniant; A. Sandulli, *Il bazooka giurisdizionale tedesco e la politica monetaria della Banca centrale europea*; M. Macchia, *Gli Stati Herren der Verträge e le contraddizioni con il Sistema europeo delle banche centrali*; A. Magliari, *Il principio di proporzionalità nella EZB Urteil del Tribunale costituzionale tedesco. Una tecnologia giuridica funzionale a un obiettivo politico*, tutti pubblicati sul numero 3-4/2020 della *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*.

[99] La Corte tedesca infatti si riserva la valutazione sulla violazione da parte delle istituzioni europee delle competenze loro conferite dagli Stati. M.P. Chiti, La sentenza della Corte costituzionale, cit., 270.

[100] M.P. Chiti, *La sentenza della Corte costituzionale*, cit., 270.

[101] Sentenza Weiss. Nella sentenza Pringle la Corte aveva tracciato una netta demarcazione tra la politica monetaria, rimessa all'Unione, e la politica economica, di competenza statuale con il solo coordinamento dell'Unione. Diversamente, la sentenza Gauweiler prende atto della difficoltà di tracciare una linea di demarcazione tra le due competenze, in assenza peraltro di criteri univoci forniti dal trattato. Ne deriva una rilettura in senso estensivo della nozione di politica monetaria, nella quale possono rientrare anche misure che obiettivamente interferiscono con la politica economica. La sentenza Weiss si è posta nel solco della sentenza Gauweiler.

politica economica e fiscale è attualmente trattenuta alle competenze statali. Poiché non è seriamente discutibile che i programmi di acquisto della Bce abbiano effetti soprattutto di ordine fiscale, non è azzardato concludere che essi si pongano obiettivamente agli estremi confini delle competenze dell'Unione.

4.3. *L'Unione bancaria*

L'evoluzione dei rapporti tra il diritto dell'Unione e le politiche di bilancio degli Stati è segnata anche dalla realizzazione della c.d. unione bancaria[102].

Innanzitutto, l'accentramento in capo alla Bce dei compiti di sorveglianza sugli istituti di credito, in sostituzione delle banche centrali nazionali (c.d. primo pilastro dell'unione bancaria)[103], costituisce di per sé una misura di protezione indiretta dei bilanci nazionali, poiché l'obiettivo che con tale riforma si intende perseguire è una più efficace prevenzione delle crisi bancarie, la quale riduce il rischio di dover ricorrere alle risorse pubbliche per la ricapitalizzazione degli istituti bancari.

Ancora più evidente è la connessione tra la nostra tematica e il secondo pilastro dell'unione bancaria,[104] concernente il meccanismo di risoluzione delle crisi bancarie[105], sol che si pensi che questo meccanismo è ispirato alla regola genera-

[102] Su cui M. Macchia, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, Torino, 2018, *passim*; A. Magliari, *Vigilanza bancaria e integrazione europea. Profili di diritto amministrativo*, Napoli, 2020, *passim*.

[103] Regolamento (UE) n. 1024/2013 e Regolamento (UE) n. 1022/2013.

[104] Regolamento n. 806/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 luglio 2014.

[105] Per la descrizione del meccanismo v. M. Macchia, *op. cit.,* 35 ss., 132 ss.; M. Clarich, *Sostegno pubblico alle banche e aiuti di Stato,* in *Giur. comm.*, 2017, 710 ss. Il meccanismo unico di risoluzione, introdotto col secondo pilastro dell'Unione bancaria, costituisce per alcuni aspetti il frutto della tormentata vicenda della disciplina degli aiuti di Stato in favore delle banche a partire dal 2008. Tradizionalmente la Commissione europea ha interpretato in modo restrittivo la disposizione (art. 107, par. 3, lett. *b)* del Tfue, ex art. 87, par. 3, lett *b)* del Tce) che consente di considerare compatibili col mercato interno gli aiuti finalizzati «a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro», concludendo che il «turbamento» che giustifica l'aiuto di Stato è soltanto quello che riguarda l'intero sistema economico del paese, non essendo sufficiente la crisi di un comparto anche importante come è quello del credito. Al manifestarsi della crisi economica, mossa dall'intento di evitare il dissesto delle banche con i conseguenti rischi sistemici, la Commissione per autorizzare gli aiuti statuali agli intermediari ha fatto ricorso alla disposizione del Trattato relativa agli aiuti pubblici nelle operazioni di salvataggio e ristrutturazione di imprese in difficoltà (art. 107, par. 3, lett. *c)* del Tfue, ex art. 87, par. 3, lett *c)* del Tce). Ma è soprattutto la comunicazione emanata dalla Commissione nel 2008 (Comunicazione della Commissione – L'applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato alle misure adottate per le istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria mondiale (2008/C 270/02). Per la compiuta analisi della comunicazione della Commissione si rinvia a M. Clarich, *Sostegno pubblico alle banche e aiuti di Stato,* cit., 706 ss.) ad aver determinato «un'applicazione molto blanda, quasi al limite della disapplicazione, della disciplina europea sugli aiuti di Stato» (Clarich. 703). La Commissione ha così rivisto integralmente il proprio approccio con una comunicazione del 2013, volta a rendere più selettive le condizioni che giustificano il soccorso pubblico agli istituti di credito, in ciò agevolata dall'allentarsi dei rischi sistemici di collasso del sistema bancario (Clarich, 708 ss.). Ad uno sguardo generale, si può osservare che la disciplina del sostegno pubblico alle banche in crisi è stata irrigidita dalla Commissione europea essenzialmente con l'obiettivo di preservare il mercato unico e limitare l'interferenza rappresentata dagli aiuti di Stato in favore degli istituti di credito. Tuttavia,

le che «un ente in dissesto dovrebbe essere liquidato con una procedura ordinaria di insolvenza» (considerando 45 della Direttiva n. 59/2014), lasciando a carico degli azionisti e dei creditori tutte le perdite realizzate, in modo da evitare alla radice ogni intervento da parte delle finanze pubbliche.

In realtà la liquidazione degli intermediari bancari in dissesto, sebbene affermata come regola di principio, non è senza alternative: anzi, la continuità operativa e la sopravvivenza della parte aziendale «sana» è preferita quando sussista un interesse pubblico a evitare la messa in liquidazione, connesso alla tutela dei depositanti e delle attività dei clienti degli istituti di credito oppure alla necessità di evitare il rischio del contagio della crisi con effetti negativi di carattere sistemico sulla stabilità finanziaria. Se accerta la presenza di questi presupposti, il *Single Resolution Board* formula un programma di risoluzione, soggetto all'approvazione del Consiglio su proposta della Commissione[106], che individua negli azionisti coloro che devono sopportare per primi le perdite, seguiti dai creditori[107] e con esclusione dei titoli di depositi di valore non superiore a 100.000 euro (art. 34 della direttiva).

In base a questo sistema, l'autorità di risoluzione può ricorrere a strumenti pubblici di stabilizzazione finanziaria soltanto quando gli strumenti di risoluzione ordinaria non si siano rilevati sufficienti a evitare il rischio di una crisi sistemica (artt. 56-50 del Regolamento)[108]. Le misure di risoluzione della crisi, alternati-

---

non v'è chi non veda che questo irrigidimento costituisce un tassello importante della ristrutturazione della stessa *governance* finanziaria europea, in quanto stringere le maglie del sostegno pubblico alle banche non significa altro che limitare l'aumento del debito pubblico quale conseguenza della spesa per i salvataggi bancari e la protezione degli investitori. Osservanza del divieto di aiuti di Stato e rispetto dei vincoli di finanza pubblica sono due tasselli di un progetto unitario per la stabilizzazione dell'euro-zona.

[106] Il programma entra in vigore soltanto se il Consiglio, su proposta della Commissione, ritenga soddisfatto il requisito dell'interesse pubblico e non si opponga entro 24 ore dalla trasmissione (art. 18, par. 7 del Regolamento). A proposito di queste disposizioni M. Clarich, *Sostegno pubblico alle banche e aiuti di Stato,* cit., 712, osserva che «l'avvio della risoluzione richiede dunque un bilanciamento dei vari interessi in gioco, di tipo tecnico e di tipo discrezionale, affidato alle autorità europee poste al massimo livello istituzionale. Nel bilanciamento tra l'interesse alla stabilità del sistema finanziario e l'interesse alla salvaguardia del mercato unico, gioca un ruolo cruciale il Consiglio che, come si è visto, accerta la sussistenza dell'interesse pubblico all'avvio della procedura di risoluzione deliberando a maggioranza semplice e che può superare il veto della Commissione sulle misure costituenti aiuti di Stato previsti dal programma di risoluzione con una delibera adottata all'unanimità. Dal punto di vista formale, in definitiva, viene rispettato il principio della prevalenza dell'interesse alla stabilità finanziaria, ma la regola dell'unanimità del consenso in seno al Consiglio rende estremamente difficile in pratica la sua applicazione nei singoli casi».

[107] Il c.d. *bail-in* prevede la svalutazione e conversione dei crediti (art. 37 della Direttiva). Per effetto del *bail in* i creditori delle banche possono vedersi ridotti o cancellati i rendimenti, ridotto il valore nominale del credito, oppure potrebbero subire la conversione forzata dei loro titoli in azioni.

[108] L'impiego di questi strumenti presuppone comunque un ricorso parziale al *bail-in*, in quanto gli azionisti e gli altri detentori del capitale della banca sono sottoposto alla svalutazione o conversione dei loro titoli per l'assorbimento almeno dell'8% delle perdite (art. 7, par. 10, lett. *a)* della Direttiva). L'operazione, inoltre, resta condizionata all'assenso della Commissione: il che si giustifica in ragione della competenza sugli aiuti di Stato, ma come è stato osservato può apparire contraddittorio all'interno di un quadro normativo che dovrebbe avere come propria finalità essenziale la tutela della stabilità finanziaria e non l'integrità del mercato unico e l'applicazione delle regole di concorrenza. È infine prevista la possibilità che, in via assolutamente eccezionale, si

ve alla liquidazione, hanno pertanto come propria stella polare l'obiettivo di evitare che il costo della crisi ricada sulle finanze pubbliche. Non soltanto la liquidazione, ma anche la risoluzione con l'applicazione della regola del *bail in*, dunque, può essere annoverata tra gli strumenti di garanzia dei bilanci pubblici: perché esprime la scelta politica fondamentale di allocare il costo delle crisi bancarie sugli azionisti, a protezione delle finanze dello Stato[109].

In conclusione, se il primo pilastro mira a prevenire le crisi del debito privato attraverso una vigilanza più occhiuta sugli intermediari finanziari, il secondo tende a evitare che l'eventuale crisi del debito privato si converta in crisi del debito pubblico[110]. Conseguentemente, è introdotto un vincolo alla destinazione della spesa da parte degli Stati: nel senso che la spesa in linea di massima non può essere destinata al salvataggio delle banche.

5. *Vincoli di bilancio e crisi da pandemia: una risposta dell'Europa tra (prevalente) continuità ed (incerta) discontinuità*

La pandemia da Covid-19 ha imposto agli Stati di aumentare in modo considerevole la spesa pubblica per far fronte al calo dei redditi e alla depressione economica causati dal propagarsi del contagio e dalle misure adottate per contenerlo. Tale aumento della spesa pubblica ha determinato un aumento delle uscite non corrispondente alle entrate e ha imposto l'ampio ricorso all'indebitamento.

L'Unione europea si è subito dimostrata consapevole che le circostanze imponevano un aumento della spesa non compatibile con le regole ordinarie del Patto di stabilità e crescita[111]. Pertanto la Commissione, nella Comunicazione del

---

dia corso a misure di sostegno finanziario pubblico straordinario che non comportano necessariamente la messa in risoluzione dell'istituto di credito e che, soprattutto, non sono condizionate all'operatività, neppure parziale, del *bail-in*. Si tratta di misure straordinarie che realizzano la ricapitalizzazione «precauzionale» di banche in realtà ancora solvibili. Esse consistono nella garanzia dello Stato o a sostegno degli strumenti di liquidità forniti dalle banche centrali o sule passività di nuova emissione, oppure in un'iniezione di fondi propri o nell'acquisto di strumenti di capitale a condizioni che non attribuiscono all'ente un vantaggio, sempre che l'ente beneficiario non sia in dissesto o a rischio di dissesto (art. 34, comma 4, lett. *d)* della Direttiva). Richiedono comunque l'approvazione della Commissione nell'ambito della disciplina degli aiuti di Stato (art. 32, comma 5).

[109] Da ultimo F. Capriglione, *Luci ed ombre nel salvataggio di quattro banche in crisi. Scritto per il Convegno "salvataggio bancario e tutela del risparmio"*, in *Riv. Dir. Banc.*, 2016, 2, 1 ss., con ampi riferimenti al caso italiano.

[110] Quello di «spezzare il legame tra i rischi di default di un istituto bancario e le conseguenze finanziarie per l'economia nazionale» è solo uni dei tre principali obiettivi dell'unione bancaria. Essa si propone altresì «di proteggere i risparmiatori» e «di garantire l'uniformità delle condizioni del credito nel frammentato mercato bancario europeo»: M. Macchia, *op. cit.*, 21.

[111] Per un quadro generale della risposta dell'Unione alla pandemia, con preziosi rilievi critici, v. E. Chiti, *L'Unione e le conseguenze della pandemia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 436 ss.

13 marzo 2020, ha affermato di voler utilizzare appieno la flessibilità prevista dalla disciplina fiscale europea[112].

In primo luogo, la Commissione ha assicurato che «[l]e misure di sostegno, come quelle necessarie per i) contenere e trattare la pandemia, ii) garantire un sostegno di liquidità alle imprese e ai settori, e iii) proteggere i posti di lavoro e i redditi dei lavoratori colpiti, possono essere considerate spese di bilancio *una tantum*», cioè spese eccezionali mirate che il Patto consente di escludere dagli effetti di bilancio.

In secondo luogo, la Commissione ha dichiarato l'intenzione di proporre al Consiglio di attivare la clausola del patto che consente alle istituzioni di rivedere i percorsi di aggiustamento per gli Stati membri sottoposti a procedure per disavanzi eccessivi (PDE), «in modo da tenere conto delle situazioni specifiche di ciascun Paese in caso di crescita negativa o di forti cali dell'attività».

In terzo luogo – e soprattutto – la Commissione ha messo in rilievo che la disciplina europea consente lo scostamento temporaneo dagli adeguamenti di bilancio in presenza di eventi eccezionali, al di fuori del controllo dell'amministrazione pubblica, che abbiano un impatto considerevole sulla posizione di bilancio di uno Stato membro (c.d. *unusual event clause*) e in caso di grave recessione economica per la zona euro o per l'Ue nel suo complesso (c.d. *general escape clause*)[113].

La clausola per eventi eccezionali era stata già diverse volte applicata. Per la prima volta in occasione della pandemia la Commissione ha proposto – e il Consiglio l'ha approvato – l'attivazione anche della clausola di salvaguardia generale[114], che comporta la sospensione dell'aggiustamento di bilancio raccomandato e consente agli Stati membri di discostarsi dagli obblighi che normalmente si applicherebbero, a condizione che la sostenibilità di bilancio a medio termine non ne risulti compromessa.

Come è stato osservato, la clausola di salvaguardia generale «rispetto alla clausola per eventi eccezionali, […] rappresenta una deroga di natura generale che garantisce a tutti gli Stati membri che l'impatto finanziario delle misure per affrontare la crisi sarà escluso dalle valutazioni della Commissione quando formulerà proposte e raccomandazioni al Consiglio in merito al rispetto del PSC. Rispetto alle sospensioni conosciute in passato, la particolarità della *general crisis escape clause* risiede nella sua natura non condizionata: in caso di grave recessione

[112] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, alla Banca centrale europea, alla Banca europea per gli investimenti e all'Eurogruppo relativa a una risposta economica coordinata all'emergenza Covid-19, COM(2020) 112 final del 13 marzo 2020, in particolare punto 6.

[113] La base legale è rappresentata dagli artt. 5(1), 6(3), 9(1) e 10(3) del Reg. (CE) n. 1466/97 e dagli artt. 3(5) e 5(2) del Reg. (CE) 1467/97, così come modificati rispettivamente dal Reg. (UE) n. 1175/2011 e dal Reg. (UE) n. 1177/2011.

[114] Comunicazione della Commissione al Consiglio sull'attivazione della clausola di salvaguardia generale del patto di stabilità e crescita, COM/2020/123 final del 20 marzo 2020.

economica, la clausola si applica indifferentemente se gli Stati abbiano profuso lo sforzo fiscale o meno»[115].

Tuttavia la sostanziale sospensione del patto di stabilità e crescita non segna il superamento dei vincoli finanziari esaminati nei precedenti paragrafi, non comporta il ritorno della piena sovranità degli Stati nella determinazione delle grandezze dei propri bilanci.

In primo luogo, non è irrilevante che la decisione di sospendere i vincoli sia stata adottata dalle istituzioni europee in applicazione di una clausola contenuta nel patto di stabilità e crescita. Alla luce di ciò, non è paradossale affermare che il Patto non viene affatto superato dalla sua sospensione, ma semmai legittimato, poiché ne viene dimostrata l'elasticità e la capacità di adattamento alla realtà.

In secondo luogo, va considerato che quella disposta è soltanto una sospensione temporanea della disciplina fiscale, per il tempo necessario a consentire agli Stati di dare adeguate risposta alla crisi. Appena ve ne saranno le condizioni e sulla base della proposta della Commissione, i vincoli finanziari previsti dal diritto europeo si riattiveranno e gli Stati saranno tenuti a conformarvisi[116]; per il momento, il Patto è sospeso fino al termine del 2023.

A questo riguardo è stato giustamente osservato che, se l'emergenza è iniziata sostanzialmente all'unisono in tutti gli stati membri, il che ha consentito l'applicazione della clausola di salvaguardia generale, «la durata e l'entità dei suoi effetti economico-finanziari sarà variabile, in relazione non solo all'evoluzione della pandemia ma anche alla struttura di ciascuna economia e alla capacità di rispondere con politiche di stabilizzazione»[117]. Ciò assegnerà un ruolo assolutamente centrale alla Commissione, chiamata alla gestione dei tempi delle deroghe.

In ogni caso, la temporaneità della sospensione dei vincoli comporta che, prima o dopo, gli Stati, presumibilmente in tempi diversi e calibrati sulle singole situazioni finanziarie, saranno chiamati a rientrare nei parametri, il che, considerato l'andamento della spesa durante la sospensione del Patto, potrebbe richiedere sacrifici superiori a quelli conosciuti nel periodo precedente alla pandemia e

[115] C. Domenicali, *La Commissione europea e la flessibilità «temporale» nell'applicazione del Patto di Stabilità e Crescita*, in *federalismi.it*, 2020, n. 19, dove anche l'illustrazione del modo in cui la clausola concretamente opera. In sintesi, per quanto riguarda il braccio preventivo, nell'ambito del semestre europeo le istituzioni europee valuteranno i programmi di stabilità e i programmi di convergenza presentati dagli Stati senza pretendere sforzi fiscali volti all'allineamento con l'obiettivo a medio termine o con il percorso di aggiustamento del singolo Stato. Per quanto riguarda il braccio correttivo, la Commissione garantisce che, fintantoché la situazione di crisi legata all'emergenza sanitaria avrà natura generalizzata, non verranno aperte procedure per i disavanzi che si riveleranno eccessivi. Per quanto riguarda la Procedura per disavanzi eccessivi in corso, avviata nei confronti della Romania in concomitanza con la diffusione del virus a livello europeo, essa potrà vedere una rivalutazione del percorso macroeconomico e fiscale da parte del Consiglio, su raccomandazione della Commissione, tenendo conto degli effetti economici e fiscali dell'epidemia Covid.

[116] C. Domenicali, *op. cit.*, 460.

[117] *Ibidem*.

comunque «una sorveglianza più intrusiva da parte delle istituzioni europee»[118]. In altre parole, la decisione che oggi potrebbe apparire come un allentamento dei vincoli finanziari, con un ritorno in auge delle politiche di spesa degli stati nazionali, potrebbe domani verosimilmente risolversi in una ulteriore compressione della sovranità finanziaria, imposta dal riallineamento ai parametri del Patto di stabilità e crescita.

L'intervento dell'Unione non si è limitato alla sospensione dei vincoli, ma si è tradotto anche in misure tese ad aiutare gli Stati a sostenere la spesa pubblica occorrente per contrastare gli effetti economici della pandemia e il debito conseguentemente contratto. Su questo versante si riscontrano alcuni elementi di discontinuità rispetto al passato, affiancati peraltro da elementi di sicura continuità[119].

Dal punto di vista dei meccanismi di sostegno degli Stati in crisi, l'Unione è intervenuta con strumenti già sperimentati all'indomani della crisi economica del 2007-2011. La Bce ha varato un nuovo programma di acquisto dei titoli di Stato, il Pepp, ancor più vantaggioso nelle condizioni per gli Stati rispetto al Qe[120], ed è stata attivata e rifinanziata una nuova linea di credito del Mes [121]. Entrambi gli strumenti, per quanto al momento indispensabili per la sostenibilità della spesa pubblica da parte degli Stati nazionali, presentano criticità analoghe a quelle già osservate a proposito dei loro «predecessori»: il primo ripropone il problema del ruolo assunto dalla Bce ai confini ultimi della politica monetaria strettamente intesa[122], il secondo sconta una certa indeterminatezza nel meccanismo delle condizionalità e comunque resta ancorato «alla logica istituzionale della netta distinzione tra paesi creditori e debitori, in linea con quanto avvenuto nella crisi precedente»[123].

---

[118] C. Domenicali, *op. cit.*, 462.

[119] Osserva E. Chiti, *L'Unione e le conseguenze della pandemia*, cit., 437, che «le risposte messe a punto dall'Unione sono caratterizzate da una tensione di fondo: per un verso, pongono le condizioni per la realizzazione di diversi tipi di solidarietà, che riflettono logiche istituzionali differenti ma possono operare in modo complementare; per altro verso, non sono adeguatamente sostenute dal diritto vigente, che richiede di essere riformato o sviluppato».

[120] Decisione (UE) 2020/440 della Banca centrale europea del 24 marzo 2020 su un programma temporaneo di acquisto per l'emergenza pandemica (Bce /2020/17), in GUUE L 91. Il programma di acquisto è stato in seguito esteso sino […] ed è caratterizzato dal fatto che gli acquisti non sono sottoposti ad alcuna condizionalità e non sono tenuti a rispettare rigidamente le quote di ciascun stato membro nell'azionariato della Bce, il cosiddetto *capital key*.

[121] La decisione è stata assunta l'8 maggio dell'Eurogruppo: si veda il comunicato stampa disponibile al sito www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2020/05/08/eurogroupstatement-on-the-pandemic-crisis-support/. La nuova linea di credito è stata poi resa operativa con una decisione del Consiglio dei governatori del Mes del 15 maggio 2020: https://www.esm.europa.eu/sites/default/files/20200515_-_esm_bog_-_annotated_agenda.pdf.

[122] Osserva E. Chiti, *L'Unione e le conseguenze della pandemia*, cit., 439, che l'azione della Bce, «essenziale per la sopravvivenza delle economie europea, si svolge in un quadro giuridico tutt'altro che facilitante».

[123] E. Chiti, *L'Unione e le conseguenze della pandemia*, cit., 438, 441.

La possibile discontinuità è rappresentata dal varo del programma Next generation Eu (Ngeu). Esso consiste in una integrazione del Quadro Finanziario Pluriennale 2021-2027 con una dotazione di ulteriori 750 miliardi di euro finanziata attraverso prestiti contratti dalla Commissione sui mercati e da un aumento dei trasferimenti degli Stati membri al bilancio europeo[124].

L'art. 2, par. 2 del Regolamento 2020/2094 ripartisce nel seguente modo la dotazione del Ngeu: (i) 384,400 miliardi di EUR in forma di aiuti agli Stati a fondo perduto (c.d. *grants*) e di aiuti rimborsabili mediante strumenti finanziari; (ii) 320 miliardi in forma di prestiti agli Stati membri per un programma di finanziamento della ripresa e della resilienza economica e sociale mediante il sostegno a riforme e investimenti. L'importo stanziato a titolo di sovvenzioni si articola in diversi programmi di azione, il principale dei quali è il *Recovery and Resilience Facility* (o anche *Recovery Fund*), al quale vengono destinati 312,5 miliardi.

L'assegnazione delle risorse è subordinata alla predisposizione del piano nazionale per la ripresa e la resilienza (Pnrr), con cui lo Stato definisce il programma di riforme e investimenti per il periodo 2021- 2023. I piani per la ripresa e la resilienza sono approvati dal Consiglio a maggioranza qualificata su proposta della Commissione[125]. La valutazione è condotta in relazione a determinati obiettivi, che gli Stati devono impegnarsi a perseguire con progetti di azioni credibili e affidabili: la transizione verde e digitale; la crescita intelligente, sostenibile e inclusiva; la coesione economica, l'occupazione, la produttività, la competitività, la ricerca, lo sviluppo e l'innovazione; la coesione sociale e territoriale e la salute.

In prospettiva, la novità più rilevante recata dal Ngeu è che la Commissione sia stata autorizzata a contrarre prestiti sui mercati dei capitali per conto dell'Unione, la quale si è così dotata di risorse proprie, indipendenti dai trasferimenti dei singoli Stati membri. Ciò inaugura un nuovo modello di solidarietà in ambito europeo: diverso da quello sotteso ai meccanismi di aiuto come il Mes, in quanto non fondato sulla distinzione tra Stati creditori e Stati debitori; e diverso anche da quello sotteso all'azione della Bce, poiché «non dipende dalle valutazioni tecniche compiute da un regolatore indipendenti, ma piuttosto da decisioni la cui natura è in definitiva politica»[126].

[124] Il pacchetto di proposte intitolato Ngeu è stato presentato dalla Commissione il 27 maggio 2020 per far fronte alle esigenze di ripresa dell'UE e dei suoi Stati membri a seguito della crisi COVID-19. Dopo la discussione all'interno dell'Eurogruppo avvenuta nel luglio 2020, la proposta è stata approvata dal Consiglio dell'Unione Europea con Regolamento 2020/2094 adottato in data 14.12.2020 che ha istituito «uno strumento dell'Unione europea per la ripresa, a sostegno alla ripresa dell'economia dopo la crisi COVID-19».

[125] Consiglio Europeo (2020). «Conclusioni della riunione straordinaria del Consiglio Europeo». Bruxelles, 17, 18, 19, 20 e 21 luglio.

[126] E. Chiti, *L'Unione e le conseguenze della pandemia*, cit., 443.

6. *Conclusioni e scenari*

La domanda fondamentale, a questo punto, è se il NGEU segni (o comunque preluda al) la trasformazione dell'Unione europea da una unione di disciplina fiscale, tesa a rendere più rigoroso il governo delle finanze pubbliche da parte degli Stati membri, ad una unione fiscale vera e propria, capace di attuare politiche finanziarie di tipo redistributivo: quelle politiche che gli Stati nazionali oggi stentano a realizzare proprio in considerazione dei vincoli europei sopra esaminati[127].

Questa evoluzione è da più parti auspicata, poiché si avverte «il rischio che, concentrandosi esclusivamente sulla stabilizzazione, l'Unione non corrisponda alle aspettative della sua base e sia quindi percepita come un potere pubblico sordo alle istanze della società, compromettendo la propria legittimazione basata sui risultati»[128].

Tuttavia, il giurista non può che prendere atto, da un lato, che il NGEU è presentato dallo stesso Eurogruppo come un insieme di strumenti temporanei e limitati al contrasto della crisi generata dalla pandemia e, dall'altro, che il diritto primario dell'Unione allo stato non contiene le basi per il passaggio ad una unione fiscale nel senso appena detto.

Invero, il TFUE prevede che l'Unione dispone di risorse proprie per realizzare i propri compiti e obiettivi (art. 311), ma l'ammontare di queste risorse è attualmente molto limitato ed assolutamente non congeniale al compimento da parte dell'Unione di politiche di bilancio sul modello degli Stati nazionali. L'Unione non ha potestà di imporre imposte o tributi, quindi non dispone della leva fiscale per accrescere le risorse proprie. Di conseguenza, la nascita di un vero e proprio bilancio europeo richiederebbe la disponibilità degli Stati ad aumentare considerevolmente i trasferimenti di risorse in favore dell'Unione, il che è improbabile avvenga nel breve o nel medio periodo stante la condizione dei bilanci nazionali e i limiti alla spesa derivanti dagli stessi vincoli europei. L'alternativa è rappresentata dal massiccio ricorso all'indebitamento da parte dell'Unione, ma pure questa è una strada molto stretta, poiché l'art. 310, par. 1, TFUE, prevede che nel bilancio dell'Unione «entrate e spese devono risultare in pareggio».

Non sembra dunque irragionevole pensare che, salvo una modifica dei Trattati, l'esperienza del NGEU sia destinata a rimanere un episodio, per quanto rilevantissimo, della vita istituzionale dell'Unione. Del resto, le resistenze nei riguardi di un bilancio europeo più capiente, finalizzato ad attuare politiche redistri-

[127] Su questo tema, di recente, G. Della Cananea, *L'Unione europea, oltre la stabilizzazione dei conti pubblici*, in *Dir. pubb.*, 2020; E. Chiti, *L'Unione e le conseguenze della pandemia*, cit., 443.

[128] Così G. Della Cananea, *L'Unione europea, oltre la stabilizzazione dei conti pubblici*, cit. riportando il pensiero di G. Majone, *Rethinking the Union of Europe Post-Crisis*, Cambridge, 2014; P. De Ioanna, M. Degni, *Il vincolo stupido. Europa e Italia nella crisi dell'Euro*, Roma, 2015, 103

butive, non sono inferiori alle pulsioni contrarie. Ne è prova la citata sentenza della Corte costituzionale tedesca del 2020, discutibile certamente, dalla quale comunque emerge il convincimento che soltanto le istituzioni nazionali dispongono della legittimazione politica necessaria per realizzare politiche finanziarie di tipo distributivo.

Non si vuol dire che la prospettiva dell'Unione fiscale sia meramente fantasiosa, dacché l'esperienza della pandemia potrebbe contribuire alla nascita di un ampio consenso intorno alle modifiche dei trattati necessarie per attuarla. Si tratta nondimeno di un percorso difficile, che gli Stati devono valutare con massima attenzione. È vero che una Unione fiscale, promotrice di politiche espansive e redistributive, contribuirebbe in modo decisivo al superamento dell'attuale contrapposizione tra Stati debitori e stati creditori emersa all'interno dell'eurozona dopo la crisi del 2007-2011 (quasi paradossalmente, per effetto dei meccanismi di assistenza degli Stati in crisi) e alla nascita di una più solida unione politica[129]. Ed è pure esatto che l'unione fiscale libererebbe la BCE dall'incombenza di supplire ai limiti delle politiche economiche attraverso una utilizzazione degli strumenti di politica monetaria «ai limiti estremi della copertura offerta dalle stesse norme» e, al tempo stesso, sanerebbe l'anomalia di una disciplina che «produce una erosione della sovranità fiscale degli Stati membri senza allo stesso tempo trasferire le scelte politiche sul piano europeo, nel quale operano, piuttosto, procedure quasi automatiche» [130]. A fronte di tutto questo, però, non si può trascurare che il bilancio europeo si fonderebbe sull'emissione di titoli europei, quindi sull'indebitamento. L'effetto ultimo potrebbe essere un semplice spostamento, dal livello nazionale a quello dell'Unione, del problema della sostenibilità del debito. E, poiché l'Unione potrebbe essere indotta a farvi fronte attraverso la leva monetaria, vanno ponderati anche i rischi da inflazione.

Una prospettiva allo stato senz'altro più realistica dell'Unione fiscale è la riforma del Patto di stabilità e crescita, non a caso oggi al centro dell'agenda politica dell'Unione. Il Patto di stabilità e crescita, malgrado la diffusa tendenza a non prenderne atto, ha dato prova della sua flessibilità, proprio in occasione della diffusione della pandemia. Ma la sfida che oggi attende l'Unione, dal cui successo dipende gran parte della sua legittimazione, è di non limitarsi a esibire tolleranza nei confronti degli Stati, ma di farsi parte attiva nell'ambito delle politiche orientate alla crescita.

La disciplina fiscale attualmente vigente, stante le dimensioni raggiunte dai debiti nazionali per far fronte alla pandemia, imporrebbe agli Stati di intraprendere percorsi assai gravosi per il rientro nei parametri, incompatibili con una pro-

[129] Su questi aspetti, E. Chiti, *L'Unione e le conseguenze della pandemia*, cit., 438 s.
[130] E. Chiti, *L'Unione e le conseguenze della pandemia*, cit., 439.

spettiva di ripresa economica. L'unione percepisce l'urgenza della riforma delle *fiscal rules*, anche perché sono state proprio le istituzioni europee, con la sospensione del patto di stabilità, ad autorizzare l'aumento esponenziale dei debiti degli Stati[131]. Di più: una parte considerevole degli aiuti previsti nell'ambito del NGEU è concessa agli Stati sotto forma di prestiti: e vi è una contraddizione di fondo nel prestare denaro agli Stati, sia pur come misura temporanea ed eccezionale, e contemporaneamente vietarne l'indebitamento, atteso che la contrazione di quei prestiti è causa di aumento del debito.

In altre parole, senza una riforma del patto di stabilità e crescita, la conseguenza nel medio periodo della scelta di autorizzare e favorire l'indebitamento degli Stati per far fronte alla pandemia sarebbe una insostenibile riduzione della spesa, di quella corrente e di quella per investimenti. L'aiuto concesso oggi innescherebbe domani una spirale drammatica. Ecco perché la revisione del patto è oggi una urgenza, molto più di quanto sia l'attuazione di una vera e propria unione fiscale.

L'esigenza di rivedere il patto di stabilità, imposta dalla drammatica congiuntura della pandemia, può rappresentare l'occasione affinché la disciplina fiscale, pur mantenendo attenzione alla stabilità delle finanze pubbliche, sia parzialmente ripensata in modo da stimolare la riqualificazione della spesa da parte degli Stati membri, nella direzione di maggiori investimenti e minore spesa corrente. Del resto, un maggiore impulso da parte dell'Unione alla spesa per investimenti materiali e immateriali è perfettamente compatibile con il quadro normativo, perché è tra i compiti dell'Unione quello di sostenere politiche di tipo redistributivo volte a «ridurre il divario tra i livelli di sviluppo delle varie regioni e il ritardo delle regioni meno favorite» (articolo 174 TFUE), nonché di sostenere gli

[131] L'allora Presidente del Consiglio dei ministri italiano Mario Draghi e il presidente francese Emmanuel Macron hanno manifestato pubblicamente la loro posizione in un articolo sul *Financial Times* del 23 dicembre 2021, eloquente già nel titolo (*Mario Draghi and Emmanuel Macron: The EU's fiscal rules must be reformed*). Vi si legge, tra l'altro: «*Prior to the pandemic, the EU's existing fiscal rules were already in need of reform. They are too obscure and excessively complex. They constrained the actions of governments during crises and overburdened monetary policy. They also failed to provide incentives for prioritising key public spending for the future and for our sovereignty, including public investment. We will need a framework that is credible, transparent and capable of contributing to our collective ambition for a stronger, more sustainable and fairer Europe. There is no doubt that we must bring down our levels of indebtedness. But we cannot expect to do this through higher taxes or unsustainable cuts in social spending, nor can we choke off growth through unviable fiscal adjustment. Instead, our strategy is to curb recurrent public spending through sensible structural reforms. And, just as the rules could not be allowed to stand in the way of our response to the pandemic, so they should not prevent us from making all necessary investments*». Sul punto è significativo anche quanto dichiarato dal Commissario europeo per l'economia, Paolo Gentiloni, in una intervista rilasciata al Corriere della Sera il 13 marzo 2020, a proposito del fatto che «con un debito pubblico in media al 103% del Pil nell'area euro, abbiamo bisogno di una discussione sulle modalità di rientro, i percorsi, i tempi e i perché. Se noi ci limitassimo ad applicare le regole come sono, con livelli di debito aumentati così tanto, allora dovremmo mantenere per 10 o 15 anni dei surplus di bilancio prima di pagare gli interessi sul debito che sarebbero difficilmente sostenibili. Dobbiamo ripensare a come gestire i percorsi di rientro. Ovviamente l'Italia o la Grecia hanno livelli di debito pubblico molto alti e devono esercitare particolare prudenza. Ma anche la Francia sarà probabilmente sopra il 120% del Pil per diversi anni. Credo che dovremo far fronte a queste realtà».

investimenti pubblici (ad esempio, quello necessari per la realizzazione di una rete infrastruttuale trans-europea, di cui all'art. 172 del TFUE)[132].

Per accrescere nei vincoli europei la funzione promozionale e di riqualificazione della spesa occorre una revisione del Patto che differenzi ancor più profondamente l'indebitamento consentito (o vietato) per sostenere la spesa corrente da quello per sostenere la spesa per investimenti. Una interpretazione dei vincoli più disponibile a consentire il ricorso a un controllato indebitamento per le spese di investimento consentirebbe anche di accrescere la funzione promozionale e di stimolo dei programmi europei di compartecipazione alle spese strategiche[133].

La Commissione nel novembre 2021 ha presentato la sua proposta di revisione del Patto[134]. La novità quindi concernerono sia il metodo, ispirato alla valorizzazione dell'interlocuzione tra gli Stati e la Commissione europea, sia il contenuto delle regole, che si propongono maggiore elasticità rispetto agli attuali vincoli. La proposta infatti prevede che la Commissione negozi con ciascun Paese un percorso quadriennale di riduzione della spesa pubblica per abbassare il debito in rapporto al Pil. Sono inoltre favorite le riforme gli investimenti che stimolano la crescita: l'impegno a intraprendere queste iniziative consente agli Stati di giovarsi di periodi di aggiustamento che possono durare fino a sette anni. Si tratta per entrambi i profili di soluzioni auspicate dalla gran parte degli osservatori; fermo restando i rischi connessi all'aumento della discrezionalità della Commissione e comunque l'esigenza di un apparato sanzionatorio effettivo che responsabilizzi pienamente gli Stati a mantenere gli impegni assunti in cambio della elasticità concessa[135].

In conclusione, ci sono le premesse perché in futuro i vincoli previsti finanziari previsti dal diritto europeo siano vissuti all'interno degli Stati membri non sol-

---

[132] G. Della Cananea, *L'Unione europea, oltre la stabilizzazione dei conti pubblici*, cit.

[133] Su questo versante è certamente in atto una evoluzione dell'Unione europea. Significativa è l'istituzione del Fondo europeo per gli investimenti strategici nell'ambito del piano Juncker per il sostegno agli investimenti pubblici. L'Unione stanzia risorse per il conferimento di progetti infrastrutturali di interesse transnazionale. In questo modo stimola una diversa composizione della spesa pubblica da parte degli Stati, favorendo la componente di spesa degli investimenti rispetto alla componente rappresentata dalla spesa corrente, poiché è solo nell'ambito della prima che gli Stati possono valersi del cofinanziamento da parte dell'Unione. Cfr. G. Della Cananea, *L'Unione europea, oltre la stabilizzazione dei conti pubblici*, cit.

[134] Comunicazione della Commissoine sugli orientamenti per una riforma del quadro di governance economica dell'UE, COM/2022/583 final.

[135] Sulla proposta della Commissione è ampio il dibattito tra gli economisti. L'attenzione è rivolta anche alle strategie comunque necessarie per consentire agli Stati un rientro non eccessivamente doloroso nei parametri del Patto. Tra gli altri L. D'Amico, F. Giavazzi, V. Guerrieri, G. Lorenzoni and C.-H. Weymuller, *Revising the European fiscal framework, part 1: Rules*, in *VoxEU.org*, 14 gennaio 2021; Id., *Revising the European fiscal framework, part 2: Debt Management*, in *VoxEU.org*, 15 gennaio 2022; S. Micossi, E. Avgouleas, *What to Do About Eurozone Sovereign Debt*, in *Project-Syndicate.org*, 2021; L. Reichlin, K. Adam, W.J. McKibbin, M. McMahon, R. Reis, G. Ricco, and B Weder di Mauro (2021), *The ECB Strategy: The 2021 Review and Its Future*, CEPR Press.

tanto come l'albero della nave al quale Ulisse si incatena per resistere alle sirene, ma anche come uno stimolo per scelte allocative più lungimiranti e di lungo periodo. Uno scenario di questo tipo chiama in causa senz'altro la responsabilità delle istituzioni dell'Unione, ma prima ancora quella degli Stati, i quali dovrebbero rinunciare a coltivare la mai sopita illusione del ritorno ad un passato in cui legislatori e amministrazioni nazionali erano pienamente sovrani delle politiche finanziarie.

Per quanto riguarda l'Italia è illusorio immaginare il ritorno di un legislatore in grado di decidere liberamente quanto e come spendere. E ciò perché, sotto la spinta del diritto dell'Unione, le politiche di bilancio sono ormai ampiamente «costituzionalizzate» anche in riferimento ai loro contenuti. La Costituzione fissa le grandezze, entro le quali il legislatore deve muoversi, e indica anche i diritti fondamentali, che nell'ambito della provvista devono essere prioritariamente finanziati[136]. Ciò apre la via anche al controllo giudiziario del bilancio; sia in relazione ai saldi, sia con riferimento alla destinazione delle spese, perché è contro il diritto (e non semplicemente inopportuna) una scelta allocativa di risorse scarse che privilegia la spesa corrente rispetto a quella occorrente per la garanzia dei diritti costituzionali e per gli investimenti.

[136] Corte costituzionale 16 dicembre 2016, n. 275. Cfr. W. Giulietti, *Funzione politica del bilancio*, cit., 300; A. Longo, *Una concezione del bilancio costituzionalmente orientata: prime riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*, in *Federalismi*, 2017, 13.

Michele Trimarchi - Abstract

Politiche di bilancio e vincoli europei

Il contributo si occupa delle regole fiscali come limiti permanenti alle politiche di bilancio degli Stati. Si esamina l'evoluzione dei vincoli di bilancio previsti dal diritto europeo, dalla loro introduzione sino ad oggi. Particolare attenzione è rivolta agli strumenti per il sostegno della crisi generata dalla pandemia da Covid-19. Nella parte finale del contributo si individuano alcune possibili traiettorie di sviluppo della disciplina europea dei vincoli ai bilanci pubblici. L'Autore argomenta che è in ogni caso improbabile un ritorno a regole fiscali che lasciano agli Stati ampi margini di sovranità nella determinazione dei saldi di bilancio.

Fiscal policies and european constraints

The paper deals with the european fiscal rules as permanent constraints on the State's fiscal policy. Changes in the european fiscal governance are examined from the origins of the European Union until today, focusing on the temporary recovery instrument, called the Next generation EU, that aims to support the economic recovery from the coronavirus pandemic and build a greener, more digital and more resilient future. Some final remarks are dedicated to identifying future trends of european fiscal rules. The author argues that a return to much weaker fiscal constraints is unlikely.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 69, n. 112 (3 2023) pp. 89-109

Articoli e saggi

Alcune riflessioni su ambiente e concorrenza nella regolazione del mercato dei rifiuti

Pasquale La Selva

Sommario: 1. L'ambiente come "ostacolo" alla libertà di iniziativa economica privata. – 2. Il ruolo dell'ARERA nell'equo bilanciamento dei principi di concorrenza e di autosufficienza e prossimità nella gestione dei rifiuti. – 3. Tutela della concorrenza e attuazione dei principi dell'economia circolare nel caso del Metodo Tariffario Rifiuti per il secondo periodo regolatorio 2022-2025 (MTR-2). – 4. Riparto di competenze e programmazione dell'attività di gestione dei rifiuti. – 5. Poteri regolatori e poteri impliciti dell'ARERA nel mercato dei rifiuti. – 6. Ambiente e mercato nella prospettiva dello sviluppo sostenibile.

1. *L'ambiente come "ostacolo" alla libertà di iniziativa economica privata*

Da qualche tempo[1] la sfida più importante che il diritto dell'ambiente è chiamato ad affrontare è trovare un punto di convergenza tra i molteplici interessi che ruotano attorno ai concetti di ambiente e di mercato.

Non si tratta solo di superare la visione secondo la quale la tutela dell'ambiente sarebbe incompatibile con lo sviluppo dei mercati, ma anche di consentire un adeguato riconoscimento di due (ancora contrapposti) valori costituzionali: la tutela dell'ambiente – che di recente è formalmente entrata nella Carta costituzionale[2] – e la libertà dell'iniziativa economica privata.

[1] Specie con l'avvento del *Green Deal* europeo, che trasformerà i modelli organizzativi industriali e produttivi nel segno dell'economia circolare e che inciderà in maniera significativa sulla disciplina giuridica dell'ambiente, come rileva A. Moliterni, *Il Green Deal europeo e le sfide per il diritto dell'ambiente*, in *Riv. Quad. Dir. Amb.*, 2021, 1, 4-7.

[2] La L. Cost. n. 1/2022 ha introdotto una modifica significativa nella c.d. "Costituzione economica" attribuendo espresso rilievo all'ambiente. Sul punto si rinvia ai contributi di F. Fracchia, *L'ambiente nell'art. 9 della costituzione: un approccio in "negativo"*, F. Cortese, *Sulla riforma degli artt. 9 e 41 Cost.: alcune osservazioni* e G. Trenta, *Riflessioni sulla recente modifica degli artt. 9 e 41 della Costituzione e la valorizzazione dell'ambiente*, tutti in *Ambientediritto*, 2022, 4.

Malgrado la recente introduzione del concetto di *green economy*, il valore ambiente rappresenta ancora un elemento di costo[3] per le attività economiche, e che dunque impone in capo agli operatori economici doveri, più che riconoscere diritti[4].

Il problema è colto sia dal legislatore, che da ultimo ha modificato[5] il D.Lgs. n. 152/2006 (c.d. "Codice dell'ambiente") in attuazione delle misure contenute nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, sia da quella parte della dottrina che si occupa di analizzare taluni strumenti economici (in cui vi può essere anche la partecipazione diretta dei privati) che possano garantire un costante sviluppo dei mercati senza incidere in maniera significativa sull'ecosistema[6] affinché il fattore ambiente cessi di rappresentare un elemento di costo ma, piuttosto, un'opportunità[7].

Per come si presenta il quadro attuale, l'equilibrio tra le esigenze di tutela dell'ambiente e di sviluppo del sistema economico, in sostanza, non è stato ancora raggiunto e la strada sembra ancora lunga: muovendo dall'ormai acclarata inadeguatezza dei livelli minimi di garanzie derivanti dai tradizionali strumenti autoritativi di *command and control*[8] e nell'attesa di una sempre maggiore efficacia degli strumenti *green* di sviluppo economico dei mercati, lo scopo del presente lavoro è quello di comprendere se il recente ampliamento delle funzioni di regolazione e controllo in capo all'Autorità di Regolazione per Energia, Reti e Ambiente possa rinnovare il ruolo dei pubblici poteri in campo economico[9] e armonizzare – anche al fine di favorire, in ultima istanza, un mutamento del con-

---

[3] Cfr. F. de Leonardis, *Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 Cost.*, in *Riv. Quad. Dir. Amb.*, 2020, 1, 65.

[4] F. Fracchia, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. Quad. Dir. Amb.*, 2010, 0, spec. 35, ove l'A. osserva che una legislazione che incida troppo in termini di doveri sulle libertà economiche al fine di tutelare l'ambiente possa tradursi in una indebita funzionalizzazione delle attività private. Sul punto si veda anche F. Fracchia, *I procedimenti amministrativi in materia ambientale*, in A. Crosetti, R. Ferrara, F. Fracchia, N. Olivetti Rason, *Diritto dell'ambiente*, Bari, 2008, 245 ss.

[5] Si pensi, a mero titolo di esempio, all'art. 35 del d.l. n. 77/2021, conv. con mod. dalla l. n. 108/2021 che ha introdotto importanti modifiche alle disposizioni generali in materia di gestione dei rifiuti (Capo I, Titolo I, Parte IV del Codice dell'ambiente) o alle nuove funzioni dell'ARERA introdotte con l'art. 14 della l. n. 118/2022.

[6] Tra molti si veda M. Monteduro, *Funzioni e organizzazioni amministrative: dall'antagonismo all'integrazione tra ambiente e sviluppo*, in G. Rossi, M. Monteduro (a cura di), *L'ambiente per lo sviluppo. Profili giuridici ed economici*, Torino, 2020; E.C. Raffiotta, *Gli strumenti economici per la tutela dell'ambiente*, in B. Caravita, L. Cassetti, A. Morrone (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2016, 347-361; L. Pardi, *Gli strumenti di mercato a tutela dell'ambiente. "Nuove" forme di partecipazione, responsabile e sussidiaria, dei privati all'esercizio delle funzioni*, Napoli, 2012; A. Lolli, *L'amministrazione attraverso strumenti economici. Nuove forme di coordinamento degli interessi pubblici e privati*, Bologna, 2008.

[7] Espressione che si prende in prestito da 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. econ.*, 2022, 3, 11-48.

[8] Su tutti si rinvia a M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, Torino, 2007.

[9] A. Moliterni, *La sfida ambientale e il ruolo dei pubblici poteri in campo economico*, in *Riv. Quad. Dir. Amb.*, 2020, 2, 32-71.

testo socio-culturale[10] – gli obiettivi economico-finanziari delle imprese con gli obiettivi generali di carattere sociale riconosciuti dalla Costituzione.

2. *Il ruolo dell'ARERA nell'equo bilanciamento tra i principi di concorrenza e di autosufficienza e prossimità nella gestione dei rifiuti*

Il settore della gestione integrata dei rifiuti rappresenta uno di quei settori ove è maggiormente avvertito il rapporto (ancora) conflittuale tra il principio di tutela della concorrenza (e dunque tutela della libera iniziativa economica privata) e i principi di autosufficienza e prossimità[11] (e dunque tutela dell'ambiente mediante la riduzione al minimo della movimentazione dei rifiuti dal loro luogo di produzione).

Si può partire dal considerare che la finalità della gestione dei rifiuti consiste, come dispone l'art. 177 del D.lgs. n. 152/2006, nel «proteggere l'ambiente e la salute umana». Tale finalità è perseguita principalmente attraverso il ricorso al mercato, affidando a operatori economici il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani mediante procedure ad evidenza pubblica.

È proprio nel passaggio dalla dettatura dei principi di autosufficienza e prossimità nello smaltimento dei rifiuti alla concreta definizione delle regole concorrenziali per la gestione degli stessi che la sfera di interesse della collettività alla tutela dell'ambiente si confronta con la sfera di interesse delle imprese a concorrere o nel mercato, o per il mercato riservato alla pubblica amministrazione.

Proprio nell'art. 202 del Codice dell'ambiente relativo all'affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti l'art. 14, comma 2, della l. n. 118/2022, ha introdotto, da ultimo, due nuovi commi 1-*bis* e 1-*ter*, che attribuiscono all'ARERA rispettivamente il potere di definire adeguati standard tecnici e qualitativi per lo svolgimento dell'attività di smaltimento e di recupero, e di richiedere agli operatori informazioni relative ai costi di gestione, alle caratteristiche dei flussi e a ogni altro elemento idoneo a monitorare le concrete modalità di svolgimento dell'attività di smaltimento e di recupero.

---

[10] Sull'importanza della responsabilizzazione dei comportamenti dei singoli per la tutela dell'ambiente si veda S. Vernile, *La circolazione delle informazioni nel processo di «responsabilizzazione ambientale»*, in *Dir. econ.*, 2019, 3, 321-349.

[11] Sono i principi disciplinati dall'art. 182-*bis* del Codice dell'ambiente: il principio di autosufficienza prevede che lo smaltimento dei rifiuti ed il recupero dei rifiuti urbani non differenziati siano attuati con il ricorso ad una rete integrata ed adeguata di impianti al fine di realizzare l'autosufficienza nello smaltimento dei rifiuti urbani non pericolosi e dei rifiuti del loro trattamento in ambiti territoriali ottimali; secondo il principio di prossimità, invece, lo smaltimento dei rifiuti ed il recupero dei rifiuti urbani indifferenziati avviene in uno degli impianti idonei più vicini ai luoghi di produzione o raccolta, al fine di ridurre i movimenti dei rifiuti stessi. Per una disamina dei principi del Codice dell'ambiente si veda M. Renna, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *Riv. Quad. Dir. Amb.*, 2012, 1-2, 61-84 e M. Cafagno, *Principi e strumenti*, cit., spec. 205 ss.

La recente attribuzione di siffatti poteri all'ARERA sembra portare a completamento l'iter di sottoposizione a regolazione e controllo da parte di un'autorità del mercato dei rifiuti, già avviato con la l. n. 205/2017 (legge di bilancio per l'anno 2018)[12], circostanza che rappresenta anche il segno di un cambio di paradigma secondo il quale i rifiuti non sarebbero più solo un problema, ma soprattutto una "risorsa"[13].

In effetti sembra proprio che l'ARERA, mediante la propria attività regolatoria e di controllo, costituisca il punto di leva sul quale mantengono l'equilibrio i concetti di ambiente da un lato, e di mercato dall'altro[14]: la legge finanziaria per l'anno 2018 nondimeno chiarisce che le nuove attribuzioni in materia di rifiuti all'Autorità di Regolazione per Energia, Reti e Ambiente sono volte anche ad armonizzare «gli obiettivi economico-finanziari con quelli generali di carattere sociale, ambientale e di impiego appropriato delle risorse»[15].

Le funzioni di armonizzazione conferite all'ARERA sono interessanti e consentono di indagare – come pure rileva parte della dottrina[16] – sulla reale possibilità di conciliare l'apertura della concorrenza dei mercati con il principio di prossimità nella gestione dei rifiuti.

3. *Tutela della concorrenza e attuazione dei principi dell'economia circolare nel caso del Metodo Tariffario Rifiuti per il secondo periodo regolatorio 2022-2025 (MTR-2)*

Un tentativo di concreta armonizzazione della tutela dell'ambiente con la tutela della concorrenza si rinviene nella delibera 363/2021/R/rif del 3 agosto

[12] L'art. 1, commi 527 ss. della l. n. 205/2017 ha attribuito all'ARERA funzioni di regolazione e controllo in materia di definizione dei livelli della qualità e diffusione della conoscenza e della trasparenza delle condizioni di svolgimento dei servizi, di tutela dei diritti degli utenti, di definizione di schemi tipo dei contratti di servizio e di predisposizione e aggiornamento del metodo tariffario.

[13] F. De Leonardis, *I rifiuti: da problema a "risorsa" nel sistema dell'economia circolare*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2021, 324 ss.

[14] Come ricorda F. De Leonardis, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, in *Dir. econ.*, 2018, 3, 708-709, le finalità della regolazione indipendente sono due e consistono nel garantire l'accesso delle imprese a mercati che in assenza di regole concorrenziali sarebbero altrimenti preclusi, e garantire i diritti dei cittadini, degli utenti e degli interessi sovraindividuali.

[15] Già l'art. 1, comma 1, della l. n. 481/1995 istitutiva delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità aveva precisato che «il sistema tariffario deve altresì armonizzare gli obiettivi economico-finanziari dei soggetti esercenti il servizio con gli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse».

[16] È il quesito che si pone F. De Leonardis, *Codice dell'ambiente e regolazione dei rifiuti nella nuova stagione dell'economia circolare*, in *Riv. Quad. Dir. Amb.*, 2022, 1, 83, a proposito delle determinazioni dell'ARERA che consentono alle Regioni di sottoporre ad un "regime pubblicistico" la gestione di impianti privati al fine di garantire il completamento del ciclo di gestione e smaltimento dei rifiuti nell'ambito territoriale regionale ove questi si sono prodotti, senza tenere conto della concorrenza.

2021, con la quale l'Autorità di Regolazione per Energia, Reti e Ambiente approvava il Metodo Tariffario Rifiuti per il secondo periodo regolatorio 2022-2025 (MTR-2). Nella delibera venivano individuati, tra le altre cose, i criteri per l'individuazione degli impianti di chiusura del ciclo "minimi", ossia impianti di cui sono titolari gestori non integrati (e dunque non sottoposti a regime pubblicistico) ma che tuttavia risulterebbero indispensabili per la chiusura del ciclo di gestione dei rifiuti e che, pertanto, sarebbero assoggettabili a una regolazione dei costi riconosciuti e delle tariffe[17].

La motivazione di tale scelta, illustrata già in sede di consultazione pubblica, si fondava sulla necessità di promuovere l'efficienza in un quadro di progressivo dinamismo concorrenziale richiamato anche nel PNRR, al fine di sostenere lo sviluppo di un adeguato sistema infrastrutturale necessario al conseguimento degli obiettivi di economia circolare.

L'ARERA, nel tentativo di garantire sia uno sviluppo infrastrutturale, sia l'attuazione concreta di un sistema di economia circolare, stabiliva così i criteri di individuazione degli impianti di chiusura del ciclo "minimi". Considerando le caratteristiche dell'operatore che li gestisce, secondo l'Autorità avrebbero dovuto essere individuati come impianti "minimi": *i)* gli impianti in grado di offrire una data capacità all'interno di mercati con rigidità strutturali, caratterizzato da un forte e stabile eccesso di domanda e di un limitato numero di operatori; *ii)* gli impianti che presentavano, alternativamente, o una capacità impegnata per flussi garantiti da strumenti di programmazione o da altri atti amministrativi, o che erano già stati individuati come tali in sede di programmazione sulla base di decisioni di soggetti competenti alla chiusura del ciclo di gestione dei rifiuti[18].

L'Autorità chiariva che l'individuazione degli impianti di chiusura del ciclo "minimi" sarebbe dovuta avvenire nell'ambito delle attività di programmazione settoriale previste dalla normativa vigente, e comunque in tempo utile per la determinazione delle entrate tariffarie, dei corrispettivi e delle tariffe d'accesso, mantenendo così intatto il potere delle autorità competenti di scegliere se assoggettare o meno gli impianti non integrati presenti sul territorio ad un regime pubblicistico.

Tuttavia, il T.A.R. Lombardia[19] ha successivamente annullato il MTR-2 nella parte in cui si determinavano i criteri di individuazione degli impianti minimi, fondando la decisione sull'assunto secondo il quale tale potere non rientrerebbe nel perimetro dell'attività regolatoria attribuita all'ARERA, nemmeno mediante il ricorso alla teoria dei poteri impliciti.

---

[17] F. De Leonardis, *Codice dell'ambiente e regolazione dei rifiuti*, cit., 82-83 parla di una "ripubbicizzazione" della gestione degli impianti attraverso lo schema degli impianti minimi.

[18] Cfr. All. A alla Delibera dell'ARERA 3 agosto 2021, 363/2021/R/rif (MTR-2), 39-40.

[19] T.A.R. Lombardia-Milano, Sez. I, 12 giugno 2023 n. 1459, 6 marzo 2023 n. 578 e 24 febbraio 2023 n. 486, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Le argomentazioni che motivano l'annullamento del MTR-2 sono quattro. Secondo il T.A.R. Lombardia l'ARERA: *i)* avrebbe invaso l'ambito di competenza che il legislatore ha assegnato allo Stato quale unico soggetto competente ad individuare i criteri di individuazione degli impianti minimi nel Programma Nazionale per la Gestione dei Rifiuti ai sensi dell'art. 198-*bis* del Codice; *ii)* avrebbe attribuito, di fatto, alle Regioni poteri che il legislatore non avrebbe loro direttamente assegnato, se non previa definizione in sede nazionale degli obiettivi di riequilibrio socio-economico fra le aree del territorio nazionale (art. 195, comma 1, lett. *f)*); *iii)* avrebbe sovvertito la logica degli atti programmatori in materia ambientale; *iv)* attraverso l'esercizio di un potere non attribuitole dalla legge, l'Autorità avrebbe, infine, determinato un'inversione procedimentale dell'iter di programmazione.

La posizione del T.A.R. Lombardia è stata sostanzialmente confermata anche dal Consiglio di Stato in appello, con la precisazione che l'ARERA avrebbe indebitamente avocato a sé non un potere di programmazione, ma un potere di direttiva e indirizzo dell'attività programmatoria regionale che invece spetterebbe allo Stato[20], producendo così l'effetto finale di arricchire di contenuti ulteriori il potere pianificatorio delle regioni.

Le statuizioni del T.A.R. Lombardia e del Consiglio di Stato volte a riconoscere una forma di tutela del principio di concorrenza e le argomentazioni addotte dall'ARERA per giustificare l'estensione del proprio potere regolatorio per la tutela dell'ambiente in attuazione dei principi di autosufficienza e prossimità sono entrambe meritevoli di approfondimento e nondimeno vanno messe in correlazione tra loro al fine di comprendere se una delle due sfere di interesse, nel caso di specie, debba prevalere sull'altra, o se sia possibile trovare una tutela di egual misura per entrambe che non comporti un maggior sacrificio per l'ambiente o per la concorrenza.

4. *Riparto di competenze e programmazione dell'attività di gestione dei rifiuti*

Le argomentazioni del T.A.R. (precisate dal Consiglio di Stato nei termini anzidetti) possono essere raggruppate in due macro-questioni: la prima, oggetto di trattazione nel presente paragrafo, attiene al riparto di competenze e all'iter procedimentale di programmazione[21] delle attività di gestione dei rifiuti; la

[20] Cons. Stato, Sez. II, 6 dicembre 2023, n. 10550 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[21] Sull'importanza di una programmazione economica volta ad indirizzare il sistema produttivo alle finalità ambientali, nonché per i riferimenti bibliografici essenziali, si rinvia al contributo di A. Moliterni, *La sfida ambientale*, cit., spec. 51-52. L'A. osserva che dal punto di vista del rapporto tra pubblici poteri e mercati, la "sfida ambientale" non sembrerebbe più fronteggiabile solo attraverso la logica sottesa all'art. 41, comma 2, Cost.

seconda, che verrà trattata nel paragrafo successivo, attiene al riconoscimento di poteri regolatori (anche impliciti) in capo all'ARERA che possano coinvolgere anche gli operatori economici appartenenti al mercato concorrenziale.

Partendo dal primo ordine di questioni, secondo il T.A.R. Lombardia l'ARERA avrebbe stravolto l'iter procedimentale di individuazione degli impianti minimi che invece spetterebbe, almeno in prima battuta, allo Stato secondo quanto previsto dagli artt. 195 e 198-*bis* del Codice dell'ambiente e, a cascata, alle Regioni nei rispettivi Piani Regionali di cui all'art. 199 del Codice. In effetti, il Programma nazionale per la gestione dei rifiuti di cui all'art. 198-*bis* del Codice deve contenere l'individuazione dei fabbisogni impiantistici da soddisfare (lett. *f)*), l'indicazione dei criteri generali per l'individuazione di macroaree che consentano la razionalizzazione degli impianti dal punto di vista localizzativo, ambientale ed economico (lett. *d)*) e una ricognizione impiantistica di carattere nazionale (lett. *b)*); le disposizioni vanno poi coordinate con l'art. 195, comma 1, lett. *f)* del Codice, che attribuisce allo Stato la competenza ad individuare gli impianti di recupero e di smaltimento di preminente interesse nazionale da realizzare per la modernizzazione e lo sviluppo del paese.

Se, dunque, è vero che lo Stato è titolare del potere di definire i criteri e le linee strategiche[22] cui le Regioni si attengono nella elaborazione dei Piani regionali di gestione dei rifiuti trattati sia dai gestori di pubblico servizio, sia dagli operatori del libero mercato, qualche difficoltà sorge però se si prova a rinvenire nell'impianto normativo una attribuzione programmatoria espressa allo Stato in materia di chiusura del ciclo della gestione integrata dei rifiuti per le ipotesi di evidente carenza di un adeguato parco impiantistico: ed invero, nessuna disposizione del Codice contiene apparentemente una disciplina specifica in materia di impianti minimi. Tutto sommato, la definizione degli impianti di chiusura del ciclo "minimi" e degli impianti di chiusura del ciclo "aggiuntivi", estranei agli impianti di chiusura del ciclo "integrati", resta un'invenzione dell'ARERA.

Sembrerebbe così che allo Stato, nella logica del Codice dell'ambiente, più che altro sia stata attribuita una competenza in materia di ricognizione dell'im-

---

dell'ambiente quale limite all'iniziativa economica privata, ma soprattutto attraverso la definizione di programmi e strategie previste dal successivo comma 3 della medesima norma per indirizzare l'attività economica verso fini sociali e ambientali. Per una lettura in tema di programmazione nazionale ed europea verso una transizione verde si rinvia a S. Lazzari, *La transizione verde nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza «Italia Domani»*, in *Riv. Quad. Dir. Amb.*, 2021, 1, 198-220, mentre, per un recente studio monografico sul tema si veda F. de Leonardis, *Lo Stato Ecologico. Approccio sistemico, economia, poteri pubblici e mercato*, Torino, 2023, spec. il cap. 4.

[22] Di carattere programmatorio, secondo la visione del T.A.R., e di carattere pianificatorio/di indirizzo, secondo l'impostazione del Consiglio di Stato, che invero appare più coerente sia con la natura dell'atto di competenza statale, che è un Programma e non un Piano di gestione dei rifiuti, sia, dal punto di vista semantico, con il dettato dell'art. 198-*bis* del Codice, che parla di definizione dei «criteri e le linee strategiche cui le Regioni e le Province autonome si attengono nella elaborazione dei Piani regionali di gestione dei rifiuti».

piantistica esistente o tuttalpiù in materia di determinazione di linee guida per la localizzazione di nuove aree nelle quali realizzare, eventualmente, nuovi impianti.

Della circostanza sembra si sia avveduto il Consiglio di Stato, che avrebbe dunque precisato che il potere dello Stato non è di carattere programmatorio, ma si tratta di un potere di direttiva: tale ultima attribuzione «non va confusa con l'esercizio dell'attività programmatoria, ma […] si pone a monte della stessa, al chiaro scopo di garantire che le pianificazioni si integrino e si omogeneizzino anche tra di loro, in modo che la gestione dei rifiuti sia oggetto di una strategia coesa e coordinata, in linea con gli atti strategici e regolamentari dell'Unione Europea».

Nemmeno alle Regioni pare essere riconosciuto, nelle disposizioni del Codice, uno specifico potere di individuazione degli impianti minimi, ma soltanto il potere di valutare la realizzazione di ulteriori infrastrutture per gli impianti di gestione dei rifiuti, in conformità con i principi di autosufficienza e prossimità. L'iter programmatorio pare pertanto avere pochi elementi di contatto con la regolazione degli impianti minimi, e ciò perché quest'ultima si inserisce in un segmento di carattere temporaneo ed eccezionale, ossia nella fase intercorrente tra l'emersione dell'esigenza di implementare le infrastrutture a disposizione per lo svolgimento del servizio pubblico di gestione integrata dei rifiuti e la effettiva carenza di ulteriori impianti, la cui programmazione e realizzazione resterà pur sempre attività di competenza dello Stato e delle Regioni[23].

L'intenzione di non irrompere mediante gli strumenti regolatori nella sfera di competenza dello Stato, oltre ad essere puntualizzata nelle premesse dalla stessa Autorità[24], pare sia stata colta dallo stesso Ministero dell'Ambiente che, in sede di predisposizione del PNGR (successiva al MTR-2), non ha ravvisato una invasione delle proprie competenze pianificatorie[25].

Chiarito che la fattispecie degli impianti minimi è connotata da un carattere di eccezionalità per la quale non vi è una riserva di regolamentazione stata-

[23] Alla riflessione si aggiunge che, recentemente, con delibera 389/2023/R/Rif del 3 agosto 2023, l'Autorità ha preso atto della integrale trasposizione, all'interno del PNGR, della tassinomia introdotta per gli impianti di trattamento dei rifiuti urbani già contenuta nel MTR-2 (nel frattempo, annullato dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 7196/2023 nella parte in cui si disciplinava la metodologia tariffaria degli incentivi a favore dei soli gestori integrati per le attività di "prepulizia" degli imballaggi plastici, in quanto ritenuta anticoncorrenziale e sfavorevole nei confronti dei gestori non integrati).

[24] Mediante la presa d'atto, nel MTR-2, della circostanza che «è stata, peraltro, prospettata l'opportunità di esaminare, nell'ambito di un provvedimento governativo – da valutare eventualmente in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 281/97 – l'individuazione degli impianti di chiusura del ciclo "minimi", da assoggettare a regolazione, al fine di promuoverne l'efficienza in un quadro di progressivo dinamismo concorrenziale, come peraltro richiamato dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e alla luce della prevista adozione, da parte del Ministero per la transizione ecologica, del Programma nazionale di gestione dei rifiuti introdotto dal decreto legislativo 116/20» (15).

[25] La fattispecie è confermata dallo Stesso Consiglio di Stato nella pronuncia n. 10550/2023, in cui si legge che «[…] il Ministero mostra in verità di condividere le opzioni dell'Autorità, evidentemente non ravvisando nella relativa estrinsecazione alcuna invasione delle proprie competenze» (punto 53).

le espressa evincibile dal quadro normativo, resta così da comprendere le finalità sottese alla scelta di ARERA di disciplinare in maniera creativa un sistema di impianti di chiusura del ciclo minimi e se un simile potere possa esserle effettivamente riconosciuto anche solo implicitamente.

5. *Poteri regolatori e poteri impliciti dell'ARERA nel mercato dei rifiuti*

Il caso della regolazione degli impianti di chiusura del ciclo minimi costituisce senz'altro una fattispecie peculiare atteso che è lo stesso potere politico a non assicurare livelli minimi di garanzie di tutela dell'ambiente.

È proprio sulla base di una evidente carenza di un parco impiantistico e al fine di evitare procedure di infrazione[26] che l'ARERA, nell'adottare le regole aventi ad oggetto la determinazione delle entrate tariffarie per l'erogazione del servizio integrato di gestione dei rifiuti urbani nelle more di una rideterminazione ad opera dello Stato del fabbisogno impiantistico, avrebbe ritenuto di adottare una regolazione dei costi riconosciuti e delle tariffe per il conferimento di rifiuti ad impianti di chiusura del ciclo minimi gestiti da operatori non integrati.

Il giudice amministrativo, attraverso una rigorosa ricostruzione normativa, non avrebbe invece rinvenuto la presenza di un tale potere in capo all'Autorità; ed invero, secondo il T.A.R. Milano, l'art. 1, comma 527 della l. n. 205/2017 riconoscerebbe all'ARERA il potere di determinare il metodo tariffario nella sola gestione integrata dei rifiuti urbani e dunque esclusivamente nell'ambito del servizio pubblico, non potendo sconfinare anche nella regolamentazione delle attività svolte nel libero mercato[27]; per il Consiglio di Stato, invece, la disposizione

[26] Nel Documento per la consultazione 196/2021/R/rif l'Autorità prendeva atto della necessità di accompagnare i nuovi target per una economia circolare introdotti con il D.Lgs. n. 116/2020 con il superamento della grave carenza infrastrutturale per la gestione integrata dei rifiuti (19) e di ridefinire in tempi auspicabilmente brevi il fabbisogno impiantistico nazionale individuato dal d.P.C.M. 10 agosto 2016 (22) non solo per l'approvazione del nuovo Programma Nazionale di Gestione dei Rifiuti (25), ma anche (come si legge nel PNRR) al fine di evitare procedure di infrazione sui rifiuti e a colmare le lacune impiantistiche e gestionali a fronte delle evidenze segnalate «dalla Commissione Europea sull'assenza di una rete integrata di impianti di raccolta e trattamento rifiuti attribuibile all'insufficiente capacità di pianificazione delle regioni e, in generale, alla debolezza della governance» (26).

[27] Il T.A.R. Lombardia, nella sentenza n. 486/2023 osserva che «la disciplina degli impianti "minimi" si riferisce, per sua stessa definizione, a quegli impianti che si trovino nella titolarità di gestori "non integrati" (non soggetti cioè alla regolazione tariffaria di ARERA, la quale, infatti, dovrebbe specificamente rivolgersi alle attività del servizio integrato) … L'Autorità, a mezzo delle previsioni contenute nella delibera n. 363/2021 concernenti gli impianti "minimi", avrebbe introdotto una disciplina tesa a raggiungere un obiettivo apparentemente ascritto al proprio ambito di competenza (dettare criteri di regolazione della tariffa applicabile al ciclo integrato di gestione dei rifiuti urbani), ma in concreto attuata attraverso l'introduzione di strumenti legittimanti un forzato ed arbitrario criterio di qualificazione di impianti operanti nel libero mercato, anche al di fuori dal servizio integrato dei rifiuti urbani, per sottoporli (con le metodologie illegittime in concreto poste in essere a livello regionale) al regime di tariffa regolata, ammantata da finalità di tutela concorrenziale. L'esercizio di

menzionata, anche se riconosce all'Autorità il potere di regolare sia la tariffa per il servizio integrato di gestione dei rifiuti, sia le tariffe di accesso (c.d. "tariffe al cancello") agli impianti di trattamento non integrati, non può avere tuttavia una portata illimitata «dovendo l'atipicità finalistica del relativo potere confrontarsi con la tipicità di quelli delle altre amministrazioni che con esso interferiscono»[28].

La disposizione menzionata che attribuisce i poteri regolatori dell'ARERA nella gestione dei rifiuti è fitta di concetti che è necessario separare ed analizzare in quanto funzionali all'indagine.

Il primo capoverso dell'art. 1, comma 527 della legge di bilancio per l'anno 2018 è chiaro nell'attribuire funzioni di regolazione e controllo all'ARERA per tre principali finalità: *i)* migliorare il sistema di regolazione del ciclo dei rifiuti; *ii)* garantire adeguati livelli di qualità della gestione in condizioni di efficienza ed economicità, armonizzando gli obiettivi economico-finanziari con gli obiettivi generali di carattere sociale, ambientale e di impiego appropriato delle risorse; *iii)* garantire l'adeguamento infrastrutturale agli obiettivi imposti dalla normativa europea, anche al fine di superare le procedure di infrazione avviate dalla Commissione europea[29] ove era già emersa la necessità di implementare il par-

---

tale attività e il perseguimento di detta finalità sarebbero estranei alla disciplina normativa sopra già richiamata, non risultando possibile riconoscere ad ARERA finalità di efficientamento del settore, sia pure per dichiarati fini di tutela della concorrenza, mediante atti di modifica strutturale e organizzativo del servizio pubblico di interesse, sostituendosi di fatto all'Autorità d'Ambito ovvero dettando ad essa le modalità con le quali "integrare" gestori di impianti di trattamento di rifiuti che integrati non sono e non intendono esserlo per libera e legittima scelta imprenditoriale».

[28] Il Consiglio di Stato, pur riconoscendo il carattere pro-concorrenziale della regolazione, ritiene che le singole attività consentite all'ARERA dall'art. 1, comma 527, della l. n. 205/2017, nulla aggiungono ai preesistenti poteri regolatori dell'Autorità. Tuttavia il Collegio omette di interpretare la portata delle disposizioni contenute nella legge di bilancio per l'anno 2018 al fine di verificare la sussistenza dei presupposti dell'implicito: il Consiglio di Stato, invero, dopo aver accertato che la l. n. 205/2017 permette all'ARERA di regolare sia il mercato integrato dei rifiuti urbani, sia il mercato concorrenziale dei rifiuti speciali, circoscrive le ragioni dell'impossibilità di riconoscere i poteri impliciti in capo all'ARERA muovendo dall'interpretazione del solo art. 198-*bis* del Codice dell'ambiente che, come detto, attiene alla pianificazione ordinaria in materia di gestione dei rifiuti e che non può essere riferita, a differenza delle disposizioni della legge di bilancio per l'anno 2018, alla immanente situazione di grave carenza impiantistica in alcune ragioni italiane, cui è necessario far fronte urgentemente al fine di evitare ulteriori procedure di infrazione, tutelare l'ambiente e promuovere azioni pro-concorrenziali nel ciclo di gestione integrata dei rifiuti.

[29] Il riferimento è alla procedura di infrazione n. 2007/2195 nella quale la Commissione europea, pur riconoscendo che le autorità italiane avevano adottato diversi provvedimenti diretti a migliorare il sistema dei rifiuti in Campania, rilevava la mancata esecuzione della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sez. IV, 4 marzo 2010, causa C-297/08 nella quale era stato dichiarato che la Repubblica italiana, non avendo adottato, per la regione Campania, tutte le misure necessarie per assicurare che i rifiuti fossero recuperati o smaltiti senza pericolo per la salute dell'uomo e senza recare pregiudizio all'ambiente e, in particolare, non avendo creato una rete adeguata ed integrata di impianti di smaltimento, era venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza degli artt. 4 e 5 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 5 aprile 2006, 2006/12/CE, relativa ai rifiuti. La pronuncia menzionata ricorda il precedente della Corte nel quale si sottolineava che una delle più importanti misure che devono essere adottate dagli Stati membri nell'ambito del loro obbligo di elaborare piani di gestione è quella di cercare di trattare i rifiuti nell'impianto più vicino possibile.

co impiantistico al fine di trattare i rifiuti nell'impianto più vicino al loro luogo di produzione.

La legge di bilancio per l'anno 2018[30], nell'attribuire taluni poteri all'ARERA nel «sistema di regolazione del ciclo dei rifiuti, anche differenziati, urbani e assimilati» sembrerebbe in realtà riconoscere all'Autorità il potere di regolare sia le attività di gestione integrata dei rifiuti urbani, sia le più ampie attività di gestione di altre categorie di rifiuti: la disposizione, per come formulata, pare pertanto riconoscere all'Autorità un potere regolatorio che non si limita alle sole attività di pubblico servizio, ma anche alle altre attività di gestione dei rifiuti speciali svolte in regime di concorrenza nel mercato[31].

Dopo tutto, l'attività di gestione dei rifiuti (e dunque non solo dei rifiuti urbani, ma anche dei rifiuti speciali) costituisce attività di pubblico interesse[32], circostanza che permette al potere autoritativo di intervenire affinché sia riconosciuta, a seconda delle circostanze e ove opportuno, priorità agli interessi fondamentali individuati dal legislatore come l'interesse alla tutela dell'ambiente – che oggi pare sulla strada di assumere sempre più la forma di un interesse, come è stato definito, "super-primario"[33] – rispetto agli interessi pubblici all'esercizio dell'attività economica privata[34].

Ad ogni modo, l'art. 1, comma 527 della legge di bilancio per l'anno 2018 contiene poi una specifica elencazione di poteri attribuiti all'ARERA per il

Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 9 giugno 2009, causa C-480/06, punto 37; Id., 17 marzo 1993, causa C-155/91, punto 13.

[30] Piuttosto che le disposizioni del Codice dell'ambiente (che si limitano alla programmazione ordinaria dei nuovi impianti), pare questa la norma da interpretare (in quanto tiene conto della situazione di carenza impiantistica) per rinvenire, eventualmente, i presupposti dell'implicito.

[31] Mentre la gestione dei rifiuti urbani avviene in forma integrata e costituisce attività di servizio pubblico, la gestione dei rifiuti speciali avviene in regime di concorrenza da parte di soggetti privati dotati di specifici requisiti e che abbiano conseguito le necessarie autorizzazioni o permessi per lo svolgimento di alcune operazioni di trattamento e gestione dei rifiuti. Sul punto si veda M. Di Lullo, G. Montanari, *La gestione integrata dei rifiuti urbani*, in V. Cerulli Irelli, G. Clemente di San Luca (a cura di), *La disciplina giuridica dei rifiuti in Italia*, Vol. I, *Analisi della disciplina nazionale*, Napoli, 2011, 126. Nel Codice dell'ambiente la gestione integrata dei rifiuti urbani è disciplinata, in particolare, dagli artt. 200 e 202 che prevedono una precisa organizzazione territoriale del servizio affinché possa superarsi la frammentazione territoriale delle diverse gestioni.

[32] L'art. 177, comma 2, del Codice dell'ambiente dispone che «la gestione dei rifiuti costituisce attività di pubblico interesse». In dottrina, per una indagine sui concetti di interesse pubblico e di funzione pubblica, si veda M.R. Spasiano, *L'interesse pubblico e l'attività della p.a. nelle sue diverse forme*, in *Foro Amm. (Tar)*, 2005, 1820-1829.

[33] Così E. Bruti Liberati, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance*, in *Dir pubbl.*, 2021, 2, 435, a proposito dell'eventuale riconoscimento dell'interesse alla sostenibilità ambientale come interesse prioritario rispetto agli altri interessi che – anch'egli rileva – sono ancora in rapporti antagonistici con il primo.

[34] Cfr. F. Liguori, *Attività liberalizzate e compiti della amministrazione*, Napoli, 1999, 19; S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Bari, 1995, 18; L. Mengoni, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1997, 1; F. Merusi, *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, in F. Bassi, F. Merusi (a cura di), *Mercati e Amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, 160-161; G. Di Gaspare, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992, 417.

miglioramento del ciclo dei rifiuti e l'armonizzazione degli obiettivi economici con quelli sociali, tra cui rilevano le lettere *f)*, *g)* e *h)* in materia di predisposizione, fissazione dei criteri e approvazione delle tariffe di accesso agli impianti di trattamento; in particolare, la disposizione menzionata ha cura di distinguere i poteri di predisposizione e aggiornamento del metodo tariffario per la determinazione dei corrispettivi «del servizio integrato dei rifiuti e dei singoli servizi che costituiscono attività di gestione» (lett. *f)*) dai poteri di fissazione dei criteri per la definizione delle tariffe di accesso agli impianti di trattamento (lett. *g)*).

Anche in questa circostanza, la scelta terminologica impiegata dal legislatore non pare rimessa al caso, ma sembra piuttosto volta a riconoscere all'ARERA poteri regolatori non solo nell'ambito delle attività oggetto di servizio pubblico di gestione integrata dei rifiuti, ma – consapevole del rischio di ulteriori procedure di infrazione (come d'altronde si evince dalla lettura della norma) – anche nell'ambito di tutte le altre attività che costituiscono attività di gestione, seppure in regime di concorrenza nel mercato.

In particolare, l'ultimo capoverso della lett. *f)* sugli altri «servizi che costituiscono attività di gestione» e la lett. *g)* sulla definizione delle tariffe di accesso agli impianti di trattamento in cui è assente un chiaro riferimento agli impianti integrati, sembrerebbero contenere elementi concordanti volti a riconoscere all'Autorità, evidentemente, un potere regolatorio sulle attività di gestione non integrata dei rifiuti che per quanto non espressamente designate quali attività di pubblico servizio, costituiscono pur sempre attività di pubblico interesse[35].

L'attività di gestione dei rifiuti speciali svolta in regime di concorrenza nel mercato non pare infatti possa qualificarsi quale attività a "liberalizzazione piena"[36]

---

[35] Si noti come la stessa ARERA nel MTR-2, riprendendo la separazione delle due tipologie di gestione proposte dal legislatore, distingue l'ipotesi della definizione delle componenti di costo e dell'approvazione del metodo tariffario (art. 2) in cui oggetto di disciplina è il servizio di gestione integrata dei rifiuti (art. 1, comma 527, lett. *f)* della legge di bilancio per l'anno 2018), dall'ipotesi della determinazione delle tariffe di accesso agli impianti di trattamento (art. 5) in cui oggetto di disciplina sono gli impianti minimi e aggiuntivi (art. 1, comma 527, lett. *g)* della legge di bilancio per l'anno 2018, che ha proprio ad oggetto fissazione dei criteri per la definizione delle tariffe di accesso agli impianti di trattamento).

[36] E tanto emerge, ad esempio, dalla necessità di ottenere una autorizzazione per i nuovi impianti di smaltimento e di recupero dei rifiuti, anche pericolosi, come previsto dall'art. 208 del Codice dell'ambiente o dalla necessità degli operatori economici di possedere il requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali di cui all'art. 212 del Codice per lo svolgimento delle attività di raccolta, trasporto e commercio dei rifiuti. Sul punto si veda B. Giliberti, *Eterogeneità dei modelli legislativi: la gestione dei rifiuti tra obblighi di servizio pubblico e concorrenza nel mercato*, in F. Liguori, C. Acocella (a cura di), *Liberalizzazioni. Istituzioni, dinamiche economiche e lavoro nel diritto nazionale ed europeo*, Napoli, 2015, 343 ss. Alla riflessione si aggiunge poi che i servizi pubblici, e in particolare i servizi pubblici di interesse economico generale, possono essere svolti anche da una pluralità di operatori in concorrenza tra loro (e dunque in regime di concorrenza nel mercato) all'esito del rilascio di un semplice provvedimento autorizzatorio. Cfr. M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2018, 374, ma si veda anche la stessa "Direttiva Servizi" 2006/123/CE la quale all'art. 1, paragrafo 2, precisa che «la presente direttiva non riguarda la liberalizzazione dei servizi d'interesse economico generale riservati a enti pubblici» e la gestione dei rifiuti mediante impianti a rete costituisce senz'altro, anche alla luce

ma anzi, stando anche alle recenti attribuzioni di poteri all'ARERA, pare essere una attività che si inserisce all'interno di una più ampia attività di gestione complessiva dei rifiuti. Nel mercato dei rifiuti, dunque, ove termina l'area di azione del servizio pubblico della c.d. amministrazione di prestazioni, subentra un'amministrazione indipendente dal potere politico a dettare le regole di comportamento per i soggetti privati che svolgono attività economiche in settori di pubblica utilità o, per dirla con le parole del Codice dell'ambiente, di pubblico interesse.

In definitiva, la connotazione di una data attività privata come "di pubblico interesse", per quanto svolta in regime di concorrenza nel mercato, non è mai pienamente libera e incontra pur sempre il limite della disciplina amministrativa[37] (come il potere di regolazione del prezzo delle prestazioni, che se rimesso alle sole logiche di mercato, sarebbe determinato a svantaggio degli utenti), proprio come avviene in qualsiasi altro luogo di componimento degli interessi pubblici e privati. Dopo tutto, le autorità indipendenti sono investite del potere di regolare il mercato di propria competenza, non la sola area del servizio pubblico[38].

Sorge così la necessità di effettuare una specificazione circa ciò che costituisce attività di pubblico interesse rispetto a ciò che costituisce, invece, attività di pubblico servizio nella materia dei rifiuti: entrambe le attività possono essere svolte da privati, comportano obblighi ed hanno a che fare con i pubblici interessi, ma mentre la prima è svolta all'esito dell'ottenimento di una autorizzazione che

---

del recente D.Lgs. n. 201/2022 sui servizi pubblici locali di rilevanza economica, attività di pubblico servizio. In dottrina si è da tempo precisato che l'investitura dell'operatore privato per la gestione di un servizio pubblico, in generale, può avvenire non solo mediante concessione, ma anche mediante autorizzazione, purché questa contenga vincoli di erogazione a favore dell'amministrazione e dunque a favore degli utenti. Cfr. F. Liguori, *Attività liberalizzate*, cit., 99. Per un approfondimento sull'accesso all'area del servizio pubblico anche attraverso il regime autorizzatorio dello stesso A. si veda, *Impresa privata e servizio sociale nella sanità riformata*, Napoli, 1996, 224 ss. Più di recente si veda R. Villata, S. Valaguzza, *Pubblici servizi*, Torino, 2021, 21 ss., ove gli A. specificano che mediante autorizzazioni sia possibile imporre specifici obblighi di servizio pubblico anche in attività che non sono propriamente servizi pubblici, come accade, ad esempio, nei mercati regolati. Sulla catalogazione delle varie forme di "liberalizzazione" amministrativa, economica ecc. e sul tema più in generale si può rinviare a S. Cassese, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 2, 389-394; G. Corso, *Liberalizzazione: le premesse di diritto europeo*, in *Ist. Fed.*, 2007, 2, 279-291; più di recente si veda M. Ramajoli, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in *Dir. econ.*, 2012, 3, 507-528; G. Tropea, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. Amm.*, 2016, 1-2, spec. 118 ss.

[37] Cfr. A. Travi, *La liberalizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 3, 647.

[38] L'art. 2, comma 5, della l. n. 481/1995 statuisce, in effetti, che «Le Autorità operano in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione; esse sono preposte alla regolazione e al controllo del settore di propria competenza». Il Consiglio di Stato, in un caso analogo a quello oggetto della presente indagine, in passato ha già statuito che «l'Autorità è titolare di poteri di regolazione anche nei settori liberalizzati, affinché siano salvaguardate le dinamiche concorrenziali a tutela dell'utenza. Infatti, la liberalizzazione di un mercato non comporta automaticamente il passaggio ad una situazione di concorrenza, la cui promozione rientra tra le competenze dell'Autorità, fin quando essa ritenga che il mercato non sia idoneo alla formazione corretta dei prezzi in una reale competizione». Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 5 giugno 2006, n. 3352, in *Foro Amm (CdS)*, 2007, 1018-1032, con nota di G. Simone.

accerti il possesso di requisiti tecnici e che dunque contiene prescrizioni affinché l'attività economica privata non incida negativamente sulla sfera di interesse della collettività ad una corretta gestione dei rifiuti, nella seconda ipotesi vi è il tratto della doverosità delle prestazioni da rendere a favore degli utenti. Come in un sistema di cerchi concentrici in cui l'attività di pubblico servizio costituisce un'area a sé all'interno dell'area dell'attività di pubblico interesse, in quest'ultima, in definitiva, c'è funzione ma non c'è doverosità[39].

Nella gestione dei rifiuti speciali (in cui l'offerta degli operatori economici è superiore alla domanda dell'utenza, sicché non è necessario un intervento pubblico nell'economia per l'istituzione di un pubblico servizio), per quanto vi siano stringenti obblighi che gli operatori economici devono seguire affinché possano svolgere lecitamente le proprie attività anche nell'interesse dell'ambiente[40], è tuttavia assente l'elemento della doverosità.

Cionondimeno, nello specifico segmento della gestione dei rifiuti speciali del mercato dei rifiuti, sono comunque ammesse forme di intervento pubblico nell'economia.

Effettuato tale chiarimento, la deducibilità in concreto del potere dell'ARERA di dettare una disciplina in materia di impianti minimi che possa incidere anche sulle attività svolte nel libero mercato si può desumere, pertanto, solo attraverso una attività interpretativa delle norme che le attribuiscono i poteri regola-

[39] Sulla doverosità del potere di controllo in funzione di bilanciamento della libertà di iniziativa del privato si rinvia a S. Tuccillo, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016, spec. 123 ss.

[40] A mero titolo di esempio e senza pretesa di esaustività, basti pensare alle autorizzazioni uniche per i nuovi impianti di smaltimento e di recupero dei rifiuti, per le quali l'art. 208 del Codice dell'ambiente prescrive la necessità di individuare le «condizioni e le prescrizioni necessarie per garantire l'attuazione dei principi di cui all'articolo 178». Guardando invece alla disciplina di settore per alcune categorie di rifiuti speciali si nota che: *i)* per i veicoli fuori uso l'art. 231 del Codice dell'ambiente prescrive specifiche modalità di smaltimento; *ii)* per gli oli usati l'art. 6 del D.Lgs. n. 95/1992 prescrive obblighi di conservazione, non miscelazione, cessione al Consorzio obbligatorio e rimborso al cessionario degli oneri di eliminazione; *iii)* per i rifiuti sanitari l'art. 9, c. 2, del D.P.R. n. 254/2003 sottopone le operazioni di raccolta e rifiuti sanitari a regime di servizio pubblico solo se questi sono assimilati ai rifiuti urbani; *iv)* solo per gli imballaggi, l'art. 221, c. 2, del Codice dell'ambiente dispone che i produttori e gli utilizzatori adempiono all'obbligo del ritiro dei rifiuti di imballaggio primari o comunque conferiti al servizio pubblico della stessa natura e raccolti in modo differenziato solo su richiesta del gestore del servizio. Dagli esempi riportati emergono dunque esclusivamente degli obblighi di trattamento e gestione dei rifiuti (fatte salve le aree di contatto, invero assai rare, con il servizio pubblico) affinché l'attività economica privata non incida negativamente sull'ambiente, ma non sembrano rinvenirsi profili di doverosità dell'attività economica a favore della collettività. L'attività economica privata, in altri termini, è sottoposta ai doveri sopra descritti solo in relazione alla propria clientela: l'operatore economico rimane dunque titolare della possibilità di selezionare i propri clienti e su di esso non grava alcun dovere di trattare i rifiuti speciali che gli utenti intendono conferirgli.

tori e di controllo, e la teoria dei poteri impliciti[41] è soprattutto un criterio interpretativo funzionale all'individuazione del contenuto del precetto legislativo[42].

Occorre però delineare anche i confini esterni dell'attività interpretativa affinché questa non trasmodi in una forma di attribuzione di poteri incoerenti con la legalità[43]. A tal fine, appare utile ripercorrere la nota *summa divisio* tra poteri impliciti nell'ambito dei poteri normativi dell'amministrazione e poteri impliciti nell'ambito dei poteri provvedimentali: il caso del MTR-2 sembra potersi collocare all'interno della prima categoria, ossia quella dei poteri normativi[44] (o meglio, regolamentari), atteso che si occupa di determinare le entrate tariffarie per l'erogazione del servizio integrato di gestione dei rifiuti urbani e dei singoli servizi che lo compongono su tutto il territorio nazionale.

Come si è visto, le norme attributive dei poteri in capo all'ARERA si limitano a prevedere principi e obiettivi di coordinamento della tutela dell'ambiente con le finalità economico-finanziarie, per cui la determinazione in concreto del contenuto del potere regolatorio comporta necessariamente una significativa attività ermeneutica; nella circostanza dell'attività regolatoria delle autorità indipendenti, pertanto, il ricorso alla teoria dei poteri impliciti si rende quasi necessario, data l'ampia portata applicativa della regolazione rispetto all'attività provvedimentale[45].

---

[41] Secondo la nota definizione di N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, 102-103 l'implicito è quel potere autoritativo della pubblica amministrazione che, pur non previsto espressamente dalla legge, "corre parallelamente" ad un potere autoritativo tipico e che è legato a questo da un "nesso di strumentalità". L'A. precisa poi che «il potere implicito è quel potere che – per il fatto stesso che un potere o una funzione specifici sono stati attribuiti da una norma ad un organo amministrativo – non può non accompagnare quel potere o quella funzione, pena l'inutilità del loro impiego, o meglio il rischio dell'infruttuosità del loro esercizio per la soddisfazione dell'interesse pubblico in vista del quale sono stati conferiti». Per una densa ricostruzione delle posizioni della dottrina in tema di poteri impliciti si rinvia a C. Acocella, *Poteri indipendenti e dimensioni della legalità. Le prospettive di sostenibilità dell'implicito nell'esperienza delle autorità amministrative indipendenti*, in C. Acocella (a cura di), *Autorità indipendenti. Funzioni e rapporti*, Napoli, 2022, 11 ss.

[42] E che talvolta viene esercitato in maniera discutibile, come osserva G. Morbidelli, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. Amm.*, 2007, 4, 708.

[43] G. Morbidelli, *Il principio di legalità*, cit., 719, precisa utilmente che, specie per i poteri attribuiti all'allora Autorità per l'energia elettrica e il gas (oggi Autorità di Regolazione Energia Reti e Ambiente), il problema della teoria dei poteri impliciti non consiste tanto nel verificare la connessione dell'esercizio in concreto del potere attribuitole in astratto, quanto piuttosto la coerenza di tale potere con il principio di legalità.

[44] La letteratura sul tema è vasta. Si veda M. Ramajoli, *Attività regolatoria e norme attributive dei poteri: alcune considerazioni*, in *Riv. reg. dei mercati*, 2022, 1, 25-36; C. Acocella, *Poteri indipendenti e dimensioni della legalità*, cit., 11-80; G. Manfredi, *Legalità procedurale*, in *Dir. amm.*, 2021, 4, 749-777; R. Titomanlio, *Riflessioni sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti fra legalità "sostanziale", legalità "procedurale" e funzione di regolazione*, in *Nomos*, 2017, 1, 10; R. Titomanlio, *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2012; V. Cerulli Irelli, *I poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Astrid-online*, 2009; F. Merusi, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in *Dir. econ.*, 2003, 4, 585-591; M.A. Cabiddu, D. Caldirola, *L'attività normativa delle autorità indipendenti*, in *Amministrare*, 2000, 1-2, 13-44; N. Marzona, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 87-105.

[45] G. Morbidelli, *Il principio di legalità*, cit., 709-710, ritiene che nella potestà regolamentare il ricorso alla tesi dei poteri impliciti "è quasi fisiologico", atteso che i regolamenti sono spesso titolati da leggi che si limi-

Si è visto anche che la l. n. 481/1995 e la legge finanziaria per l'anno 2018 non solo dispongono una specifica investitura di poteri regolatori sia per la determinazione delle componenti tariffarie per il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani, sia per la determinazione delle tariffe di accesso gli impianti di trattamento, ma dettano soprattutto principi, la cui connaturata ampiezza applicativa ad una serie indefinita di casi costituisce senz'altro la matrice dell'implicito[46].

Altri elementi per rinvenire, nel caso della regolazione di cui al MTR-2, i confini esterni dell'ermeneutica secondo la teoria dei poteri impliciti sono la partecipazione dei destinatari e la motivazione dell'atto regolatorio, che costituiscono i noti "limitatori della discrezionalità"[47]: entrambi si rinvengono nei documenti per la consultazione per l'approvazione del MTR-2, in cui l'Autorità aveva manifestato sin da subito la necessità di accompagnare i nuovi obiettivi sulla gestione dei rifiuti urbani posti dal pacchetto di direttive sull'economia circolare con la grave carenza infrastrutturale che caratterizza il nostro Paese[48]. A fronte di ciò l'ARERA aveva reso nota, dunque, l'intenzione di regolare gli impianti di chiusura del ciclo "minimi", identificati sulla base di specifici requisiti sia al fine di perseguire gli obiettivi di sostenibilità ambientale, sia al fine di rafforzare il dinamismo concorrenziale.

In tema di poteri impliciti, se è vero che questi altro non sono che una teoria per orientare l'attività ermeneutica delle norme attributive dei poteri, allora sembrerebbe che la regolazione degli impianti minimi dell'ARERA, almeno nel caso di specie, sia volta soprattutto a dare attuazione a quelle norme che le attribuiscono il potere di armonizzare gli obiettivi economico-finanziari con quelli di carattere sociale e di garantire l'adeguamento infrastrutturale agli obiettivi imposti dalla normativa europea, specie al fine di evitare ulteriori procedure di infrazione.

---

tano a dettare criteri rappresentati da obiettivi e finalità. Ciò, secondo l'A., non determinerebbe una violazione del principio di legalità atteso che l'attività ermeneutica è una operazione ricorrente se volta a determinare correttamente la portata dell'attribuzione del potere regolamentare. Più di recente si veda P. Pantalone, *Regolazione indipendente e anomalie sostenibili al cospetto delle matrici della legalità*, in *PA Pers. e Amm.*, 2020, 1, 430.

[46] Ad esempio, G. Morbidelli, *Sul regime amministrativo delle Autorità indipendenti*, in Id., *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001, 179, nt. 41, osserva che la rete dei principi "copre" lacune e schematismi della legislazione e, in definitiva, assicura il rispetto della riserva di legge.

[47] La dottrina ha individuato ulteriori elementi per il recupero della legalità, come ad esempio un sistema di compensazione della legalità ricavabile da regole e principi e la sindacabilità degli atti (specie normativi) delle *authorities*. Per una ricostruzione delle diverse posizioni e per i relativi riferimenti bibliografici si rinvia a P. Pantalone, *Regolazione indipendente*, cit., 432 ss.

[48] Nel primo Documento per la consultazione 196/2021/R/rif dell'ARERA si legge che il fabbisogno impiantistico «necessita di un aggiornamento in tempi auspicabilmente brevi (anche nell'ambito del Programma nazionale di gestione dei rifiuti)». A questo è seguito poi il secondo Documento per la consultazione 282/2021/R/rif; in entrambi i documenti si legge di una generale condivisione dell'impostazione del metodo tariffario proposto dall'ARERA, al quale hanno contribuito con osservazioni e proposte Regioni e Province autonome, Autorità d'ambito, Comuni, gestori, consumatori, associazioni di categoria e altri soggetti istituzionali.

Se si guarda agli obiettivi che la legge di bilancio per l'anno 2018 si prefissa, pare che l'attività creativa concretamente esercitata dall'ARERA possa effettivamente rientrare nella dimensione dell'implicito; ed invero il problema sollevato dal giudice amministrativo riguarda non tanto il potere dell'Autorità di determinare le differenti tariffe, che trova fondamento espresso nella legge, quanto piuttosto il potere di dettare i criteri per l'individuazione degli impianti di chiusura del ciclo c.d. "minimi". Tuttavia, una tale disciplina, non incidendo direttamente nella sfera giuridica degli operatori economici del libero mercato (ma solo eventualmente e a seguito di una precisa scelta discrezionale da parte delle regioni di qualificare un dato impianto non integrato come "minimo") sembra tutto sommato dettata in via strumentale al solo fine di determinare le ulteriori tariffe di accesso agli impianti di trattamento non integrati.

6. *Ambiente e mercato nella prospettiva dello sviluppo sostenibile*

Una lettura troppo sbilanciata dei poteri impliciti dell'ARERA a garanzia del solo interesse alla tutela dell'ambiente rischierebbe, tuttavia, di rievocare quell'ormai obsoleto convincimento secondo il quale l'iniziativa economica privata sarebbe ancora "nemica" dell'ambiente.

Al contrario, gli obiettivi di tutela dell'ambiente e di sviluppo dei mercati si realizzano attraverso le medesime modalità, ossia attraverso la correzione proporzionata dei fallimenti di mercato[49]. La necessità di operare un equo bilanciamento tra tutela della concorrenza e tutela dell'ambiente emerge in tutta evidenza anche dalle stesse politiche europee per un'economia circolare che, se fino a qualche tempo fa ponevano in primo piano soprattutto la tutela della concorrenza, oggi spingono molto di più verso una maggiore attenzione al fattore ambiente. L'esercizio dei poteri regolatori dell'ARERA pare dunque debba inevitabilmente conformarsi anche al principio della tutela della concorrenza[50].

Nel caso del MTR-2, il regolamento dell'ARERA resta nell'ambito dei poteri normativi, e di per sé non è idoneo a incidere direttamente sugli operatori economici operanti in regime di concorrenza nel mercato; si è visto infatti che i soli provvedimenti delle Regioni, seppur fondati sulla base dei presupposti fissati dall'ARERA,

[49] Sul punto P. Lazzara, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, in *Dir. amm.*, 2018, 2, 355, secondo il quale gli obiettivi economici e sociali si realizzerebbero entrambi mediante la correzione del mercato. Di contenuto sia "economico" sia "sociale" degli interventi delle autorità e di misure di riequilibrio delle condizioni di esternalità rispetto a interessi pubblici che non possono essere «utilizzati o consumati senza costo» si veda G. Manfredi, *Legalità procedurale*, cit., 754-755.

[50] Pena la prospettazione di una teoria marcatamente "funzionalistica", come osserva G. Morbidelli, *Il principio di legalità*, cit., 734.

costituiscono l'unica forma di manifestazione del potere idonea ad incidere direttamente sulle posizioni soggettive degli operatori economici del libero mercato[51].

Pur non essendo revocabile in dubbio che la disciplina sugli impianti minimi dettata dall'ARERA si pone quasi sulla linea di demarcazione dei limiti esterni all'implicito, si potrebbe tuttavia ritenere, guardando alla questione secondo un diverso angolo prospettico, che siffatta determinazione dei criteri tecnici degli impianti minimi, di fatto, potrebbe aver autolimitato in concreto la discrezionalità dell'Autorità la quale, nel regolare la tariffa di accesso agli impianti di trattamento in attuazione della legge di bilancio per l'anno 2018, ben avrebbe potuto esercitare i propri poteri regolatori senza necessariamente predeterminarne a monte le caratteristiche tecniche degli impianti, ma limitandosi a dettare le sole componenti della tariffa[52]. In altri termini, i criteri degli impianti minimi dettati dall'Autorità (e sottoposti anche a consultazione), in quanto funzionali alla determinazione della tariffa per il conferimento agli impianti di trattamento non integrati, secondo questa diversa visione avrebbero costituito una forma di autovincolo alla discrezionalità, con conseguente possibilità di adire il giudice per un sindacato intrinseco.

Sempre guardando al caso del MTR-2 da un diverso punto di osservazione, l'attività regolatoria dell'ARERA avrebbe non solo attuato il principio di prossimità nella gestione dei rifiuti, ma avrebbe concretamente tutelato la concorrenza per il mercato attraverso la disciplina di un meccanismo di chiusura del ciclo di smaltimento dei rifiuti volto a stimolare la competitività all'interno delle regioni con una dotazione impiantistica insufficiente[53]. La regolazione della tariffa per il conferimento di rifiuti a impianti operanti nel libero mercato avrebbe l'obiettivo di evitare altresì un eccessivo potere di mercato da parte dei titolari di que-

[51] Laddove, infatti, le Regioni abbiano a disposizione una adeguata rete di impianti, non vi sarà necessità di individuare in concreto gli impianti di chiusura del ciclo minimi.

[52] Sulla generale assenza di un potere politico-discrezionale in capo alle autorità nella determinazione delle tariffe cfr. E. Bruti Liberati, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Torino, 2019, 157 ss.; F. Trimarchi Banfi, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2016, 94 ss. Bruti Liberati in particolare osserva che è comunque possibile per il legislatore attribuire dei poteri propriamente discrezionali alle autorità (specie in materia ambientale, 161), ma la volontà legislativa deve essere accertata con particolare cautela e deve emergere in maniera univoca dalla norma, e il conferimento dei poteri regolatori all'ARERA per il superamento delle procedure di infrazione sembra essere proprio uno di questi casi.

[53] Proprio l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nelle proprie proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza per l'anno 2021, ha ravvisato un «rilevante gap impiantistico, soprattutto nelle aree del centro e del sud del Paese, che non riescono a trattare tutto il rifiuto urbano residuo raccolto, che viene quindi in parte destinato a impianti localizzati al Nord o all'estero. Tale situazione appare generare diverse criticità concorrenziali, in quanto non consente, in una fase a valle della raccolta, relativa ad attività da svolgersi in regime di libero mercato, l'esplicarsi di stimoli competitivi idonei a promuovere il raggiungimento dell'efficienza allocativa, non permette un'adeguata valorizzazione economica dei rifiuti, con attivazione di ulteriori filiere (es. nel caso dei TMV, produzione di energia elettrica), e vale a definire un eccessivo potere di mercato in capo ai pochi impianti esistenti, con un possibile incremento dei costi di complessiva gestione dei rifiuti urbani e maggiore spesa per i cittadini».

gli impianti diversi dagli impianti integrati di cui sono titolari gli enti locali sulla parte di domanda eccedente rispetto alla (scarsa) capacità impiantistica locale[54].

Proprio sul MTR-2 l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha sostanzialmente condiviso (come d'altronde il Ministero dell'ambiente nel PNGR) la scelta dell'ARERA di individuare gli impianti minimi per la chiusura del ciclo di gestione dei rifiuti in quanto si porrebbe in una prospettiva pro-concorrenziale, garantendo la gestione dell'intero flusso dei rifiuti nel territorio regionale in base a tariffe definite dal regolatore, ed evitando così l'applicazione di prezzi eccessivi da parte dei pochi impianti esistenti dotati di un evidente potere di mercato. La misura, secondo l'AGCM, si porrebbe anche nella prospettiva di stimolare nuovi investimenti per coprire il *gap* impiantistico e esclusivamente per il tempo necessario allo sviluppo di tale nuova capacità[55].

In conclusione, il caso del MTR-2, oltre a rappresentare il manifesto dell'attuale dominio della tecnica sulla politica[56], sembra che tutto sommato abbia comunque dimostrato che, anche nell'attesa di una maggiore efficienza del ciclo di smaltimento dei rifiuti e di una implementazione del parco impiantistico, ambiente e concorrenza possono coesistere e trovare entrambi tutela adeguata negli strumenti di regolazione dei mercati.

L'evoluzione del concetto di servizio pubblico – specie in materia di rifiuti – richiede forse un superamento della tradizionale separazione tra interessi economici e interessi sociali e civili atteso che l'economia è, in sé, un «processo decisionale di natura complessa, nel quale le ragioni dell'utilità individuale si incrociano con le ragioni dell'utilità collettiva»[57]; la migliore ponderazione tra interesse economico e gli altri interessi individuali avverrebbe, indipendentemente dalla loro natura, nella sede della valutazione comparativa degli interessi individuali con l'interesse pubblico che precede l'esercizio in concreto di poteri discrezionali[58].

Solo attraverso il riconoscimento della circostanza che anche l'attività di gestione dei rifiuti speciali, seppur svolta in regime di concorrenza nel merca-

---

[54] Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Indagine conoscitiva sui rifiuti solidi urbani (IC49, 21 gennaio 2016), punto 369.

[55] Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, segnalazione AS1875 – Regioni Emilia-Romagna e Friuli-Venezia Giulia – mercato dei servizi di trattamento della frazione organica dei rifiuti solidi urbani, 23 dicembre 2022.

[56] La circostanza è dimostrata dalle scelte politiche (come quelle effettuate dal Ministero dell'ambiente nel Programma Nazionale di Gestione dei Rifiuti) che si affidano alle valutazioni tecniche, talvolta complesse, compiute dalle Autorità.

[57] G. Marongiu, *Interesse pubblico e attività economica*, in *Iustitia*, 1992, 3, 272.

[58] Come osserva A. Travi, *Eugenio Bruti Liberati, La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Milano, 2006, in *Dir. pubbl.*, 2006, 3, 959, «la regolazione nel settore dell'energia (nel quale oggi entra a pieno titolo anche il mercato dei rifiuti n.d.r.) se vuole perseguire obiettivi di efficienza e di interesse generale, oggi non può che essere 'pro-concorrenziale', ma una regolazione del genere richiede l'utilizzo di strumenti tipici del diritto amministrativo».

to previo ottenimento di una autorizzazione, non costituisce attività pienamente liberalizzata ma attività pur sempre sottoposta al controllo di un'Autorità, sarà possibile effettuare un equo bilanciamento di tutti gli interessi in gioco mediante una valutazione caso per caso (fattispecie, questa, che attribuisce, in più, rinnovato valore alla discrezionalità), evitando una previa attribuzione, in dipendenza delle sensibilità del periodo storico di riferimento, di maggior valore ad alcuni interessi a scapito di altri.

Ciò che dunque occorre per il futuro è partire dalla valorizzazione di un principio di carattere generale presente ormai da tempo nel Codice dell'ambiente: il principio dello sviluppo sostenibile, che nondimeno mirerebbe al conseguimento di un equilibrio tra ambiente e sviluppo pur con riferimento a opzioni e scelte non riferite necessariamente al solo campo ambientale[59].

Un principio importante, dunque, che permette una "prioritaria considerazione" dell'interesse alla tutela dell'ambiente e una attenta ricerca di un "equilibrato rapporto" tra natura e attività umane, ma che abbisogna ancora, tuttavia, di regole concrete per essere attuato.

[59] F. Fracchia, *Sviluppo sostenibile*, cit., 20.

Pasquale La Selva - Abstract

Alcune riflessioni su ambiente e concorrenza nella regolazione del mercato dei rifiuti

Le nuove sfide del diritto dell'ambiente pongono le amministrazioni pubbliche di fronte al difficile compito di perseguire obiettivi pubblici in settori di pubblica utilità che vedono ancora in reciproca opposizione i fattori ambiente e concorrenza.
Il perseguimento degli obiettivi fissati dalle politiche pubbliche europee e nazionali sui rifiuti richiede che l'ambiente non sia più percepito come un costo, ma come un'opportunità.
Partendo dal caso del Metodo Tariffario dei Rifiuti per il secondo periodo regolatorio 2022-2025 (MTR-2), l'obiettivo del contributo è quello di indagare sul ruolo dell'Autorità di Regolazione per Energia, Reti e Ambiente nel settore dei rifiuti e compendere se le sue funzioni regolatorie siano in grado di bilanciare efficacemente il delicato rapporto tra ambiente e attività economiche in nome dello sviluppo sostenibile.

Some reflections on environment and competition in waste market regulation

The new challenges of environmental law present public administrations with the difficult task of pursuing public goals in sectors of public utility which still see the factors of environment and competition in mutual opposition.
The pursuit of the objectives set by European and national public policies on waste now requires that the environment is no longer perceived as a cost, but as an opportunity.
Starting from the case of the Waste Tariff Method for the second regulatory period 2022-2025 (MTR-2), the aim of this contribution is to investigate the role of the Regulatory Authority for Energy, Networks and the Environment in the waste sector and understand whether the its regulatory functions can effectively balance the delicate relationship between the environment and economic activities in the name of sustainable development.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 69, n. 112 (3 2023), pp. 111-128

Articoli e saggi

Riqualificazione del patrimonio edilizio e sviluppo delle città. Verso una "conformazione ecologica" del territorio urbano?

Benedetta Celati

Sommario: 1. Premessa: la tutela dell'integrità ecologica come finalità di interesse pubblico e i riflessi sul settore edilizio. – 2. Dalla finanziarizzazione del bene casa alla "abitazione" come diritto di cittadinanza in grado di unire obiettivi sociali e climatici. – 3. Il criterio dell'adeguatezza ecologica nella conformazione del patrimonio edilizio. – 4. Lo sviluppo delle città tra "governo del territorio" e "programmazione dello sviluppo". – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa: la tutela dell'integrità ecologica come finalità di interesse pubblico e i riflessi sul settore edilizio*

Il *Green Deal* Europeo ha reso la riconversione ecologica del sistema di produzione e consumo una prospettiva chiave per legittimare e promuovere l'intervento dello Stato nell'economia.

Oltre agli incentivi, quale strumento attraverso cui l'amministrazione imprime un certo coordinamento e orientamento all'attività degli operatori[1], emerge, in questo scenario, un rinnovato protagonismo delle misure di natura programmatoria. In particolare, viene in rilievo la centralità della c.d. "programmazione indicativa", basata non sulla pianificazione autoritativa delle attività d'impresa[2]

[1] M. Carabba, *Incentivi finanziari*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 963 ss.

[2] «*La programmation économique n'a pas pour objet d'empêcher le fonctionnement normal des forces du marché ni de fausser les conditions de la concurrence entre les producteurs à l'intérieur de l'économie en imposant arbitrairement des objectifs de production, des sources d'approvisionnement ou des prix aux entreprises, des conditions de travail et des choix de consommation aux particuliers. Notamment, il ne s'agit pas* […] *de fixer des objectifs de production et d'investissement impératifs pour les divers secteurs productifs*», R. Marjolin, *Rapporl général al Convegno su «La programmazione economica europea e la programmazione economica nazionale nei paesi della C.E.E.»*, Roma, 1962, 45, citato da A. Frumento, *Metodi e fini dei vari tipi di programmazione economica*, in *Giornale degli Eco-*

ma sull'indicare, appunto, linee di sviluppo in vista del raggiungimento di finalità di interesse pubblico[3].

La sinergia (e non mera compatibilità) tra ambiente e attività economiche[4] rappresenta il mezzo e al contempo il fine con cui si misurano, in un'ottica multilivello, istituzioni europee, Stati membri e territori locali, facendo perno, come efficacemente sottolineato in dottrina[5], sull'esigenza di proteggere e ripristinare gli ecosistemi (al plurale) e la biodiversità, in modo da condizionare la ricerca del profitto alla base dell'iniziativa economica.

In questo senso, non risulta eccentrico il ricorso al concetto di "conformazione ecologica" delle attività di impresa per individuare la specifica azione di incentivo e indirizzo svolta dai pubblici poteri con riguardo alla necessità di orientare queste ultime, dando luogo a rapporti di tipo collaborativo – quelli che autorevole dottrina rinveniva nelle incentivazioni, capaci di soddisfare contemporaneamente interesse pubblico e privato[6] – verso obiettivi predefiniti dalle istituzioni, sia pure nel rispetto dei principi pro-concorrenziali stabiliti nei Trattati europei[7].

La tutela della biodiversità, parte integrante della strategia europea per la neutralità climatica, viene autonomamente prevista anche dall'attuale formulazione dell'articolo 9 della Costituzione[8], come modificato dalla legge costituzionale 1/2022, che sembra imprimere il riconoscimento di una necessaria primazia dell'integrità ecologica rispetto alle istanze di natura economica, decretando la costituzionalizzazione dell'interesse delle generazioni future. Del pari, anche la modifica dell'art. 41 della Costituzione appare in linea con una tale direzione di

nomisti e Annali di Economia, Nuova Serie, 1965, 5/6, 349-399, il quale sostiene che il disegno indicativo, diversamente da quello imperativo, tenderebbe a preservare, rafforzandola, l'economia di mercato.

[3] Si vedano sul punto, E. Bruti Liberati, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance*, in *Dir. Pubbl.*, 2021, 2, 415-442; N. Rangone, *Le programmazioni economiche. L'intervento pubblico in economia tra piani e regolazioni*, Bologna, 2007; V. Cuturi, *La dimensione politico-sociale della pianificazione nelle società industrializzate*, in *Il Politico*, 1976, 3, 545-574.

[4] G. Rossi, M. Monteduro (a cura di), *L'ambiente per lo sviluppo Profili giuridici ed economici*, Torino, 2020.

[5] E. Chiti, *Oltre la disciplina dei mercati: la sostenibilità degli ecosistemi e la sua rilevanza nel Green Deal europeo*, in *Riv. reg. merc.*, 2022, 2, 468-477.

[6] M. Carabba, *Incentivi finanziari*, cit., 967. Sulla disciplina degli incentivi finanziari e, più in generale, sulle modalità di intervento dello Stato nell'economia, si vedano anche S. Cassese (a cura di), *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, 2021; M. Cafagno, F. Manganaro (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze, 2016; F. Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1977.

[7] E. Bruti Liberati, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance*, cit., 415 ss.

[8] Su cui si rinvia alla analisi di F. Fracchia, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo"*, in questa *Rivista*, 2022, 1, 15-30.

più forte integrazione della tutela ambientale, aprendo la strada a una nuova relazione tra potere pubblico e mercato[9].

Nei processi decisionali e nelle scelte programmatorie, insomma, l'equilibrio degli ecosistemi diventa un elemento essenziale di valutazione, che impone il possesso, in capo agli attori pubblici, di adeguati dati tecnici e scientifici, anche nella fase di monitoraggio dei risultati.

Un simile meccanismo conformativo investe tutti i settori, compreso quello edilizio, con la previsione di strategie finalizzate al miglioramento del rendimento energetico degli edifici[10]. E proprio in quest'ottica si pone la strategia "*Renovation Wave*"[11], basata sulla riqualificazione energetica del patrimonio edilizio, nel cui ambito è stata prevista la creazione di un "nuovo Bauhaus europeo".

Un secolo dopo il Bauhaus, movimento artistico che ha innovato profondamente il modo di concepire l'arte, il design e l'architettura del Novecento, la Commissione europea completa, infatti, la svolta ecologica impressa dal *Green Deal*, lanciando questo ampio progetto culturale trasformativo fondato sulla bellezza, l'inclusione e la sostenibilità. Per rispondere alle attuali pressanti sfide imposte dalla crisi climatica, cittadini e imprese vengono coinvolti in una prospettiva di cambiamento che parte proprio dalla necessità di ridisegnare l'ambiente urbano, rendendo le città e gli insediamenti umani inclusivi, sicuri, resilienti e sostenibili.

Vengono in rilievo approcci basati sulla possibilità di ridurre il consumo di risorse, limitando le nuove costruzioni – nella misura in cui si prende atto del fatto che l'espansione degli edifici supera la crescita della popolazione –, massimizzando l'utilizzo dell'esistente e impiegando materiali con ridotto quantitativo di carbonio.

In tal senso, la strategia "*Renovation Wave*" si focalizza sulla la riqualificazione del patrimonio immobiliare, individuando quattro aree di specifico interesse: gli edifici con le peggiori prestazioni, la ristrutturazione degli immobili pubblici, la decarbonizzazione dei sistemi di riscaldamento e raffreddamento e la povertà ener-

---

[9] L'art. 41 Cost. modificato recita: «1. L'iniziativa economica privata è libera. 2. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. 3. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali». Sul punto, si veda F. De Leonardis, *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 *ApertaContrada*, 28 febbraio 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, 3, 285 ss. Sui riflessi della riforma costituzionale rispetto all'iniziativa economica privata, M. Renna, *Attività di impresa, sostenibilità ambientale e bilanciamento tra diritto alla salute e iniziativa economica privata*, in *Contr. e impr.*, 2022, 2, 537 ss.

[10] Come sottolineato dalla Commissaria per l'energia, Kadri Simson, «La ripresa verde comincia dalla casa» https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/ip_20_1835

[11] Del resto, è noto che il patrimonio edilizio esistente costituisce una delle maggiori fonti di consumo energetico in Europa, essendo responsabile di oltre un terzo delle emissioni dell'intera Unione. Sul punto si veda la Comunicazione della Commissione *Un'ondata di ristrutturazioni per l'Europa: inverdire gli edifici, creare posti di lavoro e migliorare la vita*, 14 ottobre 2020, COM(2020) 662 final.

getica[12]. Il principio dell'efficienza energetica al primo posto, stabilito dal regolamento europeo sulla *governance* dell'Unione dell'energia e dell'azione per il clima[13], richiede del resto agli Stati membri di mettere in atto iniziative non legate unicamente a rimuovere ostacoli al libero dispiegarsi della concorrenza ma soprattutto a inglobare considerazioni di tipo sociale e ambientale nelle loro scelte strategiche.

In particolare, nell'ambito della strategia è previsto un piano d'azione involgente misure normative, finanziarie e di sostegno, informato all'obiettivo di raddoppiare il tasso annuo di ristrutturazioni energetiche degli edifici entro il 2030 e promuovere la ristrutturazione profonda di oltre 35 milioni di unità immobiliari[14].

Da segnalare, in questo contesto, è poi la proposta di revisione della direttiva sulla prestazione energetica nell'edilizia (c.d. EPBD – *Energy Performance of Buildings Directive*), finalizzata a ottenere i seguenti risultati: la completa decarbonizzazione del parco edilizio europeo entro il 2050; la fissazione di standard minimi di prestazione energetica per innescare la ristrutturazione energetica degli edifici; l'aumento del tasso di ristrutturazione entro il 2030; la graduale eliminazione del riscaldamento basato sui combustibili fossili e la massimizzazione del potenziale dell'energia solare nelle abitazioni[15].

2. *Dalla finanziarizzazione del bene casa alla "abitazione" come diritto di cittadinanza in grado di unire obiettivi sociali e climatici*

La visione sottesa a questa impostazione sembra essere quella che concepisce il territorio, e segnatamente il territorio urbano, come risorsa finita e scarsa[16].

---

[12] Con questa locuzione si intende far riferimento alla situazione in cui le persone non sono in grado di accedere a servizi e prodotti energetici essenziali: le bollette rappresentano un'alta percentuale del reddito dei consumatori e questi ultimi si trovano costretti a ridurre i consumi energetici, con conseguenze negative sul proprio stato di salute e di benessere.

[13] Regolamento 2018/1999/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 sulla governance dell'Unione dell'energia e dell'azione per il clima che modifica le direttive (CE) n. 663/2009 e (CE) n. 715/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, le direttive 94/22/CE, 98/70/CE, 2009/31/CE, 2009/73/CE, 2010/31/UE, 2012/27/UE e 2013/30/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, le direttive del Consiglio 2009/119/CE e (UE) 2015/652 e che abroga il regolamento (UE) n. 525/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, art. 2, n. 18.

[14] Si veda in tal senso il Considerando n. 3 della Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla prestazione energetica nell'edilizia (rifusione). .

[15] Ciò, in linea con gli obiettivi stabiliti nel piano *REPowerEU*, anche per promuovere la sicurezza dell'approvvigionamento energetico. Il 27 luglio 2023, il Governo italiano ha presentato una proposta di revisione del PNRR, indicando parallelamente i progetti del nuovo programma europeo *RePowerEU*. Il 24 novembre 2023 la proposta di revisione è stata approvata dalla Commissione Europea e successivamente, l'8 dicembre, anche dal Consiglio ECOFIN.

[16] Già con la Dichiarazione delle Nazioni Unite di Stoccolma del 1972, il Rapporto "*Our Common Future*" del 1987 e la Conferenza di Rio de Janeiro del 1992 veniva sancito il principio della conservazione del suolo in quanto risorsa limitata e non rinnovabile.

Interpretazione che guida anche la c.d. Strategia europea per la protezione del suolo[17] e che comporta, tra le sue implicazioni, il necessario riconoscimento del nesso esistente tra dinamiche di sviluppo capitalistico e organizzazione territoriale.

Del resto, la protezione del suolo fin dalla Dichiarazione di Toledo del 2010[18] viene collegata al tema della rigenerazione urbana[19], partendo dal presupposto in base al quale, per ottenere una vera e propria riqualificazione "verde, ecologica o ambientale" delle città europee, occorre, *inter alia*, riconvertire e riutilizzare le aree dismesse, abbandonate o non utilizzate (specchio della crisi della modernità nonché risultato delle asimmetrie del mercato immobiliare), in quanto strategia chiave per contribuire alla riduzione del consumo di superficie e combattere la dispersione insediativa[20]. Nel documento, la rigenerazione urbana, più specificamente, viene interpretata come strumento strategico per garantire uno sviluppo economico sostenibile e inclusivo, secondo un approccio integrato[21] fondato sulla compenetrazione tra i diversi interventi di tipo settoriale, tra i quali si annoverano anche le azioni in materia di efficientamento energetico degli edifici esistenti e di miglioramento del metabolismo urbano[22], compresa la gestione dell'intero ciclo delle acque e dei rifiuti.

---

[17] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Strategia dell'UE per il suolo per il 2030 Suoli sani a vantaggio delle persone, degli alimenti, della natura e del clima*, Bruxelles, 17.11.2021, COM(2021) 699 final. Il 5 luglio 2023 la Commissione Europea ha pubblicato il testo della proposta di Direttiva per il monitoraggio e la resilienza del suolo con l'obiettivo di ottenere, entro il 2050, in tutto il territorio dell'Unione, suoli in salute. In dottrina si rinvia a W. Gasparri, *Suolo, bene comune? Contenimento del consumo di suolo e funzione sociale della proprietà privata*, in *Dir. Pubbl.*, 2016, 1, 69 ss.; E. Boscolo, *Oltre il territorio: il suolo quale matrice ambientale e bene comune*, in *Urb. e app.*, 2014, 2, 129 ss.; G.F. Cartei, *Il problema giuridico del consumo del suolo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2014, 6, 1261 ss.; G.F. Cartei, L. De Lucia (a cura di), *Contenere il consumo di suolo. Saperi ed esperienza a confronto*, Napoli, 2014. Sul suolo, sempre più sovente utilizzato come moneta finanziaria, P. Urbani, *Alla ricerca della città pubblica*, in *Riv. giur. edil.*, 2023, 1, 3-10.

[18] Dichiarazione dei Ministri europei responsabili per lo sviluppo urbano degli Stati membri dell'Unione sulla *Rigenerazione urbana integrata e il suo potenziale strategico per uno sviluppo urbano più intelligente, sostenibile e inclusivo nelle città europee*, sottoscritta il 22 giugno 2010 a Toledo.

[19] Per una disamina sui confini di questo concetto, G.F. Cartei, *Rigenerazione urbana e Governo del Territorio,* in *Federalismi.it*, 2017, 3; A. Giusti, *La rigenerazione urbana. Temi, questioni e approcci nell'urbanistica di nuova generazione*, Napoli, 2018; Id., *La rigenerazione urbana tra consolidamento dei paradigmi e nuove contingenze*, in *Dir. Amm.*, 2021, 2, 439 ss.; G. Gardini, *Alla ricerca della "città giusta". La rigenerazione come metodo di pianificazione urbana*, in *Federalismi.it*, 2020, 24, 44 ss.

[20] Sul punto, si veda M. Passalacqua, *Politiche pubbliche e strumenti giuridici per rigenerazione e riuso di aree industriali dismesse*, in M. Passalacqua, B. Pozzo (a cura di), *Diritto e rigenerazione dei brownfields*: *Amministrazione, obblighi civilistici, tutele*, Torino, 2019, 3-37.

[21] Approccio i cui prodromi sono rinvenibili nella raccomandazione a «*fare maggior ricorso alle strategie di sviluppo urbano integrato*», contenuta nella Carta di Lipsia, *Carta di Lipsia sulle città europee sostenibili*, adottata, con l'*Agenda territoriale dell'Ue – Verso un'Europa più competitiva e sostenibile delle diverse regioni*, in occasione della riunione informale dei ministri per lo Sviluppo urbano e la coesione territoriale tenutasi a Lipsia il 24 e 25 maggio 2007.

[22] Il concetto di "metabolismo urbano" fa riferimento al sistema di flussi di energie e materiali che avviene all'interno di un ecosistema urbano e comporta la considerazione della città come organismo vivente.

L'intreccio tra le diverse aree di intervento mostra la sua massima espressione con riferimento ad alcuni "diritti di cittadinanza" per la cui soddisfazione, negli ultimi anni, si è fatto ampio affidamento alle dinamiche mercantili. Tra di essi viene in luce in modo particolare il diritto all'abitazione[23], fortemente ancorato alle politiche territoriali in materia di riqualificazione del tessuto urbano.

Tuttavia, il mercato, in una dinamica di progressivo e inesorabile rafforzamento delle logiche di gestione neoliberale delle città, risulta aver aggravato piuttosto che risolto il problema abitativo, soprattutto alla luce dei meccanismi di finanziarizzazione del settore edilizio[24] che lo hanno reso sempre meno rispondente alle esigenze della società, trasformando la "casa" da bene essenziale in pura *commodity*, da cui estrarre profitti[25].

Eppure, il diritto alla casa si dimostra contraddistinto da una natura, al contrario, "generativa", costituendo, come la libertà di manifestazione del pensiero e il diritto alla salute, la precondizione per il godimento di una serie di diritti fondamentali[26].

Siffatta configurazione trova oggi una rinnovata legittimazione, laddove torna a essere valorizzata, in ottica di tutela dell'equilibrio ambientale, la funzione del bene.

Nella Costituzione italiana, invero, l'art. 47 fornisce una solida base di ancoraggio per la ricostruzione fornita, prevedendo il dovere della Repubblica di favorire l'accesso del risparmio popolare alla proprietà personale, intesa come proprietà dell'abitazione e proprietà diretta coltivatrice[27]. Nell'ordinamento europeo, poi, l'art. 34 della Carta di Nizza si riferisce espressamente al diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa.

Su questi presupposti si è inoltre sviluppata una impostazione dottrinaria che ha elaborato il concetto di "immobili di consumo"[28], sottolineando come la disciplina, di provenienza europea, volta alla tutela del soggetto che stipula con-

[23] U. Breccia, *Il diritto all'abitazione*, Milano, 1980.

[24] Sul concetto di finanziarizzazione dell'economia, definita come: «*the increasing role of financial motives, financial markets, financial actors and financial institutions in the operation of the domestic and international economies*», v. G.A. Epstein, *Introduction*, in Id. (a cura di), *Financialization and the World Economy*, Cheltenham, 2005, 3. Sul tema più specifico della finanziarizzazione del mercato immobiliare, si veda invece M.B. Aalbers, *The Financialization of Housing. A political Economy Approach*, New York, 2016. Come noto, la crisi finanziaria del 2008 si è riverberata negativamente sullo spazio urbano. La cartolarizzazione dei mutui ipotecari è considerata in maniera ampiamente condivisa una causa della crisi finanziaria globale, avendo comportato l'interdipendenza dei mercati immobiliari e finanziari di tutto il mondo, nonché l'espansione del sistema bancario ombra.

[25] Sul ruolo del capitalismo immobiliare, si veda P. Urbani, *Alla ricerca della città pubblica*, cit., 6.

[26] E. Olivito, *Il diritto costituzionale all'abitare. Spinte proprietarie, strumenti della rendita e trasformazioni sociali*, Napoli, 2017.

[27] M. D'amico, S. Catalano, *Tutela del risparmio e principi costituzionali*, in questa *Rivista*, 2008, 1, 35 ss.

[28] Si veda F. Bocchini, *Gli immobili di consumo. Contributo alla rimodulazione di un impianto*, in *Contr. e impr.*, 2022, 2, 370 ss. Impostazione peraltro avvalorata dalla giurisprudenza, come dimostra la sentenza della Cass. 14 gennaio 2021, n. 497, che stabilisce che l'applicazione degli artt. 33 ss. del Codice del Consumo

tratti per accedere a beni destinati a uno scopo estraneo all'attività professionale eventualmente svolta possa essere estesa all'acquisto di proprietà immobiliari per uso personale o familiare. Anche in questo ambito, infatti, sarebbero rinvenibili le qualifiche formali dei contraenti, di professionista e consumatore, trattandosi di vere e proprie operazioni di consumo caratterizzate da una relazionalità squilibrata che necessita di essere riequilibrata[29].

Al bene casa, alla luce di quanto illustrato, sembra dunque possibile riconoscere una specifica rilevanza sociale, di tipo sia personale sia ambientale.

In una un'audizione dinnanzi alla Commissione parlamentare d'inchiesta sulle condizioni di sicurezza e sullo stato di degrado delle città e delle loro periferie, istituita nella XVII legislatura, è stato per altro messo in rilievo, in base a dati Istat, come il patrimonio edilizio in condizioni mediocri o pessime costituisca una quota significativa di quello esistente nelle città italiane[30].

Il rilancio degli investimenti in ambito abitativo passa pertanto da questo duplice riconoscimento. Ed in tal senso, con la strategia *Renovation Wave*, la promozione dell'efficienza energetica degli edifici viene coniugata con l'obiettivo di preservare l'accessibilità economica e la qualità della vita per i residenti e le comunità, mediante l'iniziativa per gli alloggi a prezzi accessibili legati ai progetti locali di edilizia sociale.

L'emersione del criterio dell'adeguatezza ecologica come elemento capace di insinuarsi nella «visione bidimensionale» delle relazioni di mercato fondate, tradizionalmente, sui parametri del costo e dell'utilità[31], sembra anche in ciò attestare un momento di importante cambiamento, aprendo a una potenziale riconfigurazione del rapporto tra ambiente urbano e realizzazione dell'interesse ambientale idonea a ingenerare una riscoperta delle fondamenta territoriali dello sviluppo economico.

non possa essere preclusa dalla circostanza fattuale per cui il contratto posto in essere dalle parti abbia a oggetto un bene immobile.

[29] La speciale e più incisiva tutela consumeristica dei contratti del consumatore e della garanzia per conformità del bene consegnato si sovrapporrebbe alla ordinaria tutela ordinamentale della contrattazione per adesione (artt. 1341, 1342 e 1370) e della garanzia per vizi e mancanza di qualità (artt. 1490 ss.).

[30] https://www.labparlamento.it/wp-content/uploads/2018/02/Documento-finale_Inchiesta-periferie.pdf.

[31] M. Pennasilico, *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, in *Giust. civ.*, 2017, 4, 809-835.

3. *Il criterio dell'adeguatezza ecologica nella conformazione del patrimonio edilizio*

L'ipotesi che ci proponiamo di approfondire è che un simile scenario trasformativo, che mette al centro la riqualificazione edilizia, possa incidere fortemente sullo sviluppo delle città, «epicentro delle crisi capitalistiche»[32], prefigurando modelli alternativi in grado di contrastare i perniciosi processi di finanziarizzazione del bene-casa, che hanno contribuito a rendere sempre meno effettivo il diritto all'abitazione.

La protezione dell'integrità ecologica, ove inserita in una visione complessiva di sviluppo sostenibile[33] della città, si pone come obiettivo atto a consentire la disciplina e il coordinamento degli interessi plurali – e talvolta antagonisti – che agitano attorno al godimento e alla gestione della risorsa territoriale, e dunque quale "giustificazione" per nuovi interventi regolatori finalizzati a riallineare logiche di profitto con finalità di tipo sistemico.

Invero, si tratta di un processo simile a quello che ritroviamo nei contratti di rendimento energetico, dove sempre secondo prospettive di "orientamento ecologico", vengono in rilievo meccanismi di «perequazione guidata attraverso gli incentivi»[34].

Questi contratti, in quanto imperniati in senso conformativo su obiettivi diversi dal mercato, ovvero sulla tutela dell'ambiente, costituiscono un esempio di diritto contrattuale regolatorio di matrice europea volto ad attuare diritti sociali e interessi generali, essendo basati sull'accordo tra «il beneficiario o chi per esso esercita il potere negoziale e il fornitore di una misura di miglioramento dell'efficienza energetica, verificata e monitorata durante l'intera durata del contratto, dove gli investimenti (lavori, forniture o servizi) realizzati sono pagati in funzione del miglioramento dell'efficienza energetica stabilito contrattualmente o di altri criteri di prestazione energetica concordati, quali i risparmi finanziari» (art. 2, comma 2, lett. n), d.lgs. 102/2014)[35]. Come affermato dalla dottrina, questi contratti, per la loro causa, realizzano interessi ultraindividuali meritevoli di tutela[36].

---

[32] D. Harvey, *Città ribelli*, Milano 2013.

[33] Sul concetto di sviluppo sostenibile F. Fracchia, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. Quad. dir. amb.*, 2010, 0, 13-42.

[34] E. Navarretta, *Costituzione, Europa e diritto privato Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017.

[35] C. Benanti, "*Energy Performance Contract": il contratto di rendimento energetico o di prestazione energetica*, in *Oss. del Dirit. Civ. e Commer.*, 2017, 2, 403 ss.; M. Maugeri, *Il contratto di rendimento energetico e i suoi "elementi minimi"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 9, 420 ss.

[36] M. Renna, *Strumenti finanziari e terzo settore*, in *Rivista del mercato assicurativo e finanziario*, 2018, 2, 289-316.

L'incontro che viene a crearsi tra interessi privati e pubblici nella ricerca di forme di collaborazione e integrazione delle risorse è rinvenibile anche nell'ambito dei c.d. *Green Loans* e *Sustainability Linked Loans*, definiti dai principi emessi dalla *Loan Market Association* (LMA) e promossi dalla *International Capital Market Association* (ICMA). Si tratta letteralmente di mutui collegati alla sostenibilità, ovvero imperniati sul raggiungimento di specifici *target* in ambito ESG (*Environmental, Social, Governance*), basati sull'incentivazione del perseguimento di predeterminati obiettivi ambientali, generalmente assistiti dalla presenza di un certificatore esterno per il rilascio di una *Sustainable Opinion* periodica di adeguatezza e conseguimento dei medesimi. In essi le banche possono agire sia come *Original Lender* sia come *Sustainability Coordinator*.

I *Green Loans*, più specificamente, sono contratti di finanziamento che cominciano a trovare diffusione nel mercato europeo, a partire da un progetto sviluppatosi nell'ambito privato. L'iniziativa è infatti partita da una piattaforma di operatori del settore creditizio, di cui fanno parte la *European Mortgage Federation* (Emf) e lo *European Covered Bond Council* (Ecbc), creata per sostenere lo sviluppo di investimenti rivolti al miglioramento delle prestazioni energetiche degli edifici attraverso l'implementazione di mutui "*energy effcient*". Tra i principali *output* di questo progetto, vi è lo sviluppo di un "Piano di Implementazione del Mercato dei Mutui ipotecari ad elevata Efficienza Energetica", che ha l'obiettivo di identificare un sistema unico di concessione dei mutui verdi[37], incentivando in tal modo il miglioramento energetico del comparto edilizio europeo. Inoltre, si cerca di fornire un'evidenza empirica al rapporto di proporzionalità inversa che sussisterebbe tra efficienza energetica e probabilità di *default* del mutuatario. Una tale correlazione, se effettivamente riconosciuta, potrebbe infatti contribuire all'introduzione del c.d. *green supporting factor*, ovvero alla possibilità di ridurre i requisiti patrimoniali bancari con riguardo ai finanziamenti legati alla transizione ecologica. In effetti, si ritiene che il miglioramento dell'efficienza energetica dell'immobile determinando un aumento del suo valore, nonché una riduzione dei consumi domestici, fornisca ai mutuatari efficienti dal punto di vista energetico un maggior reddito disponibile per restituire il prestito, diminuendo di conseguenza il rischio di insolvenza nei confronti dell'istituto di credito[38].

Dal punto di vista giuridico, sembra venire in rilievo, con riferimento a questi schemi, l'istituto del mutuo di scopo convenzionale – caratterizzato dal fatto

[37] Da sottolineare come, con la dir. UE/2014/17 in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali e recante modifica delle direttive 2008/48/CE e 2013/36/UE e del regolamento (UE) n. 1093/2010, recepita in Italia con il d.lgs. 72/2016, il mercato dei mutui in Europa inizia ad essere assoggettato a un quadro giuridico comune.

[38] S. Persia, *Profili contrattuali dello sviluppo ecologico: dalle locazioni ai mutui verdi*, in *Riv. Quad. dir. amb.*, 2020, 3, 185-196.

che la fonte dell'obbligazione afferente allo speciale fine della sovvenzione è ricondotta alla volontà delle parti – nel quale l'indicazione delle finalità che il mutuatario è tenuto a perseguire con la somma concessagli dalla banca è accompagnata da un programma contrattuale teso alla loro realizzazione. Come affermato dalla Cassazione, per l'inveramento di tale contratto, infatti, è necessario «che lo svolgimento dell'attività dedotta o il risultato perseguito siano nel concreto rispondenti a uno specifico e diretto interesse anche proprio della persona del mutuante, che vincoli l'utilizzo delle somme erogate alla relativa destinazione»[39].

Gli interventi rientranti, in termini ampi, nel c.d. *Green Deal* si dimostrano effettivamente capaci di rilanciare questo strumento contrattuale dalla natura conformativa. In particolare, si possono leggere in tal senso due iniziative faro del dispositivo di ripresa e resilienza, "*Power up*" e "*Renovate*", con le quali viene assicurato l'accesso a specifici finanziamenti finalizzati alla riqualificazione edilizia.

La Commissione europea, proprio nell'ambito dell'iniziativa *Renovation Wave*, ha peraltro constatato la rilevanza di prestiti e mutui verdi, ovvero delle attività di standardizzazione compiute in tal senso, sottolineando che: «Un sistema potenziato di attestati di prestazione energetica, che dimostri miglioramenti in termini di efficienza (e di riduzione dell'impronta di carbonio), consentirà alle banche e agli altri istituti finanziari di finanziare crediti e mutui per rendere verdi i loro portafogli e di riunire più edifici come garanzia reale dell'emissione di obbligazioni garantite»[40].

Questi strumenti, rappresentando forme di incentivo al raggiungimento degli obiettivi di sostenibilità climatica, fissati in sede europea e internazionale, che vengono direttamente create dal mercato, in collaborazione con le istituzioni, sembrano costituire una manifestazione di quel «diritto dei privati» descritto da Cesarini Sforza[41], in quanto meccanismo di "regolazione" che promana direttamente dai soggetti regolati e si pone nell'ottica di soddisfare un interesse collettivo che è al contempo espressione di un più ampio interesse generale.

L'implicazione di banche e investitori nella realizzazione di obiettivi di tipo sistemico, nel creare una sinergia tra sostenibilità economica e ambientale degli edifici, si mostra conferente anche con la possibilità di innovare la filiera immobiliare, risultando in grado di conformare, in senso ecologico, i contratti di finanziamento, e riportando il bene casa ad avere un valore d'uso – in quanto mezzo di tutela dell'integrità ecologica – piuttosto che un (mero) valore finanziario.

Al contempo occorre segnalare che una tale apertura, anche in una prospettiva di sussidiarietà orizzontale, non corrisponde affatto a un totale affidamento

[39] Cass. 25 gennaio 2021, n. 1517.

[40] Comunicazione della Commissione *Un'ondata di ristrutturazioni per l'Europa: inverdire gli edifici, creare posti di lavoro e migliorare la vita*, del 14 ottobre 2020, Com(2020) 662 final.

[41] W. Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati*, in *Riv. ital. per le scienze giuridiche*, 1929, 1-2, 43-123.

al finanziamento privato come forma di risposta alle emergenze sociali, quanto semmai a un coinvolgimento delle imprese bancarie nell'elaborazione di strategie di credito imperniate sulla previsione di condizionalità ambientali[42], che possono altresì beneficiare di eventuali, specifiche, garanzie pubbliche[43].

4. *Lo sviluppo delle città tra "governo del territorio" e "programmazione dello sviluppo"*

A partire da queste suggestioni, emerge con netta evidenza la necessità di un collegamento tra l'azione pubblica di "governo del territorio" e i descritti meccanismi di "conformazione" degli investimenti e dell'iniziativa privata secondo i parametri della resilienza e della sostenibilità. Come evidenziato dalla dottrina, infatti, «gli obiettivi ambiziosi dell'Unione europea presuppongono una visione d'insieme e un'azione mirata su molti versanti. Il mercato e le imprese private da soli non avrebbero infatti gli incentivi per raggiungerli»[44].

L'esigenza di realizzare le macro-finalità di sistema stabilite dall'Unione europea, più in generale, consente di (ri)connettere programmazione dello sviluppo economico e pianificazione territoriale, al fine di coniugare in maniera adeguata necessità abitative e trasformazioni sostenibili degli assetti insediativi urbani. Invero, se l'urbanistica governa l'economia[45], essendo in grado di condizionare le attività economiche[46], la politica delle grandi infrastrutture territoriali, oggi strettamente interrelate alle esigenze di transizione ecologica, richiede un rinnovato dinamismo degli strumenti pianificatori, da tempo chiamati non solo, e non tanto, a regolare l'espansione urbana, quanto a rispondere, mediante la definizione di risultati attesi, condizionalità e criteri, alle sfide ambientali, profilando uno sviluppo che è anche sociale ed economico sostenibile[47].

---

[42] Ciò in linea con quanto stabilito dall'Accordo di Parigi del 2015: l'art. 2, comma 1, reca infatti che Accordo è volto a «rafforzare la risposta alla minaccia mondiale posta dai cambiamenti climatici» tra l'altro «rendendo i flussi finanziari coerenti con un percorso che conduca a uno sviluppo a basse emissioni di gas ad effetto serra e resiliente al clima» (lett. c), attraverso l'offerta di prodotti finanziari che contribuiscano allo sviluppo di un'economia a basso impatto ambientale.

[43] Per una riflessione orientata in questo senso, E. Scotti, *Aiuti di Stato e ambiente nell'emergenza pandemica*, in *Conc. merc.*, 2020, 26/27, 201 ss.

[44] M. Clarich, *Energia* in *Enc. dir., I tematici*, III, *Funzioni amministrative*, Milano, 2022, 438 ss.

[45] P. Urbani, *Istituzioni, Economia, Territorio. Il gioco delle responsabilità nelle politiche di sviluppo*, Torino, 2020.

[46] Sul punto si veda C. Caia, *Governo del territorio e attività economiche*, in *Dir. Amm.*, 2003, 4, 707 ss., che sottolinea come lo svolgimento di qualsiasi attività imprenditoriale incroci necessariamente, in modo più o meno intenso, il territorio (se non altro per quanto riguarda l'ubicazione e l'uso dei locali in cui essa si svolge).

[47] Su questi temi, si veda T. Bonetti, *Il cambiamento climatico tra città e territori: verso nuovi paradigmi pianificatori?*, in *Riv. giur. Ambiente*, 2021, 1, 109 ss.

Del resto, è altresì chiaro che la necessità di occuparsi dei cambiamenti climatici impone di mettere a sistema l'approccio globale richiesto dalla mitigazione per l'abbattimento delle emissioni climalteranti con quello urbano e locale necessario per realizzare le strategie di adattamento[48], naturalmente basate sulle specificità geomorfologiche dei territori. Le città, centri d'innovazione economica, politica e culturale, rivestono infatti un ruolo strategico nella sperimentazione di nuove politiche per ridurre le emissioni climalteranti nonché per aumentare la c.d. resilienza urbana agli impatti sempre meno evitabili della crisi ambientale.

Dal momento che il 70% dei comuni italiani ha meno di 5.000 abitanti, al fine di rafforzare la capacità di questi enti di integrare piani e politiche settoriali verso obiettivi condivisi legati alla tutela degli ecosistemi, appare, tuttavia, opportuno fare leva sui livelli di pianificazione sovraordinata in quanto potenzialmente più adeguati per favorire simili processi di integrazione al fine di massimizzarne l'efficacia.

L'attribuzione e conformazione normativa del potere di pianificazione urbanistica del territorio è costituzionalmente conferita alla potestà legislativa concorrente dello Stato e delle Regioni, ex art. 117, comma terzo, Cost., mentre l'esercizio del medesimo è attribuito, pur nel contesto di ulteriori livelli ed ambiti di pianificazione, al comune.

Come ben ricordato dalla giurisprudenza amministrativa, le funzioni di governo del territorio, quali sono quelle di pianificazione urbanistica, «devono essere ricostruite come intervento degli enti esponenziali sul proprio territorio, in funzione dello sviluppo complessivo ed armonico del medesimo»[49].

La pianificazione in buona sostanza è chiamata a contemperare i fabbisogni della comunità locale con una pluralità di altri interessi pubblici che hanno fondamento nella Costituzione – come il contenimento del consumo di suolo e dell'inquinamento atmosferico, la difesa idrogeologica, la tutela del paesaggio e delle riserve naturali, la mobilità di scala vasta – divenendo, in tal senso, fondamentale il coinvolgimento di un livello istituzionale locale intermedio che svolga un'azione di connessione tra Regione e comuni. Quest'ultimo è essenziale, infatti, per implementare una visione organica di territorio su temi, quali la transizione ecologica, che per essere affrontati implicano uno sguardo d'insieme, in grado di andare oltre i confini del singolo comune, nonché le pressioni e gli interessi locali. Il Piano territoriale di coordinamento provinciale – finalizzato a determi-

[48] Reg. UE n. 1119/2021, considerando (31): «L'adattamento è un elemento essenziale della risposta mondiale di lungo termine ai cambiamenti climatici. Gli effetti negativi dei cambiamenti climatici rischiano potenzialmente di superare le capacità di adattamento degli Stati membri. Gli Stati membri e l'Unione dovrebbero pertanto migliorare la loro capacità di adattamento, rafforzare la resilienza e ridurre la vulnerabilità ai cambiamenti climatici, come previsto dall'articolo 7 dell'accordo di Parigi, nonché massimizzare i benefici collaterali derivanti da altre politiche e normative».

[49] Cons. St., sez. IV, 10 maggio 2012, n. 2710.

nare gli indirizzi generali di assetto del territorio – e il Piano territoriale metropolitano (di cui all'art. 1, comma 44, lett. b), l. 56/2014) esprimono una simile vocazione in quanto strumenti di collegamento non solo in senso geografico tra pianificazione regionale e comunale[50], ma anche in senso funzionale, ossia strategico, unendo la pianificazione territoriale e quella di settore[51].

La presenza di questi raccordi orizzontali, che nelle previsioni iniziali della legge urbanistica (l. 1150/1942), avevano natura cogente, salvo poi essere trasformati in meramente facoltativi[52], assume oggi un'importanza nuova. È del resto vero che la dimensione sovracomunale si mostra come la più adatta per la gestione di dinamiche socioeconomiche le cui traiettorie sono sempre più mutevoli e complesse, essendo intrinsecamente legate a esigenze sistemiche di sostenibilità delle trasformazioni territoriali.

La capacità di far emergere, in seno alla strumentazione territoriale, un'idea di "razionalità complessiva", coniugando interessi diversi nell'ottica della definizione ecologicamente orientata dei processi urbanistici, appare ascrivibile in particolare al c.d. piano strategico di area vasta, che offre una rappresentazione dello sviluppo del territorio temporalmente estesa, ossia da realizzarsi per fasi successive e per obiettivi progressivi[53].

Con riferimento alle città metropolitane, per le quali la l. 56/2014 prevede l'adozione di questo strumento, come emerge in alcuni Statuti metropolitani, spetta ad esso individuare specifici mezzi di azione per la promozione dello svi-

---

[50] Sul tema G. Morbidelli, *Piano territoriale*, in *Enc. dir*., XXXIII, Milano, 1983, 705 ss.

[51] In dottrina è stato sottolineato come un ruolo di primo piano dovrebbe essere giocato, a questo riguardo, dal piano paesaggistico, «inteso quale forma complessa di pianificazione urbanistico-territoriale avente ad oggetto l'intero territorio regionale». Quest'ultimo viene, infatti, configurato dagli artt. 131, 135 e 143 del Codice dei beni culturali «quale strumento di pianificazione improntato all'applicazione dei principi di uso consapevole del territorio e di sviluppo sostenibile delle aree interessate, che si traducono, da un lato, nella tutela e nella valorizzazione del paesaggio e, dall'altro lato, nel contenimento del consumo di suolo e nella riqualificazione del territorio regionale dismesso o degradato. In questa direzione, il piano paesaggistico intende perseguire specifici obiettivi di qualità paesaggistica, che, se interpretati in base ai criteri ermeneutici offerti dalla Convenzione europea del paesaggio, possono assumere contenuti più ampi, fino ad inglobare anche i concetti di qualità urbana e territoriale», L. Di Giovanni, *Rigenerazione integrata europea e rigenerazione urbana nazionale: due modi diversi di intendere la trasformazione del territorio?*, in *DPCE online*, 2023, 1, 81 ss.

[52] P.L. Portaluri, *Contro il prossimalismo nel governo del territorio*, in *Nuove Autonomie*, 2021, 1, 81-111. A tale riguardo, interessante è sottolineare come in dottrina sia stata evidenziata l'importanza delle cosiddette conurbazioni che «comprendono più comuni, con continuità di edilizia, viabilità e servizi» mettendo in rilievo come la pianificazione limitata al territorio di ciascuno dei comuni inglobato nella conurbazione risulti di scarsa o nulla utilità «anche perché mentre si pianifica nel comune maggiore cresce, in dimensioni, spesso anche molto notevoli, l'edilizia dei comuni circostanti, mandando a monte le previsioni attinenti alla vivibilità, agli spostamenti, ai servizi ecc., dalle quali si era partiti nell'impostare il piano nel comune maggiore. Sono, queste, osservazioni agevoli nella situazione in cui da troppo tempo si vive e gli strumenti di coordinamento, pur presenti da tempo nella nostra legislazione (art. 5, 6 e 12 l. n. 1150 del 1942), non vengono utilizzati nel modo che sarebbe necessario perché richiederebbero intese non agevoli, dato il sistema politico del nostro Paese, che tarda a rinnovarsi», G. Abbamonte, *Programmazione economica e pianificazione territoriale*, in *Enc. Dir*., agg. II, Milano,1998, 796 ss.

[53] D. Donati, *Città strategiche. L'amministrazione dell'area metropolitana*, Milano, 2023.

luppo economico e sociale, recando inoltre le opportune indicazioni da sviluppare nel piano territoriale metropolitano.

Tale collegamento sembra echeggiare, anche se su scala locale, i tentativi realizzati in passato, a livello nazionale, di connessione tra pianificazione urbanistica e programmazione economica[54].

Oggi, superata quella stagione, potrebbe, più in generale, essere giunto il momento di unire, un po' come già è stato prospettato in dottrina per la rigenerazione urbana, funzioni amministrative[55] e politiche pubbliche[56], nella prospettiva di una guida oculata di processi che, seppur originati dal mercato, quale è il caso dei mutui verdi, abbisognano di una regia necessariamente pubblica per essere razionalmente orientati nella loro direzione.

Il paesaggio e l'ambiente – da tenere ormai distinti in quanto caratterizzati da una relazione che sempre più sovente si dimostra conflittuale[57] – in questo quadro sono infatti leve di sviluppo economico, secondo quanto sottolineato nei paragrafi precedenti, e il piano avrebbe la funzione di realizzarne la protezione cristallizzando un equilibrio tra istanze contrapposte, fondato sulla ricomposizione reciprocamente vantaggiosa degli interessi.

Si tratta invero di far emergere vere e proprie politiche territoriali, predisponendo una strategia complessiva coerente e coordinata, che sappia imporre criteri di sostenibilità in grado di conformare gli interventi incidenti sul territorio.

L'ulteriore elemento da valorizzare, oltre alla trans-località, è, infatti, la trans-settorialità delle azioni. Un utile riferimento a questo riguardo può essere costituito dallo strumento dei programmi integrati, utilizzati – in base alle indicazioni della Dichiarazione di Toledo – per le politiche pubbliche di rigenerazione urbana, al fine di coordinare interventi rispondenti a plurime esigenze territoriali (quali il recupero fisico degli edifici, l'efficientamento energetico dei medesimi, l'accesso agevolato all'edilizia sociale nonché la realizzazione di infrastrutture e spazi pubblici).

---

[54] S. Amorosino, *Sylos Labini, la programmazione economica e la riforma urbanistica (1962-1967)*, in *Moneta e Credito*, 2016, 69, 274, 165-173.

[55] Sulla rigenerazione urbana come funzione, si veda E. Chiti, *La rigenerazione di spazi e beni pubblici: una nuova funzione amministrativa?*, in F. Di Lascio, F. Giglioni (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani*, Bologna, 2017, 18 ss.

[56] M. Passalacqua, *Politiche pubbliche e strumenti giuridici per rigenerazione e riuso delle aree industriali dismesse*, cit., 3 ss.

[57] Sul punto si vedano le interessanti riflessioni di S. Amorosino, *La "dialettica" tra tutela del paesaggio e produzione di energia da fonti rinnovabili a tutela dell'ambiente atmosferico*, in *Riv. giur. dell'edilizia*, 2022, 4, 261 ss. sul c.d. concetto di "ambiente produzione" contrapposto a quello, più tradizionale, di "ambiente protezione". La distinzione tra ambiente e paesaggio risulterebbe confermata anche dalla nuova formulazione dell'art. 9 Cost. che separa concettualmente la protezione dell'ambiente (comma 3) da quella del paesaggio (comma 2). Sul punto si veda F. Fracchia, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione*, cit., 15 ss.

Il PNRR conferma questa impostazione (trans-locale e trans-settoriale), con l'«Investimento 2.2: Piani urbani integrati» dedicato alle periferie delle Città Metropolitane, nell'ambito del quale si fa menzione di una «una pianificazione urbanistica partecipata, con l'obiettivo di trasformare territori vulnerabili in città smart e sostenibili, limitando il consumo di suolo edificabile». L'idea è che si possano così «realizzare sinergie di pianificazione tra il Comune "principale" ed i Comuni limitrofi più piccoli con l'obiettivo di ricucire tessuto urbano ed extra-urbano, colmando deficit infrastrutturali e di mobilità»[58].

5. *Considerazioni conclusive*

Eppure, oggetto della proposta di rimodulazione delle risorse del PNRR presentata dal Governo italiano alla Commissione europea, il 7 agosto 2023, e successivamente approvata dal Consiglio ECOFIN, sono proprio le misure inerenti all'efficienza energetica, la rigenerazione urbana e i piani urbani integrati (le prime due destinate prevalentemente a comuni di media e piccola dimensione, l'ultima alle città metropolitane)[59].

A ben vedere, si tratta di azioni che sembrano potersi ricondurre nell'alveo del concetto, dai tratti talvolta nebulosi, di "sviluppo sostenibile dei territori" – che anzi contribuiscono a definire –, laddove la sostenibilità, nozione costantemente alla ricerca di una propria «operatività giuridica storicamente adeguata»[60], implica, come ormai pacificamente riconosciuto, l'integrazione e il coordinamento di politiche pubbliche finalizzate al raggiungimento di obiettivi sociali e ambientali al contempo.

Ciò emerge con specifico riguardo al tema del "diritto all'abitare" che appare sempre più interrelato agli interventi della transizione ecologica.

Nella risoluzione del Parlamento europeo del 21 gennaio 2021 sull'accesso a un alloggio dignitoso e a prezzi abbordabili per tutti[61], la Commissione e gli Stati membri vengono infatti invitati a fare dell'edilizia abitativa una delle pietre ango-

[58] In tale prospettiva, «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». M5C2.2 Rigenerazione urbana e *housing* sociale, Investimento 2.2: Piani urbani integrati, 216-217.

[59] La *ratio* della rimodulazione è destinare risorse ad altre o nuove misure nel PNRR e soprattutto finanziare il nuovo capitolo *RePowerEU*. Inoltre, è stata prevista, anche grazie a queste modifiche, la creazione di una provvista per un credito di imposta per la nuova Zona economica speciale (Zes) unica annunciata nel Documento e istituita dal Decreto Sud, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale il 19 settembre 2023.

[60] B. Montanari, *La figura del giurista al tempo del "post-pensiero",* in *Europa e dir. priv.*, 2020, 2, 423 ss.

[61] Risoluzione del Parlamento europeo del 21 gennaio 2021 sull'accesso a un alloggio dignitoso e a prezzi abbordabili per tutti (2019/2187(INI)).

lari del piano d'azione del pilastro europeo dei diritti sociali, definendo strategie specifiche per far fronte agli ostacoli al diritto all'alloggio, come la discriminazione, la speculazione, i prestiti predatori, l'accaparramento dei terreni, i conflitti, gli sgomberi forzati, il degrado ambientale e la vulnerabilità alle catastrofi naturali.

Gli Stati membri sono tenuti segnatamente a meglio integrare nell'iniziativa "*Renovation wave*" e nei piani nazionali di ripresa e resilienza le necessarie risposte, unendo obiettivi sociali e climatici.

Una funzione cruciale sembra da ascrivere, in questo senso, ai territori e alle autorità locali chiamate a mettere in atto misure adeguate a contrastare gli investimenti speculativi, ad adottare politiche che facilitino gli investimenti a lungo termine nel mercato dell'edilizia abitativa, e a sviluppare politiche di pianificazione urbana e rurale che favoriscano alloggi a prezzi accessibili, il mix sociale e la coesione sociale.

Se è vero che, come asserito in dottrina, i nuovi paradigmi urbani saranno la sostenibilità, la resilienza, il livello qualitativo delle dotazioni urbane e il raggiungimento dell'autosufficienza energetica[62], diviene dunque essenziale coniugare queste misure, la pianificazione urbanistica e la rigenerazione urbana, nell'ambito di quella che viene emblematicamente definita la "città pubblica", tra interessi privati e interessi della collettività rappresentata[63].

In quest'ottica, degna di particolare attenzione risulta la riflessione riguardante gli standard urbanistici di cui al DM 1444/1968 – «una garanzia cruciale per la messa in opera di diritti fondamentali dei cittadini»[64] – oggi attualizzata dalla necessità di operare una riforma urbanistica e una nuova legge di principi per il governo del territorio[65]. La disciplina degli standard urbanistici è infatti riconducibile ai «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale», concorrendo gli stessi all'individuazione delle dotazioni minime indispensabili ad assicurare i servizi socioeconomici essenziali per la collettività che fruisce del bene territorio[66].

La costruzione di una cittadinanza comune passa perciò dall'assicurare "spazi di uso pubblico", che appaiono trascendere la scala urbana, implicando una

[62] P.L. Portaluri, *Dal diritto delle costruzioni nelle città al governo del territorio*, in *Federalismi.it*, 2019, 19, 2-19.

[63] P. Urbani, *Alla ricerca della città pubblica*, cit., 3 ss.

[64] MIT (2019), *Adeguamento del Decreto Interministeriale 2 aprile 1968 n. 1444 alle nuove dotazioni urbanistiche necessarie per i processi di miglioramento della qualità urbana e per la disponibilità di nuovi presidi per la coesione sociale e disciplina dei parametri di altezza e distanza da osservare nella pianificazione urbanistica e nelle costruzioni*, Roma: Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti. Relazione conclusiva.

[65] Una proposta in questo senso è stata presentata alla Camera dei deputati nell'ottobre 2022. Col DM 441/2021, emanato dal Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili, è stata invece istituita la «Commissione per la riforma della normativa nazionale in materia di pianificazione del territorio, standard urbanistici e in materia edilizia».

[66] Commissione per la riforma della normativa nazionale in materia di pianificazione del territorio, standard urbanistici e in materia edilizia, *Relazione illustrativa*, p. 1.

visione integrale del territorio, ove l'edilizia concorre, insieme ad altri fattori, ad assicurare che le risorse ecosistemiche locali non vengano dissipate. L'efficienza insediativa è dunque un'efficienza di tipo prestazionale misurata su contenuti ambientali, economici e sociali e può ben articolarsi secondo sentieri conformativi che si avvalgono dell'incontro tra interessi pubblici e privati.

In questo senso, paiono interessanti gli esempi di strumenti giuridici che consentono ai privati di agire in collaborazione con gli organismi pubblici per finalità di tutela dell'ambiente e dell'integrità ecologica. In particolare, si può fare riferimento all'esempio dei c.d. contratti di fiume, definiti dal d.lgs. 152/2006 come «strumenti volontari di programmazione strategica e negoziata che perseguono la tutela, la corretta gestione delle risorse idriche e la valorizzazione dei territori fluviali, unitamente alla salvaguardia dal rischio idraulico, contribuendo allo sviluppo locale di tali aree»[67]. O ancora, guardando all'esperienza del diritto francese, da cui peraltro originano anche i contratti di fiume, alle c.d. "*Obligations Réelles Environnementales*", che permettono, in forza dell'incentivo costituito dalla previsione di specifiche agevolazioni fiscali, di apporre dei vincoli funzionali di matrice pubblicistica sulla destinazione della proprietà, stipulando un contratto con l'amministrazione pubblica attestante l'impegno volontario da parte del proprietario a preservare il patrimonio ambientale[68]. Segnatamente, quest'ultimo, al fine di creare un contesto favorevole alla transizione ecologica, si vincola a rispettare, nella sua proprietà, alcuni obblighi di fare, ovvero di non fare, come ad esempio l'obbligo di astenersi dall'edificare il terreno, i quali, essendo legati al bene, perdurano anche in caso di trasferimento del medesimo ad altro proprietario.

In questi casi la regolazione amministrativa implica il coinvolgimento attivo dei soggetti regolati[69], in un certo senso "coautori", come osservato per i mutui verdi, della regola ecologica che si impegnano a rispettare.

---

[67] L'art. 59 della l. 221/2015 ha inserito al capo II del titolo II della parte terza del Testo unico dell'Ambiente l'art. 68 bis recante la definizione normativa di contratti di fiume. Per un'attenta disamina di questo strumento, interpretato come modello di coamministrazione, si veda l'interessante saggio di V. Parisio, *Risorse idriche, contratti di fiume e amministrazione condivisa*, in *Federalismi.it*, 2023, 23, 162 ss.

[68] Cfr. la *LOI n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages* che ha introdotto l'art. *L. 132-3 du Code de l'environnement*. Sul punto si veda N. Reboul-Maupin, B. Grimonprez, *L'obligation réelle environnementale : chronique d'une naissance annoncée*, in *Recueil Dalloz*, 2016, 2074 ss. Gli Autori escludono che le obbligazioni reali ambientali possano essere inquadrate giuridicamente come servitù di tipo convenzionale ai sensi dell'art. 637 del *Code civil*.

[69] V. Parisio, *Risorse idriche, contratti di fiume e amministrazione condivisa*, cit., 162 ss. si riferisce, a questo riguardo, al concetto di amministrazione condivisa «dove il privato è chiamato a collaborare e a lavorare "fianco a fianco" dell'amministrazione stessa per la tutela di interessi generali, in applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale, di cui all'art. 118 c. 4 della Costituzione. […] I CdF, dunque, come l'art. 206 del Codice, confermano una tendenza sempre più pronunciata nel nostro ordinamento a riconoscere nelle figure di amministrazione condivisa le forme più idonee a garantire la tutela dei beni ambientali a titolarità diffusa, naturalmente nella consapevolezza delle loro peculiarità».

Benedetta Celati - Abstract

Riqualificazione del patrimonio edilizio e sviluppo delle città. Verso una "conformazione ecologica" del territorio urbano?

L'esigenza di proteggere gli ecosistemi, obiettivo chiave della strategia europea per la neutralità climatica, comporta la realizzazione di meccanismi di "conformazione ecologica" delle attività economiche, aprendo a nuove prospettive nei rapporti Stato-Mercato.
Uno dei settori maggiormente interessati da tale cambiamento è quello edilizio, su cui si fonda la strategia europea "*Renovation wave*", volta a promuovere il miglioramento delle prestazioni energetiche degli edifici.
L'articolo analizza come il criterio dell'adeguatezza ecologica, in questo contesto, implichi una riscoperta delle fondamenta territoriali dello sviluppo economico, rimettendo al centro il valore d'uso del bene casa – mezzo di tutela dell'integrità ecologica – piuttosto che il suo valore finanziario.
Un simile scenario trasformativo, in particolare, sembra poter incidere sullo sviluppo delle città, «epicentro delle crisi capitalistiche», prefigurando modelli alternativi in grado di unire obiettivi climatici e sociali, attraverso l'integrazione di politiche pubbliche, investimenti ecologicamente orientati e il coinvolgimento dei privati nel raggiungimento di finalità di interesse pubblico.

Redevelopment of the building heritage and city development. Towards an "ecological conformation" of the urban territory?

The protection of ecosystems, a key objective of the European climate neutrality strategy, entails the implementation of mechanisms for the "greening" of economic activities, opening new perspectives in state-market relations.
One of the sectors most affected by this change is the building sector, on which the European "Renovation wave" strategy to promote the improvement of the energy performance of buildings is based.
The article analyses how the criterion of ecological adequacy, in this context, implies a rediscovery of the territorial foundations of economic development, putting the use value of the house asset – a means of protecting ecological integrity – rather than its financial value at the centre.
This scenario seems to affect the development of cities, the "epicentre of capitalist crises", by prefiguring alternative models capable of uniting climatic and social objectives, through the integration of public policies, ecologically oriented investments, and the involvement of individuals in the achievement of public interest goals.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 69, n. 112 (3 2023) pp. 129-152

Articoli e saggi

Partecipazione agli appalti da parte delle PMI. Ci sono spiragli per superare le perduranti resistenze?*

Giovanni Cocco

Sommario: 1. Premessa. – 2. La suddivisione in lotti nella direttiva appalti (dir. 2014/24/UE). – 3 La suddivisione in lotti secondo il Codice dei contratti pubblici (nell'art. 51d.lgs. 50/2016 e nell'art. 58 d.lgs. 36/2023). – 4. La suddivisione in lotti e l'effettiva possibilità di partecipazione agli appalti da parte delle PMI. – 5. Un ribaltamento di prospettiva: la suddivisione in lotti come interesse pubblico incorporato nella norma. – 6. Uno scenario fruttuoso per uscire dall'*impasse.*

1. *Premessa*

Per evitare fraintendimenti è bene chiarire subito che lo scopo di questo lavoro è considerare un profilo specifico della problematica della suddivisione in lotti, ossia quello della adeguatezza della dimensione dei lotti rispetto alla possibilità di partecipazione delle micro, piccole e medie imprese (PMI[1]), ovviamente

* Questo scritto costituisce la rivisitazione di un articolo precedente, già pubblicato sulla Rassegna di Diritto Pubblico Europeo nel numero dedicato al ventennale della Rivista (2020-2022), ed è stato rielaborato alla luce delle novità introdotte dal d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36, Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici. Per effetto della sopravvenienza normativa, il d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 è abrogato dal 1° luglio 2023, data di acquisto dell'efficacia da parte del nuovo Codice dei contratti pubblici (artt. 226 e 229, d.lgs. 36/2023). In relazione al tema della suddivisione in lotti cui è dedicata questa trattazione, e soprattutto per quanto concerne i profili di maggior interesse ivi esaminati, il pregresso quadro di disciplina è stato sostanzialmente ripreso nel nuovo Codice (art. 58 d.lgs. 36/2023). Appare quindi giustificato mantenere come principale riferimento l'art. 51 d.lgs. 50/2016, sulle cui previsioni si sono sviluppati gli orientamenti interpretativi presi in considerazione in questo scritto. Ferma questa premessa, si intende comunque dare contezza delle peculiarità del nuovo Codice, tra i cui caratteri distintivi, conferiti dall'intreccio di principi e criteri direttivi formulati dalla legge delega, spicca l'ancoraggio allo *Small Business Act* – di cui alla comunicazione della Commissione europea (COM(2008) 394 definitivo), del 25 giugno 2008 – come fonte dei principi ai quali conformare la disciplina della suddivisione in lotti in funzione di *favor partecipationis* a vantaggio delle micro e piccole imprese (v. art. 1 lett. d) l. 78/2022).

[1] D'ora in poi nel testo si continuerà ad utilizzare, per semplicità, l'acronimo PMI di uso, tradizionalmente, più diffuso rispetto alla sigla mPMI, sebbene sarebbe più preciso ricorrere a quest'ultima, dal momento che la presente trattazione è riferita al tema della partecipazione alle gare ad evidenza pubblica anche da parte

laddove in concreto l'Amministrazione committente si determini per la suddivisione in lotti dell'oggetto d'appalto.

Adottare questa particolare prospettiva non significa che non verrà interessata la questione più generale della suddivisione in lotti in sé[2]. Si cercherà solo di dimo-

delle microimprese. Per completezza si ricorda che la nozione corrente di microimprese, piccole e medie imprese è stabilita dalla normativa europea e, in particolare, dalla Raccomandazione n. 2003/361/CE (Raccomandazione della Commissione relativa alla definizione delle microimprese, piccole e medie imprese). A testimoniare la centralità di tale definizione è il rinvio che viene effettuato alla Raccomandazione da parte del legislatore interno. Nell'attuale sistema di disciplina dei contratti pubblici, il rinvio alla Raccomandazione risulta espresso nell'ambito delle definizioni enucleate dall'art. 1 c. 1 lett. o) dell'Allegato I.1. al d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36 (Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici), in base al quale «nel codice si intende per […] micro, piccole e medie imprese, le imprese come definite nella raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione europea, del 6 maggio 2003». Tale formulazione risulta sostanzialmente analoga a quella utilizzata nelle direttive UE del 2014 sugli appalti: «[…] le PMI sono da intendersi quali definite nella raccomandazione 2003/361/CE della Commissione» (v. art. 83, Dir. 26 febbraio 2014 n. 2014/24/UE; art. 99, Dir. 26 febbraio 2014 n. 2014/25/UE). Analogamente era previsto nel precedente Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50), con la differenza che in tale articolato il rinvio è corredato dalla specificazione dei livelli dimensionali (numero di occupati e valore di fatturato) stabiliti dalla Raccomandazione (art. 2) per identificare le diverse categorie di imprese. Si veda l'art. 3 c. 1 lett. aa), d.lgs. 50/2016 secondo cui ai fini della disciplina dei contratti pubblici con i termini di «microimprese, piccole e medie imprese» si intendono «le imprese come definite nella Raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione del 6 maggio 2003. In particolare, sono medie imprese le imprese che hanno meno di 250 occupati e un fatturato annuo non superiore a 50 milioni di euro, oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 43 milioni di euro; sono piccole imprese le imprese che hanno meno di 50 occupati e un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 10 milioni di euro; sono micro imprese le imprese che hanno meno di 10 occupati e un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 2 milioni di euro». Si precisa che nel 2021, all'esito della periodica attività svolta dalla Commissione Europea per il monitoraggio dell'attuazione della definizione di PMI, si è ritenuto non necessario procedere ad una revisione (SWD (2021)280, Documento di lavoro dei servizi della Commissione sulla valutazione della definizione di PMI). A parte gli aspetti definitori, per comprendere la rilevanza delle PMI nello scenario economico europeo e interno appare utile segnalare che le «piccole, medie e microimprese rappresentano il 99% di tutte le imprese dell'UE. Nel 2015, poco meno di 23 milioni di PMI hanno prodotto un valore aggiunto pari a 3 900 miliardi di EUR e dato lavoro a circa 90 milioni di persone, rappresentando una fonte essenziale di imprenditorialità e innovazione, elementi fondamentali per la competitività delle società dell'UE. La politica europea per le PMI mira ad assicurare che le politiche e le azioni dell'Unione siano adatte alle piccole imprese e contribuiscano ad aumentare l'attrattività dell'Europa come luogo in cui avviare un'azienda e svolgere un'attività commerciale» (secondo quanto si legge nella scheda pubblicata sul sito del Parlamento europeo nell'apposita sezione dedicata alle Note tematiche sull'Unione europea, reperibile all'indirizzo https://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/63/piccole-e-medie-imprese). Si veda anche la Comunicazione della Commissione europea COM(2020) 103 *final* (Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, Una strategia per le PMI per un'Europa sostenibile e digitale): «L'Europa può contare su 25 milioni di piccole e medie imprese (PMI) che costituiscono la spina dorsale dell'economia dell'UE: danno lavoro a circa 100 milioni di persone, generano più della metà del PIL dell'Europa e svolgono un ruolo chiave garantendo un valore aggiunto in tutti i settori dell'economia». Con specifico riferimento alla situazione interna ci si riporta ai dati esposti nella Relazione ex art. 212 c. 3 d.lgs. 50/2016 presentata il 3 dicembre 2021 dalla Cabina di regia incardinata presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri: «In Italia le micro, piccole e medie imprese (mPMI) rappresentano una percentuale (99,9%) prossima a quella media dell'UE (99,8%) ma sono costituite più che altrove da microimprese, che contano per il 94,4% del totale» (v. Relazione *ex* art. 212 c. 3 d.lgs. 50/2016, p. 69).

[2] Sulla problematica della suddivisione in lotti di un appalto la dottrina è abbastanza copiosa. Si può vedere riassuntivamente e per i riferimenti bibliografici, S. Villamena, *Appalto pubblico e principio di suddivisione in lotti a tutela degli operatori economici di minori dimensioni*, in *Diritto Amministrativo*, 2020, 4, 933 ss. Con

strare che il profilo da scrutinare presenta degli aspetti peculiari, che non ne consentono *tout court* la riconduzione e l'assorbimento nelle problematiche più complessive che le norme (europee ed interne) sulla suddivisione in lotti pongono[3].

Consta che il problema della suddivisione in lotti di un appalto sia stato preso in considerazione, oltre che dalla dottrina, da svariate pronunce giurisprudenziali con percorsi ed esiti non sempre concordanti.

Tanto non può che indurre prudenza nell'affrontarlo, avviando inizialmente l'indagine dal terreno che si ritiene più solido: quello della ricognizione dell'impianto normativo (ricomprendendo in esso anche i considerando delle direttive, che non hanno efficacia normativa, però assolvono ad una funzione esplicativa essenziale[4]).

2. *La suddivisione in lotti nella direttiva appalti (dir. 2014/24/UE)*

Per quanto riguarda la normativa eurounitaria si preferisce, per ragioni di semplicità, rivolgersi direttamente al testo della direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici[5].

---

riferimento al tema specifico qui oggetto di analisi si può vedere anche A. Coiante, *L'accesso delle PMI al mercato dei contratti pubblici tra la concorrenza per il mercato e la discrezionalità amministrativa: lo strumento della suddivisione in lotti quale "chiave di volta" che non risolve*, in *DeS*, 2021, 795-828.

[3] In proposito non si condivide il pensiero espresso in una sentenza del Consiglio di Stato (peraltro in verità ampiamente motivata) la quale, prendendo spunto dal considerando 78 della direttiva 2014/24/UE, che prevede ipotesi nelle quali è giustificata la mancata ripartizione in lotti, afferma che «tale principio si applica, analogicamente, anche ai casi in cui, per le caratteristiche intrinseche dell'appalto ed, in particolare, per la sua complessità, non è concretamente ipotizzabile un frazionamento in lotti tale da consentire la partecipazione in via autonoma (senza cioè ricorrere a RTI ovvero al subappalto) delle PMI» (Cons. Stato Sez. III, 15 dicembre 2020, n. 8440). In verità dalla lettera dell'art. 51, c. 1, del Codice dei contratti, come si cercherà di spiegare più diffusamente in seguito, si desumono due regole diverse. L'una riguarda la possibilità di deroga alla regola generale della suddivisione in lotti di un appalto, l'altra concerne il diverso caso in cui, essendosi l'Amministrazione committente (già) determinata per la suddivisione in lotti dell'appalto, il valore dei lotti deve essere adeguato in modo da garantire la possibilità di partecipazione delle PMI. Essendo tale seconda indicazione normativa già completa e compiuta in sé, la stessa non necessita, ad avviso di chi scrive, del supporto di una interpretazione analogica. Istituto giuridico, quello dell'analogia, cui – come è ben noto – si è autorizzati a ricorrere solo nel caso in cui si manifestino lacune nell'ordinamento, A. Torrente– P.Schlesinger, *Manuale di diritto privato* Milano, 1981, 46 e ss. Semmai si dovrebbe parlare di interpretazione estensiva, con la quale si adegua la portata letterale della norma alla effettiva volontà legislativa. Peraltro, anche a voler considerare questa ipotesi, si nutrono forti dubbi sulla assimilabilità delle due fattispecie.

[4] Secondo la definizione più comune i considerando motivano in modo conciso le norme essenziali dell'articolato, senza riprodurne o parafrasarne il dettato. Non contengono enunciati di carattere normativo o dichiarazioni di natura politica. Nella nostra analisi, come si vedrà assumono un valore importante.

[5] Nella presente trattazione si assume come riferimento la dir. 2014/24/UE sugli appalti, ma la suddivisione in lotti è prevista anche dalla dir. 2014/25/UE sugli appalti nei settori di acqua, energia, trasporto, servizi postali (settori speciali). Occorre precisare che la dir. 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione non reca una specifica disposizione sulla suddivisione in lotti (a differenza delle altre due direttive, che vi dedicano ciascuna un'apposita disciplina: art. 46 dir. 2014/24/UE; art. 65 dir. 2014/25/UE), tuttavia l'istituto

L'articolo dedicato alla «Suddivisione degli appalti in lotti» è l'art. 46, di cui vengono in rilievo – per queste considerazioni iniziali – i paragrafi 1 e 2.

La prima disposizione recita: «Le amministrazioni aggiudicatrici possono decidere di aggiudicare un appalto sotto forma di lotti separati e possono determinare le dimensioni e l'oggetto di tali lotti».

A sua volta la seconda reca: «Tranne che per gli appalti la cui suddivisione sia stata resa obbligatoria a norma del paragrafo 4 del presente articolo, le amministrazioni aggiudicatrici indicano i motivi principali della loro decisione di non suddividere in lotti: tali motivi sono riportati nei documenti di gara o nella relazione unica di cui all'articolo 84».

Il testo appena riportato attribuisce, dunque, la facoltà alle amministrazioni di aggiudicare un appalto per lotti separati, ma, nel caso in cui si decida di non esercitare detta facoltà, è imposto un obbligo di motivare le ragioni principali della scelta diversa.

Le norme menzionate sembrano esprimere un *favor* trasparente per la suddivisione in lotti, di cui non è difficile ricostruire il fondamento.

La suddivisione in lotti degli appalti è, in senso generale, uno strumento importante per incrementare la concorrenza, e – per quanto qui maggiormente interessa – è essenziale per agevolare la partecipazione agli appalti delle PMI, che potrebbero essere scoraggiate o, addirittura, impedite a partecipare dalle dimensioni troppo ingenti di un appalto.

A dire il vero, questa idea non è condivisa da tutta la dottrina giuridica (in particolare non da quella italiana), almeno con riguardo alla configurazione della divisione in lotti secondo il dettato dell'art. 46 della direttiva 2014/24/UE. Così è stato sostenuto: «*The division into lots regime of art.46 Directive 2014/24/EU is not improving the prospects for SMEs in public procurement across the EU. The firm*

---

opera anche per le concessioni. Si veda, in proposito, Cons. Stato, Sez. V, sent. 20 settembre 2021 n. 6402: «la regola della suddivisione in lotti degli appalti prevista dall'art. 51 del codice trova applicazione anche alle procedure di affidamento di contratti di concessione di servizi, perché, come evidenziato dal giudice di primo grado, è comune ad entrambe le procedure – di affidamento di contratti di appalto e di contratti di concessione – l'esigenza di massima apertura del mercato che tale regola è diretta a garantire (cfr. Cons. Stato, sez. III, 22 novembre 2018, n. 6611; V, 21 marzo 2018, n. 1811, ove più diffuse considerazioni su tale problematica)». Si veda, altresì, Cons. Stato, Sez. V, sent. 21 marzo 2018 n. 1811 secondo cui è da ritenere che «nonostante la mancata esplicita previsione normativa, anche in relazione all'aggiudicazione delle concessioni la suddivisione in lotti, ove possibile, costituisca criterio preferenziale, rispondendo alla medesima esigenza di favorire l'attività economica delle imprese medie e piccole (anche in ragione della disposizione di cui all'art. 30, comma 7, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, riferita ai contratti di appalto e a quelli di concessione, per la quale: «I criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le microimprese, le piccole e medie imprese»; così, del resto, Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2018, n. 123), con la sola precisazione che alla stazione appaltante non è richiesta una puntuale motivazione negli atti di gara circa le ragioni della mancata suddivisione in lotti della procedura. La stazione appaltante è, invece, tenuta a dar conto delle motivazioni che l'hanno indotta a non suddividere in lotti nel caso in cui sia a ciò sollecitata dall[e] contestazioni mosse, anche in sede giudiziaria, dalle parti private».

floor of minimum harmonisation is set too low and consequently did not lead to any significant legislative changes at the national level during the transposition process.

Consequently, there is no reason to expect a change of practice based on this largely unchanged legal framework. Thus, no significant shift towards the promotion of SMEs has occurred through the division into lots regime of Directive 2014/24/EU»[6].

Ancor più a monte l'Autore appena citato solleva la questione se siano giustificate misure legislative volte a promuoverne ulteriormente la partecipazione delle PMI, dal momento che, anche prima dell'approvazione della Direttiva 2014/24/UE, queste ultime detenevano già una quota considerevole dei mercati degli appalti dell'UE, con variazioni a seconda delle loro dimensioni, dell'entità dell'appalto, del tipo di appalto, del tipo di ente aggiudicatore e del mercato specifico in questione. Inoltre, sempre a stare al pensiero dell'Autore citato, non vi è mai stata prova di una discriminazione sistematica nei loro confronti negli appalti pubblici. Onde l'evidenza di una discrepanza tra la loro importanza per l'economia e la loro quota di appalti pubblici sarebbe «in gran parte aneddotica»[7].

Sta di fatto, però, che né la Commissione, né i governi degli Stati membri erano soddisfatti della quota di appalti pubblici cui partecipavano le PMI[8]. Si giustifica così la predisposizione favorevole dimostrata nei loro confronti in sede europea dall'articolo 46 della Direttiva 2014/24/UE, testimoniata, in modo ancor più chiaro, da quanto riportato in due considerando della direttiva 2014/24/UE.

---

[6] Così M. Trybus, *The division of public contracts into lots under EU Directive 2014/24/EU: minimum harmonisation and impact on SMEs in public procurement?*, in *European Law Review*, 2019, 43, n. 3, 31.

[7] Ancora M. Trybus, *The division of public contracts*, *cit.*, 6. Con gli stessi toni, A. Semple, in un articolo pubblicato sul suo blog il 3 marzo 2015, «*Can we have evidence-based procurement policy?*» sostiene che: «*So will it work to get more SMEs on to the list of government contractors? This depends very much on SMEs themselves deciding to apply for contracts. There has never been any evidence of systematic discrimination against SMEs either by central or local government – the argument was that the process of pre-qualification was overly bureaucratic and sometimes included inappropriate requirements, for example relating to financial standing or previous experience. This was supported by largely anecdotal evidence and an apparent gap between the overall role of SMEs in the economy and their share of public contracts – however such figures seldom account for the particular sectors of the economy in which SMEs are active. It is possible that removing PQQs will help to boost the number of smaller companies winning contracts, but it also comes at considerable cost to both the public and private sector. By effectively mandating the use of the open procedure for all below-threshold contracts, the new rules mean that many more tenders will be prepared and evaluated – a hugely resource-intensive task on both sides. Any policy which has the potential to incur such costs should be subject to rigorous assessment before it isadopted*».

[8] Per una esaustiva documentazione circa le motivazioni politiche a favore delle PMI nei contratti pubblici, si può vedere H. Willems, *Die Förderung des Mittlestands: Witschafsverfassungsrechtliche Legitimation und Vergaberechtliche Realisierung* (Carl Heymanns: Cologne, 2003), 56. In una prospettiva più ampia, perché ha riguardo all'intero diritto societario, ma limitatamente alla recente riaffermazione, in questo segmento ed in Inghilterra, dell'obiettivo di "pensare innanzitutto in piccolo" è di interesse l'analisi di J. Hardman, *Empirical Evidence for the Continuing Need to "Think Smal First" in UK Company Law*,in *European Business Organization Law Review,* 11 agosto 2022, per la peculiarità di essere il primo a utilizzare tecniche di data *science e imaging* per fornire un'istantanea empirica dell'intero data base.

Più precisamente, il considerando 2 afferma che la (preesistente[9]) normativa sugli appalti «dovrebbe essere rivista e aggiornata in modo da accrescere l'efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici e permettendo ai committenti di farne un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale».

Il considerando 59, a fronte del fatto che nei mercati degli appalti pubblici dell'Unione si registra una forte tendenza all'aggregazione della domanda da parte dei committenti pubblici (di cui si esemplificano possibili spiegazioni), pone in luce che l'aggregazione e la centralizzazione delle committenze andrebbero attentamente monitorate al fine, tra le altre cose, di preservare «la possibilità di accesso al mercato per le PMI».

A sua volta il considerando 78 compie, in esordio, un'affermazione vieppiù decisa, dichiarando apertamente che «*è* opportuno che gli appalti pubblici siano adeguati alle necessità delle PMI».

Non solo, ma a testimoniare in modo ancor più evidente la particolare attenzione riservata alle PMI, è sancito pure che, nell'ambito del controllo sull'applicazione delle norme sugli appalti pubblici, entro il 18 aprile 2017 e successivamente ogni tre anni, «gli Stati membri presentano alla Commissione una relazione di controllo contenente se del caso informazioni sulle cause più frequenti di scorretta applicazione o di incertezza giuridica, compresi possibili problemi strutturali o ricorrenti nell'applicazione delle norme, sul livello di partecipazione delle PMI agli appalti pubblici […] *omissis* […]» (art. 83, par. 3, Direttiva 2014/24/UE).

Da questa presa di posizione discendono, poi, nel testo del già citato considerando 78, ulteriori aperture nel senso che le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere incoraggiate ad avvalersi del Codice europeo di buone pratiche «che fornisce orientamenti sul modo in cui dette amministrazioni possono applicare la normativa sugli appalti pubblici in modo tale da agevolare la partecipazione delle PMI». A questo specifico fine, ma anche in senso più generale per rafforzare la concorrenza, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere incoraggiate a suddividere in lotti i grandi appalti. E la relativa suddivisione potrebbe essere disposta o su base quantitativa facendo in modo che l'entità dei singoli appalti corrisponda meglio alle capacità delle PMI, o su base qualitativa, «in con-

[9] Nel considerando 2 viene fatto testualmente riferimento alla «normativa sugli appalti adottata ai sensi della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio». Si ricorda che la direttiva 2004/17/CE aveva ad oggetto gli appalti nei settori speciali (acqua, energia, servizi di trasporto, servizi postali), mentre la direttiva 2004/18/CE aveva ad oggetto gli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi. Come noto le due direttive erano state recepite dal d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE).

formità alle varie categorie e specializzazioni presenti, per adattare meglio il contenuto dei singoli appalti ai settori specializzati delle PMI o in conformità alle fasi successive del progetto».

Ancora il considerando 124, prendendo atto del potenziale delle PMI per la creazione di posti di lavoro, la crescita e l'innovazione, riconosce che è importante «incoraggiare la loro partecipazione agli appalti pubblici», sia tramite disposizioni appropriate inserite nel corpo di questa stessa direttiva, che tramite iniziative a livello nazionale. All'uopo le nuove disposizioni della direttiva dovrebbero contribuire al livello di successo, ossia la percentuale delle PMI rispetto al valore complessivo degli appalti aggiudicati. E, anche se non è appropriato imporre percentuali obbligatorie di successo, l'ammonimento europeo è nel senso che occorre tenere sotto stretto controllo le iniziative nazionali volte a rafforzare la partecipazione delle PMI, data la sua importanza.

La lettura dei considerando (in verità, per quanto riguarda il considerando 78, limitatamente alla sua prima parte) colora di senso lo stesso testo dell'art. 46, orientandolo in modo tale da lasciar intendere che la suddivisione in lotti andrebbe disposta per favorire l'accesso delle PMI.

La ricostruzione dei «testi fondamentali» non sarebbe completa senza un riferimento allo *Small Business Act* («SBA») di cui alla comunicazione della Commissione europea (COM (2008) 394 definitivo), del 25 giugno 2008[10]. Nell'impianto di tale atto la suddivisione in lotti viene inquadrata come strumento diretto a favorire la partecipazione delle PMI alle procedure di affidamento dei contratti pubblici. Più nel dettaglio, la suddivisione in lotti costituisce un mezzo di

[10] Si veda la Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, «Una corsia preferenziale per la piccola impresa» Alla ricerca di un nuovo quadro fondamentale per la Piccola Impresa (un «*Small Business Act*» per l'Europa), COM(2008) 394 definitivo, Bruxelles 25 giugno 2008. Per una ricostruzione del quadro normativo si rinvia a Cons. Stato, Sez. III, sent. 4 febbraio 2019 n. 861 nella parte in cui viene sottolineato che «La tendenziale preferenza per una ragionevole divisione in lotti era uno dei cardini del documento di indirizzo delle politiche dell'Unione europea denominate "*Small Business Act* (SBA)", […] il suddetto principio è stato recepito dal legislatore nazionale rispettivamente: -- prima con l'art. 13 della L. 11 novembre 2011, n. 180 "Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese" (peraltro oggi abrogato dall'art. 217, comma 1, lett. v-*bis*), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, e s.m.i.); -- poi con l'art. 2, comma 1-*bis*, dell'abrogato d.lgs. n. 163/2006 (introdotto con l'art. 44, comma 7, legge n. 214 del 2011, ed ancora modificato dall'art. 1, comma 2, legge n. 135 del 2012, ed ancora dall'art. 26-*bis*, comma 1, legge n. 98 del 2013). Il predetto comma 1-*bis* prevedeva che: "Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti devono, ove possibile ed economicamente conveniente, suddividere gli appalti in lotti funzionali […]", e specificava altresì: -- da un lato, che "[…] nella determina a contrarre le stazioni appaltanti indicano la motivazione circa la mancata suddivisione dell'appalto in lotti […]", e -- dall'altro, che "[…] i criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le piccole e medie imprese". I suddetti concetti, del resto, sono stati posti alla base dell'impostazione complessiva anche dalla direttiva 2014/24/UE la quale: -- al Considerando (2) pone il sostegno delle PMI tra i cardini informatori dell'attuazione della strategia "Europa 2020"; -- all'art. 46 introduce disposizioni del tutto identiche a quelle in precedenza già introdotte nel nostro ordinamento».

attuazione di uno specifico principio dello SBA – il V – secondo cui «L'UE e gli Stati membri dovranno adeguare l'intervento politico pubblico alle esigenze delle PMI. Essi dovrebbero far uso del Codice di buone pratiche, in grado di orientare le autorità contraenti sui modi di applicare il quadro degli appalti pubblici della CE per facilitare la partecipazione delle PMI agli appalti pubblici. Per eliminare le carenze di mercato che le PMI affrontano durante la loro esistenza, essi dovrebbero usare meglio le possibilità offerte dalle norme comunitarie sugli aiuti di Stato che aiutano le nuove imprese e forniscono incentivi alle PMI». Tra l'altro, il richiamo al Codice di buone pratiche, menzionato pure dal considerando 78 della direttiva 2014/24/UE (v. retro), fa apparire evidente la comunanza di valori tra la direttiva e lo SBA.

Vale, infine, precisare che nonostante lo SBA non abbia valore di atto vincolante, la sua rilevanza giuridica è stata in certo senso rafforzata nel quadro della più recente riforma che ha interessato la materia dei contratti pubblici nell'ordinamento interno: la legge delega 21 giugno 2022 n. 78 (Delega al Governo in materia di contratti pubblici) – in attuazione della quale è stato emanato il d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36 recante il nuovo Codice dei contratti pubblici – ha, infatti, introdotto tra i principi e criteri direttivi un espresso riferimento allo SBA proprio ai fini della modulazione della disciplina della suddivisione in lotti. Nello specifico, viene prescritto al legislatore delegato di delineare la disciplina sulla suddivisione in lotti nel nuovo Codice dei contratti pubblici «in coerenza con i princìpi dello *Small Business Act*» (art. 1 c. 2 lett. d), l. 78/2022). Per effetto di questa previsione l'osservanza dello SBA risulta, quindi, "positivizzata".

3. *La suddivisione in lotti secondo il Codice dei contratti pubblici (nell'art. 51 d.lgs. 50/2016 e nell'art. 58 d.lgs. 36/2023)*

Sul piano del diritto interno, la disciplina eurounitaria sulla suddivisione in lotti è stata trasposta nell'art. 51 del Codice dei contratti pubblici adottato nel 2016 (d.lgs. 50/2016[11]), il quale risulta nella sostanza riprodotto dall'art. 58 del

[11] Tra i principi e criteri direttivi stabiliti dalla legge delega di recepimento delle tre direttive del 2014 in materia di contratti pubblici è incluso il «miglioramento delle condizioni di accesso al mercato degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, anche con riferimento ai servizi di architettura e ingegneria e agli altri servizi professionali dell'area tecnica, per i piccoli e medi operatori economici, per i giovani professionisti, per le micro, piccole e medie imprese e per le imprese di nuova costituzione, anche attraverso il divieto di aggregazione artificiosa degli appalti e l'obbligo di motivazione della mancata suddivisione in lotti, prevedendo in particolare che la dimensione degli appalti ed il conseguente valore delle gare e dei lotti in cui queste risultino eventualmente suddivise siano adeguati al fine di garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle micro, piccole e medie imprese nonché introducendo misure premiali per gli appaltatori e i concessionari che coinvolgano i predetti soggetti nelle procedure di gara e nell'esecuzione dei contratti» (v. art. 1 lett. ccc), l. 28 gennaio

nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 36/2023[12]), pur con qualche elemento di differenza che, tuttavia, per gli aspetti di più immediato interesse ai fini della presente trattazione, non stravolge l'impianto del 2016.

Va dato atto, certamente, che la volontà della legge delega del 2022 di vincolare la modulazione della disciplina sulla suddivisione in lotti ad un criterio di «coerenza con i principi dello *Small Business Act*» ha impresso un carattere ben definito ai contenuti dell'art. 58 del nuovo Codice, nel senso che ha reso manifesto il paradigma al quale deve corrispondere il regime giuridico dell'istituto. D'altro canto, non si può ignorare che i principi dello SBA erano ben presenti pure al legislatore del 2016, il quale guardava alle direttive del 2014 con la consapevolezza che «[f]acilitare l'accesso delle PMI al mercato degli appalti pubblici è una delle finalità principali della nuova disciplina europea»[13]. Sicché, è su una linea di continuità con questa consapevolezza, già assorbita dal Codice del 2016, che si colloca la scelta compiuta dalla legge delega 78/2022 di individuare espressamente nello SBA la fonte dei principi su cui sagomare le regole sulla suddivisione in lotti.

Fatta questa premessa di inquadramento, le riflessioni che seguono verranno sviluppate assumendo come principale riferimento l'art. 51 d.lgs. 50/2016. Perché, come è ovvio, su tale disciplina, *ratione temporis*, è stata costruita e calibrata l'elaborazione interpretativa sul tema della suddivisione in lotti la quale, ad oggi, rappresenta l'approdo scientifico ed applicativo con cui occorre fare i conti. In più, e non può essere considerato secondario, i punti sui quali ci si intende concentrare rivelano una certa affinità di contenuti tra la nuova norma (art. 58 d.lgs. 36/2023) e la precedente (art. 51 d.lgs. 50/2016), il che impone di capitalizzare sia l'esperienza applicativa sia l'approfondimento scientifico già maturati sull'art. 51.

2016 n. 11 recante Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture). Si veda anche il parere reso dalla Commissione 14ª del Senato (Politiche dell'Unione Europea) sul disegno di legge delega ove viene sottolineato che «le direttive europee sugli appalti pubblici hanno quali obiettivi principali […] l'accesso più facile per le piccole e medie imprese, attraverso la suddivisione in lotti delle commesse pubbliche […]» (cfr. Parere della 14ª Commissione Permanente (Politiche dell'Unione Europea), 21 gennaio 2015).

[12] Per un agevole raffronto tra il testo dell'art. 58 d.lgs. 36/2023 e il testo dell'art. 51 d.lgs. 50/2016 si rinvia a Camera dei Deputati-Senato della Repubblica, servizi studi, *Codice dei contratti pubblici A.G. 19. Ai sensi dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022*, n. 78, Schede di Lettura, in *Dossier – XIX Legislatura*, 16 gennaio 2023, 145-147.

[13] Cfr. Senato della Repubblica, servizio studi, *Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, *Dossier del Servizio Studi sull'A.S. n. 1678-B*, XVIII Legislatura, n. 251, novembre 2015, 142.

Ebbene, nell'articolazione della disciplina sulla suddivisione in lotti, l'afflato di tutela delle PMI ha portato a recepire le direttive in un modo che non sembra pedissequamente fedele alle previsioni europee.

In proposito va subito precisato che un elemento di novità del Codice del 2023, rispetto a quello del 2016, è di aver diversificato la configurazione del principio della suddivisione in lotti per i settori speciali rispetto ai settori ordinari, eliminando così un significativo elemento di discontinuità tra l'ordinamento interno e quello europeo. A venire in rilievo è l'art. 141 d.lgs. 36/2023 che supera l'appiattimento generato dall'art. 51 d.lgs. 50/2016 e sfociante in un caso di *goldplating*. In sostanza, nel recepimento delle direttive, il Codice del 2016 aveva modulato la disciplina della suddivisione in lotti sull'art. 46 della direttiva 2014/24/UE (settori ordinari) estendendo il principio *apply or explain* (ossia l'obbligo di motivazione per il caso di mancata suddivisione) anche ai settori speciali, nonostante per questi ultimi l'ordinamento europeo abbia lasciato maggiore autonomia decisionale alle stazioni appaltanti e non abbia imposto l'obbligo motivazionale (v. art. 65 direttiva 2014/25/UE sui settori speciali). L'art. 141 d.lgs. 36/2023 pone rimedio a questa situazione: rimodula la suddivisione in lotti nei settori speciali recependo in modo puntuale le regole stabilite dalla direttiva europea, così – come posto in evidenza dalla relazione illustrativa al nuovo Codice – «al fine di superare le limitazioni non giustificate dal diritto dell'Unione europea, si è deciso di rimuovere l'obbligo di motivazione aggravata in tema di suddivisione in lotti per i settori speciali»[14].

Tanto precisato per completezza di informazione, e posto in evidenza che, rispetto al Codice del 2016, con la nuova disciplina si è introdotto un elemento di maggior coerenza con le direttive, in questa sede non ci si soffermerà sul regime dei settori speciali, in quanto i profili di interesse su quali ci si intende concentrare involgono l'assetto della suddivisione in lotti per come configurato dall'art. 51 d.lgs. 50/2016 e dall'art. 58 d.lgs. 36/2023.

In tale assetto, si ripete, il disegno delle direttive o, quanto meno, della direttiva 2014/24/UE, non appare ripreso in termini di stretta aderenza dall'ordinamento interno.

Questo non tanto perché la suddivisione in lotti viene messa in diretta correlazione con il fine di favorire l'accesso delle micro, piccole e medie imprese: infatti, tale impostazione – lo si è accennato – si poteva intravedere e far discendere dai considerando della direttiva. Piuttosto, a rendere peculiare la connotazione domestica della suddivisione in lotti rispetto a quella europea è la perentorietà della formulazione normativa, in quanto quella che dalla direttiva europea è configurata come una facoltà («Le amministrazioni aggiudicatrici possono deci-

[14] Così la relazione illustrativa di accompagnamento al nuovo Codice dei contratti pubblici, cfr. Camera dei Deputati, *Relazione Illustrativa*, 5 gennaio 2023, 186.

dere di aggiudicare un appalto sotto forma di lotti separati e possono determinare le dimensioni e l'oggetto di tali lotti»), nel diritto interno si trasforma in un precetto più imperativo. Tanto che nel testo dell'art. 51 non si trovano espressioni che lascino spazio a scenari alternativi alla suddivisione: al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese – recita la norma – le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali ovvero in lotti prestazionali, in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture. La stessa scelta di campo – però con la previsione di lotti, oltre che «funzionali» o «prestazionali», anche «quantitativi» – è stata confermata nel Codice del 2023 (v. art. 58 c. 1, d.lgs. 36/2023), il quale pur con una formulazione diversa «riproduce sostanzialmente» l'art. 51 c. 1[15].

È pur vero, tuttavia, che nonostante l'enunciazione letterale scelta dal legislatore interno, la suddivisione in lotti non sembra formare oggetto di un vero e proprio obbligo, bensì di un comportamento inquadrato dalla norma come condotta da assumere in via ordinaria, e da cui è possibile discostarsi solamente quando le stazioni appaltanti decidono di regolarsi in modo diverso, con l'obbligo però, di motivare la mancata suddivisione dell'appalto in lotti[16].

Ad ogni modo il punto su cui si manifesta una maggiore differenziazione rispetto ai disposti comunitari riguarda il caso in cui le amministrazioni aggiudicatrici si siano, in effetti, determinate per la suddivisione in lotti di un appalto. Perché, mentre nell'ordinamento europeo è sancito che esse possono, liberamente, determinare le dimensioni e l'oggetto dei lotti, la norma interna prevede, invece, che «il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione» da parte delle PMI[17].

Tra gli spigoli critici che la suddivisione in lotti degli appalti presenta, questo sembra essere uno di quelli meno valorizzati nelle analisi della dottrina e della giurisprudenza.

Vale la pena, invece, di indagarlo un poco più a fondo, e a tale analisi vengono dedicate le riflessioni che seguono.

---

[15] Cfr. Camera dei Deputati-Senato della Repubblica, servizi studi, *Codice dei contratti pubblici A.G. 19. Ai sensi dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022*, n. 78, Schede di Lettura, cit., 142. Per una definizione di «lotto quantitativo» ossia «definito su base meramente quantitativa» si rinvia all'art. 1 allegato I.1 al d.lgs. 36/2023.

[16] Come è stato osservato «la suddivisione in lotti diventa una regola generale, che ben difficilmente può essere disattesa», così R. Caponigro, *Il principio del favor partecipationis e la tutela delle piccole e medie imprese nell'affidamento degli appalti pubblici*, 8 marzo 2017, disponibile all'indirizzo https://www.giustizia-amministrativa.it/.

[17] L'art. 58 d.lgs. 36/2023 riproduce testualmente questa previsione.

4. *La suddivisione in lotti e l'effettiva possibilità di partecipazione agli appalti da parte delle PMI*

Nella modulazione pratica della regola di condotta, che a rigore impone un frazionamento adeguato a garantire l'effettivo accesso alle gare da parte degli operatori di minori dimensioni, si è consolidata la tendenza interpretativa incline ad escludere che la previsione abbia una portata cogente, nonostante sia espressa da una norma formulata (come già si è visto) in termini di obbligo.

Il concetto su cui si fonda, ad esempio, la sentenza del Cons. Stato Sez. III, 15 dicembre 2020, n. 8440, è che, siccome vuoi l'ordinamento europeo che quello interno contemplano l'ipotesi in cui la mancata suddivisione in lotti risulta ammissibile se giustificata, analogo principio va applicato «anche ai casi in cui, per le caratteristiche intrinseche dell'appalto ed, in particolare, per la sua complessità, non è concretamente ipotizzabile un frazionamento in lotti tale da consentire la partecipazione in via autonoma (senza cioè ricorrere a RTI ovvero al subappalto) delle PMI». A suo conforto questo indirizzo ritiene di addurre quel consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale: «[…] sebbene sia indubbio che la suddivisione in lotti rappresenti uno strumento posto a tutela della concorrenza sotto il profilo della massima partecipazione alle gare, è altrettanto indubbio che tale principio non costituisca un precetto inviolabile né possa comprimere eccessivamente la discrezionalità amministrativa di cui godono le Stazioni appaltanti nella predisposizione degli atti di gara in funzione degli interessi sottesi alla domanda pubblica, assumendo, piuttosto, la natura di principio generale adattabile alla peculiarità del caso di specie» (così Cons. Stato, Sez. III, 12 ottobre 2021, n. 6839, che, a sua volta, richiama Cons. Stato, Sez. III, 12 febbraio 2020, n. 1076 e Cons. Stato, Sez. V, 11 gennaio 2018, n. 123). Ancor più recentemente, sempre il supremo giudice amministrativo ha avuto modo di affermare che il legislatore non avrebbe inteso «imporre soluzioni cogenti e definitive nel loro contenuto precettivo riconoscendo alla stazione appaltante possibilità di scelta nell'ambito di un'ampia discrezionalità, ponendo come criterio di orientamento quello del favor per le piccole e medie imprese nell'ambito dell'esigenza di fondo di valorizzazione della libera concorrenza» (v. Cons. Stato, Sez. V, 9 giugno 2022, n. 4726).

Se, laddove l'amministrazione aggiudicatrice si determini per il frazionamento in lotti, la stessa sia tenuta o meno a strutturare il frazionamento in modo tale da consentire la partecipazione in via autonoma alle PMI resta, però, un profilo che merita approfondimento critico.

C'è un punto fermo da tenere a mente, a premessa di qualsiasi argomentazione: il testo della norma (espressa tanto nell'art. 51 d.lgs. 50/2016, quanto nell'art. 58 d.lgs. 36/2023) non presenta margini di ambiguità. Si utilizza un ver-

bo che ha un significato inequivocabile sia nel senso comune che nella sua accezione giuridica "deve". E si enfatizza che il modo in cui si esplica il relativo comportamento doveroso è finalizzato a garantire «un'effettiva possibilità di partecipazione». Anche qui il legislatore calca la mano, utilizzando l'aggettivo qualificativo «effettiva», per ribadire che si tratta di una scelta inequivocabile e non sovvertibile a favore delle PMI.

Non si può trattare – è fuori di dubbio – di una scelta casuale. Tanto più che, in questo caso, non c'è nessuna allusione ad un contesto che, eventualmente, potrebbe consentire una diversa scelta, se motivata.

Precisato questo, si deve ulteriormente evidenziare che quella di cui si sta discutendo rientra tra le fattispecie nelle quali vengono in considerazione fatti semplici e regole puntuali che importano solo accertamento di accadimenti, e non possono essere resi valutazioni latamente discrezionali e di merito[18].

Così, già nei confronti della scelta di suddivisione in lotti, è stato, sottolineato in modo condivisibile che: «[…]l'accertamento circa la complessità dell'oggetto del contratto e la disponibilità della capacità di realizzarlo in capo ad imprese di minori dimensioni sono accertamenti di puro fatto, sicché la scelta circa la bontà o meno della suddivisione in lotti può essere sindacata alla luce della direttiva relativa all'interesse pubblico che la legge espressamente fornisce». In modo conseguente questa stessa dottrina ha evidenziato che: «L'interesse pubblico non è – in questo caso – una clausola generica che rende tutto opinabile; piuttosto è una direttiva chiara, alla luce della quale è preferibile una soluzione (la suddivisione in lotti) a fronte del ricorrere di circostanze (la realizzabilità da parte di piccole e medie imprese) che sono accertabili autonomamente, come fatti e non quali valutazioni circa l'interesse pubblico»[19].

In questo caso non viene in giudizio il potere discrezionale, sicché il relativo scrutinio non deve essere condotto con i parametri della ragionevolezza, proporzionalità e logicità, perché riguarda la conformazione del fatto e la sua misura alla luce del parametro fornito dalla legge[20].

Come ha opportunamente posto in luce una decisione dei giudici di Palazzo Spada: «L'art. 51, comma 1, del codice è norma giuridica costruita nella forma linguistica della proposizione prescrittiva: il legislatore altro non vuole che l'adeguamento ad essa dei suoi destinatari». Perciò «la stazione appaltante è tenuta a suddividere in lotti l'appalto incorrendo altrimenti in un provvedimento illegittimo e dunque annullabile» (cfr. Cons. Stato, Sez. V, sent. 20 settembre 2021, n. 6402).

---

[18] Per questa, e per alcune delle espressioni seguenti, si trae spunto dall'articolo, molto diretto ed apprezzabile, di L.R. Perfetti, *Cerbero e la focaccia al miele. Ovvero dei pericoli del processo amministrativo e delle sue mancate evoluzioni*, in *Il Processo*, 2020, 2, 429 ss. Qui, in particolare, 440.

[19] Ancora L.R. Perfetti, *Cerbero e la focaccia al miele*, cit., 442.

[20] L.R. Perfetti, *loc. ult.* cit.

Ora, se questo punto di vista si può ritenere plausibile per quanto riguarda la suddivisione in lotti, a maggior ragione avvalora la sua logica nel caso in cui, una volta che l'amministrazione aggiudicatrice si sia già orientata per la suddivisione in lotti, si tratti di conformare i lotti in maniera tale da garantire una effettiva possibilità di partecipazione da parte delle PMI, perché, in quest'ultimo caso, il dettato normativo – come si è visto – è ancor più circostanziato.

A questa prospettazione si potrebbe opporre che il disposto comunitario ha dei tratti specifici e diversi da quello interno, laddove sancisce che le amministrazioni aggiudicatrici possono determinare «le dimensioni e l'oggetto» dei lotti. Sta di fatto, però, che la maggior libertà di azione che sembra delineata dal diritto europeo non trova corrispondenza nel diritto interno, e, almeno fino ad ora, il disposto della seconda parte dell'art. 51 c. 1 del Codice del 2016 non ha subito modificazioni[21], ed è stato ripreso nella formulazione dell'art. 58 c. 2 del Codice del 2023.

5. *Un ribaltamento di prospettiva: la suddivisione in lotti come interesse pubblico incorporato nella norma*

Certo, la ricomposizione tra i due testi normativi (la direttiva europea e il Codice dei contratti pubblici) non è agevole.

Però, a monte di ogni altra considerazione quel che sembra di poter affermare senza tema di smentite è che entrambi i tessuti normativi evidenziano, di massima, un atteggiamento di *favor* verso le PMI[22]. È, dunque, in quest'ottica di fondo che va orientato ogni accertamento in merito alla dimensione (funzionale o prestazionale che sia) da attribuire ai diversi lotti.

[21] Non sembra, invece, possibile patrocinare, una diversa idea tendente ad integrare i due disposti normativi, nel senso che il potere riconosciuto dalla normativa europea, per quanto libero nel modo di sagomare i lotti, troverebbe il suo limite nel dovere di garantire, in ogni caso, la possibilità di partecipazione da parte delle PMI.

[22] L'inquadramento che si propone in questo scritto è confortato dalle considerazioni emerse nell'ambito dello studio svolto dalla Commissione Europea (Direzione generale del Mercato interno, dell'industria, dell'imprenditoria e delle PMI) con l'obiettivo di migliorare la partecipazione delle PMI agli appalti pubblici. È stato elaborato un documento «*SME needs analysis in public procurement – Final Report*» (completato nel febbraio 2021). Da questa Relazione finale traspare che per favorire la partecipazione delle PMI non è sufficiente la suddivisione in lotti in sé ma occorre pure intervenire sui criteri di capacità economica e professionale, e si riconosce pure l'esigenza che l'Unione collabori con gli Stati membri e le Stazioni appaltanti per evitare interpretazioni fuorvianti che potrebbero escludere le PMI (v. Final Report, cit., 124: «*SMEs consider that selection criteria are very demanding, target bigger companies and are made for companies already very experienced in PP. SMEs need to know that demanding selection criteria are sometimes the best guarantee for public administration in the selection process, but the EU new regulatory framework on PP proposes solutions to reduce these barriers. Dividing tenders into lots will allow more SMEs to participate in PP, but this is not enough. Economic and professional capacity criteria should be lower. The EC will work with Member States and public procurers to avoid misleading interpretations that could exclude SMEs*»). Il Report è consultabile al seguente indirizzo https://ec.europa.eu/docsroom/documents/46111.

In buona sostanza, la suddivisione dei lotti e la dimensione degli stessi va, in prima battuta, considerata dalla parte delle piccole e medie imprese, orientando questa ricognizione nell'ottica di garantire per esse una realistica possibilità di partecipazione.

Ne discende che non si può che patrocinare una prospettiva di effettivo *favor* verso le PMI.

Invece la giurisprudenza amministrativa ha assunto una posizione diversa e più sfumata, di talché, all'atto pratico, il canone, pur ricevendo un omaggio formale, è stato sovente oscurato nella sostanza.

Si può addurre ad esempio un'importante ed articolata sentenza del Consiglio di Stato (Sez. III, 26 settembre 2018, n. 5534), che, anzitutto, rifacendosi a precedenti acquisizioni giurisprudenziali, precisa che le stesse: «laddove maturate con riferimento all'ipotesi della mancata suddivisione *tout court* in lotti dell'appalto, si rivelano pertinenti anche laddove si controverta delle modalità di suddivisione, laddove siano tali da non favorire «effettivamente» la partecipazione alla gara delle piccole e medie imprese, essendo evidente che una suddivisione in lotti non rispettosa dei criteri di legge possa dimostrarsi solo apparentemente conforme all'obbligo normativo di suddivisione (del resto lo stesso legislatore, nel prevedere all'art. 51, comma 1, terzo periodo d.lgs. n. 50 del 2016 che, «nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese», dimostra di esigere l'osservanza sostanziale della regola della suddivisione in lotti dell'oggetto dell'appalto, ove funzionale alle esigenze partecipative delle PMI)».

La stessa decisione però si pone, poi, su una linea diversa nell'ulteriore corso del suo *dictum*. Nel senso che si volge a sottolineare il carattere eminentemente discrezionale e l'ampiezza del margine di valutazione attribuito all'amministrazione, a cui collega come unico limite quello di essere funzionalmente coerente con il bilanciato complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto[23].

L'omaggio al principio della concorrenza verrebbe a combaciare con l'applicazione della regola generale della suddivisione in lotti e troverebbe precipua garanzia in uno specifico obbligo di motivazione nel caso di mancata suddivisione. Similmente ci si dovrebbe comportare nell'attribuire un'adeguata consistenza dei singoli lotti, onde evitare la previsione di segmenti di importo spropositato e riferiti ad ambiti territorialmente incongrui.

Da questo punto di vista, il nuovo Codice reca una disciplina più impegnativa per l'Amministrazione rispetto al Codice del 2016: l'articolato del 2023,

[23] Risultando, quindi, sindacabile nei noti limiti della ragionevolezza e proporzionalità, oltre che dell'adeguatezza dell'istruttoria, in questo senso anche Cons. Stato, Sez. V, 6 marzo 2017, n. 1038.

infatti, prescrive alle stazioni appaltanti di esplicitare negli atti di gara (bando o avviso di indizione) i criteri di natura qualitativa o quantitativa concretamente seguiti nella suddivisione in lotti[24]. Con il che, evidentemente, il soggetto affidante viene onerato di dare contezza del *quomodo* della suddivisione, e ciò vale a conferire una connotazione sostanziale all'applicazione concreta della norma. La profilazione dei lotti in termini adeguati a garantire l'effettiva possibilità di partecipazione delle PMI deve poter essere valutata alla luce dei criteri cui l'Amministrazione si è attenuta nella realtà della singola procedura di affidamento.

La prospettiva sostanzialista che traspare testualmente dall'art. 58 potrebbe fare da argine rispetto ad applicazioni elusive dell'istituto, e in questo senso la norma del nuovo Codice potrebbe riuscire a presidiare il principio di effettività più intensamente di quanto non potesse fare l'art. 51 d.lgs. 50/2016. Il punto è che, a conti fatti, l'opzione della divisione in lotti, di per sé, non intacca l'ampio margine di valutazione circa la loro dimensione, fermo restando l'obbligo di un'adeguata motivazione.

Tanto che, a detta della giurisprudenza che si è pronunciata sulla materia, anche nel caso in cui la sagoma dei lotti non potesse ritenersi conformata in modo tale da garantire la possibilità di partecipazione da parte delle PMI alla procedura di appalto, questo non sortirebbe l'effetto di rendere automaticamente illegittimo l'agire dell'amministrazione, dovendosi ritenere che il suo *modus operandi* risulterebbe comunque rispettoso del modello legale laddove si orientasse conformemente al «protocollo» operativo, così come enucleato dalla giurisprudenza. Di conseguenza, la regola dell'osservanza dell'interesse partecipativo delle PMI verrebbe, in definitiva, rispettata, subordinatamente: «1) all'osservanza dell'obbligo motivazionale, mediante la congrua illustrazione delle ragioni sottese alla suddivisione in lotti concretamente disposta; e 2) alla verifica della logicità e plausibilità delle stesse, in rapporto all'interesse pubblico perseguito in concreto»[25].

È una lettura che si ritiene di non condividere e che dovrebbe essere superata con il nuovo Codice (art. 58 d.lgs. 36/2023), per quanto, in realtà, nemmeno può dirsi coerente con la logica di effettività radicata, oltre che espressa, già nell'art. 51 d.lgs. 50/2016. Rilevano, almeno, due ordini di ragioni.

Anzitutto non convince l'assimilazione di quanto disposto in merito alla decisione di suddividere o meno l'appalto in lotti, con quanto previsto in ordine

[24] Cfr. art. 58 c. 3 d.lgs. 36/2023: «[…] le stazioni appaltanti indicano i criteri di natura qualitativa o quantitativa concretamente seguiti nella suddivisione in lotti, avuto riguardo ai parametri indicati al comma 2» (il comma 2, come già esposto in altra parte del testo, impone di adeguare il valore dei lotti in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione delle PMI).

[25] Così la già citata sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, 26 settembre 2018, n. 5534, sulle cui orme si muove pure Cons. Stato, Sez. III, 28 dicembre 2020 n. 8440 (ed *ivi* anche altri ampi riferimenti giurisprudenziali).

al dovere di suddividere i lotti secondo valori adeguati a garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle PMI.

A soddisfare il dovere per le amministrazioni aggiudicatrici di garantire le istanze partecipative delle PMI, in questo secondo caso, non basta né il solo obbligo di motivazione, né, congiunta a questo, la dimostrazione della logicità e plausibilità della scelta perpetrata in rapporto all'interesse pubblico perseguito in concreto.

Come si è sopra illustrato, infatti, l'accertamento circa la complessità dell'oggetto del contratto e la disponibilità della capacità di realizzarlo in capo ad imprese di minori dimensioni costituiscono attestazioni tecniche di puro fatto. Dunque, l'interesse pubblico non si concretizza in una clausola generica, bensì si risolve in un'indicazione legislativa chiara ed incondizionata alla luce della quale la conformazione dei lotti va valutata in conformità a circostanze (la realizzabilità da parte di piccole e medie imprese) che sono accertabili autonomamente, come fatti e non quali valutazioni circa l'interesse pubblico. Si potrebbe, anzi aggiungere che, in questo caso, la valutazione di quale sia l'interesse pubblico da perseguire (garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle PMI) è intrinseca al dettato legislativo e si condensa in esso.

Si ribalta così la prospettiva nella quale, generalmente, la giurisprudenza amministrativa guarda a queste questioni: non si tratta più di operare solo una scelta coerente con il bilanciato complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti nel procedimento, si tratta, prima ancora, di fare una scelta coerente con il dettato normativo che già incorpora in sé l'interesse pubblico da perseguire e lo individua esattamente[26].

Viceversa la giurisprudenza amministrativa, sovrapponendo i due piani, da una parte quello della suddivisione in lotti dell'appalto e dall'altro quello del dimensionamento del valore dei lotti finalizzato a garantire la partecipazione delle PMI, arriva ad adattare all'uno gli orientamenti che sono stati forgiati per l'altro. La concezione che deriva da questa impostazione è che la suddivisione in lotti non costituisce un precetto inviolabile né può comprimere eccessivamente la discrezionalità amministrativa di cui godono le stazioni appaltanti nella predisposizione degli atti di gara in funzione degli interessi sottesi alla domanda pubblica, e, piuttosto, assume, la natura di principio generale adattabile alle peculiarità del caso di specie (Cons. Stato, Sez. V, 11 gennaio 2018, n. 123 e Sez. III, 12 feb-

[26] Si può parlare della suddivisione in lotti (quale strumento di *favor partecipationis* per le PMI) in termini di interesse pubblico in quanto ciò rappresenta una precisa scelta del legislatore resa manifesta dalla formulazione dell'art. 51 d.lgs. 50/2016. Tale intermediazione legislativa è necessaria. Come è stato infatti sottolineato «struttura di mercato e ruolo delle PMI sono temi che non rientrano necessariamente nello stretto interesse economico delle singole stazioni appaltanti: si tratta, in effetti, di questioni cui è il decisore politico ai livelli più alti ad attribuire una valenza economica e sociale di interesse pubblico» (G. Albano, A. Cipollone, M. Sparro, *Divisione in lotti, partecipazione e competizione nelle gare d'appalto,* in *Quaderni Consip*, 2016, 2, 24, disponibile al seguente indirizzo https://www.consip.it/innovazione/quaderni-consip).

braio 2020, n. 1076) e derogabile, seppur attraverso una decisione che deve essere adeguatamente motivata (Cons. Stato, Sez. VI, 12 settembre 2014, n. 4669 ed ancora Sez. III, 12 febbraio 2020, n. 1076 e Sez. III, 28 dicembre 2020, n. 8440). In questa ottica, data la possibilità di derogare alla suddivisione, nel bilanciamento che l'amministrazione è tenuta a compiere, l'interesse alla tutela delle PMI sarebbe da considerare «solamente come uno degli interessi che deve essere tenuto in considerazione in relazione all'interesse pubblico primario e che, davanti a quest'ultimo, può comunque risultare soccombente».

Già su questo primo profilo si deve dissentire perché la preferenza a favore dell'opzione della suddivisione in lotti laddove si configurino determinate circostanze (la realizzabilità da parte delle PMI) non costituisce un principio, bensì la constatazione di un fatto. Questo è un passaggio determinante, giacché se la scelta viene, invece, ricondotta ad un principio, quest'ultimo è sicuramente interpretabile. E l'interpretazione non può che dischiudere le porte alla discrezionalità (ampia) della pubblica amministrazione. Così il cerchio si chiude, distaccando il corretto agire dell'amministrazione aggiudicatrice dall'obbligo di valutare primariamente l'appalto in funzione dell'accessibilità da parte delle PMI, in modo tale che, solo laddove, eventualmente, questo primo scrutinio non abbia esito favorevole, si possa scorrere alla diversa ipotesi della mancata suddivisione.

Ciò implica, e ci si inoltra così nella trattazione della seconda ragione di dissenso rispetto alla giurisprudenza corrente, che la valutazione va fatta primariamente in funzione di un'effettiva possibilità di partecipazione delle PMI[27]. Al contrario, generalmente avviene che si abbia riguardo all'oggetto del contratto (la cui dimensione può essere assai ragguardevole in sé), senza considerare, in primo luogo e doverosamente, se sia dato identificare una possibilità di intervento per

[27] L'effettiva possibilità di partecipazione per le PMI non può essere surrogata da una previsione del bando che consenta per le PMI di presentarsi in RTI, anche laddove alle mandanti non fossero richiesti requisiti di partecipazione di particolare entità. Infatti i requisiti sarebbero richiesti (totalmente o in una quota del tutto maggioritaria) per la mandataria. Il che renderebbe impossibile formare un RTI di sole PMI, e, comunque, la partecipazione di un operatore economico ad un raggruppamento temporaneo non dipende dall'esclusiva volontà di quest'ultimo, ma anche dalla concorde decisione di altre imprese di costituire un'associazione temporanea. In questo senso anche l'ANAC (delibera n. 123/2019) aveva condiviso che «nel valutare l'impatto restrittivo sulla concorrenza della suddivisione di una gara in macro-lotti,è irrilevante la circostanza che il bando preveda condizioni agevolate per la partecipazione in raggruppamento o tramite avvalimento». Orientamento condiviso da Cons. Stato, Sez. V, 6 marzo 2017, n. 1038, Cons. Stato, Sez. III, 26 settembre 2018, n. 5534. Allo stesso modo, favorisce l'accesso al mercato delle PMI, ma non risolve il problema della loro partecipazione la previsione di un vincolo di aggiudicazione, ancora Cons. Stato, Sez. V, 20 settembre 2021, n. 6402. Esula dal quadro della problematica considerata in questo lavoro anche la possibilità di partecipare in subappalto, seppur si tratta di una possibilità che viene, ad esempio, caldeggiata dal Codice europeo di buone pratiche, nel caso di subappalti di grande entità, laddove le PMI non siano in condizione né di essere gli appaltatori principali né di presentare offerte congiunte insieme ad altre PMI, in tal senso il *Codice europeo di buone pratiche per facilitare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici*, Documento di lavoro dei servizi della Commissione, dato a Bruxelles il 25/06/2008, SEC(2008) 2193.

le PMI, modulando convenientemente l'assetto del contratto. La questione viene, così, risolta a monte considerando la peculiarità dell'appalto, che – come si pretende – giustificherebbe un'assegnazione anche per lotti di dimensioni tali da impedire *ab origine* la partecipazione effettiva delle PMI. Però un simile modo di procedere apre la strada alla possibilità di "costruire" l'appalto in modo tale da configurarlo come totalmente interconnesso e non frazionabile. In questo modo il suo contenuto sarebbe suddiviso in lotti di importo talmente elevato da rendere difficoltosa, se non impossibile, la partecipazione delle PMI, a beneficio delle sole grandi imprese.

Ed in effetti un indicatore da tenere in grande considerazione nell'ottica di appalti pubblici anche socialmente responsabile è quello che si riferisce alla percentuale di contratti aggiudicati con piccole e medie imprese (PMI) come contraenti. Come sottolineato dalla Commissione europea, percentuali elevate sono auspicabili, in quanto la maggior parte delle aziende dell'UE sono PMI. Al contrario, percentuali basse potrebbero indicare la presenza di barriere che impediscono alle imprese più piccole di accedere ai mercati degli appalti, ad esempio a causa della burocrazia, dei bandi di gara che penalizzano le imprese più piccole o della scarsa capacità delle PMI di competere[28].

6. *Uno scenario fruttuoso per uscire dall'impasse*

A scongiurare l'eventualità di un sacrificio incondizionato dell'interesse delle PMI[29] è intervenuto, con la consueta dose di saggezza pratica, il versante europeo, stilando alla bisogna un apposito Codice di buone pratiche per facilitare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici[30].

---

[28] Ciò è ben presente nel Documento commissionato dal Comitato del Parlamento Europeo sull'impiego e le questioni sociali, a cura di V. Caimi e S. Sansonetti, *The social impact of public procurement, Can the EU do more?* 2023, 22, anche attraverso l'utilizzo di una raffigurazione grafica delle percentuali di contratti aggiudicati alle piccole e medie imprese o alle gare cui queste ultime hanno partecipato (rispettivamente figure 5 e 6, p. 23). Ed è pure interessante notare che l'Italia (insieme al Portogallo, alla Grecia, alla Francia, al Belgio ed alla Romania) figura nella pattuglia degli Stati membri dotati della percentuale più bassa di contratti assegnati alle PMI. Queste percentuali non risultano, però rispettate con riguardo alla suddivisione in lotti degli appalti, che – lo si sottolinea – potrebbe rappresentare un utile strumento per favorire l'affidamento dei contratti alle PMI. Infatti, come risulta dal grafico 7 (p. 24 del medesimo Documento), la Commissione europea ha fissato la soglia ideale di procedure suddivise in lotti in un intervallo compreso tra il 25% e il 40%. E i Paesi che superano il 40% sono Romania, Polonia, Francia e Lituania, mentre quelli che sono al di sotto del 25% sono Cipro, Malta, Repubblica Ceca, Germania, Paesi Bassi, Irlanda, Austria, Lussemburgo e Svezia.

[29] La previsione dell'obbligo di motivazione ha carattere procedurale e non vale a colmare lo sbilanciamento di carattere sostanziale che può ingenerarsi nel caso in cui i lotti nei quali è suddiviso un appalto abbiano una dimensione molto consistente.

[30] Cfr. *Codice Europeo di buone pratiche per facilitare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici,* cit.

La premessa del discorso è tanto agevolmente condivisibile, da apparire addirittura scontata: «Fissare livelli di capacità e requisiti finanziari proporzionati è di importanza vitale per le PMI, poiché le autorità aggiudicatrici che fissano livelli di capacità e di competenza eccessivamente elevati escludono de facto un'alta percentuale di PMI dalla partecipazione alle gare d'appalto»[31].

Le autorità aggiudicatrici potrebbero prendere in considerazione alcuni rimedi per favorire la partecipazione delle PMI – prosegue il documento comunitario in esame – ossia, oltre alla suddivisione dei contratti in lotti, la possibilità di sfruttare lo strumento dei raggruppamenti, oppure quello del subappalto garantendo pari condizioni ai subappaltatori e un accesso agevole alle informazioni pertinenti.

Nella fase della *preliminary market consultation* (art. 40 della direttiva 2014/24/UE già citata), se un committente pubblico vuole assicurare la massima partecipazione o incrementare la possibilità di accesso ai contratti pubblici delle piccole e medie imprese o alle imprese che hanno scopi socialmente rilevanti, può favorire l'incontro tra diversi tipi di imprese, facilitando la formazione di consorzi o la loro partecipazione come subappaltatori[32].

Su un percorso parallelo, ma diverso, si colloca chi, sempre nella prospettiva della salvaguardia degli interessi delle PMI, sostiene che lo strumento della suddivisione in lotti non può essere considerato come "la chiave di volta" capace di ovviare ai problemi di partecipazione, in quanto tale obiettivo «deve essere raggiunto attraverso la sinergia di una pluralità di misure: alcune riguardanti le *conditions* (come aumentare la garanzia di pagamenti tempestivi o quella di incrementare la trasparenza delle procedure); altre riguardanti le procedure (tra cui rientra, tra le tante, quella della suddivisione in lotti); altre ancora da definire di *awerenessraising*; e non da ultimo quelle riguardanti incentivi e finanziamenti»[33].

Si è già detto, però, che si tratta di rimedi sussidiari assai importanti, ma che non riflettono quella capacità partecipativa piena che si pretende anche per le PMI[34].

È necessario adottare una prospettiva diversa e meno puntuale. In questa ottica più ampia la sede europea intende incentivare consistentemente lo scambio di buone pratiche tra i dipartimenti responsabili delle politiche nazionali ed

[31] Si veda il *Codice Europeo di buone pratiche*, cit., SEC(2008) 2193, 15.

[32] Lo si sottolinea nel già citato Documento commissionato dal Comitato del Parlamento Europeo sull'impiego e le questioni sociali, a cura di V. Caimi e S. Sansonetti, *The social impact of public procurement, Can the EU do more?*, cit., 73.

[33] Così A. Coiante, *L'accesso delle PMI al mercato*, cit., 828

[34] Tra l'altro, alcuni tra gli strumenti appena citati nel testo, quali aumentare la garanzia di pagamenti tempestivi o incrementare la trasparenza delle procedure, non si comprende nemmeno bene quale relazione diretta potrebbero avere rispetto ad una possibilità di accesso facilitata per le PMI.

intensificare gli sforzi per condividere con tutte le parti in causa gli insegnamenti tratti da esperienze precedenti[35].

Si apre così una finestra interessante che può svelare un approccio al problema molto fruttuoso. Lo testimoniano alcune esperienze utili e di successo che dimostrano inoppugnabilmente come, abbastanza spesso, il confronto tra le due esigenze, quella delle PMI a non essere escluse dagli appalti e quella delle amministrazioni aggiudicatrici a organizzare convenientemente un appalto, può essere, per così dire, "sdrammatizzato" e composto, rendendo compatibili i due fasci di interesse.

I casi e le pratiche citati lo evidenziano convenientemente.

«In Irlanda, come in altri Stati membri, al momento di pubblicizzare appalti di costruzione di grande entità – si ricorda nel Codice europeo di buone pratiche – è abitudine di molte autorità aggiudicatrici pubblicizzare e aggiudicare separatamente i contratti relativi ad alcuni aspetti specialistici (per es. servizi elettrici, servizi meccanici, contratti per allestimenti speciali, ecc.) a operatori che sono chiamati a collaborare con l'imprenditore cui è stato aggiudicato l'appalto di coordinamento dell'intero progetto. Tale pratica da un lato facilita la partecipazione delle PMI e, dall'altro, fa sì che l'autorità aggiudicatrice non debba farsi carico dei problemi di coordinamento dell'esecuzione dei diversi lotti»[36].

Nell'ambito della possibilità di sfruttare lo strumento dell'accordo quadro per i fornitori di arredamenti da ufficio si è riportato un caso, occorso nel Regno Unito, che aveva coinvolto imprese di piccole e grandi dimensioni. Così: «I grandi fornitori di mobili hanno potuto conseguire economie di scala con l'arredamento standard da ufficio, mentre le PMI, grazie alla loro flessibilità, hanno potuto soddisfare le esigenze relative ad articoli specifici, come arredi per sale di accoglienza e sale congressi nonché sedie speciali. Solitamente questi ultimi articoli hanno specifiche tecniche di standard superiore e variano da una commessa all'altra. In tal modo, l'autorità aggiudicatrice è riuscita ad ottenere il miglior rapporto qualità/prezzo tanto per l'arredamento standard quanto per gli articoli di arredo speciali»[37].

Insistere sull'esigenza di adottare buone pratiche del tipo di quelle citate in sede europea ha un senso ben specifico.

---

[35] L'auspicio espresso in sede europea è che si diffondano su tutto l'arco degli Stati membri «strategie», «programmi» o «piani d'azione nazionali» allo scopo specifico di migliorare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici. Affinché ciò potesse accadere la Commissione si era fin d'allora ripromessa di dare ulteriore impulso alla raccolta e allo scambio di buone pratiche attraverso la Rete degli appalti pubblici (*Public Procurement Network, PPN)*, una rete di cooperazione tra le amministrazioni preposte all'applicazione delle normative degli Stati membri allargata ad alcuni altri paesi europei (www.publicprocurementnetwork.org).

[36] Sembra quasi che venga riproposta la figura di un raggruppamento temporaneo di imprese non su base volontaria, si veda il già cit. *Codice europeo di buone pratiche*, 8.

[37] Ancora il *Codice europeo di buone pratiche*, 10

Nell'area che si sta precipuamente considerando, accantonando per un attimo il tessuto normativo formale, si contrappongono due blocchi di esigenze sostanziali che reclamano entrambe attenzione.

Da una parte quella che si rifà all'opportunità di non suddividere l'appalto in lotti, perché -come recita l'ultima parte del considerando n. 78 della direttiva 2014/24/UE – tale suddivisione potrebbe rischiare di limitare la concorrenza o di rendere l'esecuzione dell'appalto eccessivamente difficile dal punto di vista tecnico o troppo costosa (come sconsiglia, sul piano interno, la legislazione c.d. di *spending review*), ovvero potrebbe dimostrare che l'esigenza di coordinare i diversi operatori economici per i lotti possa rischiare seriamente di pregiudicare la corretta esecuzione dell'appalto.

Dall'altra quella che vede nell'accesso delle PMI un accrescimento della concorrenza ed una reale apertura del mercato a tutti gli operatori economici, qualsiasi sia la loro dimensione, in modo tale da profittare del potenziale di crescita delle PMI, attraverso la creazione di posti di lavoro, lo sviluppo economico, la maggiore adattabilità e creatività delle imprese di dimensione minore, la loro diffusione sul territorio.

Due fronti di interessi che si trovano oggettivamente in tensione[38]. Dal loro confronto sembra difficile ricavare una scelta di campo sicura.

Questo apparente diallelo – come si è diffusamente illustrato più sopra – viene risolto, almeno sul piano del diritto interno, dalla norma che impone di adeguare il valore dei lotti in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione delle PMI, generalmente considerate la colonna portante dell'economia. Però, garantire un'effettiva possibilità di partecipazione delle PMI non vuol dire sopprimere automaticamente le altre esigenze legate alla, talvolta, inevitabile complessità dell'oggetto di un appalto. Significa, invece, secondo l'esempio suggerito dalle buone pratiche, valorizzare le capacità di flessibilità, di creatività, di innovatività che costituiscono una caratteristica specifica delle PMI, per consentire ad esse di trovare il modo di accedere a quel segmento di appalto che permette proprio la valorizzazione di dette specificità.

[38] Si consideri come – paradossalmente – lo sviluppo di una maggior concorrenza viene addotto dall'uno e dell'altro "fronte" come fattore da considerare a proprio favore. D'altro canto nemmeno la giurisprudenza amministrativa si è sempre schierata su un fronte davvero unitario. Così, ad esempio, a quelle pronunce che hanno accentuato l'esigenza di un contenimento dei costi di gestione complessiva dell'appalto che si realizzerebbero grazie una gestione unitaria (T.A.R. Campania – Napoli, Sez. III, 1° dicembre 2016, n. 5550 e T.A.R. Toscana, Sez. III, 12 dicembre 2016, n. 1765) si è contrapposto quel diverso giudice che ha sottolineato come l'art. 51 del Codice dei contratti (allora vigente) sostanzialmente imponeva il ricorso allo strumento della suddivisione in lotti come espressione della volontà del legislatore di perseguire non più soltanto l'esigenza del controllo della spesa pubblica per il miglior utilizzo del denaro della collettività, ma ancor più l'apertura alla concorrenza nella misura più ampia possibile (T.A.R. Lazio – Roma, Sez. III, 7 novembre 2017, n. 11604.

Solo così, senza addivenire ad un'ingiustificata, eccessiva, frammentazione dei lotti, si arriva, in conclusione, ad un'apertura del mercato degli appalti pubblici a tutti gli operatori economici qualsiasi sia la loro dimensione e ad una composizione di quella tensione tra i diversi interessi che, altrimenti, può rischiare di deflagrare, compromettendo l'uno o l'altro. Per realizzare quest'obiettivo non sembrano necessarie modifiche legislative alla normativa sugli appalti pubblici, quanto piuttosto cambiare l'approccio delle autorità aggiudicatrici in materia di appalti.

Giovanni Cocco - Abstract

Partecipazione agli appalti da parte delle PMI. Ci sono spiragli per superare le perduranti resistenze?

Nell'ambito della suddivisione in lotti dell'oggetto dell'appalto pubblico da parte dell'Amministrazione committente, merita attento scrutinio il profilo concernente l'adeguatezza delle dimensioni dei lotti per la partecipazione alla gara delle micro, piccole e medie imprese. L'Autore, muovendo da una ricognizione della disciplina rilevante, conduce un'indagine volta a cogliere gli aspetti peculiari della questione, esaminando gli interventi non sempre concordanti di giurisprudenza e dottrina ed evidenziando i punti di contatto e di distonia fra la normativa nazionale e quella europea.

Participation in public procurement by SMEs. Are there glimmers to overcome persistent resistance?

Regarding the subdivision of the public tender into lots by the awarding Administration, the adequacy of lots size deserves careful examination for the participation of micro, small and medium-sized enterprises in the tender. Based on a review of the relevant legislation, the Author carries out a study aimed at identifying the specific aspects of the issue, highlighting similarities and differences between national and European legislation. The article examines the interventions of jurisprudence and doctrine on the subject, the results of which are not always consistent.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 69, n. 112 (3 2023), pp. 153-168

Articoli e saggi

Il nuovo applicativo di analisi del rischio fiscale "Ve.Ra." nel processo di digitalizzazione dell'attività dell'Amministrazione finanziaria*

Giovanni Consolo

Sommario: 1. Cenni introduttivi sul processo di digitalizzazione dell'Amministrazione finanziaria. – 2. Il nuovo applicativo Ve.R.A. di analisi del rischio fiscale dei contribuenti. – 3. La rilevanza della normativa in tema di protezione dei dati personali e gli interventi del Garante per la protezione dei dati personali con riguardo alle nuove procedure automatizzate di contrasto all'evasione fiscale. – 3.1. Il diritto alla "intelligibilità" dell'algoritmo. – 3.2. Il diritto di non essere sottoposti a decisioni fondate su trattamenti esclusivamente automatizzati. – 3.3. Verifiche sulla qualità dei modelli di analisi, tecniche di pseudonimizzazione dei dati e altre misure di sicurezza per l'elaborazione dei dati. – 4. Considerazioni conclusive.

1. *Cenni introduttivi sul processo di digitalizzazione dell'Amministrazione finanziaria*

Il giudice della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo Louis-Edmond Pettiti, nella sentenza Malone c. Regno Unito del 2 agosto 1984[1], affermava che *«The danger threatening democratic societies in the years 1980-1990 stems from the temptation facing public authorities to "see into" the life of the citizen»*. In particolare, il giudice Pettiti evidenziava come, *«In order to answer the needs of planning and of social and tax policy, the State is obliged to amplify the scale of its interferences. In its*

* Testo, con l'aggiunta delle note, della relazione svolta dall'Autore al webinar *«In-Visibili: poteri, dati e modelli di business nella digitalizzazione tributaria»*, organizzato dall'Università degli Studi di Torino e svoltosi in data 19 aprile 2023 nell'ambito del PRIN 2020: "*La digitalizzazione dell'Amministrazione finanziaria tra contrasto all'evasione fiscale e tutela dei diritti dei contribuenti*".

[1] Corte EDU, *Malone c. The United Kingdom Jugdment*, ric. n. 8691/79 (1984), su cui v. L. Seminara, *Sorveglianza segreta e nuove tecnologie nel diritto europeo dei diritti umani*, in *MediaLaws*, 2019, 132 ss.

administrative systems, the State is being led to proliferate and then to computerise its personal data-files» e, infine, *«to build up a "profile" of each citizen»*[2].

Con estrema lungimiranza, già negli anni '80 si anticipava il pensiero di quanti oggi ritengono che l'indiscriminata e generalizzata raccolta di dati personali da parte delle autorità pubbliche, accoppiata all'uso delle moderne tecnologie, rischi di dare origine ad un "*panopticum* digitale" e, segnatamente, all'affermazione di un potere pubblico che vede chiunque senza essere visto[3].

Anche se non ancora dotato del crisma della attualità (o così, almeno, potrebbe sembrare a chi normalmente si interfacci con la realtà operativa di un qualche Ufficio dell'Agenzia delle Entrate o Comando della Guardia di Finanza[4]) questo "rischio"[5] è particolarmente avvertito, nei rapporti tra contribuenti e A.F., per almeno una coppia di ragioni.

Innanzitutto, perché per vaste categorie di contribuenti si è gradualmente ridotta ogni possibilità di utilizzo di modalità non digitali nella gestione dei rapporti con il fisco[6], così consentendo all'A.F. di acquisire e conservare in apposite banche dati grandi quantità di informazioni, che possono essere facilmente uti-

---

[2] *Concurring Opinion of Judge Pettiti* (traduzione inglese), nel caso *Malone c. The United Kingdom Jugdment*.

[3] Cfr., G. Pitruzzella, *Dati fiscali e diritti fondamentali*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2022, 2, 666 ss., e, sulla stessa linea, F. Farri, *Digitalizzazione dell'amministrazione finanziaria e diritti dei contribuenti*, in *Riv. dir. trib.*, 2020, 120-123, il quale, guardando con condivisibile scetticismo al paradigma «fisco amico» (in quanto, sul piano di rapporti concreti tra amministrazione e contribuente, «gli interessi non possono che essere contrapposti, come lo sono quelli di debitore e creditore»), ritiene che «un "grande fratello" che controlla ogni aspetto della vita del contribuente non è una regola desiderabile, neppure se esso mira alla realizzazione di una funzione pubblica di primario rilievo e valore qual è quella tributaria».

[4] Al riguardo v. anche *infra*, nota 31.

[5] È indubbio che le potenzialità offerte dal progresso tecnologico debbano essere poste a servizio dell'Amministrazione finanziaria (sul collegamento tra l'impiego degli strumenti digitali e il miglioramento dell'efficienza amministrativa, v. gli studi pioneristici di A. Predieri, *Gli elaborati elettronici nell'amministrazione dello Stato*, Bologna, 1971, e G. Duni, *L'utilizzabilità delle tecniche elettroniche nell'emanazione degli atti e nei procedimenti amministrativi. Spunti per una teoria dell'atto amministrativo elaborato nella forma elettronica*, in *Riv. Amm.*, 1978, 407 ss.). Tuttavia, gli straordinari sviluppi tecnologici in corso stanno conducendo a risultati dirompenti e, sino a poco tempo fa, inimmaginabili, che impongono un atteggiamento di «vigile apertura», volto a declinare le regole esistenti per fornire adeguate garanzie all'esercizio del potere in forma automatizzata o semiautomatizzata (cfr. G. Avanzini, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Napoli, 2019, 81), rifuggendo dalla massima "nulla da nascondere, nulla da temere" (su cui si rinvia agli studi sociologici di D. Lyon, *The Culture of Surveillance: Watching as a Way of Life*, Cambridge, 2018), sovente impiegata dall'opinione pubblica per legittimare un indiscriminato e massivo impiego di strumenti tecnologici per la tutela di rilevanti interessi pubblici.

[6] Per una panoramica su tali aspetti, e sull'esigenza di tutelare la libertà negativa dei contribuenti di non utilizzare tecnologie digitali, v., in modo particolare, A. Contrino, *Digitalizzazione dell'amministrazione finanziaria e attuazione del rapporto tributario: questioni aperte e ipotesi di lavoro nella prospettiva dei principi generali*, in *Riv. dir. trib.*, 2023, 105 ss., nonché, in un contesto più generale, F. Paparella, *L'ausilio delle tecnologie digitali nella fase di attuazione dei tributi*, in *Riv. dir. trib.*, 2022, 617 ss.; M. Logozzo, *La centralità della telematica negli adempimenti tributari: la fattura elettronica*, in L. Del Federico, F. Delfini (a cura di), *La Digital Economy nel sistema tributario italiano ed europeo*, Padova, 2015, 119 ss.; R. Cordeiro Guerra, *L'intelligenza artificiale nel prisma del diritto tributario*, in *Dir. prat. trib.*, 2020, 921.

lizzate per migliorare, sotto il duplice profilo qualitativo e quantitativo, le attività di controllo e di accertamento. In secondo luogo, perché l'A.F. è oggi in grado di sfruttare l'ampio patrimonio di dati a sua disposizione, mediante metodologie di analisi del rischio dei contribuenti fondate su elaborazioni statistiche e processi automatizzati, che sono divenute sempre più evolute e sofisticate anche mediante lo sfruttamento dell'intelligenza artificiale[7].

Come emerge dalle prime indagini condotte ad oggi[8], il quadro appena delineato pone anche in materia tributaria numerose questioni con riguardo alla tutela dei diritti fondamentali degli individui e alla disciplina (multilivello) della protezione dei dati personali, soprattutto alla luce di talune criticità (come, ad esempio, l'opacità dei procedimenti di formulazione degli algoritmi, l'esposizione dei dati sensibili o particolari degli individui, i rischi connessi alla profilazione, l'assenza di interventi umani) che inevitabilmente si ricollegano all'utilizzo di procedure automatizzate in ambito amministrativo[9].

Il nuovo fronte del dibattito, oggetto del mio intervento odierno, è rappresentato dall'applicativo noto con l'acronimo "Ve.Ra"[10] che consentirà all'Amministrazione finanziaria di incrociare ed elaborare, anche mediante l'applicazione di tecniche di intelligenza artificiale, tutte le informazioni contenute nell'Archivio dei rappor-

---

[7] Cfr., diffusamente, A. Contrino, *Banche dati tributarie, scambio di informazioni fra autorità fiscali e "protezione dei dati personali": quali diritti e tutele per i contribuenti?*, in *Riv. telem. dir. trib.*, 2019, 7 ss.

[8] Oltre agli autori richiamati nelle note 3, 6 e 7, v., senza pretesa di completezza e limitatamente alla dottrina nazionale: A. Santoro, *Nuove frontiere per l'efficienza dell'amministrazione fiscale: tra analisi del rischio e problemi di privacy*, in G. Arachi, M. Baldini, *La finanza pubblica italiana. Rapporto 2019*, Bologna, 2019, 66 ss.; A. Carinci, *Fisco e privacy: storia infinita di un apparente ossimoro*, in *Il fisco*, 2019, 4407 ss.; A. Contrino, S.M. Ronco, *Prime riflessioni e spunti in tema di protezione dei dati personali in materia tributaria, alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte EDU*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2019, 599 ss.; M. D'Ambrosio, *La protezione dei dati personali alla luce della giurisprudenza CEDU e CGUE: aspetti generali e profili di criticità*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2019, 970 ss.; G. Salanitro, *Amministrazione finanziaria e Intelligenza Artificiale, tra titolarità della funzione e responsabilità*, in S. Aleo (a cura di), *Evoluzione scientifica e profili di responsabilità*, Pisa, 2021, 414 – 423; G. Palumbo, *Contrasto all'evasione fiscale e impatto sulla privacy dei contribuenti*, in G. Palumbo (a cura di), *Fisco e privacy. Il difficile equilibrio tra lotta all'evasione e tutela dei dati personali*, Pisa, 2021, 13 ss.; S. Dorigo, *L'intelligenza artificiale e i suoi usi pratici nel diritto tributario: Amministrazione finanziaria e giudici*, in R. Cordeiro Guerra, S. Dorigo (a cura di), *Fiscalità dell'economia digitale*, Pisa, 2022, 204; A. Tomo, *La "forza centripeta" del diritto alla protezione dei dati personali: la Corte di Giustizia sulla rilevanza in ambito tributario dei principi di proporzionalità, accauntability e minimizzazione*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2022, 908 ss.; G. Ziccardi, *Protezione dei dati, lotta all'evasione e tutela dei contribuenti: l'approccio del Garante per la protezione dei dati italiano tra trasparenza, big data e misure di sicurezza*, in G. Ragucci (a cura di), *Fisco digitale. Cripto-attività, protezione dei dati, controlli algoritmici*, Torino, 2023, 61 ss.

[9] Per una panoramica generale, v. F. Pizzetti, *La protezione dei dati personali e la sfida dell'intelligenza artificiale*, in Id. (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, 5 ss. e A. Pierucci, *Elaborazione dei dati e profilazione delle persone*, in V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, 414-419, 449-451.

[10] Su cui di recente anche C. Francioso, *Intelligenza artificiale nell'istruttoria tributaria e nuove esigenze di tutela*, in *Rass. trib.*, 2023, 47 ss.. Per una panoramica più generale, si rinvia alle anticipatorie osservazioni di S. Dorigo, *Intelligenza artificiale e norme antiabuso: il ruolo dei sistemi "intelligenti" tra funzione amministrativa e attività giurisdizionale*, in *Rass. trib.*, 2019, 728 ss.

ti finanziari e nelle altre banche dati a sua disposizione, al duplice scopo di selezionare le liste di contribuenti da sottoporre a controllo e di rilevare anomalie fiscali da comunicare ai contribuenti ai sensi dell'art. 1, commi 634-636, L. n. 190/2014 (mediante l'invio delle c.d. "lettere di compliance" o "lettere cambia-verso"), così da favorire l'azione di stimolo dell'adempimento spontaneo.

2. *Il nuovo applicativo Ve.R.A. di analisi del rischio fiscale dei contribuenti*

L'applicativo Ve.R.A. è gemmato da una serie di disposizioni della Finanziaria per il 2020 (art. 1, comma 682 e ss., legge 27 dicembre 2019, n. 160), poi attuate nel giugno 2022 con un decreto del MEF[11] previamente approvato dal Garante della privacy.

Le informazioni disponibili su Ve.R.A. non sono moltissime. In alcune recenti interlocuzioni con il citato Garante (su cui ci si soffermerà *infra*), l'Agenzia delle Entrate ha opposto infatti la necessità di preservare la riservatezza e la sicurezza delle relative informazioni, e ciò per la comprensibile esigenza di scongiurare la creazione di software elaborati con tecniche di "ingegneria inversa" che possano consentire ai contribuenti di eluderne la sorveglianza[12].

Ciò lascia intuire le enormi potenzialità di Ve.R.A., che, da un lato, accederà a tutte le banche dati di cui dispone l'A.F.[13] e, dall'altro, sarà in grado di elaborare la vasta mole di informazioni reperibile in tali banche dati, mediante l'impiego delle più moderne tecnologie informatiche, tra cui quelle di apprendimento automatizzato (c.d. *machine learning*), anche al fine di condurre analisi di tipo probabilistico volte ad estrarre i profili fiscali ed economico-finanziari dei "contribuenti-evasori", muovendo dallo studio delle caratteristiche dei soggetti nei cui confronti è stato già emesso un atto impositivo.

In particolare, secondo le informazioni fornite dal MEF[14], il nuovo applicativo dovrebbe impiegare: *(i)* da un lato, modelli di analisi c.d. "deterministici", finalizzati a ricostruire, attraverso l'analisi integrata dei dati presenti nell'Archi-

[11] Cfr. Decreto MEF, 28 giugno 2022 di «*Attuazione dell'articolo 1, comma 683, della legge 27 dicembre 2019, n. 160, relativo al trattamento dei dati contenuti nell'archivio dei rapporti finanziari*».

[12] V., per ulteriori considerazioni, C. Francioso, *op. cit.*, 65.

[13] Tra cui, a titolo meramente esemplificativo: l'Archivio dei rapporti finanziari ove sono presenti dati contabili di diverse tipologie di rapporti finanziari, come saldi, giacenza media e totale degli accrediti e degli addebiti effettuati in un anno solare; le banche dati ove sono custoditi i dati (c.d. "dati fattura" e i "dati fattura integrati") delle fatture elettroniche; le banche dati gestite da operatori privati, come Orbis e Aida, ma cui l'A.F. ha normalmente accesso in sede di verifica; il Pubblico Registro Automobilistico (c.d. PRA); i dati delle circoscrizioni aeroportuali; i dati INPS; i dati di Comuni, Regioni e compagnie assicurative; i dati liberamente accessibili su siti e piattaforme web, tra cui i social network (nei limiti dei contenuti resi pubblici dagli utenti).

[14] V. *supra* nota 11.

vio dei rapporti finanziari e degli altri elementi informativi in possesso dell'Amministrazione finanziaria, il patrimonio e i flussi finanziari dei singoli contribuenti, al fine di evidenziare eventuali incongruenze tra gli stessi, i redditi dichiarati, il consumo e/o il risparmio; *(ii)* dall'altro lato, modelli di analisi c.d. probabilistici (o stocastici), basati su processi di osservazione e modellazione dei dati, finalizzati a profilare i singoli contribuenti e, segnatamente, ad assegnare a ciascun contribuente, su base probabilistica, un determinato "rischio fiscale".

In definitiva, secondo quanto è dato comprendere dalle (non molte) indicazioni fornite dall'Amministrazione finanziaria, l'applicazione di Ve.R.A. non dovrebbe, a rigore, innescare attività automatizzate di controllo, ma, piuttosto, perseguire l'ambizioso (e auspicabile) obiettivo di allocare le risorse dell'Amministrazione finanziaria in modo più efficiente (intercettando anomalie o disallineamenti sintomatici di un rischio fiscale elevato ed espungendo dalle "liste selettive" contribuenti per i quali tali incongruenze possono essere spiegate già in fase di analisi dei dati o che risultano non significative) e, per l'effetto, di assicurare che le attività di controllo avvengano sulla base di concrete ed effettive esigenze di indagine, con il minor intralcio per le attività dei contribuenti, in linea con quanto stabilito dall'art. 12 dello Statuto dei diritti del contribuente.

In dottrina, è stato prospettato il rischio che il nuovo applicativo – pur se formalmente volto a coadiuvare l'Agenzia delle Entrate e la Guardia di Finanza nell'elaborazione di "liste selettive" e nell'invio di inviti alla regolarizzazione – possa essere impiegato, nel prossimo futuro, per l'emanazione di "accertamenti automatizzati", senza alcun intervento umano "a valle" dell'elaborazione algoritmica[15].

Per tale motivo – e muovendo (se non si è frainteso) dall'assunto che la disciplina sulla protezione dei dati personali non predisporrebbe efficaci "anticorpi" contro simili automatismi accertativi[16] – la citata dottrina ha ravvisato la necessità di indirizzare il dibattito su Ve.R.A. verso quegli istituti dell'ordinamento tributario (come, ad esempio, le norme che disciplinano la motivazione degli atti impositivi) che dovrebbero impedire un così esteso impiego dell'intelligenza artificiale nell'attività di accertamento.

Muovendo da queste conclusioni, nel prosieguo si tenterà di fornire un contributo al dibattito, ancora agli albori, cercando di dimostrare come, in realtà, anche la disciplina in tema di protezione dei dati personali offra ampie tutele

---

[15] V. G. Ragucci, *L'analisi del rischio di evasione in base ai dati dell'archivio dei rapporti con gli intermediari finanziari: prove generali dell'accertamento algoritmico?*, in *Riv. tel. dir. trib.*, 4 settembre 2019, C. Francioso, *o cit.*, 82-90 e, da ultimo, M. Fasola, *Le analisi del rischio di evasione tra selezione dei contribuenti da sottoporre a controllo e accertamento "algoritmico"*, in G. Ragucci (a cura di), *Fisco digitale. Cripto-attività, protezione dei dati, controlli algoritmici*, Torino, 2023, 79 ss.

[16] V., ad esempio, C. Francioso, *op. cit.*, 78-81 (par «3.3.2. La limitata tutela dei dati personali nei procedimenti automatizzati tributari»).

in tema di procedimenti tributari automatizzati, eventualmente anche attraverso quel micro-cosmo di regole che disciplinano la tutela giurisdizionale (davanti al giudice ordinario) dei dati personali[17].

3. *La rilevanza della normativa in tema di protezione dei dati personali e gli interventi del Garante per la protezione dei dati personali con riguardo alle nuove procedure automatizzate di contrasto all'evasione fiscale*

Come accennato nel precedente paragrafo, dopo l'approvazione del decreto ministeriale con cui sono state adottate le regole tecniche del nuovo applicativo Ve.R.A., l'Agenzia delle Entrate, in qualità di responsabile del trattamento dei dati, ha avviato una serie di interlocuzioni con il Garante della privacy[18]. Tecnicamente, l'Agenzia ha, dapprima, eseguito una «valutazione d'impatto», ai sensi dell'art. 35 del Regolamento GDPR, e, poi, sottoposto la predetta valutazione al Garante, ai sensi del successivo art. 36[19]. Con provvedimento n. 276/2022, il Garante ha autorizzato l'impiego di Ve.R.A., ponendo, tuttavia, una serie di rilevanti condizioni e riserve.

Innanzitutto, è stata circoscritta la portata dell'autorizzazione ad una mera «fase di test», da condurre «su un campione casuale rappresentativo della popolazione». In secondo luogo – ed è questo il profilo di maggior rilievo non ancora evidenziato in dottrina – il Garante ha esercitato i propri poteri correttivi ai sensi dell'art. 58, par. 1, lett. d), del Regolamento GDPR[20], imponendo all'Agenzia delle Entrate l'implementazione (già nella fase di "test" dell'applicativo) di una serie di rilevanti accorgimenti al fine di assicurare il rispetto dei principi di «trasparenza» o «intelligibilità dell'algoritmo», di «non esclusività della decisione algoritmica» e di «non discriminazione», già noti alla giurisprudenza amministrativa e che, come chiaramente riconosciuto anche dal Consiglio di Stato[21], discendono direttamente da diverse disposizioni del Regolamento GDPR.

---

[17] Su cui v., *ex multis*, G. Costantino, *La tutela giurisdizionale dei diritti al trattamento dei dati personali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 1221 ss.; E. Pellino, *Le tutele e il danno risarcibile*, in E. Pellino, L. Bolognini, C. Bistolfi (a cura di), *Il regolamento privacy europeo*, Milano, 2016, 579; A. Candini, *Gli strumenti di tutela*, in G. Finocchiaro (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla tutela dei dati personali*, Bologna, 2017, 570.

[18] Cfr., dapprima, Garante per la protezione dei dati personali, 22 dicembre 2021, n. 453 e, da ultimo, Id., 30 luglio 2022, n. 276.

[19] Su tale procedimento, v., per tutti, R. Torino, *La valutazione d'impatto (Data Protection Impact Assessment)*, in V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto (a cura di), *op. cit.*, 855.

[20] Cfr. R. Torino, *op. cit.*, 874-878.

[21] Cfr., in particolare, Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, ove è stato statuito che; *(i)* «gli articoli 13 e 14 del Regolamento stabiliscono che nell'informativa rivolta all'interessato venga data notizia dell'eventuale esecuzione di un processo decisionale automatizzato»; *(ii)* «L'interesse conoscitivo della persona è ulte-

Chiarita l'assoluta rilevanza della normativa in tema di protezione dei dati personali, occorre ora soffermarsi sui principali accorgimenti tecnici che il Garante ha imposto all'Agenzia e, con riguardo a ciascuno di tali accorgimenti, indagare le finalità perseguite, nonché le disposizioni e i principi del Regolamento GDPR che di volta in volta vengono in rilievo.

3.1. *Il diritto alla "intelligibilità" dell'algoritmo*

Innanzitutto, il Garante ha imposto all'Agenzia di «raccogliere opinioni» sul funzionamento dell'applicativo da parte dei soggetti che saranno «a vario titolo coinvolti nei trattamenti in esame» (come le associazioni di categoria e gli ordini professionali") e di «pubblicare un estratto della valutazione di impatto», con eccezione degli «allegati» e delle «parti che potrebbero compromettere la sicurezza dei trattamenti»[22].

Questi accorgimenti, se si ragiona secondo gli schemi del diritto tributario, potrebbero risultare non del tutto giustificabili nei limiti in cui l'applicativo Ve.R.A. sia effettivamente utilizzato solamente nella fase di analisi del rischio fiscale. Invero, con riguardo alla selezione dei contribuenti da sottoporre a controllo, l'opacità che contraddistingue le "tecniche impiegate" non dovrebbe destare particolari perplessità, in quanto risulta tutto in linea con la segretezza che contraddistingue questa fase dell'attività amministrativa[23] E ciò vale, a mag-

---

riormente tutelato dal diritto di accesso riconosciuto dall'articolo 15 del Regolamento che contempla, a sua volta, la possibilità di ricevere informazioni relative all'esistenza di eventuali processi decisionali automatizzati»; *(iii)* «Sul versante della verifica degli esiti e della relativa imputabilità, deve essere garantita la verifica a valle, in termini di logicità e di correttezza degli esiti. Ciò a garanzia dell'imputabilità della scelta al titolare del potere autoritativo, individuato in base al principio di legalità, nonché della verifica circa la conseguente individuazione del soggetto responsabile, sia nell'interesse della stessa p.a. che dei soggetti coinvolti ed incisi dall'azione amministrativa affidata all'algoritmo»; *(iv)* «dal considerando n. 71 del Regolamento 679/2016 il diritto europeo trae un ulteriore principio fondamentale, di non discriminazione algoritmica, secondo cui è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, mettendo in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori e al fine di garantire la sicurezza dei dati personali, secondo una modalità che tenga conto dei potenziali rischi esistenti per gli interessi e i diritti dell'interessato e che impedisca tra l'altro effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della razza o dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dello status genetico, dello stato di salute o dell'orientamento sessuale, ovvero che comportano misure aventi tali effetti».

[22] In ottemperanza al citato provv. n. 276/2022 del Garante, l'Agenzia delle Entrate, alla fine di maggio di quest'anno, ha pubblicato sul proprio sito istituzionale uno stralcio della valutazione di impatto (cfr. «*Documento di Valutazione di Impatto sulla Protezione dei Dati*») e un documento in cui vengono descritte le metodologie utilizzate nell'ambito delle attività di analisi del rischio mediante l'applicativo Ve.R.A. (cfr. «*Informativa Sulla Logica Sottostante I Modelli Di Analisi Del Rischio Basati Sui Dati Dell'archivio Dei Rapporti Finanziari*»).

[23] Così C. Francioso, *op. cit.*, 65.

gior ragione, se si ritiene che quella di "selezione" sia un'attività priva di rilevanza esterna, in cui l'A.F. esercita una propria facoltà di scelta non sindacabile [24].

Per contro, secondo la disciplina sul trattamento dei dati personali, l'interesse fiscale alla segretezza deve essere attentamente bilanciato con i diritti attribuiti ai contribuenti dal Regolamento GDPR e, segnatamente, per quanto qui di interesse, il diritto alla "intelligibilità" dell'algoritmo (rinvenibile negli articoli 13, 14 e 15 del Regolamento GDPR), in base al quale l'interessato nei cui confronti venga svolto un processo basato su trattamenti automatizzati ha il diritto di ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata, così da poterla comprendere.

Invero, l'art. 23 del Regolamento GDPR, al pari della normativa nazionale di attuazione, stabilisce che ogni deroga al diritto in esame, per essere legittima, debba essere compatibile con il principio di proporzionalità.

Tale principio, inizialmente elaborato dalla dottrina tedesca e poi entrato nell'ordinamento eurounitario, nella sua accezione più ampia comporta che il legislatore e l'Amministrazione pubblica non possano imporre obblighi e/o restrizioni ai diritti e alle libertà dei privati sanciti da norme eurounitarie in misura superiore a quanto strettamente necessario per il raggiungimento dello scopo prefissato dall'autorità nazionale [25]. Nella sua formulazione più "pura", invece, il principio di proporzionalità consta di tre requisiti, o "sotto-principi" (c.d. "teoria dei tre gradini"), che devono essere integrati affinché una misura possa dirsi rispettosa di tale principio: la "idoneità", la "necessarietà e l'"adeguatezza" (o "proporzionalità in senso stretto")[26-27]. Il requisito della "idoneità" richiede di

[24] Cfr. L. Salvini, *La partecipazione del privato all'accertamento (nelle imposte sui redditi e nell'IVA)*, Padova, 1990, spec. 84, e F. Gallo, *Discrezionalità nell'accertamento e sindacabilità delle scelte d'ufficio*, in *Riv. dir. fin*., 1992, 656. Sul risalente dibattito in merito alla natura dell'attività amministrativa di selezione dei contribuenti da assoggettare a controllo e, quindi, sulla rilevanza solo interna o anche esterna degli atti ministeriali contenenti i relativi criteri, v., fra gli altri, G. Vanz, *I poteri conoscitivi e di controllo dell'amministrazione finanziaria*, Padova, 232 ss. e G. Fransoni, *Le indagini tributarie. Attività e poteri conoscitivi nel diritto tributario*, Torino, 2020, 37 ss.

[25] Sulle origini del principio v., per tutti, A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998 e D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998. Sul principio di proporzionalità, nella dottrina tributaria, v. le opere monografiche di G. Moschetti, *Il principio di proporzionalità come "giusta misura" del potere nel diritto tributario*, Milano, 2017 e G. Petrillo, *Il principio di proporzionalità nell'azione di accertamento tributario,* Roma, 2015.

[26] V. A. Sandulli, voce *Proporzionalità*, in Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, Milano, 2006, 4645-4646: «Il concetto giuridico di proporzionalità può definirsi, per certi versi, uno e trino, nel senso che, pur essendo scomponibile in tre elementi costitutivi (l'idoneità, le necessarietà, l'adeguatezza), questi non sono scindibili tra loro, ma soltanto distinguibili. […] Questi tre elementi costituiscono i passaggi logici sequenziali attraverso cui deve articolarsi il controllo di proporzionalità». Sul punto v. anche la cristallina ricostruzione operata da A. Bodrito, *Note in tema di proporzionalità e Statuto del contribuente,* in A. Bodrito, A. Contrino, A. Marcheselli (a cura di), *Consenso, equità e imparzialità nello Statuto del contribuente,* Torino, 2012, 286-287.

[27] Il modello di sindacato "a tre gradini" proposto dalla dottrina tedesca non sembrerebbe aver mai trovato piena accoglienza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Con limitate eccezioni, infatti (cfr. Corte di Giustizia 11 luglio 1989, in C-265/87), il sindacato di proporzionalità compiuto dai giudici UE si limita, per lo più, a un sindacato "bifasico" incentrato sulla verifica dei requisiti dell'"idoneità" e della "necessarietà", oppure

valutare se il mezzo in concreto utilizzato sia suscettibile di conseguire il risultato perseguito; il requisito della "necessarietà" richiede di scegliere, tra i diversi mezzi idonei al raggiungimento dello scopo perseguito, quello che comporta il minimo sacrificio degli interessi confliggenti (*rectius*, dei principi eurounitari); il requisito della "adeguatezza" (o della "proporzionalità in senso stretto") richiede, infine, una comparazione (o "bilanciamento") tra l'interesse pubblico, da un lato, e le posizioni individuali, dall'altro, in modo che la misura – pur se "idonea" e "necessaria" – non sia tale da gravare in maniera eccessiva sull'interessato[28].

Se questo è il quadro, gli obblighi imposti all'Agenzia di «raccogliere opinioni» esterne sul funzionamento dell'applicativo e di «pubblicare un estratto della valutazione di impatto» (con eccezione degli «allegati» e delle «parti che potrebbero compromettere la sicurezza dei trattamenti») sembrano precisamente volti a salvaguardare la proporzionalità delle misure di segretezza apprestate dal MEF e dall'Agenzia con riguardo alle regole tecniche di Ve.R.A. Segnatamente, posto che la segretezza delle informazioni riguardanti l'applicativo è senz'altro misura "idonea" e "necessaria" ad evitare che i contribuenti possano eluderne la sorveglianza, sfruttando tecniche di "ingegneria inversa", gli accorgimenti in esame sono finalizzati a consentire il rispetto del "sotto-principio" della "adeguatezza".

Invero, se rapportati a questo sotto-principio, i tre accorgimenti tecnici imposti dal Garante sembrano ineccepibili, soprattutto se si considera che gli strumenti algoritmici non sono, per opinione comune, strumenti infallibili.

---

avviene alterando la sequenza di applicazione dei suoi elementi costitutivi: v. D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 169 ss. Nel prosieguo si farà, tuttavia, riferimento anche al requisito dell'"adeguatezza" (o "proporzionalità in senso stretto"). Invero, in ambito tributario, nel valutare la compatibilità con il principio di proporzionalità di misure di diritto interno limitative del diritto di detrazione, la Corte di Giustizia, in alcune sentenze, sembrerebbe valorizzare la necessità di compiere una valutazione comparativa e multipolare dei vantaggi e degli svantaggi prodotti da tali misure e per l'effetto dare rilievo – pur non menzionandolo espressamente – al requisito dell'"adeguatezza". La Corte di Giustizia ha, per esempio, stabilito che: *(i)* i limiti al diritto di rimborso dei crediti Iva devono essere tali da non far incorrere il soggetto passivo in «rischi finanziari» (CGUE, 12 maggio 2011, causa C-107/10, par. 22 e 23); *(ii)* al contribuente deve sempre essere consentito di ottenere un controllo giurisdizionale «effettivo» sulla legittimità delle misure che pongono tali limiti (CGUE, 18 dicembre 1997, cause riunite C-286/94, C-340/95, C-401/95 e C-47/96, par. 55) e *(iii)* il rimborso deve, in ogni caso, essere erogato entro «termini ragionevoli» (cfr. CGUE, 10 luglio 2008, causa C-25/07, par. 17).

[28] Per applicazioni nella giurisprudenza nazionale di tale sindacato "trifasico", cfr., per tutte, Cons. Stato, sez. VI, 8 febbraio 2008, n. 424 e Cons. Stato, sez. VI, 1 aprile 2000, n.1885, con nota di D.U. Galetta, *Una sentenza storica sul principio di proporzionalità con talune ombre in ordine al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia,* in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comp.,* 2000, 459.

3.2. *Il diritto di non essere sottoposti a decisioni fondate su trattamenti esclusivamente automatizzati*

Il secondo accorgimento tecnico imposto dal Garante all'Agenzia è quello di «formare adeguatamente il personale a vario titolo coinvolto» nell'utilizzo di Ve.R.A.

Questo accorgimento tecnico è volto a salvaguardare il diritto di non essere sottoposti a decisioni fondate su trattamenti esclusivamente automatizzati – rinvenibile nell'art. 22 del Regolamento GDPR (e anch'esso derogabile ai sensi del successivo art. 23 se la deroga è "proporzionata" rispetto allo scopo di contrastare l'evasione) – secondo cui nell'ambito di un processo decisionale automatizzato, deve sempre esistere un intervento umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione resa dalla macchina (c.d. "*human in the loop*")

Invero, nonostante il decreto ministeriale recante le regole tecniche di Ve.R.A., così come la stessa valutazione d'impatto sottoposta al Garante dall'Agenzia, prevedano, molto chiaramente, che «nei processi di formazione dei dataset di analisi e di controllo è sempre garantito l'intervento umano», il Garante ha ritenuto che, qualora i soggetti incaricati di interpretare le risultanze di Ve.R.A. non dovessero possedere comprovate competenze nella gestione, nell'analisi e nel monitoraggio di sistemi algoritmici, essi potrebbero «ritenere più prudente non opporsi alle risultanze del sistema, così vanificando la garanzia connessa alla necessità dell'intervento umano nel processo decisionale» [29].

Tuttavia, come accennato all'inizio, resta concreto il rischio che nel prossimo futuro il legislatore possa autorizzare recuperi d'imposta "totalmente automatizzati".

Avvisaglie in tale senso sono già rinvenibili in un recente atto di indirizzo del MEF[30], ove è stata avanzata la proposta di introdurre «una disposizione volta a prevedere che talune tipologie di "comunicazioni cambia-verso" possano essere titolo idoneo per la riscossione degli importi evasi in caso di inerzia del contribuente a seguito della notifica». E ciò – si legge ancora nella richiamata relazione – per far fronte, da un lato, «all'aumento esponenziale» delle posizioni «fiscalmente rischiose» che l'A.F. sarà in grado di rilevare grazie all'impiego e allo sviluppo «di metodologie di analisi del rischio sempre più sofisticate" e, dall'altro, alle limitate "capacità operative dell'Agenzia delle Entrate» (e – si soggiunge – della Guardia di Finanza).

---

[29] Cfr. Provv. Garante per la protezione dei dati personali, 30 luglio 2022, n. 276, cit.

[30] Cfr. MEF, Relazione per orientare le azioni del Governo volte a ridurre l'evasione fiscale derivante da omessa fatturazione. Allegato della proposta di decisione di esecuzione del Consiglio relativa all'approvazione del Piano per la ripresa e la resilienza dell'Italia, 20 dicembre 2021, 36-38.

Ora, se il legislatore accoglierà la proposta, è verosimile che, per far fronte alle rilevate carenze, il nuovo applicativo Ve.R.A. possa essere impiegato per l'invio di lettere di compliance non accompagnate da un intervento umano a valle della decisione algoritmica e, così, eventualmente, per determinare recuperi d'imposta automatizzati.

Il quesito che va risolto[31] è, dunque, se la normativa in tema di protezione dei dati personali possa prevenire un simile, indesiderabile impiego di Ve.R.A.

La risposta al quesito sembra positiva alla luce, ancora una volta, del principio di proporzionalità. E infatti, seguendo la già ricordata "teoria" dei tre gradini, sembra possibile sostenere che un'eventuale deroga al principio di non esclusività della decisione algoritmica (*rectius*, al "diritto di non essere sottoposti a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato") violerebbe il "requisito" o "sotto-principio" dell'"idoneità", e ciò per almeno una coppia di ragioni.

La prima è che i sistemi algoritmici non sono infallibili, potendo risentire di errori o distorsioni di diversa natura (cc.dd. *bias*)[32]; onde l'esclusione dell'intervento umano ben potrebbe condurre a decisioni fallaci e facilmente censurabili dai contribuenti in sede di giudizio (con tutte le conseguenze pregiudizievoli che deriverebbero in capo all'A.F. in termini di dispendio di risorse e di eventuale pagamento delle spese processuali).

La seconda ragione è che il perseguimento dell'interesse cui tende l'accertamento, ossia la contribuzione del consociato in ragione della propria capacità contributiva, non è sempre e per ciò stesso facile, venendo non di rado in rilievo fatti di difficile apprezzamento, che implicano giudizi complessi non delegabili ad una macchina, specialmente laddove essi involgano componenti soggettive, elementi di novità, mutamenti di convincimenti[33] o la necessità di valutare informazioni non conoscibili dall'Amministrazione[34-35].

---

[31] Ma non senza constatare che nell'epoca dell'intelligenza artificiale «troppi dati rischiano di essere come nessun dato», con l'ulteriore, paradossale rischio di «impantanare gli uffici in una sorta di paralisi da analisi»: così, efficacemente, R. Lupi, *Diritto amministrativo dei tributi*, Roma, 2017, 309.

[32] Come confermano alcune esperienze concrete di impiego di sistemi di intelligenza artificiale, soprattutto all'estero, su cui v. C. Francioso, *op. cit.*, 73-74.

[33] Cfr. A. Guidara, *Accertamento dei tributi e intelligenza artificiale: prime riflessioni per una visione di sistema*, in *Dir. prat. trib.*, 2023, 384 ss.

[34] Cfr. S. Dorigo, *Opportunità e limiti nell'impiego dell'intelligenza artificiale da parte del Fisco*, in *Corr. trib.*, 2022, 965 ss.

[35] Inoltre, se il legislatore dovesse davvero decidere di accogliere la proposta del MEF di assimilare le "lettere di compliance" agli "avvisi bonari" – per far fronte, da un lato, «all'aumento esponenziale» delle posizioni «fiscalmente rischiose» che l'A.F. sarà in grado di rilevare grazie all'impiego di Ve.R.A. e, dall'altro, alle limitate «capacità operative dell'Agenzia delle Entrate» – la limitazione del diritto a non essere sottoposti a decisioni unicamente automatizzate, scolpito nell'art. 22 del Regolamento, non rispetterebbe, a rigore, nemmeno il "sotto-principio" della "necessarietà".

3.3. *Verifiche sulla qualità dei modelli di analisi, tecniche di pseudonimizzazione dei dati e altre misure di sicurezza per l'elaborazione dei dati*

Da ultimo, il Garante ha imposto all'Agenzia di adottare efficaci processi di verifica della qualità dei modelli di analisi impiegati, tecniche di pseudonimizzazione dei dati, misure di sicurezza per l'elaborazione dei dati relativi alla fatturazione elettronica e processi di verifica della qualità dei modelli di analisi impiegati, documentando adeguatamente, in rapporti periodici, le metriche utilizzate, le attività svolte, le eventuali criticità riscontrate, le misure e le tecniche di sicurezza in concreto adottate.

Questi accorgimenti rispondono all'esigenza di salvaguardare i principi generali fissati dagli articoli 5 e 6 del Regolamento GDPR, tra cui, in particolare, i principi di "minimizzazione", "limitazione della conservazione" e di "integrità e riservatezza" dei dati. Invero, Ve.R.A. tratterà ed elaborerà dati riferibili alla totalità dei contribuenti e, pertanto, è fondamentale che le tecniche e misure di sicurezza di futura implementazione siano in grado di mascherare, in modo particolarmente efficace, l'identità delle persone fisiche e di prevenire fughe di dati in caso di accessi abusivi ai sistemi informatici dell'A.F.

Le indicazioni fornite dal Garante in merito alla pseudonimizzazione dei dati e alle altre misure di sicurezza per l'elaborazione dei dati mediante Ve.R.A. non possono essere esaminate in maniera compiuta, in quanto risultano caratterizzate da un elevato grado di tecnicismo informatico. Al riguardo, ci si limita ad osservare che, secondo quanto risulta dalle fonti ufficiali di riferimento, l'Agenzia delle Entrate ha dichiarato che (tra i numerosi accorgimenti adottati): *(i)* applicherà in modo sistematico tecniche di pseudonimizzazione[36], finalizzate ad impedire «la reidentificazione massiva» dei contribuenti e, segnatamente, «che, tramite l'incrocio tra più variabili non identificate incluse nel dataset di analisi e la banca dati originale, sia possibile ricostruire con una singola operazione tutti i codi-

[36] Si rammenta che i processi di pseudonimizzazione [v. art. 4, par. 1, punto 5), del Regolamento GDPR] offrono un tipo di tutela concettualmente diversa rispetto a quella perseguita dai processi di «anonimizzazione». La pseudinimizzazione consiste, infatti, nel sostituire un attributo di un dato con un altro. Questo accorgimento rende più complessa l'identificazione, richiedendo una "chiave" per risalire a ritroso alla persona cui si riferisce il dato. Conseguentemente, l'associazione biunivoca tra dato e persona non è modificata in alcun modo e il dato pseudonimizzato, una volta impiegato in combinazione con tutti i mezzi necessari per effettuare la sostituzione di attributi a ritroso, resta inequivocabilmente riferibile alla persona. La pseudonimizzazione, dunque, è volta, da un lato, a garantire la confidenzialità dei dati e, dall'altro, come avviene in caso di applicazione di tecniche crittografiche, a garantire l'integrità contro manipolazioni accidentali. Per contro, nel caso di anonimizzazione, la tutela è volta ad impedire, in modo assoluto, la riferibilità di un dato a una persona. Sul tema v. L. Tempestini, G. D'Acquisto, *Il dato personale oggi tra le sfide dell'anonimizzazione e le tutele rafforzate dai dati sensibili*, in G. Busia, L. Liguori, O. Pollicino (a cura di), *Le nuove frontiere della privacy nelle tecnologie digitali. Bilanci e prospettive*, Roma, 2016, 85-91 e S. Calzolaio, *Protezione dei dati personali (dir. pubbl.)*, in *Digesto Disc. Pubbl.*, agg. 2017.

ci fiscali originali (o un numero significativo di essi)»[37]; *(ii)* nella definizione dei modelli di analisi non saranno utilizzati i dati c.d. "particolari" (art. 9 del Regolamento GDPR), come, ad esempio, quelli riferiti allo stato di salute, all'orientamento sessuale, all'origine etnica, agli orientamenti politici e religiosi (etc.); inoltre non potrà essere in ogni caso utilizzato il dato relativo allo Stato di nascita del contribuente; *(iii)* nell'adozione di modelli di analisi stocastici-probabilistici (ad esempio, la classificazione di un soggetto come "rischioso" o "non rischioso" in base agli esiti di pregresse attività istruttorie o di accertamento effettuate nei confronti di altri soggetti) saranno utilizzate «solo informazioni storiche relative a processi che hanno esaurito il proprio ciclo di vista amministrativo» ed escluse, dunque, le informazioni ritraibili da atti di accertamento non ancora definitivi o da processi verbali di constatazione; *(iv)* per assicurare la trasparenza dell'attività di analisi del rischio e delle tecniche di profilazione utilizzate, sarà pubblicata sul sito istituzionale dell'Agenzia delle Entrate – e periodicamente aggiornata – un'apposita nota informativa sulla logica utilizzata dagli algoritmi, nonché sulle banche dati utilizzate nell'analisi di rischio; *(v)* non sono contemplati trattamenti completamente automatizzati e ciascuna fase del processo di analisi del rischio prevede l'intervento di uno o più operatori.

4. *Considerazioni conclusive*

Alla luce di quanto osservato nei precedenti paragrafi, è possibile concludere che la normativa in materia di protezione dei dati personali costituisce un importante baluardo a presidio, anche nell'ambito dei procedimenti tributari, dei principi di "trasparenza", di "non esclusività della decisione algoritmica" e di "non discriminazione".

Inoltre, essa dovrebbe consentire di limitare (o, comunque, regolare) l'utilizzo di strumenti di intelligenza artificiale nella fase di selezione dei contribuenti da sottoporre a controllo, e ciò ancorché, ragionando secondo gli schemi del

[37] Nel Provvedimento n. 276/2022, il Garante ha valutato positivamente taluni accorgimenti (i) di tipo organizzativo (le attività di creazione di dataset di analisi saranno curate da personale differente dagli analisti coinvolti nelle attività di identificazione dei criteri di rischio e di applicazione dei modelli di analisi, mentre le attività di pseudonimizzazione saranno curate da Sogei S.p.A., che dovrebbe essere la sola a conoscere il metodo di associazione che consente di risalire a ritroso agli originali codici fiscali dei contribuenti) e (ii) di tipo tecnico (gli identificativi pseudonimi saranno dotati di una validità temporale limitata per garantire, anche nel tempo, che le informazioni presenti nei diversi dataset non siano attribuiti a una persona fisica identificata o identificabile). Tuttavia, il medesimo ha Garante ha anche prospettato taluni possibili scenari di rischio che potrebbero emergere nell'ambito dei trattamenti «in considerazione della presenza nei dataset di numerose informazioni che, nonostante l'eliminazione dei dati anagrafici e del codice fiscale e l'adozione di tecniche di perturbazione dei dati, continuano ad avere un elevato potere identificativo».

diritto tributario, quella di "selezione" sia un'attività priva di rilevanza esterna e, come tale, non sindacabile dal giudice.

Nonostante, come detto all'inizio, non sembri ancora attuale il rischio di un "*panopticum* digitale" in materia tributaria, resta sullo sfondo la rilevante questione – che implica riflessioni di carattere non esclusivamente giuridico[38] – se, alla luce degli straordinari e repentini sviluppi tecnologici cui abbiamo assistito nell'ultimo ventennio, sia opportuno promuovere, a livello normativo, un utilizzo "a tutto campo" di tecniche sempre più avanzate di intelligenza artificiale o di tecniche (dal nome sinistramente onomatopeico) di "*data scraping*" volte a rastrellare informazioni dei cittadini sul web. E ciò soprattutto in considerazione del fatto che, come testimoniano alcuni recenti casi di cronaca (soprattutto in tema di riconoscimento facciale), mentre gli Stati discutono attorno alle modalità di utilizzo di simili tecniche, le multinazionali del settore decidono di autolimitarne lo sviluppo e la commercializzazione[39]. In altri termini, l'impressione è che, seguendo un approccio "machiavellico" nell'adozione di nuove tecnologie, e consentendo a taluni soggetti privati di assumere un ruolo "quasi-pubblicistico" nella dinamica regolatrice, gli Stati possano favorire un "processo di privatizzazione" di importanti diritti fondamentali, la cui tutela dovrebbe, viceversa, essere il ruolo primario dei legislatori nazionali[40].

[38] Cfr., per tutti, M. Hildebrandt, S. Gutwirth (a cura di), *Profiling the European Citizen*, Springer, 2010.

[39] Cfr. M. Bassini, *Fundamental Rights and Private Enforcement in the Digital Age*, in *European Law Journal*, 2019, 182-197.

[40] Per più ampie riflessioni in questo senso, v. F. Fracchia, *Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere. Un quadro d'insieme, in Dir. economia - www.ildirittodelleconomia.it*, 2023, 247 e ss., il quale osserva come il rischio legato alle reti e alla tecnologia sia il ritorno a un «medioevo sistemico» (255-257), ossia 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».

Giovanni Consolo - Abstract

Il nuovo applicativo di analisi del rischio fiscale "Ve.Ra." nel processo di digitalizzazione dell'attività dell'Amministrazione finanziaria

L'Amministrazione Finanziaria è oggi in grado di sfruttare l'ampio patrimonio di dati a sua disposizione, mediante metodologie di analisi fondate su elaborazioni statistiche e processi automatizzati. Il nuovo fronte del dibattito è rappresentato dall'applicativo noto con l'acronimo "Ve.Ra", che consentirà all'A.F. di incrociare ed elaborare, anche mediante l'applicazione di tecniche di intelligenza artificiale, tutte le informazioni contenute nell'Archivio dei rapporti finanziari e nelle altre banche dati a sua disposizione. Il nuovo applicativo – pur se formalmente volto a coadiuvare l'Agenzia delle Entrate e la Guardia di Finanza solamente nell'elaborazione delle liste dei contribuenti da sottoporre a controllo – potrebbe presto essere impiegato per l'emanazione di "accertamenti automatizzati", senza alcun intervento umano "a valle" dell'elaborazione algoritmica. Il presente saggio ha lo scopo di dimostrare come, accanto agli istituti propri dell'ordinamento tributario, anche la disciplina sulla protezione dei dati personali offra tutele nell'ambito di procedimenti tributari automatizzati.

The new tax risk analysis application ("Ve.Ra.") and the digitalization process of the Italian Financial Administration's activities

The Financial Administration is now able to leverage its extensive wealth of data through analysis methodologies based on statistical processing and automated processes. The new frontier of the debate is represented by the application known by the acronym "Ve.Ra," which will allow the Financial Administration to cross-reference and process, also using artificial intelligence techniques, all the information contained in the Archive of financial reports and other databases at its disposal. The new application, although formally aimed at assisting the Revenue Agency and the Finance Police only in the processing of lists of taxpayers to be subjected to control, could soon be used for the issuance of "automated assessments" without any human intervention downstream of algorithmic processing. This essay aims to demonstrate how, alongside the institutions inherent in tax law, the discipline on the protection of personal data also offers extensive safeguards in the context of automated tax proceedings.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 69, n. 112 (3 2023) pp. 169-204

Articoli e saggi

L'esercizio del controllo analogo su società *in house* tra crisi di impresa e direzione e coordinamento del socio pubblico: alcune riflessioni alla luce del nuovo art. 120-*bis,* CCII

Elisabetta Codazzi

Sommario: 1. Premessa. – 2. Le nuove prospettive di indagine. – 3. La società *in house* come articolazione interna della pubblica amministrazione e le implicazioni sul controllo analogo. – 4. La società *in house* alla luce della svolta privatistica *ex* art. 1, comma 3, t.u.s.p. – 5. L'esercizio del controllo analogo e le deroghe alla competenza esclusiva dell'organo amministrativo *ex* art. 16, comma 2, t.u.s.p. – 6. L'estromissione dei soci in materia di accesso agli strumenti di regolazione della crisi *ex* art. 120-*bis,* CCII. – 7. (*Segue*): l'applicabilità della disposizione alla società *in house.* – 8. La ricerca di una compatibilità tra la previsione della competenza esclusiva degli amministratori *ex* art. 120-*bis,* CCII, e gli assetti interni delle società *in house.* – 9. Il controllo analogo come attività di direzione e coordinamento. – 10. (*Segue*): sulla soggezione del socio pubblico alla responsabilità da direzione e coordinamento. – 11. (*Segue*): alcuni corollari per la società *in house.* – 12. Conclusioni.

1. *Premessa*

Un interessante angolo visuale dal quale osservare l'evoluzione del fenomeno delle società a partecipazione pubblica e il suo inquadramento nel sistema è quello della crisi di impresa, materia che inevitabilmente risente delle diverse concezioni elaborate in merito alla natura giuridica di tale fattispecie e del mutamento del quadro normativo di riferimento[1].

[1] Sul tema della crisi di impresa delle società a partecipazione pubblica si vedano tra i molti, F. Goisis, E. Codazzi, *Crisi d'impresa di società a partecipazione pubblica,* in Aa.Vv., *Le società pubbliche,* a cura di F. Cerioni, Milano, 2023, 549 ss.; V. Ciervo, *La crisi della società a partecipazione pubblica: il rapporto tra il testo unico delle società partecipate e il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza,* in Aa.Vv., *Pubbliche amministrazioni e diritto della crisi d'impresa,* a cura di G. Capo, G.M. Esposito, Padova, 2023, 313 ss.; A. Paluchowski, *Le società a partecipa-*

In tale prospettiva, non stupisce, pertanto, che la casistica giurisprudenziale precedente al testo unico abbia sviluppato diversi orientamenti al fine di escludere in tutto o in parte la soggezione a fallimento delle società partecipate (analogamente a quanto previsto per gli enti pubblici *ex* art. 1, l. fall.), ritenendo che una diversa soluzione avrebbe potuto, da un lato, compromettere la continuità del servizio pubblico e, dall'altro, determinare un'inammissibile ingerenza dell'autorità giudiziaria su materie di pertinenza dell'autorità amministrativa[2].

---

zione pubblica di fronte all'emersione della crisi, tra T.u.s.p. e Cc.II, in *Ristrutturazioni aziendali*, 30 agosto 2022, 1 ss.; M. Cossu, *Le società "pubbliche"*, in *Trattato delle società*, diretto da V. Donativi, tomo IV, Torino, 2022, 681 ss., 787 ss.; G. D'Attorre, *Crisi delle società pubbliche e strumenti di regolazione*, in Aa.Vv., *Le società pubbliche*, a cura di F. Fimmanò, A. Catricalà, R. Cantone, tomo II, Napoli, 2020, 1035 ss.; F. Fimmanò, *Insolvenza delle società pubbliche e procedure concorsuali*, ivi, 1067 ss.; G. Racugno, *Crisi d'impresa e doveri degli organi sociali*, ivi, 1011 ss.; I. Demuro, *La crisi d'impresa*, in Aa.Vv. *Le società a partecipazione pubblica, Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, diretto da C. Ibba, I. Demuro, Bologna, 2018, 321 ss.; G. Guizzi, M. Rossi, *La crisi di società a partecipazione pubblica,* in Aa.Vv., *La* governance *delle società pubbliche nel d.lgs.,* n. 175/2016, Milano, 2017, 271 ss. Sulla natura delle società a partecipazione pubblica, come è noto, è aperto un ampio ed articolato dibattito che vede la contrapposizione (non sempre netta) tra i sostenitori di una visione cd. "privatistica" (su cui cfr. le citazioni richiamate alla nt. 21) e i sostenitori di una visione cd. "pubblicistica" della fattispecie (che, basandosi su un criterio di carattere cd. teleologico, tende ad attribuire rilevanza alla finalità per cui l'ente è stato costituito o alla finalità pubblicistica che con i suoi atti si propone di realizzare), si vedano tra i molti: F. Goisis, *La natura delle società in mano pubblica,* in Aa.Vv., *Le società pubbliche,* a cura di F. Cerioni, cit., 623 ss.; Id., *La natura delle società a partecipazione pubblica alla luce della più recente legislazione in tema di contenimento della spesa pubblica,* in *www.rivistacortedeiconti.it*, 2014 (più approfonditamente, Id., *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche,* Milano, 2004, spec. 113 ss.); vedi anche M. Clarich, *Le società a partecipazione pubblica dopo il Testo unico: il punto di vista del pubblicista,* in Aa.Vv., *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal Testo Unico,* a cura di C.Ibba, Milano, 2019, 7 ss., spec. 14 ss.; C. Ibba, *Diritto comune e diritto speciale nella disciplina delle società pubbliche*, ivi, 27 ss.; E. Codazzi, *La società* in house, *La configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità,* Napoli, 2018, 98 ss.; M. Cammelli, voce *Società pubbliche (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.,* Annali V, Milano, 2012, 1190 ss.; R. Ursi, *Società ad evidenza pubblica, La* governance *delle imprese partecipate da Regioni ed Enti locali,* Napoli, 2012, spec. 69 ss. e 81 ss. per quanto riguarda la precisazione della categoria di società "ad evidenza pubblica"; G. Grüner, *Enti pubblici a struttura di s.p.a.*, Torino, 2009, 82 ss.; P. Pizza, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi,* Milano, 2007, spec. 649 ss.; F. G. Scoca, *Il punto sulle società pubbliche*, in questa *Rivista,* 2005, 239 ss.; A.L. Niutta, A. Police, *Forma e realtà nelle società per la gestione dei servizi pubblici,* in *Riv. dir. comm.,* 1999, I, 477 ss., spec. 488 ss.; M. Renna, *Le società per azioni in mano pubblica*, Torino, 1997.

[2] La giurisprudenza di merito ha, come noto, elaborato diverse teorie al fine di ammettere o negare la soggezione delle società partecipate al fallimento, basandosi sull'individuazione nella singola fattispecie di indici sintomatici di cd. pubblicità e quindi sulla prevalenza della sostanza sulla forma (metodo cd. "tipologico") ovvero facendo ricorso al diritto pubblico, in deroga al diritto fallimentare, in presenza di particolari esigenze di carattere pubblicistico (metodo cd. "funzionale"): con riguardo all'indirizzo cd. tipologico, il primo provvedimento noto è quello di Trib. S. Maria Capua Vetere, decr. 9 gennaio 2009, in *Fall.,* 2009, 713 ss., con nota di G. D'Attorre, *Le società in mano pubblica possono fallire?*; vedi anche Trib. S. Maria Capua Vetere, 22 luglio 2009, ivi, 2009, 2010, 689 ss., con nota di G. D'Attorre, *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile?*; Trib. Catania, 26 marzo 2010, in *www.ilcaso.it*; Trib. Patti, 6 marzo 2009, in *www.dejure.it*; nel secondo senso, in particolare App. Torino, 15 febbraio 2010, in *Fall.*, 2010, 691 ss.; Trib. Napoli, 31 ottobre 2012, ivi, 2013, 869 ss. Per un approfondimento sugli orientamenti interpretativi precedenti al testo unico si rinvia a E. Codazzi, *Società in mano pubblica e fallimento,* in *Giur. comm.,* 2015, I, 74 ss.; *Società a partecipazione pubblica e procedure concorsuali,* rassegna a cura di G. Carmellino, in *Soc.,* 2015, 361 ss.; G. D'Attorre, *La fallibilità delle società in mano pubblica*, in *Soc.*, 2014, 493 ss.; Id., *Società in mano pubblica e procedure concorsuali*, in Aa.Vv., *Le società pubbliche, Ordinamento, crisi e insolvenza*, a cura di F. Fimmanò, Milano, 2011,

Accanto a tali orientamenti – espressi prevalentemente dalla giurisprudenza di merito – emergeva un ulteriore indirizzo – che potremmo definire cd. privatistico – sviluppato dalla Cassazione, il quale, partendo dal presupposto per cui la qualità pubblica del socio (anche se di maggioranza) non è tale da incidere sulla natura (privata) della società partecipata e sulla disciplina alla stessa applicabile, è giunto ad ammetterne la fallibilità, potendo un diverso esito determinare un'alterazione del regime di concorrenza, la lesione del legittimo affidamento dei terzi sulle regole applicabili, nonché la violazione della parità di trattamento tra soci e creditori di società pubbliche e di società private[3].

Proprio la considerazione di tali ragioni sembrerebbe aver sollecitato il legislatore ad introdurre una previsione quale quella *ex* art. 14 t.u.s.p. (rubricata «Crisi di impresa di società a partecipazione pubblica»), che pare esito di un compromesso tra l'esigenza di collocare le partecipate nella dimensione della concorrenza e del mercato al pari di tutte le altre società (perciò sottoponendole, ai sensi del comma 1, a fallimento, concordato preventivo e, in presenza dei necessari presupposti, all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi) e l'esigenza di tutelare l'interesse pubblico (come, in particolare, emerge dalla previsione che vieta alla pubblica amministrazione il salvataggio delle partecipate che si trovino in situazioni di perdita ai sensi del comma 5, così da scoraggiare l'uso improprio dello strumento societario e quindi garantire il rispetto del principio di economicità dell'attività amministrativa *ex* art. 97 Cost.)[4].

In continuità con tale impostazione, si pone il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza (di seguito "CCII") di cui al d.lgs. n. 14/2019 (così come successivamente integrato e modificato da ulteriori provvedimenti, tra cui il d.lgs., n. 83/2022), il quale, nel definire il proprio ambito di applicazione, da un lato, precisa come lo stesso sia volto a disciplinare le situazioni di crisi o insolvenza del debitore, comprese quelle delle società pubbliche (con esclusione dello Stato e degli enti pubblici) (art. 1, comma 1) e, dall'altro, conferma la salvezza delle disposizioni del-

329 ss. Vedi anche C. Ibba, *Il falso problema della fallibilità delle società a partecipazione pubblica,* in *Riv. dir. civ.,* 2015, 511 ss.

[3] Così, in particolare, Cass., Sez. I, 27 settembre 2013, n. 22209, in *Giorn. dir. amm.,* 2014, 489, secondo cui la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali, e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, comporta che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, determinandosi altrimenti una violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto, nonché un'alterazione delle regole della concorrenza, che impongono il rispetto della parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità; vedi anche Cass., 6 dicembre 2012, n. 21991, in *Fall.*, 2013, 1273 ss. Tra le più recenti in tal senso, Cass., sez. I, 16 marzo 2023, n. 7646, in *dirittodellacrisi.it*.

[4] Per un approfondimento della disciplina in esame si rinvia agli Autori citati alla nota n. 1.

le leggi speciali in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (comma 2) e di crisi di impresa delle società pubbliche (comma 3)[5].

In base a tale schema, ne discende che le «società pubbliche», nella cui definizione rientrano «le società a controllo pubblico, le società a partecipazione pubblica e le società *in house* di cui all'articolo 2, lettere *m)*, *n)*, *o)*, del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175» (art. 2, comma 1, lett. *f)*), sono soggette alle disposizioni del CCII compatibilmente con quanto previsto dall'art. 14, t.u.s.p. (in quanto disposizione di legge speciale in materia di crisi di impresa delle società pubbliche), risultando perciò assoggettabili tanto a liquidazione giudiziale[6], concordato preventivo ed amministrazione straordinaria (come già previsto dal testo unico *ex* art. 14, comma 1), quanto agli «strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza» (definiti *ex* art. 2, comma 1, lett. *m-bis*) CCII, come «le misure, gli accordi e le procedure volti al risanamento dell'impresa attraverso la modifica della composizione, dello stato o della struttura delle sue attività e passività o del capitale, oppure volti alla liquidazione del patrimonio o delle attività che, a richiesta del debitore, possono essere preceduti dalla composizione negoziata della crisi»), nonché, alla composizione negoziata per la soluzione della crisi (artt. 12 – 25-*quinquies,* CCII)[7].

2. *Le nuove prospettive di indagine*

Il *trend* legislativo volto ad assoggettare le società a partecipazione pubblica a norme e procedure tipicamente pensate per l'imprenditore commerciale pare segnare per l'interprete un mutamento di prospettiva rispetto alle questioni sinora oggetto di riflessione: se, prima dell'introduzione del testo unico, il problema principale – come accennato – era quello di stabilire se dette società fossero fallibili, ovvero, dovessero condividere in tutto o in parte lo statuto degli enti pubblici (per effetto di una sorta di "contagio"[8]), da questo momento in poi la questione su cui occorre principalmente soffermarsi è invece quella volta a verificare la

[5] Per un tentativo di coordinamento tra la disciplina del t.u.s.p. e quella del Codice della crisi, si veda lo studio di CNDCEC, *La crisi nelle società pubbliche, tra T.U.S.P. e CCII,* documento, giugno 2023, in commercialisti.it.

[6] Stante la previsione di cui all'art. 349 CCII (secondo cui il termine «fallimento» è sostituito con l'espressione «liquidazione giudiziale», « con salvezza della continuità della fattispecie »), anche l'art. 14, comma 1, dovrà essere riletto in questi termini.

[7] In tal senso, anche CNDCEC, *La crisi,* cit., 12.

[8] Estende alle società *in house* la teoria del cd. "contagio", elaborata dalla giurisprudenza comunitaria per gli organismi di diritto pubblico in base all'idea che gli organi di diretta emanazione di un'Amministrazione giudicatrice devono seguirne le relative regole, in particolare T.A.R. Napoli, (Campania), sez. III, 4 febbraio 2019, n 611, in *Foro amm.,* 2019, 318.

compatibilità tra la normativa concorsuale (applicabile in mancanza di deroghe o di diverse disposizioni da parte del t.u.s.p.) e la specificità della fattispecie in esame, dovendosi in altri termini chiedere se la considerazione dell'interesse pubblico (correlato alla natura dell'ente pubblico socio e alle finalità che ne caratterizzano il suo agire) possa in alcune circostanze giustificare un adeguamento a livello interpretativo della disciplina generale o addirittura una sua disapplicazione[9].

Noto è infatti come la crisi di impresa determini un mutamento degli obiettivi in vista dei quali deve essere gestita la società e come ciò comporti una diversa considerazione degli interessi dei soci e di quelli dei creditori, derivandone un ridimensionamento dei diritti degli uni (che proprio in questa fase potrebbero essere indotti ad approvare o favorire manovre speculative) e il correlativo ampliamento delle competenze degli amministratori, al fine di garantire il miglior soddisfacimento degli interessi degli altri (significativo in tal senso è l'art. 4, CCII, il quale, dopo aver precisato al comma 1, che, nella composizione negoziata, nel corso delle trattative e dei procedimenti per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza «debitori e creditori devono comportarsi secondo buona fede e correttezza» aggiunge al comma 2, lett. *c),* che è dovere del debitore «gestire il patrimonio o l'impresa durante i procedimenti nell'interesse prioritario dei creditori»)[10].

Ci si può chiedere se tale mutamento di prospettiva possa valere – negli stessi termini – anche per le società partecipate, potendo infatti sorgere il dubbio che gli interessi pubblici – che comunque caratterizzano inderogabilmente alcuni profili della relativa disciplina – non siano agevolmente sacrificabili nell'ottica di salvaguardare l' interesse prioritario dei creditori sociali[11].

---

[9] Sulla rilevanza dell'interesse pubblico nell'ambito della crisi di impresa, L. Perfetti, *Interesse pubblico e crisi d'impresa,* in Aa.Vv., *Pubbliche amministrazioni e diritto della crisi d'impresa,* cit., 3 ss. Esprime perplessità in ordine alla scelta di sottoporre tutte le società a partecipazione pubblica alle ordinarie procedure concorsuali, G. D'Attorre, *Crisi delle società pubbliche e strumenti di regolazione*, cit., 1060, ritenendola di dubbia tenuta costituzionale e tale da determinate il rischio di insanabili frizioni tra l'interesse privatistico dei creditori e l'interesse pubblico alla gestione del pubblico servizio. In argomento anche C. Gentili, *Le interferenze tra il diritto amministrativo e diritto fallimentare: gli strumenti di gestione della crisi e di composizione dell'interesse privato e dell'interesse pubblicistico nell'ambito dei servizi di interesse generale,* in *Diritto ed economia dell'impresa,* 2019, 27 ss., spec. 35 ss.

[10] In tale prospettiva, tra i molti, M. Campobasso, *La posizione dei soci nel concordato preventivo della società,* in *Banca borsa tit.,* 2023, I, 166 ss., spec. 169 ss.; R. Sacchi, *Sul così detto diritto societario della crisi: una categoria concettuale inutile o dannosa?* in *Nuove leggi civ.comm.,* 2018, 1285 s. e 1298 ss.; Id., intervento in *La composizione negoziata della crisi,* Atti del seminario del 2 luglio 2022, in *Giur. comm.,* 2023, I, 353 ss.; A. Mazzoni, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum *Antonio Piras*, Torino, 2010, 835 ss.

[11] Così, è stata per esempio posta in dubbio l'applicabilità alle società partecipate della norma sull'esercizio provvisorio dell'impresa di cui al vecchio art. 104 l. fall. stante il riferimento (riprodotto anche dall'art. 211 CCII) all'interesse dei creditori o, più precisamente, all'esigenza che la continuazione dell'impresa non arrechi pregiudizio agli stessi (si veda G. D'Attorre, *Società in mano pubblica e procedure concorsuali*, cit., 348; più recentemente Id., *Crisi delle società pubbliche*, cit., 1058 ss.).

Partendo da tali presupposti, pare che un interessante banco di prova rispetto alla considerazione di tali questioni – se non addirittura alla stessa tenuta del sistema – sia rappresentato dall'applicazione di alcune disposizioni del diritto della crisi di impresa alle società *in house,* la cui peculiare natura (sospesa, nell'opinione degli interpreti, tra autonomia e strumentalità nei confronti dell'ente pubblico che la partecipa, di regola, in via totalitaria) accentua questa tendenziale contrapposizione tra interessi privatistici ed interessi pubblicistici: come meglio si cercherà di specificare, mentre l'esercizio del controllo analogo – elemento strutturale dell' *in house* – attribuisce al socio pubblico l'influenza su particolari materie di ("alta") gestione *ex* art. 2, comma 1, lett. *c),* t.u.s.p., le norme volte a regolare la prevenzione e la gestione della crisi di impresa, tanto in base al testo unico (artt. 6, comma 2, e 14, comma 2), quanto in base al Codice della crisi, presuppongono una centralità dell'organo amministrativo, se non addirittura una competenza esclusiva dello stesso anche rispetto a decisioni che invece potrebbero rientrare tra quelle spettanti al socio pubblico (in quanto appunto riconducibili al controllo analogo)[12].

Per queste ragioni, pare di problematica applicazione alle società a partecipazione pubblica ed in particolare alle società *in house* la nuova disciplina in materia di accesso agli strumenti di regolazione della crisi di cui all'art. 120-*bis,* CCII, la quale, come si avrà modo di approfondire, prevede una competenza esclusiva degli amministratori anche su materie che invece, in base alla normativa generale, spetterebbero ai soci (tra cui, in particolare, le modifiche dell'atto costitutivo della società debitrice)[13].

Partendo da tali presupposti, la questione su ci si intende soffermare nel presente scritto è, una volta chiarita la *ratio* di tale normativa, quella di tentare di individuare, alla luce della stessa, possibili soluzioni interpretative al fine di renderne l'applicazione compatibile (o quantomeno non del tutto incompatibile) con le esigenze del controllo analogo e con gli assetti interni della società *in house* (cfr. § 8).

Nell'affrontare tali problematiche, si cercherà di esaminare il tema – in qualche modo correlato al primo – del rapporto tra controllo analogo e direzione e coordinamento, ritenendosi che la possibilità di ricondurre l'esercizio dell'uno ad una manifestazione dell'altra e di sottoporre perciò gli enti pubblici alla disciplina di cui agli artt. 2497 ss., c.c., e, in particolare, alla responsabilità di cui all'art.

---

[12] Per un approfondimento sulla fattispecie del controllo analogo, si rinvia al lavoro monografico di C. Pecoraro, *Sul controllo analogo nelle società* in house providing, Milano, 2021, spec. 163 ss.; vedi anche M. Antonioli, *I requisiti necessari per gli affidamenti* in house. *Il controllo analogo: natura, modalità e limiti (dal codice dei contratti al testo unico delle società pubbliche),* in Aa.Vv., *Le società* in house, Napoli, 2020, 75 ss.

[13] Considera difficile allo stato conciliare i poteri riconosciuti agli amministratori dall'art. 120-*bis* CCII con la disciplina delle società a partecipazione pubblica e in particolare con il controllo analogo, CNDCEC, *La crisi,* cit., 29, nota 36.

2497, comma 1, c.c. (cfr. § 10) possa, da un lato, offrire una diversa prospettiva da cui rileggere la questione e, dall'altro, avere delle importanti implicazioni sulle modalità di esercizio del controllo analogo sulla società *in house* anche in funzione di prevenzione della crisi di impresa della stessa.

Al fine di meglio comprendere le questioni che si andranno ad esaminare e le riflessioni che verranno sviluppate sul punto, pare necessario fornire preliminarmente un inquadramento della fattispecie società *in house* e del controllo analogo – che ne rappresenta uno degli elementi identificativi – richiamando sinteticamente le contrapposte concezioni (di stampo cd. "pubblicistico" e cd. "privatistico") elaborate a riguardo dalla giurisprudenza, le quali, lungi dall'aver trovato una composizione a seguito dell'introduzione del testo unico, parrebbero tuttora convivere nei diversi orientamenti, rafforzando il dubbio di un'incompatibilità di fondo dell' *in house providing* con i principi generali dell'ordinamento[14].

A tal proposito, pare significativo il passaggio in cui il Consiglio di Stato in sede di Adunanza della Commissione speciale, dopo aver dato atto dell'esistenza dei due già richiamati orientamenti in merito alla natura giuridica delle società *in house*, ha concluso precisando che qualunque sia la prospettazione seguita a riguardo è indubbio che la stessa conservi «una forte peculiarità organizzativa, imposta dal diritto europeo, che la rende non riconducibile al modello generale di società quale definito dalle norme di diritto privato»[15].

3. *La società* **in house** *come articolazione interna della pubblica amministrazione e le implicazioni sul controllo analogo*

Nell'accingersi ad esaminare il fenomeno dell'*in house providing* e le problematiche connesse alla sua disciplina, non può sfuggire la sensazione di una "anomalia" di fondo della fattispecie rispetto ai principi del nostro ordinamento, anomalia che trova un punto di emersione sia "a monte" (ovvero nel momen-

[14] Sul modello della società *in house* e sullo statuto applicabile, tra i molti F. Goisis, *L'* in house *nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali,* in Aa.Vv., *La riforma dei servizi pubblici locali,* Torino, 2023, a cura di R. Villata, 269 ss.; C. Pecoraro, *Sul controllo analogo,* cit., 3 ss.; M. Coppola, *Il ritorno al diritto comune delle società in house* alla luce del testo unico sulle partecipate, in Aa.Vv., *Le società pubbliche,* a cura di F. Fimmanò e altri, cit., vol. I, 203 ss.; A. Bove, *La disciplina delle società* in house *tra le norme del testo unico e quelle del codice dei contratti pubblici,* ivi, 229 ss.; L. Imparato, *Il modello della società* in house, ivi, 269 ss.; M. Cian, *I requisiti qualificatori della società* in house, in *Giur.comm.,* 2019, I, 196 ss. (e Id., *Lo statuto di una società* in house. *Spunti per una ricostruzione della figura dopo il T.U. sulle società a partecipazione pubblica,* in *Studium iuris,* 2017, 406 ss.); F. Cuccu, *Partecipazioni pubbliche e governo societario,* Torino, 2019, 199 ss.; A. Maltoni, *Le società* in house *nel T.U. sulle partecipate pubbliche,* in *Urb. App.,* 2017, 7 ss.; M. Dugato, *Le società* in house, in *Le imprese a partecipazione pubblica,* a cura di G. Presti, M. Renna, Milano, 2018, 63 ss.; E. Codazzi, *La società* in house, cit., spec. 33 ss.; Ead., *Società* in house providing, in *Giur.comm.,* 2016, II, 953 ss.; P. Pettiti, *Gestione e autonomia delle società titolari di affidamenti,* Milano, 2016, spec. 25 ss.

[15] Cons. Stato, Ad. Comm. Spec., 21 aprile 2016, n. 968, par. 7.

to dell'affidamento *in house* da parte della pubblica amministrazione) sia "a valle" (stante la necessità di rendere l'organizzazione interna della società *in house* compatibile con l'esercizio del controllo analogo)[16].

Come noto, l'*in house providing* trova origine nell'ambito della giurisprudenza comunitaria in materia di appalti pubblici, la quale, utilizzando un approccio (cd. funzionale) noto anche ad altri settori, consente alla pubblica amministrazione di derogare alle procedure ad evidenza pubblica nel caso in cui l'affidamento del servizio avvenga a favore di un soggetto (società o altro ente) che ne costituisce una sua mera articolazione interna, poiché in questo caso non vi sarebbe lesione della concorrenza[17].

La medesima configurazione della fattispecie *in house* è stata ripresa in più occasioni dalla giurisprudenza interna (specie amministrativa e contabile), che, sulla base di un orientamento consolidato e tuttora persistente, considera le società in *house*, non enti distinti dalla pubblica amministrazione, ma una *longa manus* o un'unita organizzativa della stessa[18].

In questi termini, l'autonomia decisionale dell'organo amministrativo della società risulterebbe fortemente limitata dal controllo analogo del socio pubblico, i cui poteri di influenza sulla stessa sarebbero talmente penetranti da non essere assimilabili a quelli che il codice civile riconosce a qualunque altro socio (fosse anche unico o di controllo)[19]. A questa stregua, il controllo analogo non sarebbe configurabile in presenza di significativi poteri decisionali da parte degli amministratori, potendo tale fattispecie essere integrata solo in presenza di una limita-

---

[16] Per maggiori approfondimenti sull' *in house providing*, sulle sue caratteristiche e sulla sua genesi, si rinvia a F. Goisis, *L'*in house*,* cit., 269 ss.; F. Fracchia, S. Vernile, *Nozione, principi e fonti:* in house providing *e diritto U.E. (principio di autorganizzazione, affidamenti diretti*, in house *verticale rovesciato,* in house *orizzontale),* in Aa.Vv., *Le società* in house, Napoli, 2020, 5 ss.; C. Pecoraro, *Le società* in house: *profili societari,* in Aa.Vv., *Le società a partecipazione pubblica,* cit., 191 ss.; F. Vessia. *Le società* in house: *profili concorrenziali,* ivi, 229 ss.; F. Fracchia, *In house providing, codice dei contratti pubblici e spazi di autonomia dell'ente pubblico*, in questa *Rivista*, 2012, 243 ss.; M. Libertini, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria,* in *R.D.S.,* 2012, 199 ss.

[17] Come specifica la Corte di Giustizia UE nel caso cd. *Teckal*, comunemente considerato il *leading case* in materia (Corte UE, sez. V, 18 novembre 1999, in causa C-107/98), l'amministrazione è dispensata dall'obbligo di gara in tutti quei casi in cui tra essa e la società affidataria vi sia un'unità sostanziale, garantita dalla presenza di specifici presupposti e, precisamente, quando l'ente aggiudicatore «eserciti sulla persona cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano», laddove, tale opzione non sarebbe consentita nel caso in cui l'ente pubblico stipuli un contratto per iscritto e a titolo oneroso «con un ente distinto da essa sul piano formale e autonomo rispetto ad essa sul piano decisionale».

[18] Secondo una nota pronuncia delle Sezioni Unite, sarebbe «squarciato il velo tra socio e società» e il patrimonio della società *in house* dovrebbe essere considerato quale patrimonio separato da quello dell'ente pubblico: così, Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, in *Giur. comm.*, 2015, II, 236 ss., con nota di E. Codazzi, *La giurisdizione sulle società cd. in house: spunti per una riflessione sul tema tra "anomalia" del modello e (in)compatibilità con il diritto societario.*

[19] Tra le molte, Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, cit.

zione significativa delle loro competenze, se non addirittura una subordinazione gerarchica alla volontà del socio pubblico[20].

4. *La società* in house *alla luce della svolta "privatistica"* ex *art. 1, comma 3, t.u.s.p.*

L'evoluzione in senso cd. privatistico del fenomeno delle società a partecipazione pubblica, che già aveva avuto importanti riscontri a livello sia interno che comunitario, pare trovare un punto di svolta con il t.u.s.p., il quale appunto chiarisce che «Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato» (art. 1, comma 3)[21].

Tale previsione – norma cardine nella ricostruzione dello statuto delle società a partecipazione pubblica – pare segnare l'impostazione di fondo che il legisla-

---

[20] In quest'ultimo senso, Cass., sez. un., 20 febbraio 2020, n. 4316, *dejure.it*, la quale precisa che per la configurabilità di una società *in house,* accanto agli altri requisiti, che debbono sussistere tutti contemporaneamente e risultare da precise disposizioni statutarie, è necessario che «la gestione sia per statuto assoggettata a forme di controllo analoghe a quelle esercitate dagli enti pubblici sui propri uffici – al punto che gli organi amministrativi della società vengano a trovarsi in posizione di vera e propria subordinazione gerarchica – e quindi con modalità e intensità di comando non riconducibili alle facoltà normalmente spettanti al socio in base alle regole del codice civile»; anche Cass., sez.un., 5 febbraio 2019, n. 3330, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*; Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, cit.; T.A.R. Milano, (Lombardia), sez. I, 15 novembre 2022, n. 2535, in *Foro amm.* 2022, II, 1444; T.A.R. Milano, (Lombardia), sez. IV, 6 luglio 2019, n. 1558, in dejure.it.; T.A.R. Napoli, (Campania), sez. III, 2 settembre 2019, n.4430, in *Foro amm.,* 2019, 1539; precisa Trib. Milano, sez. impr., 6 agosto 2018, in *dejure.it*, come, in assenza di strumenti specificamente volti ed effettivamente idonei ad assicurare l'esercizio di un vero e proprio potere gerarchico sull'operato degli amministratori, non si andrebbe oltre l'espressione di un generale potere di direzione e coordinamento, in quanto tale inidoneo a configurare una società *in house.* Vedi anche Corte cost. 28 marzo 2013, n. 50, *Foro it.*, 2013, I, 1377.

[21] Come ampiamente sottolineato dalla dottrina che, ancora prima dell'introduzione del testo unico, sosteneva la visione "privatistica" delle società a partecipazione pubblica, tale configurazione poteva giustificarsi in base ad una serie di significativi argomenti di carattere legislativo e sistematico, a partire dal noto passaggio della Relazione al codice civile, secondo cui «è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggior snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici» (par. 837). In tale quadro, si inserisce la disposizione di cd. "interpretazione autentica" (così, tra le molte, Cass. civ., sez. I, 7 febbraio 2017, n. 3196, in *Riv. dir. comm.,* 2017, II, 333 ss.; Cass. civ., sez. un., 23 gennaio 2015, n. 1237, in *Giur. comm.,* 2016, II, 1041 ss.) di cui all'art. 4, comma 13, secondo periodo, d.l. n. 95/2012, ai sensi della quale «Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali» (valorizza tale disposizione F. Goisis, *La natura,* cit., spec. 5 ss.). Sotto un profilo sistematico, assumono particolare rilevanza in tale prospettiva i noti principi elaborati da parte della giurisprudenza comunitaria in materia di cd. *golden shares* e la normativa sui cd. *golden powers* (su cui P.G. Visconti, *Affinità e interferenze tra poteri speciali e diritto societario,* in questa *Rivista,* 2023, 175 ss.; A. Sandulli, *La febbre del* golden power, in *Riv. trim. dir. pub.,* 2022, 443 ss.; L. Ardizzone, M. Vitali, *I poteri speciali dello Stato nei settori di pubblica utilità,* in *Giur. comm.,* 2013, I, 919 ss.; per ulteriori approfondimenti in merito all'evoluzione in senso cd. privatistico dell'ordinamento, si rinvia a E. Codazzi, *La società* in house, cit., 98 ss).

tore ha inteso dare al fenomeno, ovvero, quella di una tendenziale equiparazione delle società pubbliche alle società private, che trova un limite solo in presenza di deroghe previste da parte dello stesso d.lgs., n. 175/2016 (e quindi espresse): tale precisazione consente perciò di escludere la rilevanza tanto delle deroghe contenute in altre fonti legislative tanto delle deroghe cd. implicite (ovvero, desumibili indirettamente da particolari norme o principi) e a maggior ragione impedisce la riqualificazione della fattispecie societaria in ente pubblico (tecnica spesso utilizzata dalla giurisprudenza di merito, come accennato, proprio per escludere la soggezione a fallimento delle partecipate[22]); ove le deroghe vi siano, esse sono assoggettate al principio di «proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica» di cui all'art. 18, comma 1, lett. *a)*, legge delega (n. 124/2015), il che significa che la loro previsione e la relativa estensione debbono essere contenute nei limiti entro cui ciò sia strettamente necessario alla soddisfazione dell'interesse pubblico che ne giustifica l'introduzione[23].

Lo stesso art. 1, comma 3, t.u.s.p., sembrerebbe, inoltre, fornire le coordinate per poter qualificare in termini cd. privatistici le società a partecipazione pubblica.

È infatti evidente che, in mancanza di una specifica deroga all'art. 2247 c.c. da parte del t.u.s.p. e data l'impossibilità di fare ricorso a deroghe implicite o *per relationem,* non vi sarebbero argomenti – perlomeno fondati sul diritto positivo – per negare che le società a partecipazione pubblica condividano la stessa natura di tutte le altre società di capitali, come del resto reiteratamente precisato dalla giurisprudenza di legittimità (secondo cui le società di capitali con partecipazione pubblica, comprese quelle *in house,* non mutano la loro natura di soggetto di diritto privato solo perché gli enti pubblici ne posseggono le partecipazioni, in tutto o in parte, non assumendo rilievo alcuno – per le vicende della società medesima – la persona dell'azionista)[24].

Importante corollario di tale ricostruzione è la possibilità di riconoscere la natura pienamente lucrativa delle società partecipate, conclusione che, tra l'altro, trova un significativo riscontro in quel principio di legge delega con cui si chiarisce che i rapporti economici tra ente pubblico e società partecipata debbono basarsi sul criterio del cd. "operatore di mercato" (art. 18, comma 1, lett. *l),* legge

[22] Cfr. le pronunce richiamate alla nota 2.

[23] Vedi Trib.Roma, Sez. Spec. Impesa, 2 luglio 2018, in *Giur.comm.,* 2019, II, 1490 ss., con nota di E. Codazzi, *Esercizio del controllo analogo sulle s.p.a. in house e clausole di deroga all'art. 2380-bis,* c.c.

[24] Vedi in tal senso Cass. civ., sez. I, 30 ottobre 2019, n. 27865, in *dejure.it*, secondo cui la natura privatistica della società non è incisa dall'eventualità del cosiddetto "controllo analogo", mediante il quale l'azionista pubblico svolge un'influenza dominante sulla società, così da rendere il legame partecipativo assimilabile a una relazione interorganica, poiché questo non incide sulla distinzione del piano giuridico-formale, tra pubblica amministrazione ed ente privato societario, che è pur sempre centro di imputazione di rapporti e posizioni giuridiche soggettive diverso dall'ente partecipante; così Trib. Civitavecchia, 24 giugno 2022, n. 747, in *Foro it*., 2022, I, 2847. Ma vedi recentemente nella giurisprudenza amministrativa, Cons. Stato, sez. V, 1° ottobre 2021, n. 6600, in dejure.it; T.A.R Napoli, (Campania), sez. I, 28 settembre 2021, n. 6068, in *Foro amm.,* 2021, 1377.

n. 124/2015), il quale – proprio per la sua collocazione tra i criteri direttivi della legge delega – sembrerebbe assumere una portata generale e quindi tale da imporre al socio pubblico di improntare a razionalità economica ogni sua decisione suscettibile di avere un impatto di natura economica sulla società partecipata[25].

D'altra parte, la stessa giurisprudenza di legittimità sottolinea, altrettanto significativamente, come il socio pubblico abbia il dovere di valorizzare, nel modo più ampio possibile, la propria partecipazione societaria, potendone discendere in caso contrario un danno erariale[26].

La previsione *ex* 14, comma 1, t.u.s.p., che, come abbiamo visto, sottopone le società a partecipazione pubblica a fallimento e alle altre procedure concorsuali, sembrerebbe, a sua volta, segnare un importante punto di emersione a livello normativo della configurazione cd. privatistica che il legislatore ha inteso assegnare alle stesse[27].

Nessun dubbio si pone in merito alla applicabilità alle società *in house* di tale norma – come del resto conferma la Relazione illustrativa al d.lgs., n. 175/2016 (in cui si spiega che «le osservazioni volte a sottrarre le società *in house* al diritto comune delle crisi d'impresa non sono state accolte»[28]), deponendo in tal senso sia il dato normativo – che riferendosi genericamente alle società a partecipazione pubblica, tanto nella rubrica, quanto nel testo del comma 1, sembra rivolgersi indifferentemente a tutte le partecipate – sia il dato sistematico, in quanto nessuna deroga è stata prevista a tal riguardo da parte del testo unico[29]. Tale conclusione trova un' ulteriore e significativa conferma nella previsione di cui al comma 6 («Nei cinque anni successivi alla dichiarazione di fallimento di una società a con-

---

[25] In tal senso, F. Goisis, *L'ente pubblico come investitore privato razionale: natura e lucratività delle società in mano pubblica nel nuovo Testo unico sulle partecipate,* in questa *Rivista,* 2017 1 ss.; sul tema della lucratività delle società a partecipazione pubblica, Id., *Il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica: economicità e necessaria redditività dell'investimento pubblico,* ivi, 2019, 23 ss.; Id., *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo,* ivi, 2013, 41 ss. e più diffusamente Id., *Contributo,* cit., spec. 113 ss.; E. Codazzi, *La società* in house, cit., 159 ss.

[26] Così Cass., sez. un., 28 giugno 2018, n. 17188, in *Foro amm.,* 2019, 1009, ha precisato che « il socio pubblico che detiene una quota del patrimonio di una società privata ha il dovere di fare tutto il possibile affinché tale partecipazione venga indirizzata in vista del raggiungimento del miglior risultato possibile; per cui, se egli omette di compiere quanto è in suo potere in vista di tale obiettivo, egli in concreto determina la perdita di valore della sua quota di partecipazione all'interno della società, il che si traduce in un danno erariale ».

[27] Vedi in tal senso anche V. Donativi, *Gli strumenti per l'esercizio del controllo analogo*, in *Le società* in house, cit., 115.

[28] Sottolinea la *Relazione illustrativa* al Testo Unico, allegata allo schema di decreto legislativo (atto n. 297-*bis*), *sub* art. 14, che non si è ritenuto di accogliere le osservazioni del Consiglio di Stato e della Commissione V Bilancio della Camera che mirano a differenziare la disciplina delle crisi aziendale in relazione a diverse tipologie societarie, trattandosi di « soluzione contraria all'impostazione privatistica della disciplina delle crisi ravvisabile nel testo unico in esame ».

[29] Vedi anche G. D'Attorre, *Crisi delle società pubbliche,* cit., 1055; C. Garilli, *Società* in house *e crisi d'impresa alla luce dell'art. 14 TUSP,* in *Soc.,* 2021, 1055 ss. In giurisprudenza, vedi Cass.civ., 28 marzo 2023, n. 8794, in *dirittodellacrisi.it*; Trib. Catania, 20 luglio 2018, n. 128, in *ilsocietario.it*, 28 settembre 2018.

trollo pubblico titolare di affidamenti diretti, le pubbliche amministrazioni controllanti non possono costituire nuove società, né acquisire o mantenere partecipazioni in società, qualora le stesse gestiscano i medesimi servizi di quella dichiarata fallita»), la quale, ponendo specifici divieti alle società a controllo pubblico "titolari di affidamenti diretti" in conseguenza della loro dichiarazione di fallimento, sembrerebbe riferirsi alle società *in house* confermandone perciò la fallibilità[30].

In definitiva, pare che, sulla base dei diversi argomenti desumibili dall'evoluzione dell'ordinamento e in particolare dal Codice della crisi, che, come abbiamo visto, ricomprende nel suo ambito applicativo *ex* art. 2, comma 1, tutte le società pubbliche, sia difficile dubitare della natura di soggetti privati delle società *in house.*

È pur vero che lo stesso testo unico, in modo non del tutto coerente rispetto all'impostazione di fondo che emerge *ex* art. 1, comma 3, estende alle società *in house* regole appartenenti allo statuto dell'ente pubblico, tra cui, in particolare, la previsione sulla giurisdizione di cui all'art. 12, comma 1, t.u.s.p. (che «fa salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società *in house*») e quella di cui all'art. 11, comma 15, t.u.s.p. (che applica agli amministratori di società *in house* il particolare regime di *prorogatio* previsto dal d.l. n. 293/1994)[31].

In realtà, pare che tali disposizioni, lungi dal giustificare una diversa conclusione in merito alla qualificazione (privatistica) della fattispecie, dimostrino che l'applicazione di regole di stampo pubblicistico è possibile solo ove espressamente previsto dal legislatore, perciò in qualche modo rafforzando la regola generale: in tal senso, sembra orientarsi la stessa Cassazione ove chiarisce che l'assimilazione della società *in house* ad una pubblica amministrazione rileva solo ai fini del riparto di giurisdizione «non compromettendo, per ogni ulteriore aspetto, l'ap-

[30] La *ratio* di tale disposizione è precisata da Corte Conti, Sez. Reg. Contr. Regione Sicilia, 20 settembre 2017, n. 143, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, la quale chiarisce che l'art. 14, comma 6, t.u.s.p., introduce una «disciplina di carattere pubblicistico e sanzionatorio che impone all'amministrazione di dismettere la veste di imprenditore pubblico e di procedere all'esternalizzazione del servizio in conseguenza dell'insuccesso della formula societaria quale modulo organizzatorio di intervento diretto, comprovato dalla dichiarazione dello stato di insolvenza del soggetto partecipato. In definitiva, il "fallimento" dell'intervento pubblico è "sanzionato" con l'obbligo di ricorrere al mercato».

[31] Per un quadro aggiornato in merito alla giurisdizione applicabile alle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società *in house,* si rinvia, anche per ulteriori citazioni dottrinali e giurisprudenziali, a F. Cerioni, *Le responsabilità degli amministratori delle società e degli enti pubblici soci per danno erariale,* in Aa.Vv., *Le società pubbliche,* a cura di F. Cerioni, cit., 282 ss., spec. 322 ss., 338 ss., e 356 ss.; sul tema vedi anche C. Ibba, *Responsabilità e giurisdizione nelle società pubbliche dopo il Testo Unico,* in questa *Rivista,* 2017, 249 ss.; Id., *La responsabilità,* in Aa.Vv., *Le società a partecipazione pubblica,* cit., 165 ss. In giurisprudenza, tra le più recenti, Cass., Sez. un., 27 aprile 2023, n. 11186, in *dejure.it*; Cass., sez. un. 22 febbraio 2023, n. 5569, ivi; Cass., sez. un., 28 giugno 2022, n. 20632, ivi. Sul regime di *prorogatio* degli amministratori di società partecipate, V. Donativi, *Le società a partecipazione pubblica,* Milano, 2016, 595 ss.; M. Cossu, *La* prorogatio *dell'amministratore di nomina pubblica nelle società a partecipazione pubblica,* in *Giur. comm.,* 2013, II, 260 ss.

plicazione del diritto societario generale[32]» e che le società *in house* sono soggette al principio generale di cui all'art. 1, comma 3, t.u.s.p. «ove non vi siano disposizioni specifiche di segno diverso. Ed una disposizione specifica per la società *in house* si rinviene nell'art. 12 […]»[33].

5. *L'esercizio del controllo analogo e le deroghe alla competenza esclusiva dell'organo amministrativo* ex *art. 16, comma 2, t.u.s.p.*

Alla luce di tali premesse, si può meglio comprendere come uno dei profili di maggior criticità derivanti dall'introduzione dell'*in house providing* nel nostro ordinamento sia quello di rendere compatibile con l'organizzazione interna delle società di capitali l'esercizio del controllo analogo, definito *ex* art. 2, comma 1, lett. *c),* t.u.s.p., come «la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata»[34].

É, infatti, evidente che una configurazione del controllo analogo volta a limitare significativamente l'autonomia decisionale dell'organo amministrativo, se non addirittura a prevederne una subordinazione gerarchica alla volontà del socio pubblico, sarebbe in contrasto con i principi del nostro diritto societario (così come lo sarebbe il contratto di dominazione tra capogruppo e società sottoposte[35]), risultando in particolare incompatibile con la previsione – introdotta a seguito della riforma societaria – che attribuisce agli amministratori di s.p.a. una competenza esclusiva in materia di gestione dell'impresa (art. 2380-*bis,* c.c.)[36].

---

[32] Così già Cass., Sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, cit.

[33] Così Cass. civ., Sez. un., 1 ° dicembre 2016, n. 24591, par. 3, in *Giur. comm.,* 2017, II, 809 ss. Nello stesso senso, Trib. Crotone, sez. lav., 1° dicembre 2022, n. 88, in *dejure.it,* il quale precisa che «Le società *in house* costituiscono dei soggetti giuridici di impronta privatistica che agiscono in modo autonomo e distinto rispetto alle pubbliche amministrazioni partecipanti. Ad esse si applicano le disposizioni societarie previste dal Codice civile e delle norme generali di diritto privato, per quanto non derogato dalle disposizioni del d.lgs. 175/2016».

[34] Una variante alla fattispecie del controllo analogo cd. "solitario" è data dal controllo analogo congiunto (definito come la «situazione in cui l'amministrazione esercita congiuntamente con altre amministrazioni su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi») (art. 2, comma 1, lett. *d)*): sul tema, tra gli altri, C. Garilli, In house providing *e società pubbliche pluripartecipate. Riflessioni sul "controllo analogo congiunto" nel quadro generale delle "società a controllo pubblico"* in *Riv. soc.,* 2022, 450 ss.

[35] Si rinvia sulla questione, anche per ulteriori citazioni, a A. Valzer, *Controllo analogo,* governance *e responsabilità nelle società* in house, in *Riv. soc.,* 2020, 1049 s.

[36] Tra gli altri, C. Pecoraro, *Sul controllo analogo*, spec. 49 ss. (ove analizza la concezione "pubblicistica" e quella "privatistica" del controllo analogo); Id., *Le società* in house: *profili societari,* in Aa.Vv., *Le società a partecipazione pubblica,* diretto da C. Ibba, I. Demuro, Bologna, 2018, 191 ss., 195 ss.; R. Ursi, *Società ad evidenza pubblica,* cit., spec. 312 ss.

Il legislatore del testo unico, nel tentativo di superare tale – apparentemente – insanabile contrasto, ha previsto che «gli statuti delle società per azioni possono contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'articolo 2380-*bis* e dell'articolo 2409-*novies* del codice civile» (art. 16, comma 2, lett. *a)*), altresì precisando che il modello organizzativo necessario allo svolgimento dell'*in house* può essere realizzato attraverso l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici soci di s.r.l. di particolari diritti amministrativi o mediante la stipulazione di patti parasociali che (in deroga all'art. 2341-*bis,* c.c.) possono avere una durata superiore a 5 anni (art. 16, comma 2, lett. *b)* e *c)*)[37].

In tal modo, il legislatore sembrerebbe perciò aver introdotto una sorta di "delega in bianco", che rimette alle singole società il compito di trovare un non facile equilibrio tra "autonomia" e "strumentalità" nel rapporto dell'organo amministrativo con la pubblica amministrazione.

Limitandosi a richiamare quanto più compiutamente espresso in altre sedi, pare che l'autonomia statutaria, nelle s.p.a., ma anche nelle s.r.l. (che, come noto, godono di una maggiore flessibilità organizzativa e consentono varie forme di ingerenza dei soci nella gestione), non possa giungere al punto di limitare drasticamente l'autonomia decisionale degli amministratori, se non addirittura di esautorarli da ogni potere decisionale sulle materie oggetto di controllo analogo[38].

Tale conclusione (che ha anche trovato conferma da parte della giurisprudenza[39]) si impone, non solo alla luce del già richiamato principio di «proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica» di cui all'art. 18, comma 1, lett. *a),* legge delega (non essendo la drastica compressione dell'autonomia decisionale degli amministratori soluzione necessaria né proporzionata rispetto al fine di garantire l'esercizio del controllo analogo sulla società), ma anche in considerazione del fatto che la connotazione privatistica della società *in house*, così come confermata dal testo unico, rende necessario ricondurre la figura del con-

[37] Per quanto riguarda, più nello specifico, l'esercizio del controllo analogo nelle società di capitali, V. Donativi, *Gli strumenti*, cit., 98 ss.; E. Codazzi, *L'assetto organizzativo delle società sottoposte a controllo analogo: alcune considerazioni sull'*in house providing *tra specialità della disciplina e "proporzionalità delle deroghe"*, in questa *Rivista,* 2019*,* 127 ss.; Ead., *Esercizio del controllo analogo,* cit., 1494 ss.; I. Kutufà, *Gestione strategica e responsabilità deliberativa nelle società "pubbliche": statuto singolare o portata espansiva della disciplina speciale?* in *NLCC,* 2019, 430 ss.

[38] In tal senso, V. Donativi, *Gli strumenti,* cit., 102 ss., ove parla di deroga "limitata" e "condizionata"; A. Valzer, *Controllo analogo,* cit., 1052 ss. ; E. Codazzi, *L'assetto organizzativo,* cit., 127 ss., spec. 140 ss; Ead., *Le società* in house, cit., 201 ss. Sottolinea Trib. Roma, Sez. Spec. Impresa, 2 luglio 2018, cit., come le deroghe statutarie al modello societario sono ammesse nei limiti del rapporto di strumentalità funzionale tra esse e il fine di realizzare il controllo analogo; di conseguenza, le previsioni che introducono tali deroghe, in quanto eccezione a regole generali, non possono che essere intese in senso restrittivo *ex* art. 14 disp. prel. c.c. (alla luce di tali premesse il Tribunale conclude che la modifica apportata allo statuto della s.p.a., con cui si limitano i poteri dell'organo amministrativo alla sola amministrazione ordinaria, si pone in contrasto con l'art. 2380-*bis* c.c., eccedendo illegittimamente i limiti derogativi di cui all'art. 16, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175).

[39] Trib. Roma, Sez. Spec. Impresa, 2 luglio 2018, cit.

trollo analogo entro un'ottica compatibile con i principi propri delle società di capitali: il che significa, tra l'altro, che se l'art. 2380-*bis,* c.c., è derogabile *ex* art. 16, comma 2, t.u.s.p., non lo è il sistema di responsabilità degli amministratori di cui agli artt. 2392 ss., c.c., essendo gli stessi comunque tenuti a rispondere nei confronti della società e dei creditori sociali pur se ridotti a mero strumento nelle mani del socio pubblico che esercita il controllo analogo[40].

6. *L'estromissione dei soci in materia di accesso agli strumenti di regolazione della crisi* ex *art. 120-*bis*, CCII*

Alla luce delle – lunghe ma necessarie – premesse svolte in merito alla configurazione del controllo analogo e alle sue modalità di esercizio, può risultare più agevole comprendere le difficoltà che possono derivare dalla soggezione delle società *in house* (così come delle società partecipate in genere) ad alcune disposizioni del Codice della crisi e in particolare a quelle volte a tutelare prioritariamente l'interesse dei creditori (come previsto *ex* art. 4, comma 2, *lett. c),* CCII).

Un esempio che pare emblematico in tal senso – anche per la sua possibile rilevanza applicativa – è dato dalla previsione dettata in materia di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza di cui all'art. 120-*bis,* CCII (norma introdotta *ex* art. 25, d.lgs., 83/2022, al fine di recepire l'art. 12 della Direttiva UE 2019/2023, cd. *Insolvency*)[41].

---

[40] Precisa Trib.Roma, Sez. Spec. Impresa, 2 luglio 2018, cit., come «l'attribuzione all'assemblea dei poteri di straordinaria amministrazione e per converso la limitazione della competenza funzionale dell'organo amministrativo ai soli atti di ordinaria amministrazione lederebbero anche i principi su cui si fonda la responsabilità civile degli amministratori nei confronti della società e dei creditori sociali di cui agli artt. 2392 ss. c.c. (definiti espressamente norme imperative inderogabili dalla giurisprudenza di legittimità: cfr. Cass. 28 aprile 2010, n. 10215, *id.*, Rep. 2011, voce *Società*, n. 604) »; vedi anche Trib. Palermo, 28 aprile 2021, in *Soc.,* 2021, 807 ss., con commento di F. Fimmanò, *Il controllo analogo configura* in re ipsa *l'attività di direzione e coordinamento sulle "partecipate" pubbliche.*

[41] In argomento, O.Cagnasso, C.F. Giuliani, G. M. Miceli, *L'accesso delle società al concordato preventivo,* in *Soc.,* 2023, 983 ss ; O. Cagnasso, *Le modifiche funzionali al buon esito della ristrutturazione*, ivi, 2023, 239 ss.; M. Campobasso, *La posizione dei soci*, cit., 166 ss.; M.S. Spolidoro, *I soci dopo l'accesso a uno strumento di regolazione della crisi,* in *Riv.soc.,* 2022, 1254 ss.; G.B. Portale, *Il codice italiano della crisi d'impresa e dell'insolvenza: tra fratture e modernizzazione del diritto societario*, ivi, 2022, 1149 ss.; F. Guerrera, *L'espansione della regola di competenza esclusiva degli amministratori nel diritto societario della crisi fra dogmatismo del legislatore e criticità operative*, ivi, 2022, 1272 ss.; M. Maltoni, *Spunti di riflessione sulla disciplina delle modifiche statutarie in caso di accesso della società ad uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza*, ivi, 2022, 1293 ss.; I. Pagni, M. Fabiani, *Le operazioni straordinarie nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza tra l'art. 116 e gli artt. 120-bis ss. CCII*, ivi, 2022, 1308 ss.; A. Rossi, *I soci nella regolazione della crisi della società debitrice,* in *Fall.*, 2022, 945 ss.; F. Brogi, *I soci e gli strumenti di regolazione della crisi,* in *Soc.*, 2022, 1290 ss.: C. Esposito, *Il ridimensionamento delle prerogative e le responsabilità dei soci nell'ambito degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza,* in *Giust.civ.,* 2022, 377 ss.; Assonime, *I doveri degli organi sociali per la prevenzione e gestione della crisi nel nuovo Codice della crisi,* Circolare n. 27 del 2 novembre 2022, in *Riv. soc.,* 2022, 1384 ss.

La disposizione in esame – per quanto interessa in questa sede – rafforza sotto diversi e rilevanti profili il ruolo degli amministratori allo scopo – esplicitato dalla Relazione illustrativa al d.lgs., n. 83/2022 – di impedire «ai soci, che potrebbero non avere più un interesse nella società, di ostacolare la ristrutturazione o anche solo una delle sue fasi»[42].

Nello specifico, essa prevede che:

- «L'accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza è deciso, in via esclusiva, dagli amministratori unitamente al contenuto della proposta e alle condizioni del piano» (art. 120-*bis,* comma 1, CCII);
- «Ai fini del buon esito della ristrutturazione il piano può prevedere qualsiasi modificazione dello statuto della società debitrice, ivi inclusi aumenti e riduzioni di capitale anche con limitazione o esclusione del diritto di opzione e altre modificazioni che incidono direttamente sui diritti di partecipazione dei soci, nonché fusioni, scissioni e trasformazioni» (comma 2);
- gli amministratori sono tenuti a informare i soci dell'avvenuta decisione di accedere a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza e a riferire periodicamente del suo andamento (comma 3);
- i soci non possono revocare gli amministratori che abbiano presentato accesso a uno di tali strumenti in presenza delle condizioni di legge (comma 4)[43].

La norma, che si distacca dalla previgente disciplina *ex* artt. 152, comma 2, e 161, comma 4, l. fall. (ove si prevedeva che, nelle società di capitali, la proposta e la definizione delle condizioni del concordato spettassero agli amministratori «salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo o dello statuto»[44]), da un lato, pare coordinarsi con le disposizioni *ex* artt. 2086, comma 2, 2380-*bis,* 2475, c.c. (che attribuiscono in via esclusiva agli amministratori l'istituzione di assetti organizzativi, amministrativi, contabili, adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa «anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale»), ma, dall'altro, risulta non in linea con l'art. 265 CCII (che,

[42] Così, Relazione illustrativa *sub* art. 25.

[43] Prevede il comma 4 che «Dalla iscrizione della decisione nel registro delle imprese e fino alla omologazione, la revoca degli amministratori è inefficace se non ricorre una giusta causa. Non costituisce giusta causa la presentazione di una domanda di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza in presenza delle condizioni di legge. La deliberazione di revoca deve essere approvata con decreto dalla sezione specializzata del tribunale delle imprese competente, sentiti gli interessati».

[44] Diversamente, l'originaria disciplina del Codice della crisi di cui agli artt. 265, comma 2, e 44, comma 4 (dettati rispettivamente in materia di concordato nella liquidazione giudiziale e di concordato preventivo), che si rifaceva alla precedente normativa fallimentare, consentiva di derogare in via statutaria alla competenza dell'organo amministrativo. Con riferimento alla disciplina previgente, escludeva che gli amministratori delle società di capitali potessero assumere una competenza esclusiva con riguardo agli strumenti di gestione della crisi o ai piani che possono essere adottati per la sua risoluzione (sussistendo «un interesse dei soci ad interloquire o ad essere, per così dire, ascoltati in questi frangenti»), V. De Sensi, *Società a partecipazione pubblica: funzione gestoria, obblighi informativi ed emersione dei fattori di rischio,* in *RDS,* 2019, 39 ss., 81; vedi anche F. Guerrera, *Le competenze degli organi sociali nelle procedure di regolazione negoziale della crisi,* in *Riv.soc.,* 2013, spec. 1131.

con riguardo alla proposta di concordato nella liquidazione giudiziale, alla determinazione dei suoi contenuti e di quelli del piano concordatario, invece ammette tuttora possibili deroghe statutarie alla competenza degli amministratori)[45].

Una tale previsione si giustifica, secondo la Relazione illustrativa, per il fatto che l'avvio della ristrutturazione e la definizione del contenuto del piano costituiscono «esecuzione degli obblighi di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale, previsti dall'articolo 2086, secondo comma, del codice civile»[46].

La scelta di porre in capo agli amministratori una riserva di competenza sulle materie *ex* art. 120-*bis,* CCII, estromettendo i soci da qualsiasi decisione sulle stesse, suscita però – come emerge anche dai primi commenti – una serie di perplessità, specie se la si esamina alla luce delle intenzioni del legislatore comunitario[47].

Pare, infatti, chiaro sulla base della lettura della Direttiva cd. *Insolvency* e dei suoi Considerando come la previsione di norme volte a depotenziare i diritti dei soci sia strettamente correlata all'esigenza di evitare che il loro intervento su materie decisive per la gestione della crisi possa irragionevolmente rallentare e quindi rendere meno efficiente la risoluzione della stessa: in quest'ottica, si prevede che, in deroga al comma 2 (il quale attribuisce il voto sull'adozione del piano di ristrutturazione alle «parti interessate»), gli Stati membri possano escludere dal voto i detentori di strumenti di capitale (art. 9, comma 3, lett. *a)*)[48]. Nel caso in cui non optino per l'introduzione di tali deroghe, gli Stati membri «provvedono con altri mezzi affin-

---

[45] Sottolineano il disallineamento tra le due disposizioni, R. Brogi, *op. cit.,* 1303; S. Ambrosini, *Il Codice della Crisi dopo il D.Lgs. n. 83/2022: brevi appunti su nuovi istituti, nozione di crisi, gestione dell'impresa e concordato preventivo (con una notazione di fondo),* in *Ristrutturazioni Aziendali*, 17 luglio 2022, 7; O. Cagnasso, *op. cit.,* 240, che rileva come sia dubbio se si tratti di un mero difetto di coordinamento o si applichino discipline diverse nelle due ipotesi.

[46] Relazione illustrativa *sub* art. 25.

[47] Vedi in particolare F. Guerrera, *L'espansione*, cit., 1274, che, nel considerare la totale alterazione della ripartizione di competenze degli organi sociali e la cancellazione dei poteri decisionali dell'assemblea, esprime dubbi sulla efficacia, coerenza, proporzionalità dell'intervento legislativo rispetto agli scopi della Direttiva e più in generale sulla razionalità e coerenza del nuovo diritto societario della crisi. Il problema della possibile inerzia dei soci o del loro ostruzionismo era prevista anche dall'art. 6, comma 2, lett. *b)*, L. 19 ottobre 2017, n. 155 (Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza), che, con riferimento alla disciplina del concordato preventivo indirizzava il legislatore delegato nel senso di «imporre agli organi della società il dovere di dare tempestiva attuazione alla proposta omologata, stabilendo che, in caso di comportamenti dilatori od ostruzionistici, l'attuazione possa essere affidata ad un amministratore provvisorio, nominato dal tribunale, dotato dei poteri spettanti all'assemblea ovvero del potere di sostituirsi ai soci nell'esercizio del voto in assemblea, con la garanzia di adeguati strumenti d'informazione e di tutela, in sede concorsuale, dei soci».

[48] Cfr. Considerando n. 57: «Sebbene sia necessario tutelare i legittimi interessi degli azionisti o altri detentori di strumenti di capitale, gli Stati membri dovrebbero garantire che essi non possano impedire irragionevolmente l'adozione di un piano di ristrutturazione che ripristinerebbe la sostenibilità economica del debitore. Gli Stati membri dovrebbero poter usare mezzi diversi per raggiungere tale obiettivo, ad esempio non concedendo ai detentori di strumenti di capitale il diritto di voto sul piano di ristrutturazione e non subordinando l'adozione del piano di ristrutturazione all'accordo dei detentori di strumenti di capitale che in base a una valu-

ché ai detentori di strumenti di capitale non sia consentito di impedire o ostacolare irragionevolmente l'adozione e l'omologazione di un piano di ristrutturazione» (art. 12, comma 1), ovvero, l'attuazione dello stesso (comma 2).

Di qui l'impressione che l'intervento del legislatore nazionale risulti sproporzionato rispetto ai fini che si proponeva la Direttiva, impressione che pare rafforzata ove si consideri che lo stesso non si è avvalso della facoltà – pure consentita – di adattare alla natura e alle dimensioni dell'impresa il significato da attribuire al divieto di «impedire od ostacolare irragionevolmente» l'adozione del piano di ristrutturazione[49], né ha tenuto conto dell'indicazione, contenuta nei Considerando, di sottoporre l'introduzione di deroghe al diritto societario ad un principio di proporzionalità, il quale assumerebbe rilevanza sia con riguardo al protrarsi del loro impiego sia – cosa ancora più significativa – con riguardo alla possibilità di individuare «altri strumenti ugualmente efficaci per garantire che gli azionisti non ostacolino indebitamente l'adozione o l'attuazione di un piano di ristrutturazione che potrebbe ripristinare la sostenibilità economica dell'impresa»[50]

7. (**Segue**)*: l'applicabilità della disposizione alla società* **in house**

La previsione di cui all'art. 120-*bis,* CCII – in mancanza di diverse precisazioni da parte del legislatore – sembrerebbe dotata di una natura "transtipica"[51], risultando perciò applicabile anche a quei tipi sociali (società di persone, s.r.l.) o modelli societari speciali (quali le società partecipate) per i quali la partecipazio-

tazione dell'impresa non riceverebbero alcun pagamento o altro corrispettivo se fosse applicato il normale grado di priorità della liquidazione».

[49] Prevede appunto l'art. 12 della Direttiva che gli Stati membri «possono adattare la definizione di cosa debba intendersi per impedire o ostacolare irragionevolmente a norma del presente articolo per tenere conto, tra l'altro, del fatto che il debitore è una PMI o una grande impresa, delle misure di ristrutturazione proposte riguardanti i diritti dei detentori di strumenti di capitale, del tipo di detentore di strumenti di capitale, del fatto che il debitore è una persona fisica o giuridica, e che i soci di un'impresa hanno una responsabilità limitata o illimitata» (comma 3).

[50] «Gli Stati membri non dovrebbero essere tenuti a derogare al diritto societario, interamente o parzialmente, per un periodo di tempo indeterminato o limitato, se garantiscono che le prescrizioni di diritto societario non possano compromettere l'efficacia del processo di ristrutturazione o purché dispongano di altri strumenti ugualmente efficaci per garantire che gli azionisti non ostacolino indebitamente l'adozione o l'attuazione di un piano di ristrutturazione che potrebbe ripristinare la sostenibilità economica dell'impresa» (Considerando n. 96). Dà conto del fatto che nell'esperienza di altri ordinamenti l'ostruzionismo dei soci viene risolto con altri strumenti (quali il provvedimento del giudice o dell'amministratore giudiziario), G.B. Portale, *Il codice italiano*, cit., 1150 s.

[51] Sulla "transtipicità" di tale disposizione, O. Cagnasso, *op. cit.*, 240 ss.; F. Guerrera, *L'espansione* , cit., 1274.

ne dei soci alle decisioni previste dalla norma in questione è, non solo possibile, ma addirittura dovuta[52].

Basti pensare che la disciplina delle società a partecipazione pubblica racchiusa nell'art. 7, comma 7, t.u.s.p., stabilisce che determinate modifiche dell'atto costitutivo (tra cui la trasformazione, le modifiche di clausole dell'oggetto sociale che consentano un cambiamento significativo dell'attività, il trasferimento della sede sociale all'estero, la revoca dello stato di liquidazione), in quanto assoggettate alle disposizioni dettate in materia di costituzione di cui ai precedenti commi 1 e 2, presuppongono la delibera di particolari organi dell'amministrazione pubblica con provvedimento motivato, laddove, come si è visto, ai sensi dell'art. 120-*bis,* comma 2, CCII, tutte le modifiche dell'atto costitutivo della società debitrice previste «ai fini del buon esito della ristrutturazione» rientrerebbero nella competenza esclusiva degli amministratori[53].

Alcune riflessioni si impongono in merito all'applicazione di tale disciplina alle società *in house,* ove, come si è visto, è strutturale l'influenza determinante del socio pubblico sulle materie di carattere strategico o di particolare significatività, tra le quali ben potrebbero rientrare sia la definizione della strategia perseguibile per il superamento della crisi (e quindi anche – perlomeno su alcuni profili – il contenuto del piano) sia le operazioni straordinarie correlate alla sua attuazione[54].

Del resto, non minori difficoltà applicative potrebbero sorgere in altri modelli di partecipate caratterizzate dalla presenza preponderante dell'ente pubblico, tra cui le società a controllo pubblico, ma anche le società miste, per le quali l'art. 17, comma 4, lett. *a),* t.u.s.p., consente agli statuti di derogare agli artt. 2380-*bis* e 2409-*novies,* c.c., al fine di consentire l'esercizio del «controllo interno» del socio pubblico sulla gestione dell'impresa[55].

---

[52] Si pensi ad esempio all' art. 2479, comma 2, c.c., che prevede una competenza inderogabile dei soci per le modificazioni dell'atto costitutivo (n. 4) e per la decisione che comporta una sostanziale modifica dell'oggetto sociale e una rilevante modificazione dei diritti dei soci (n. 5).

[53] Sottolinea la difficile conciliabilità dell'art. 120-*bis* con la disciplina di cui all'art. 7, comma 7, t.u.s.p., che richiede l'adozione di un atto deliberativo "motivato" del competente organo dell'amministrazione pubblica socia, CNDCEC, *La crisi,* cit., 29, nota 36. Sulla disciplina in materia di costituzione e modificazione dell'atto costitutivo delle partecipate, vedi V. Sanna, *I vizi della costituzione e di talune modifiche dell'atto costitutivo): profili problematici,* in Aa.Vv., *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal testo unico,* a cura di C. Ibba, Milano, 2019, 101 ss., 124 ss.; C. Pecoraro, *La costituzione delle società,* in *Le società a partecipazione pubblica,* cit., 65 ss., 91.

[54] Include tra le materie oggetto del controllo analogo la ristrutturazione dell'organizzazione aziendale che presuppone progetti di ricapitalizzazione o un piano di finanza straordinaria dell'impresa, C. Pecoraro, *Sul controllo analogo,* cit., 174.

[55] Sulle società a controllo pubblico si rinvia al recente contributo di M. Bianchini, *Il rapporto tra "società a partecipazione pubblica" e "società a controllo pubblico" alla luce della nozione di "controllo" (solitario e congiunto) del Testo unico,* in Aa.Vv., *Le società pubbliche,* a cura di F. Cerioni, cit., 59 ss.; sul controllo pubblico, K. Martucci, *La nozione di controllo pubblico nel Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica,* in *Giur.comm.,* 2022, I, 105 ss. Sul controllo cd. interno del socio pubblico sulle società miste, si veda in particolare, E.Codazzi, *Le società miste,* in Aa.Vv., *Le società a partecipazione pubblica,* cit., 277 ss., 300 ss.

Alla luce di tali rilievi, si potrebbero astrattamente ipotizzare diverse soluzioni: l'applicazione dell'art. 120-*bis*, CCII, alle società *in house* senza alcun particolare adattamento, la sua disapplicazione alle stesse o il tentativo di individuare una lettura della norma che possa in qualche modo attenuare i possibili profili di incompatibilità con la fattispecie in esame.

Nel primo senso, pare porsi uno dei primi provvedimenti sinora resi dalla giurisprudenza sull'applicazione della norma alla società *in house* (sia pure sotto lo specifico profilo della revoca degli amministratori *ex* art. 120-*bis*, comma 4, CCII), il quale, nel dichiarare infondate le contestazioni con cui i soci pubblici, richiamando le esigenze del controllo analogo, lamentavano di non essere stati preventivamente consultati dagli amministratori in merito alla decisione di accedere agli strumenti di regolazione della crisi, si limita a sottolineare che la previsione di una competenza esclusiva in capo all'organo amministrativo esclude la necessità di «preventivi confronti, pareri o approvazioni di sorta da parte degli altri organi sociali»[56].

L'ipotesi di una disapplicazione alle società *in house*, se non anche alle società pubbliche, della norma parrebbe invece difficile da sostenere, in primo luogo, perché, come si è visto, nessuna preclusione a riguardo sembrerebbe derivare dalle disposizioni speciali del testo unico (che, anzi, *ex* art. 1, comma 3, t.u.s.p., rinviano alle «norme generali di diritto privato») e, in secondo luogo, per il fatto che, non occupandosi l'art. 14 t.u.s.p. dei profili di disciplina regolati dall'art. 120-*bis,* CCII, quest'ultima previsione risulta applicabile – in funzione integrativa della prima – ove la società *in house* intenda accedere ad uno strumento di regolazione della crisi (tra cui il concordato preventivo, già richiamato dall'art. 14, comma 1, t.us.p., i piani attestati o gli accordi di ristrutturazione, considerati applicabili alle partecipate anche ai fini del piano di risanamento previsto per le società a controllo pubblico *ex* artt. 6, comma 2, e 14, comma 2)[57].

Né pare che dal sistema si possano ricavare ulteriori spunti onde giustificare una possibile disapplicazione dell'art. 120-*bis,* CCII, alle società *in house:* basti pensare che, mentre la Direttiva attribuisce agli ordinamenti nazionali la possibilità di esonerare specifiche figure in quanto sottoposte ad un regime speciale (tra cui il debitore che è «ente pubblico ai sensi del diritto nazionale» *ex* art. 1, comma 2, lett. *g)*[58]*),* la tendenza del legislatore interno è invece quella di estendere

[56] Trib. L'Aquila, Sez. Spec. Impresa, 18 aprile 2023, in *Soc.,* 2023, 1088 ss., con commento di E. Codazzi, *Accesso agli strumenti di regolazione della crisi e revoca degli amministratori di società in house: un'applicazione dell'art. 120-bis, comma 4, CCII.*

[57] Sulla possibilità di fare ricorso ai piani attestati o agli accordi di ristrutturazione ai fini del piano di risanamento di cui all'art. 14, comma 2, t.u.s.p., tra gli altri, CNDCEC, *La crisi*, cit., 12 s.; D'Attorre, *Crisi delle società,* cit., 1056 s.

[58] Cfr. Considerando n. 20.

l'applicazione di tali disposizioni, in quanto compatibili, anche agli imprenditori collettivi diversi dalle società (art. 120-*bis,* comma 6). Né sembra potersi equiparare le società *in house* ad «enti pubblici secondo il diritto nazionale», ipotesi che, oltre a contrastare col dato sistematico, trova un limite nella perdurante vigenza del principio generale stabilito dall'art. 4, legge n. 70 del 1975, secondo cui «nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge»[59].

8. *La ricerca di una compatibilità tra la previsione della competenza esclusiva degli amministratori* ex *art. 120*-bis*, CCII, e gli assetti interni delle società* in house

Scartata l'ipotesi di una disapplicazione alle società *in house* della normativa di cui all'art. 120-*bis,* CCII, e trovando insoddisfacente la soluzione di un'applicazione *tout court* della stessa, pare necessario verificare se sia possibile individuare una lettura della norma che la possa rendere compatibile con la fattispecie del controllo analogo, nell'ambito del quale potrebbero rientrare – come rilevato – sia la decisione di accedere ai diversi strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, sia, in modo ancora più significativo, la definizione di taluni contenuti del piano (di carattere strategico o di particolare significatività) nonché le eventuali modifiche dell'atto costitutivo (che sarebbero *in re ipsa* significative per la società, se non addirittura, in taluni casi, di carattere strategico per la stessa).

Come emerge da talune delle opinioni che si sono al momento formate sul punto, nonché, più in generale dallo stesso combinato disposto degli artt. 2364, comma 1, n. 5, e 2380-*bis,* c.c., la previsione di una competenza esclusiva degli amministratori in materia di gestione può coesistere con l'attribuzione all'assemblea di poteri autorizzativi e, a maggior ragione, con una funzione consultiva della stessa[60].

---

[59] Tale disposizione, del tutto ignorata da quella giurisprudenza di merito che, al fine di sottrarre le società partecipate al fallimento le riqualificava come enti pubblici (cfr. nota 2), è stata invece valorizzata in particolare da Cass. civ., sez. I, 27 settembre 2013, n. 22209, cit., che, proprio basandosi su tale previsione, ha ricavato il principio per cui la qualità di ente pubblico, se non è espressamente attribuita dalla legge, deve ricavarsi da un quadro normativo di riferimento chiaro ed inequivoco; vedi anche App. Napoli, 24 aprile 2013 e App. Napoli, 27 maggio 2013, in *Fall.,* 2013, 1290 ss. (il quale sottolinea come «sul versante degli interessi coinvolti non possono essere pretermessi i principi di affidamento e di eguaglianza rispetto ai vari soggetti privati con i quali la società in mano pubblica, ma con veste di società di diritto privato, entra in relazione, senza tacere della concorrenza che pure impone parità di trattamento tra gli operatori economici»); e anche App. Napoli, 15 luglio 2009, in *Fall.,* 2010, 690 ss.

[60] Ritiene ammissibile una clausola statutaria che preveda l'obbligo degli amministratori di ottenere dai soci un parere preventivo non vincolante, ma non l'autorizzazione preventiva dell'assemblea, neanche per le modifiche statutarie contenute nel piano, sia con riguardo alle s.p.a. che alle s.r.l., O. Cagnasso, *op. cit.*, 241 ss. Sulla facoltà degli amministratori di consultarsi con i soci, ferma restando la responsabilità degli stessi per gli atti compiuti, M.S. Spolidoro, *op. cit*., 1255. Ritiene che la previsione di una competenza esclusiva degli amministratori invece impedisca all'assemblea di deliberare in funzione meramente consultiva, F. Guerrera, *op. cit*.,

Abbiamo però visto come l'influenza determinante che il socio pubblico esercita in virtù del controllo analogo vada ben oltre la mera autorizzazione o l'espressione di pareri non vincolanti (specie ove gli statuti si siano avvalsi della facoltà di deroga di cui all'art. 16, comma 2, t.u.s.p.), traducendosi in poteri decisionali che obbligano gli amministratori a dare esecuzione alle relative determinazioni[61].

Del resto, le disposizioni *ex* artt. 6, comma 2, e 14, comma 2, t.u.s.p., che introducono per le società a controllo pubblico e – secondo l'interpretazione che pare preferibile – anche per le società *in house* specifici doveri di prevenzione-gestione della crisi di impresa, pur attribuendo un ruolo centrale all'organo amministrativo*,* non sembrerebbero precludere ai soci di assumere delle iniziative in tale ambito, né, a maggior ragione, di far valere le proprie prerogative ove strumentali all'attuazione del controllo analogo[62].

Ragioni di coerenza sistematica imporrebbero di adottare una lettura dell'art. 120-*bis*, che in qualche modo si coordini con la facoltà di deroga alla

---

1280. Più in generale, S. Gilotta, *Il dialogo selettivo tra la società e i suoi azionisti,* Milano, 2022, 89 ss., che offre una rilettura della portata precettiva dell'art. 2380-*bis,* c.c., tesa a dimostrare come la norma non escluda ogni possibile interferenza dell'assemblea rispetto ad atti di gestione ma valga a stabilire in capo agli amministratori una competenza generale e residuale in quest'area.

[61] Sulle modalità di attuazione del controllo analogo, attraverso l'attribuzione all'assemblea di poteri decisionali e non meramente autorizzativi, per tutti V. Donativi, *Gli strumenti,* cit., 118 ss.

[62] Ai sensi dell' art. 6, comma 2, t.u.s.p., «le società a controllo pubblico predispongono specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale e ne informano l'assemblea nell'ambito della relazione di cui al comma 4», laddove stabilisce l'art. 14, comma 2, t.u.s.p., che «qualora emergano, nell'ambito dei programmi di valutazione del rischio di cui all'articolo 6, comma 2, uno o più indicatori di crisi aziendale» l'organo amministrativo della società adotta «senza indugio i provvedimenti necessari al fine di prevenire l'aggravamento della crisi, di correggerne gli effetti ed eliminarne le cause, attraverso un idoneo piano di risanamento». La soggezione delle società *in house* alle disposizioni citate sembra potersi fondare perlomeno su due argomenti: il primo è quello del rapporto di specie a genere tra esse e le società a controllo pubblico (anche C. Ibba, *Introduzione*, in Aa.Vv., *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 12 s. In tal senso, Trib. Avezzano, 13 febbraio 2020, n. 697, in *Soc.*, 2021, 127 ss.); il secondo è correlato alla necessità di garantire che la previsione di specifici obblighi e di uno specifico *iter,* al fine di favorire l'emersione dei segnali di crisi e di farne discendere una tempestiva ed adeguata reazione alla stessa, si applichi, a maggior ragione, a società – quali appunto quelle *in house* – che, stante la peculiarità del controllo analogo, si caratterizzano per una maggiore opacità delle relazioni tra amministrazione pubblica socia e gestori nonché per una minore indipendenza degli uni dall'altra (vedi sull'applicazione di tali disposizioni alle società *in house,* Trib. Napoli, Sez. Spec. Impresa, 14 ottobre 2020, in *Giur. comm.,* 2021, II, 1124 ss., con nota di E. Codazzi, *Società* in house *in crisi e gravi irregolarità gestionali: alcuni spunti sulla disciplina applicabile*). Sulla necessità di consentire l'influenza determinante del socio pubblico su quegli aspetti del piano che possano riguardare obiettivi strategici o decisioni significative per la società, G. D'Attorre, *La* governance *delle società pubbliche*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 262 ss., 285 ss., il quale precisa come l'accrescimento dei poteri dei soci pubblici nella società *in house* trovi un limite invalicabile negli obblighi specifici posti a carico degli amministratori in sede di emersione e gestione della crisi, destinati a prevalere su quelli dei soci pubblici quando la crisi si approssima o manifesta in quanto posti a tutela dei creditori (288); V. De Sensi, *Società a partecipazione pubblica,* cit., spec. 79 ss., il quale rileva come la prevenzione dell'aggravamento della crisi, la correzione degli effetti e l'eliminazione delle cause potrebbero rientrare nelle materie oggetto del controllo analogo, rendendo necessario un confronto con il socio pubblico (anche in mancanza di deroghe statutarie all'art. 2380-*bis,* c.c.) con il limite dell'urgenza e della buona fede ove si tratti di evitare un danno alla società.

competenza esclusiva degli amministratori di cui all'art. 16, comma 2, t.u.s.p., potendosi, in particolare, ritenere che la portata della previsione che riconosce la salvezza delle leggi speciali in materia di crisi di impresa di società a partecipazione pubblica (art. 1, comma 2, CCII) debba essere estesa anche a quelle ulteriori disposizioni del testo unico che, pur non riguardando specificamente la materia della crisi (e quindi, nel nostro caso, l'art. 14 t.u.s.p.), ne sono a presupposto in quanto qualificano le singole fattispecie di società partecipate imponendo degli assetti interni particolari ed inderogabili.

Se è, infatti, chiara l'intenzione del legislatore comunitario di impedire, attraverso la limitazione dei diritti dei soci che non abbiano più interesse nella società, di interferire in modo opportunistico sull'accesso e sulla gestione della crisi, situazione diversa è quella del socio pubblico che esercita in modo attuale e continuativo un'influenza determinante su materie strategiche o significative per la società, quale condizione di esistenza e di legittimità della stessa fattispecie *in house providing*[63].

Sembrerebbe perciò doversi distinguere tra esercizio fisiologico del controllo analogo, che dovrebbe potersi pienamente estrinsecare anche in presenza di una competenza esclusiva degli amministratori (rientrando pur sempre nella loro discrezionalità la scelta di cedere una parte della propria "sovranità" ove le esigenze del caso concreto lo richiedano), da quella in cui l'intervento del socio pubblico possa ingiustificatamente rallentare la risoluzione della crisi e l'adozione di adeguate misure di risanamento – con possibile pregiudizio per la società – situazione di abuso, che, da un lato, esporrà quest'ultimo alle conseguenti responsabilità (cfr. § 10) e, dall'altro, chiamerà gli amministratori – tenuti comunque rispondere nei confronti dei creditori sociali – a trovare di volta in volta soluzioni atte a risolvere il conflitto tra l'esigenza di attuare il controllo analogo e quella di consentire una rapida gestione della crisi attraverso gli strumenti più appropriati[64].

Tali considerazioni avranno quale implicazione, a livello pratico, che gli amministratori, nella scelta delle misure e dei provvedimenti da adottare per

[63] In realtà, osserva M.S. Spolidoro, *op. cit.*, 1261, i "boicottatori" del piano di ristrutturazione non sono i soci che non hanno più interesse in società, ma quelli che conservano un interesse e intendono perseguirlo in modo illegittimo, ricattatorio o a danno di altri interessati.

[64] Sembrano valorizzare la *ratio* della normativa, escludendo che la stessa possa portare ad "espropriare" i soci delle proprie prerogative quando ciò sia irragionevole o giustificato da un interesse legittimo, gli *Orientamenti notarili* del Comitato Triveneto (2023) in *www.notaitriveneto.it*, nel commento alla massima P.B.3 («Adozione della decisione di scioglimento durante il procedimento di accesso ad uno strumento di regolazione della crisi» – 1° pubbl. 10/23 – motivato 10/23), ove chiariscono come «In sostanza la disciplina contenuta negli artt. 120-*bis* e ss. è volta esclusivamente a garantire agli amministratori, cui è attribuita la competenza esclusiva in materia ai sensi dell'art. 2086 c.c., di poter predisporre ed eseguire il piano di risanamento anche contro la volontà dei soci o in caso di loro inerzia per mancanza di interesse» e che «Le disposizioni in commento hanno quindi una portata specifica e non di sistema, non sono volte ad sottrarre ai soci la loro società ma molto più banalmente a limitare il rischio di mancata esecuzione del piano per contrarietà o disinteresse di questi ultimi».

regolare la crisi di impresa, dovranno attenersi a criteri di proporzionalità e ragionevolezza, perciò ricorrendo agli strumenti di regolazione della crisi (e quindi all'applicazione di regole così penalizzanti per i soci) solo se necessario nella prospettiva del superamento della stessa e ove non vi sia spazio per accedere a soluzioni diverse (quali, ad esempio, la composizione negoziata della crisi di impresa, non ricompresa nell'ambito di applicazione dell'art. 120-*bis,* CCII)[65].

9. *Il controllo analogo come attività di direzione e coordinamento del socio pubblico*

Un diverso angolo visuale dal quale esaminare le problematiche che si sono delineate potrebbe essere quello di verificare se l'esercizio del controllo analogo possa essere ricondotto ad una particolare manifestazione dell'attività di direzione e coordinamento.

Vero è, come sottolineato da diverse pronunce, che il controllo analogo si caratterizza per un *quid pluris* rispetto alla direzione e coordinamento, il quale sarebbe rappresentato dalla particolare relazione di dipendenza intercorrente tra il socio pubblico e la società (e in particolare il suo organo amministrativo), ma ciò non pare impedirne – sussistendone i necessari presupposti – la riconducibilità alla fattispecie più generale[66].

Pare, infatti, necessario partire dal presupposto per cui la direzione e coordinamento è un'attività fattuale e perciò atipica (come discende dal carattere relativo della presunzione di cui all'art. 2497-*sexies,* c.c., che la rende configurabile in una serie di situazioni ulteriori rispetto al controllo codicistico o al consolidamento dei bilanci richiamati dalla norma)[67]. Proprio tale atipicità consente alla

[65] Sottolinea CNDCEC, *La crisi*, cit., 30, come nella scelta del provvedimento da adottare e nella selezione delle misure previste all'interno del piano, gli amministratori dovranno seguire un criterio di proporzionalità, ragionevolezza e razionalità, tenuto conto del grado della crisi e del fatto che il piano, in caso di crisi, deve «evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività» (*arg. ex* art. 21, co. 1, primo periodo, CCII): ne discende che le previsioni del piano potranno consistere nelle misure invasive consentite nelle modalità dell'art. 120-*bis,* CCII, e nel sacrificio dell'interesse dei soci solo se giustificate (alla luce dei predetti criteri) in rapporto alle connesse prospettive di superamento della crisi (posto che l'interesse dei soci, in tale fase, va ponderato con quello dei creditori, assumendo quest'ultimo carattere prioritario solo in caso di insolvenza: *arg. ex* art. 21, co. 1, secondo periodo, CCII, il quale prevede che «Quando, nel corso della composizione negoziata, risulta che l'imprenditore è insolvente ma esistono concrete prospettive di risanamento, lo stesso gestisce l'impresa nel prevalente interesse dei creditori»).

[66] Si sofferma in particolare sulla distinzione tra controllo analogo e direzione e coordinamento, sottolineando come lo stesso non sia riconducibile a nessuna facoltà riconosciuta ai soci da parte del generale diritto societario, la più volte citata Cass., sez.un., 25 novembre 2013, n. 26283, cit.; vedi anche Trib. Milano, Sez. Spec. Impresa, 6 agosto 2018, cit.

[67] Sulla direzione e coordinamento come attività atipica, Trib. Napoli, Sez. Spec. Impresa, 7 novembre 2019, in *Soc.,* 2020, 344 ss., con commento di F. Fimmanò, *Ente pubblico - holder e responsabilità per abuso di*

stessa di presentarsi attraverso molteplici forme e con intensità variabili, potendo perciò il suo esercizio giungere anche ad annullare l'autonomia organizzativa delle singole società operative[68].

A questa stregua, secondo un certo orientamento della giurisprudenza, la direzione e coordinamento dell'ente pubblico sulla società *in house* sarebbe da considerare *in re ipsa*, essendo il controllo analogo esercitato nell'interesse istituzionale di quest'ultimo e non in quello esclusivo della società controllata[69].

Tali considerazioni debbono essere riportate all'interno del più generale quadro giurisprudenziale, dal quale si ricava una crescente propensione ad ammettere che l'attività di direzione e coordinamento sulla società possa promanare da un ente pubblico al pari di qualsiasi soggetto privato[70].

---

eterodirezione; Trib. Milano, Sez. Spec. Impresa, 20 marzo 2014, in *Soc.,* 2014, 833; sulla prova della direzione e coordinamento, Trib. Mantova, Sez. II, 16 ottobre 2014, ivi, 2015, 1405 ss. Sulla fattispecie della direzione e coordinamento, Trib. Roma, 21 giugno 2023, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*; Trib. Pescara 3 febbraio 2009, in *Foro it.*, 2009, 2829 («La direzione ed il coordinamento di società rappresentano delle 'endiadi' il cui tratto caratterizzante è rappresentato dalla direzione unitaria, intesa come esercizio di una pluralità sistematica e costante di incisione sulle scelte gestorie della società subordinata, cioè sulle sue scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale, commerciale; direzione e coordinamento, quindi, possono sussistere anche quando l'attività sia esercitata nei confronti di un'unica società; tale potere deve necessariamente essere fondato su contratto tra le due società che vincola la società subordinata al rispetto delle direttive»). In dottrina, sulla atipicità della direzione e coordinamento, G. Sbisà, *Sui poteri della capogruppo nell'attività di direzione e coordinamento*, in *Contr. impr.*, 2011, spec. 374 ss.; sui caratteri della direzione e coordinamento, per tutti, N. Rondinone, *Gruppi di società. Direzione e coordinamento,* in *Trattato delle società,* diretto da V. Donativi, tomo III, Milano, 2022, 1359 s.

[68] In quest'ultimo senso, App. Milano, sez. lav., 5 novembre 2019, n. 999, in dejure.it. É però necessario sottolineare che la direzione e coordinamento trova comunque un limite nel rispetto dell'autonomia decisionale ed organizzativa delle società controllate, che non possono essere ridotte (né per il diritto italiano possono essere considerate) «province economiche o articolazioni patrimoniali della capogruppo» (così, A. Valzer, *Controllo analogo,* cit., 1043).

[69] Vedi Trib. Palermo, Sez. spec. Impresa, 28 aprile 2021, cit., che, nel caso di società *in house*, considera *in re ipsa* la direzione e coordinamento dell'ente pubblico sulla stessa, richiamando l'orientamento della giurisprudenza contabile, secondo cui «il 'controllo analogo' determina l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento nell'interesse istituzionale dell'Ente pubblico e non nell'interesse esclusivo della Società controllata» (cfr. Sezione Controllo Piemonte, Delibera n. 3/12); nello stesso senso, più recentemente, Trib. Palermo, Sez. spec. Impresa, 12 luglio 2023, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it* (che richiama anche Corte conti, Toscana, Sentenza n. 230 del 12 settembre 2018). Sull'idea che in caso di controllo analogo sia *in re ipsa* la violazione delle regole dettate dal Codice civile in tema di direzione e coordinamento, F. Fimmanò, *L'abuso di eterodirezione della società pubblica*, in Aa.Vv., *Le società pubbliche*, cit., a cura di F. Fimmanò e altri, vol. I, 45 ss., 46 s.

[70] Si vedano, Trib. Palermo, Sez. spec. Impresa, 12 luglio 2023, cit., che dichiara la responsabilità del Comune socio unico per i danni cagionati ai creditori sociali nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento; vedi Trib. Napoli, Sez. spec. Impresa, 5 ottobre 2023, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*; Trib. Torino, Sez. Spec. Impresa, 3 febbraio 2022, n. 402, in *Foro it.* 2022, 3, I, 1115; Trib. Napoli, Sez. Spec. Impresa, 16 settembre 2022, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*; Trib. Napoli, Sez. Spec. Impresa, 2 dicembre 2022, in *Soc.,* 685 ss., il quale, pur escludendo che nel caso di specie sussista la direzione e coordinamento dell'ente pubblico sulla partecipata, pare in linea di principio ammettere tale possibilità; così anche Trib. Roma, Sez. Spec. Impresa, 18 febbraio 2021, in *Soc.,* 2021, 823 ss., con commento di E. Codazzi, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento dell'ente pubblico* holding; Trib. Palermo, Sez. Spec. Impresa, aprile 2021, cit., che riconosce la responsabilità del Comune socio per i danni arrecati ai creditori della società *in house* derivanti dall'esercizio abusivo dell'attività di direzione e coordinamento; Trib. Napoli, Sez. Spec. Impresa, 7 novembre 2019, cit. Interes-

Del resto, la stessa definizione di controllo di cui all'art. 2, comma 1, lett. *b)*, t.u.s.p., elemento centrale nell'ambito della fattispecie di società a controllo pubblico (lett. *m)*), è incentrata sulla «situazione descritta nell'articolo 2359 del Codice civile», la quale ricade, salvo prova contraria, nell'ambito della presunzione relativa *ex* art. 2497-*sexies* c.c.[71]. Diversamente, si può ritenere che il controllo analogo, pur collocandosi al di fuori della presunzione, possa essere desunto da una serie di indici di fatto significativi in tal senso o addirittura essere riconducibile ad una direzione e coordinamento di fonte statutaria o contrattuale *ex* art. 2497-*septies,* c.c., ove fondato su specifiche clausole dello statuto o patti parasociali ai sensi dell'art. 16, comma 2, t.u.s.p.[72].

10. (Segue): *sulla soggezione dell'ente pubblico alla responsabilità da direzione e coordinamento*

Su un diverso piano si colloca la questione della possibile soggezione dell'ente pubblico alla normativa in materia di direzione e coordinamento ed in particolare alla responsabilità di cui all'art. 2497, comma 1, c.c. Per quanto sul tema – che in questa sede può essere ripreso solo per sommi capi – si siano formate opinioni diverse da parte degli interpreti, pare depongano a favore della tesi affermativa numerosi argomenti, ricavabili sia dalle disposizioni in materia di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 ss., c.c., che dall'evoluzione della disciplina sulle società a partecipazione pubblica[73].

---

sante è anche la recente pronuncia di Cass., 1° giugno 2021, n. 15276 (caso cd. Alitalia), in *www.ilcaso.it*, che, pur non ritenendo applicabile nel caso concreto la responsabilità da direzione e coordinamento nei confronti del MEF, non esclude né che essa possa essere fatta valere nei confronti degli enti pubblici diversi dallo Stato, né che quest'ultimo possa rispondere a diverso titolo.

[71] Sottolinea come sia sufficiente la titolarità del pacchetto di maggioranza in capo all'ente pubblico, al fine di integrare la presunzione di cui all'art. 2497-*sexies,* Trib. Torino, Sez. Spec. Impresa, 3 febbraio 2022, n. 402, cit.

[72] Sulla possibilità di ricondurre alla direzione e coordinamento *ex* art. 2497-*septies,* c.c., il controllo analogo fondato su clausole statutarie o patti parasociali in base all'art. 16, comma 2, t.u.s.p., E. Codazzi, *La società* in house, cit., 261 ss.

[73] Sulla questione della soggezione dell'ente pubblico *holding* alla disciplina di cui agli artt. 2497 ss. c.c., tra coloro che si esprimono favorevolmente C. Garilli, *La responsabilità dell'ente pubblico per l'attività di direzione e coordinamento sulle c.d. società strumentali,* in *Soc.,* 2023*,* 657 ss.; F. Goisis, E. Codazzi, *Crisi d'impresa,* cit., 586 ss.; L. Mariconda, *Gli enti pubblici e l'art. 2497, comma 1: un problema (ancora) irrisolto*, in *Giur. comm.,* 2022, I, 56 ss.; M. Libertini, *Principio di adeguatezza organizzativa e disciplina dell'organizzazione delle società a controllo pubblico*, ivi, 2021, I, 23 ss.; F. Fimmanò, *L'abuso di eterodirezione,* cit., 45 ss.; P. Pettiti, *Direzione e coordinamento, interesse e controllo analogo*, in *Riv. soc.,* 2020, 1093 ss.; in tal senso, pur sottolineando l'esigenza di distinguere le due fattispecie, sembrerebbe anche A. Valzer, *Controllo analogo,* cit. 1067 s.; E. Codazzi, *La società* in house, cit., 239 ss.; Ead., *Enti pubblici e direzione e coordinamento di società: considerazioni alla luce dell'art. 2497, comma 1, c.c.*, in *Giur. comm*., 2015, I, 1041 ss., spec. 1054 ss. In senso contrario, in base all'idea che "il mestiere" della *holding*, avendo in sé un'intrinseca vocazione imprenditoriale, non possa essere svolto da

Sotto il primo profilo, sembrerebbe rilevante innanzitutto la considerazione che il legislatore fa della direzione e coordinamento quale "fatto"[74], circostanza che, in sede di applicazione della disciplina di cui agli artt. 2497 ss., c.c., porta a focalizzare l'attenzione sul suo esercizio effettivo e sugli effetti dalla stessa prodotti, attribuendo invece rilevanza secondaria alla natura e alla qualificazione dei soggetti che la pongono in essere (genericamente individuati come «società» o «enti»)[75].

Del resto – passando all'esame del secondo profilo – se la norma di interpretazione autentica di cui all'art. 19, comma 6, d.l. n. 78/2009, ha chiarito che, ai fini dell'applicazione dell'art. 2497, comma 1, c.c., «per enti si intendono i soggetti giuridici collettivi, diversi dallo Stato, che detengono la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria», sembra potersi desumere *a contrario* che la stessa disposizione è invece applicabile a tutti gli altri enti pubblici che statali non sono[76].

Una diversa interpretazione non terrebbe conto dell'evoluzione del sistema verso una tendenziale equiparazione tra i diritti dei soci pubblici e quelli dei soci privati, alla luce della quale la norma di esonero sopra citata si porrebbe qua-

---

un soggetto – quale, appunto, l'ente pubblico – tenuto ad agire in vista di interessi generali, in particolare M. Carlizzi, *La direzione e coordinamento delle società a partecipazione pubblica*, Aa.Vv., *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016*, a cura di G. Guizzi, Milano, 2017, 341 ss. 343 ss.; Id*., La direzione unitaria e le società partecipate dagli enti pubblici*, in *Riv. dir. comm*., 2010, I, 1177 ss., spec. 1190 ss. e 1196 s., vedi anche F. Cerioni, *La responsabilità degli amministratori,* cit*.,* 281 ss.; M. Passalacqua, *Il gruppo economico nelle nuove direttive appalti e concessioni. Prolegomeni ai processi nazionali di aggregazione di società partecipate*, in Aa.Vv., *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, a cura di A. Fioritto, Torino, 2017, 257 ss., ivi, 263; K. Martucci, *Profili di diritto singolare dell'"impresa",* Milano, 2013., spec. 184 ss. e 187. Sulle peculiarità del gruppo pubblico, sottolineando come la *governance* dell'ente territoriale sulle partecipate sarebbe connotato da "rapporti organizzativi intersoggettivi di matrice pubblicistica", R. Ursi, *La* governance *societaria nell'ottica del gruppo pubblico locale,* in *Le imprese a partecipazione pubblica,* cit., 91 ss.

[74] La stessa Relazione ministeriale di accompagnamento al D.lgs. n. 6/2003, par. 13, come noto, ha posto alla base della disciplina sulla direzione e coordinamento il mero "fatto" del suo esercizio, ritenendo che «l'esercizio di una tale attività sia del tutto naturale e fisiologico da parte di chi è in condizioni di farlo e che non implica, né richiede, il riconoscimento o l'attribuzione di particolari poteri» (in *Giur. comm.*, Supplemento al n. 4/2003, 99).

[75] Tra gli altri, L. Mariconda, *Gli enti pubblici,* cit., 58 ss. Così, in particolare Trib. Napoli, Sez. Spec. Impresa, 7 novembre 2019, cit., sottolineando che, se l'attività di direzione e coordinamento è da intendere come "fatto", il suo effettivo esercizio è di per sé sufficiente a produrre le relative conseguenze giuridiche.

[76] Così anche L. Mariconda, *Gli enti pubblici,* spec. 74; M. Libertini, *Principio di adeguatezza*, cit., 24; M. Antonioli, *I requisiti,* cit., 95 s.; C. Ibba, *Le società a partecipazione pubblica: tipologie e discipline*, in Aa.Vv., *Le società pubbliche,* a cura di C. Ibba, M. C. Malaguti, A. Mazzoni, Torino, 2011, 8; F. Guerrera, *Lo statuto della nuova società "a partecipazione mista" pubblico-privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 573 s.; F. Goisis, *Il problema*, cit., 58. In tal senso, anche Trib. Napoli, Sez. Spec. Impresa, 16 settembre 2022, cit. («Non si dubita che la locuzione utilizzata società ed altri enti non comporta alcuna possibilità di escludere, dall'ambito applicativo della normativa, gli enti pubblici ed anzi ciò ha trovato conferma nella disposizione di interpretazione autentica contenuta nella legge n. 102/2009»); vedi anche Trib. Palermo, Sez. spec. Impresa, 12 luglio 2023, cit.; Trib. Palermo, Sez. spec. Impresa, 28 aprile 2021, cit.

le fonte di privilegio e assumerebbe una natura di eccezione, in quanto tale non estensibile ad altri casi[77].

La stessa previsione di cui all'art. 19, comma 6, d.l., n. 78/2009, precisando che gli enti pubblici non statali detengono la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria, consente inoltre di rileggere e meglio specificare l'inciso dell'agire «nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui» di cui all'art. 2497, comma 1, c.c., il quale non sembrerebbe comunque avere un'efficacia selettiva rispetto ai possibili destinatari della norma, applicabile indipendentemente dalla natura e dalle finalità perseguite dai soggetti (imprenditori o meno) che esercitano l'attività di direzione e coordinamento[78].

Ma l'argomento che sembrerebbe assumere maggior peso, al fine di giustificare la sottoposizione degli enti pubblici alla normativa in discorso, parrebbe la coerenza di tale esito con l'evoluzione del sistema (e in particolare con l'art. 1, comma 3, t.u.s.p., dato che nessuna deroga all'art. 2497 è prevista dal testo unico), nonché con i principi generali dell'ordinamento, posto che una disapplicazione di tale disciplina alle società partecipate porterebbe, da un lato, ad un arretramento della tutela dei soci e dei creditori delle stesse (i quali non potrebbero disporre degli specifici strumenti di tutela preventiva e risarcitoria previsti *ex* artt. 2497 ss., c.c.) e, dall'altro, porrebbe il socio pubblico in una situazione di ingiustificato privilegio rispetto a qualsiasi altro soggetto privato che ponga in essere

[77] Vedi E. Marchisio, «Gruppo» ed «eterodirezione» nel Codice della crisi d'vimpresa e dell'insolvenza, in *Giust.civ.* 2022, 335 ss., ivi, 353 ss.; V. Cariello, *Brevi note critiche sul privilegio dell'esonero dello Stato dall'applicazione dell'art. 2497, comma 1, c.c. (art. 19, comma 6, d.l. n. 78/2009),* in *Riv.dir.civ.,* 2010, I, 343 ss.

[78] Sull'irrilevanza delle finalità perseguite dall'ente pubblico esercente l'attività di direzione e coordinamento, tra gli altri, C. Garilli, *La responsabilità*, spec. 660 ss., sottolineando come l'imprenditorialità non possa che essere riferita all'attività svolta dalla società partecipata, la cui produzione di beni e servizi dovrà, comunque, essere strettamente necessaria per il perseguimento delle finalità pubbliche. In giurisprudenza, vedi Trib. Torino, Sez. Spec. Impresa, 3 febbraio 2022, n. 402, cit., che tende a riconoscere quale limite rispetto alla rilevanza dell'interesse imprenditoriale proprio o altrui il perseguimento di un interesse meramente "privato" (dell'amministratore, della società o ente controllante), ricomprendendovi qualunque interesse extrasociale rispetto a quello della società diretta. Specifica Trib. Palermo, Sez. Spec. Impresa, 28 aprile 2021, cit., che il «riferimento alla "finalità di natura economica o finanziaria" rende evidente come, ai fini dell'applicazione dell'art. 2497 c.c., la partecipazione dell'ente pubblico possa essere detenuta non già solo per scopi lucrativi […] ma anche per la realizzazione delle proprie finalità istituzionali, a condizione che la loro attuazione richieda lo svolgimento di attività economica realizzata attraverso la società partecipata. Pertanto, la norma di interpretazione autentica ne chiarisce l'applicabilità anche a quegli enti che, seppur per loro natura non possono qualificarsi come enti pubblici economici (certamente non possono definirsi enti pubblici economici comuni e province), detengono partecipazioni societarie per svolgere una determinata attività con criteri di economicità»; negli stessi termini, Trib. Palermo, Sez. spec. Impresa, 12 luglio 2023. Si veda Trib. Napoli, Sez. Spec. Impresa, 16 settembre 2022, cit., il quale distingue tra l'ipotesi in cui l'ente pubblico locale detiene partecipazioni in società che svolgono servizi di interesse generale ed esercitano attività di impresa e l'ipotesi in cui esso partecipa in società che prestano servizi o esercitano attività meramente strumentali per il perseguimento dei fini istituzionali dell'ente pubblico socio, precisando come solo nel primo caso (e non nel secondo) lo stesso ente locale e la società partecipata sono sottoposti all'intera disciplina di cui agli artt. 2497 ss., c.c., al pari di ogni altro socio "privato".

la medesima condotta e produca i medesimi effetti pregiudizievoli, altresì privandolo della possibilità di escludere la responsabilità in presenza dei presupposti di cui all'art. 2497, comma 1, seconda parte, c.c. («Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette»)[79].

In tale prospettiva, il descritto *trend* legislativo che porta ad assoggettare a fallimento-liquidazione giudiziale tutte le partecipate, comprese quelle *in house,* non solo è coerente con l'impostazione di cui all'art. 1, comma 3, t.u.s.p., ma addirittura pare rafforzarne la portata, rappresentando un'ulteriore e forse definitiva conferma, oltre che della configurazione privatistica di tali società, anche del fatto che, nei casi dubbi o non regolati, il criterio dirimente al fine di individuare la disciplina applicabile deve essere quello di non generare delle disparità di trattamento tra soci e creditori di società pubbliche e di società private e di non compromettere la certezza delle regole applicabili nei confronti dei terzi che vi facciano affidamento[80].

Questa impostazione di fondo, accolta dal Codice della crisi, non pare poter essere messa in dubbio dalla definizione che esso dà di «gruppo di imprese» come «l'insieme delle società, delle imprese e degli enti, esclusi lo Stato e gli enti territoriali, che, ai sensi degli articoli 2497 e 2545-*septies* del codice civile, esercitano o sono sottoposti alla direzione e coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica […]» (art. 2, comma 2. lett. *h)*)[81].

---

[79] Sottolinea la rilevanza del dato normativo e sistematico, Trib. Napoli, Sez. Spec. Impresa, 7 novembre 2019, cit., richiamando tanto i principi della legge delega, n. 124/2015 quanto il D.lgs. n. 175/2016, art. 1, commi 2 e 3 («Dal quadro normativo su delineato deriva, in conclusione, la sicura assoggettabilità dell'ente pubblico alla responsabilità per i danni causati ai soci e ai creditori dall'abusivo esercizio dell'attività di direzione e coordinamento nei confronti delle società dallo stesso partecipate»). Sottolinea come l'azione di cui all'art. 2497, comma 1, c.c., nasca dall'intento del legislatore di aggiungere alle azioni disponibili in base ai principi generali ulteriori strumenti a favore dei soci e dei creditori della società diretta, Trib. Milano, 16 marzo 2015, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, II, 341 ss.

[80] L'esigenza di tutelare la certezza del diritto e l'affidamento dei terzi viene sottolineata in particolare anche da C. Ibba, *Diritto comune e diritto speciale,* cit., 44 ss. Spunti in tal senso pare possano essere utilizzati al fine di individuare lo statuto applicabile alle società c.d. legali, per le quali, accanto ad un orientamento giurisprudenziale volto ad applicare un regime cd. pubblicistico (di esenzione), possono segnalarsi recenti pronunce che ne hanno confermato la fallibilità, sottolineando come non si possa concepire un tipo sociale scardinato dalla disciplina del diritto comune «per non creare un vero e proprio mostro giuridico completamente nelle mani della gestione politica e interamente irresponsabile nei confronti dei terzi, con evidente violazione dei principi di uguaglianza e di legittimo affidamento» (Trib. Como sez. III, 27 marzo 2018, in *ilsocietario.it*, 2018; Trib. Aosta, 16 ottobre 2019, in ilfallimentarista.it, 2019).

[81] Valorizza questo spunto Trib. Milano, Sez. Spec. Impresa, 7 marzo 2022, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*, il quale sottolinea come la norma definitoria del Codice della crisi richiami la questione risolta dalla disposizione di cui all'art. 19, d.l. n. 78/2009 (che esclude dalla nozione di "enti" rilevanti *ex* art. 2497, comma 1, lo Stato). Considera tale norma definitoria come eccezione e non come conferma di una regola generale, ritenendola perciò di stretta interpretazione, E. Marchisio, «Gruppo» ed «eterodirezione», cit. 353 ss.

Non pare infatti che l'esclusione degli enti territoriali dalla definizione di gruppo possa costituire argomento rilevante per poter sostenere che gli stessi, qualora esercitino in concreto un'attività di direzione e coordinamento, possano essere esonerati dalla soggezione alla disciplina di cui artt. 2497 ss. c.c., e ciò, oltre che per tutte le considerazioni sopra esposte, anche per il valore settoriale che tale previsione ha (essendo diretta a precisare l'ambito applicativo del Codice della crisi[82]), nonché per il fatto che una diversa interpretazione eccederebbe le previsioni della legge delega (art. 3, L. 19 ottobre 2017, n. 155[83]), la quale di certo non si proponeva di individuare, più in generale, la disciplina applicabile alla *holding* pubblica.

11. (Segue): *alcuni corollari per la società* in house

La possibilità di assoggettare gli enti pubblici alla responsabilità da direzione e coordinamento pare avere degli importanti corollari anche sotto il profilo delle condotte che gli stessi sono tenuti ad assumere al fine di rendere la propria attività conforme ai principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale *ex* art. 2497, comma 1, c.c.

Proprio in virtù di tali principi, il socio pubblico sarà, in particolare, tenuto ad improntare l'esercizio della propria attività al criterio dell'operatore privato-razionale, potendo essere chiamato a rispondere ai sensi dell'art. 2497, comma 1, c.c. (come emerge anche dalla più recente casistica giurisprudenziale) ove abbia imposto alla società diretta e coordinata logiche del tutto diseconomiche da cui ne sia derivata una lesione all'integrità del patrimonio sociale[84].

---

[82] Pone il dubbio di legittimità costituzionale rispetto alla possibile esclusione dell'ente pubblico capogruppo dall'applicazione di disposizioni in materia di crisi dei gruppi invece applicabili ove la società sia *in bonis* (tra cui ad esempio l'art. 291, comma 1, CCII, che pone in capo al curatore la legittimazione ad esercitare le azioni di responsabilità previste dall'art. 2497 c.c.), E. Marchisio, «Gruppo» ed «eterodirezione» , cit., 356.

[83] La legge delega (art. 3, comma 1, lett. *a)*, L. n. 155/2017) si limitava infatti a «prevedere una definizione di gruppo di imprese modellata sulla nozione di direzione e coordinamento di cui agli articoli 2497 e seguenti nonché di cui all'articolo 2545-*septies* del Codice civile, corredata della presunzione semplice di assoggettamento a direzione e coordinamento in presenza di un rapporto di controllo ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile».

[84] Così, Trib. Torino, Sez. spec. Impresa, 3 febbraio 2022, n. 402, cit., che ha condannato l'ente territoriale al risarcimento danni per responsabilità da direzione e coordinamento, avendo posto in essere «un sistema di etero gestione mirato e continuato per anni ed anni e per fini propri» e a prescindere dal fatto che la società dominata «da municipalizzata fosse divenuta s.p.a e quindi soggetta, come anche i suoi soci pubblici, alle regole codicistiche di diritto comune»; vedi anche Trib. Napoli, Sez. spec. Impresa, 5 ottobre 2023, cit., che condanna il Comune socio unico mediante un'azione *ex* 2497, comma 4, c.c., stante l'esercizio effettivo della direzione e coordinamento sulla società partecipata in modo totalitario realizzato in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale. Si veda anche Trib. Torino, Sez. spec. Impresa, 26 gennaio 2023, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*, il quale precisa come il parametro concernente i "principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale" precluda all'ente controllante «di imporre, nell'interesse esclusiva-

Il richiamo ai parametri della corretta gestione societaria ed imprenditoriale pare assumere una particolare rilevanza nell'ambito delle società *in house,* fornendo al socio pubblico dei criteri da seguire nell'esercizio del controllo analogo, il quale, per quanto possa tradursi in un potere di ingerenza "forte" sulla società, dovrà tenere conto di una serie di limiti, primo tra tutti quello dell'uso strumentale della stessa (come fosse "cosa propria")[85].

Ove il controllo analogo si spinga fino al punto di svuotare la società *in house* di ogni autonomia decisionale, arrecando un danno al patrimonio sociale e magari determinandone l'insolvenza, l'ente pubblico che dirige e coordina sarà chiamato a rispondere *ex* art. 2497, comma 1, c.c., a seguito di un'azione promossa dagli altri soci (ove ve ne siano), dai creditori sociali o, nel caso in cui sia pendente una procedura concorsuale, dal curatore o da altro organo *ex* artt. 2497, comma 4, c.c., e 291, comma 1, CCII[86]. Del resto, la possibilità per gli amministratori di rispondere in concorso con il soggetto che dirige e coordina ai sensi dell'art. 2497, comma 2, c.c., potrà indurre questi ultimi a fare uso di una maggiore autonomia rispetto alla volontà del socio pubblico, ove dall'esecuzione della stessa ne possano discendere conseguenze pregiudizievoli per la società e per il suo patrimonio (non potendo gli stessi invocare la mancanza di autonomia gestionale, derivante dal controllo analogo dell'ente pubblico, per sottrarsi a responsabilità)[87].

---

mente proprio, politiche aziendali o singole operazioni prive di sostenibilità economica eventualmente anche per assenza di vantaggi compensativi».

[85] Si potrebbe ritenere che in simili ipotesi sia più coerente con la veste di socio "tiranno" dell'ente pubblico, una responsabilità patrimoniale dello stesso per i debiti della società (in tal senso, G. D'Attorre, *crisi delle società pubbliche,* cit., 1065 s.; F. Fimmanò, *L'abuso di eterodirezione,* cit., 47 ss.), ipotesi suggestiva, che però troverebbe un ostacolo nella natura di società di capitali delle partecipate *ex* art. 3, comma 1, t.u.s.p., in quanto tali dotate di autonomia patrimoniale perfetta. E vedi in giurisprudenza, Trib. Civitavecchia, 24 giugno 2022, n. 747, cit., il quale precisa che l'ente pubblico non risponde dei debiti contratti dalla società *in house* alla quale partecipa, non potendo derivare da tale modello organizzativo una deroga alle regole del diritto societario con estensione illimitata e solidale della responsabilità in capo allo stesso per le obbligazioni assunte dalla società partecipata; nello stesso senso, Trib. Crotone, sez. lav., 6 ottobre 2022, n. 705, in *dejure.it.*

[86] Se, nel caso delle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società *in house* (anche in caso di fallimento della stessa), la giurisprudenza tende ad ammettere il concorso tra giurisdizione contabile e giurisdizione ordinaria, rispondendo ad interessi diversi ed essendo diversamente configurate e perciò non sovrapponibili, con riguardo all'azione nei confronti dell'ente pubblico per esercizio della direzione e coordinamento si riconosce la giurisdizione del giudice ordinario (Cass., sez. un., 13 settembre 2018, n. 22406, in *Foro it.,* 2019, 946 ss.; vedi in tema, F. Cerioni, *Responsabilità degli amministratori,* cit., 338 ss.; C. Pecoraro, *Sulla responsabilità degli amministratori delle società c.d. in house tra giurisdizione civile e giurisdizione contabile: interessi rilevanti e tecniche di tutela,* in *Nuovo dir. soc.,* 2020, 1605 ss., spec. 1646 ss.).

[87] Vedi Trib. Palermo, 28 aprile 2021, cit., il quale sottolinea come gli amministratori sono tenuti a rispondere in solido con l'ente pubblico che dirige e coordina, non potendo gli stessi invocare la mancanza di autonomia gestionale in ragione della direzione e coordinamento esercitata dal Comune, gravando anche sugli amministratori di una società partecipata i medesimi obblighi previsti dall'art. 2392 c.c. per tutti gli amministratori di s.p.a. Pare escludere la responsabilità degli amministratori di società *in house* per i danni derivanti da decisioni imposte dal socio pubblico nell'esercizio del controllo analogo (ritenendo che, data la sussistenza di un rapporto di servizio con la PA, gli stessi non possano far valere un dovere di "resistenza" rispetto a diret-

Il socio pubblico, sempre in coerenza con il rispetto dei principi di corretta gestione, sarà tenuto, nell'esercizio della direzione e coordinamento, a svolgere anche una funzione di prevenzione della crisi di impresa, essendo condivisa l'idea che il soggetto che dirige e coordina abbia un potere-dovere di monitoraggio sulla società diretta e di indirizzo sui suoi assetti organizzativi nonché sulla regolazione della crisi (considerazioni che sembrerebbero assumere ulteriore consistenza alla luce della disciplina del CCII in materia di gruppi di imprese, la quale presuppone un coordinamento tra le diverse società e quindi l'utilizzo, da parte della capogruppo, di poteri di eterodirezione)[88].

In questi termini, la riserva di competenza amministrativa *ex* art. 120-*bis,* CCII – specie se si condividono le premesse sopra svolte, che suggeriscono di tener conto, nell'applicazione della disposizione, della sua effettiva *ratio* così come delle esigenze rilevanti in concreto – non sembrerebbe impedire all'ente pubblico *holding* di impartire delle direttive in merito al contenuto del piano della società debitrice sottoposta alla sua direzione e in particolare sulle modificazioni statutarie correlate (nei limiti segnalati *supra*)[89].

12. **Conclusioni**

Le considerazioni effettuate nel presente scritto, pur focalizzate su alcuni profili di disciplina, ripropongono la questione più generale della compatibilità dell' *in house providing* con i principi inderogabili del diritto societario.

L'intervento del legislatore del testo unico, che pure si proponeva di superare tale possibile incompatibilità attraverso l'introduzione della facoltà di deroga

tive illegittime, come sarebbe nei normali rapporti tra assemblea e amministratori), A. Valzer, *Controllo analogo,* cit., 1072 ss.

[88] Vedi Assonime, *I doveri,* cit., 1401 s.; O. Cagnasso, *op. cit*, 243, secondo cui rientra tra i doveri connessi alla direzione e coordinamento «il tempestivo accertamento da parte della capogruppo dell'alterazione dell'equilibrio finanziario delle società eterodirette, comportante la valutazione prognostica circa l'evoluzione della situazione ed in particolare del rischio dell'emergere dell'insolvenza o anche solo di uno stato di crisi»; P.G. Marchetti, *Del dovere di direzione e coordinamento: l'approdo al Codice della crisi di impresa di un tema caro a Paolo Ferro-Luzzi,* in *Riv.soc.,* 2022, 1412 ss., spec. 1419 ss.; E. Ricciardiello, *La crisi dell'impresa di gruppo tra strumenti di prevenzione e di gestione,* Milano, 2020, spec. 87 ss., 157 ss. Sottolinea come i doveri derivanti dall'esercizio del potere di direzione e coordinamento ricomprendono l'individuazione dei rimedi in caso di crisi o di insolvenza di una società del gruppo anche al fine di evitare la propagazione della crisi a società *in bonis*, M. Miola, *Attività di direzione e coordinamento e crisi di impresa nei gruppi di società,* in *Società, Banche e Crisi d'impresa.* Liber amicorum *Pietro Abbadessa*, 3, Torino, 2014, 2709 ss., spec. 2735 ss.; vedi anche U. Tombari, *Crisi d'impesa e doveri di "corretta gestione societaria e imprenditoriale" della società capogruppo*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, I, 631. Sui doveri organizzativi della capogruppo, L. Panzani, *Codice della crisi e gruppi di società,* in *Riv. soc.,* 2022, 1330 ss., 1343 ss., sottolineando come gli assetti organizzativi siano espressione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale.

[89] Così O. Cagnasso, *op. cit*, 243.

alla competenza esclusiva degli amministratori *ex* art. 16, comma 2, t.u.s.p., non sembrerebbe risolutivo, come emerge dalle discordanti opinioni della dottrina, dal contraddittorio quadro giurisprudenziale sviluppatosi anche successivamente alla sua introduzione, nonché dalla mancanza di un coordinamento con tale previsione dei più recenti interventi legislativi (tra cui, in particolare, le disposizioni del CCII, come si è avuto modo di sottolineare).

Sebbene il rinvio *ex* art. 1, comma 3, t.u.s.p., alla disciplina societaria generale, così come tutti gli ulteriori spunti di natura sistematica già precisati e in particolare la necessità per il socio pubblico di esercitare la propria attività nel rispetto dei principi *ex* art. 2497, comma 1, c.c., impongano di accogliere una versione – per così dire – affievolita del controllo analogo, la giurisprudenza, specie amministrativa e contabile (spesso al fine di affermare la giurisdizione della Corte di conti) tende a ribadire invece la necessità – quale condizione per un legittimo affidamento *in house* – che l'organo amministrativo si trovi in una posizione di autonomia limitata o di subordinazione gerarchica rispetto all'ente pubblico, al quale spetterebbe un potere di comando non riconducibile a nessuna delle prerogative che il diritto societario riconosce ai soci[90].

La persistente contrapposizione tra concezioni diverse del controllo analogo parrebbe in realtà essere conseguenza inevitabile dell'incompatibilità di fondo sussistente tra l' *in house providing* e il diritto societario: se il modello di società *in house* fosse, infatti, pienamente conforme al diritto comunitario (che, come si è visto, ammette la deroga all'evidenza pubblica solo ove la società sia un'articolazione interna della pubblica amministrazione e quindi quest'ultima abbia il potere di influire in modo determinante sulle strategie e sulle scelte fondamentali della prima), non sarebbe compatibile con la disciplina delle società di capitali per le ragioni già precisate; viceversa, un modello *in house* costruito nel rispetto dei principi inderogabili del nostro diritto societario (che, come abbiamo visto, presuppone l'esistenza di una sfera intangibile di autonomia decisionale in capo alla società e ai suoi amministratori) potrebbe risultare, invece, troppo blando al fine di rendere legittimo l'affidamento *in house*[91].

---

[90] Vedi le pronunce citate al par. 3.

[91] Del resto, dubbi in merito alla qualificazione del controllo analogo paiono porseli anche le Sezioni Unite, nel momento in cui si interrogano sulla sua possibile riconducibilità al controllo societario previsto dal codice civile o rinvengono una "contraddizione in termini" nella pretesa di esercitare il controllo analogo su una distinta società: nel primo senso, Cass., sez. un., 17 giugno 2021, n. 17327, in *dejure.it,* che sottolinea «l'esigenza di un particolare approfondimento in ordine alla sostanza del c.d. controllo analogo – anche sotto forma di controllo congiunto – sulla gestione della società *in house* per individuare con precisione, tenendo conto della progressiva evoluzione normativa e giurisprudenziale intervenuta negli ultimi anni, in che cosa effettivamente possa concretizzarsi tale requisito imprescindibile ai fini della qualificazione di una società di capitali come società *in house* e altresì se la sua conformazione debba nettamente differenziarlo rispetto al paradigma del controllo sugli amministratori delle società di capitali rinvenibile nel codice civile ovvero se possa anche eventualmente riflettersi in una fattispecie di fungibilità rispetto a tale paradigma, distanziandosene soltanto in relazione

Abbiamo visto come tale quadro si complichi ulteriormente ove la società *in house* si trovi in una situazione di crisi – stante la necessità di provvedere ad una tutela rafforzata dei creditori sociali – ipotesi che, in particolare, emerge nell'ambito della previsione di cui all'art. 120-*bis,* CCII, la quale, attribuendo agli amministratori una competenza esclusiva in materia di accesso agli strumenti di regolazione della crisi di impresa e sulle delibere correlate, rischia di produrre, non un affievolimento, ma un vero e proprio "svuotamento" del controllo analogo (perlomeno se non si tenti un'interpretazione volta ad adeguare il dato normativo alle esigenze del caso concreto).

Alla luce delle considerazioni effettuate, si possono perciò nutrire perplessità su un intervento legislativo che, pur dichiarando *ex* art. 1, comma 2, CCII, la salvezza dell'art. 14 t.u.s.p. (previsione che comunque non esaurisce né tantomeno consente di risolvere tutte le possibili situazioni di conflitto tra le due normative), stabilisce per le società partecipate un rinvio *tout court* a disposizioni dettate per le imprese private e quindi basate su una gerarchia di valori che con difficoltà può essere esportata nell'ambito delle imprese pubbliche, potendo del resto dubitarsi che, a fronte dell'incoerenza sistematica e delle difficoltà applicative che ne derivano, lo sforzo dell'interprete possa rivelarsi sufficiente a superare le criticità evidenziate[92].

Nell'incertezza del quadro prospettato, pare che un fattore evolutivo nella disciplina delle partecipate sia dato dalla possibile soggezione dell'ente pubblico alla responsabilità da direzione e coordinamento di cui all'art. 2497, comma 1, c.c., circostanza che – come già ampiamente sottolineato – sembrerebbe poter sollecitare quest'ultimo ad un esercizio "virtuoso" del controllo analogo e a valorizzare la propria partecipazione nella società *in house*, premesse indispensabili per allontanare il rischio della crisi di impresa e di quanto essa comporta.

---

alla peculiarità del sotteso interesse di tutela rispetto a praticabili condotte idonee a generare danno erariale»; nel secondo senso, Cass., sez. un., 28 giugno 2022, n. 20632, cit., secondo cui «Lo scopo e le modalità, dunque, del fenomeno giuridico dell'attività "*in house*" (che, non si può non ammettere, sfiora di per sé una contraddizione in termini) si avvincono, come già sopra si segnalava, alla concretezza del caso: devono pertanto essere determinati caso per caso, anche ai fini della identificazione della giurisdizione e quindi della possibilità o meno della sussistenza di un danno erariale, sulla base dell'attribuzione appunto del controllo sulle decisioni fondamentali all'ente pubblico (o agli enti pubblici coinvolti), per finalità invero esterne/estranee alle esigenze *stricto sensu* societarie e che attribuiscono all'ente (o agli enti) un *plus* ontologico rispetto alla – per quanto indispensabile – qualità di socio (o di soci) della società *in house*».

[92] Dubbi in merito alla scelta di sottoporre le società partecipate alle ordinarie procedure concorsuali viene espressa, con riferimento alla disciplina di cui all'art. 14, comma 1, t.u.s.p., da G. D'Attorre, *Crisi delle società pubbliche,* cit., 1060, ritenendo preferibile l'introduzione di una procedura concorsuale *ad hoc* per esse.

Elisabetta Codazzi - Abstract

L'esercizio del controllo analogo su società in house *tra crisi di impresa e direzione e coordinamento del socio pubblico: alcune riflessioni alla luce del nuovo art. 120-*bis*, CCII*

Le nuove disposizioni del Codice della crisi e dell'insolvenza, confermando la soggezione delle società *in house* alle procedure e agli strumenti di regolazione della crisi previsti per tutte le altre società, pongono una serie di questioni di carattere interpretativo, data la non sempre facile adattabilità della normativa generale a tale fattispecie.
Nel presente scritto si cercheranno di approfondire, due temi, che paiono avere un particolare interesse per le loro implicazioni di carattere pratico e sistematico: il primo è quello della applicazione alle società *in house* dell'art. 120-*bis*, CCIII (norma che attribuisce agli amministratori una competenza esclusiva anche su materie che spetterebbero ai soci in quanto riconducibili al controllo analogo); l'altro è quello del rapporto tra controllo analogo e direzione e coordinamento, ritenendosi che la possibile soggezione del socio pubblico alla responsabilità di cui all'art. 2497, comma 1, c.c., possa indurlo ad un esercizio del controllo analogo conforme ai principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale e quindi ad assumere un ruolo decisivo anche in funzione della prevenzione della crisi di impresa.

*The exercise of "controllo analogo" over in-house companies between business crisis and "direzione e coordinamento" of the public shareholder: some considerations in light of the new art. 120-*bis*, CCII*

The new provisions of the Crisis and Insolvency Code, confirming the subjection of in-house companies to the procedures and crisis regulation tools provided for all other companies, raise a number of questions of interpretation, given the not always easy adaptability of this case to the general legislation.
The aim of this article is to explore two issues, which seem to be of particular interest for their practical and systematic implications: the first is on the application to in-house companies of Art. 120-*bis*, CCIII (a provision that gives the directors exclusive competence even over matters that would be the responsibility of the shareholders as they are related to "controllo analogo"); the other is the relationship between "controllo analogo" and "direzione e coordinamento", considering that the possible subjection of the public shareholder to the liability referred to in Art. 2497, paragraph 1, Civil Code, may induce it to exercise "controllo analogo" in accordance with the principles of correct corporate and entrepreneurial management and thus assume a decisive role also in the function of preventing business crisis.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 69, n. 112 (3 2023) pp. 205-224

Articoli e saggi

Algunos aspectos sobre el Derecho de obligaciones romano y el sistema contractual romano

Javier Belda Mercado*

Sumario. 1. Introducción: preceptos fundamentales. – 2. Principio de la autonomía de la voluntad privada en relación a los contratos innominados y la libertad contractual. – 3. Tutela procesal de las convenciones obligatorias atípicas en época clásica: sobre el *agere praescriptis verbis*. – 4. El contrato en Labeón: Posiciones doctrinales en el sentido de una simple contraposición entre acciones civiles y acciones pretorias *in factum* para tutela de los contratos innominados. – 5. Conclusiones: Analogía de los *nova negotia* con los contratos reales, fuente de obligaciones *ex re tradita*.

1. *Introducción: preceptos fundamentales*

La teoría de los contratos innominados es una de los más interesantes, y representa una de las más notables muestras del genio jurídico romano, encontrándose en dicha teoría el fundamento que ha ejercido mayor influencia en la elaboración de preceptos fundamentales de todos los derechos modernos[1].

La idea central de los contratos innominados es el principio de la equidad, según el cual, una persona no debe enriquecerse injustamente en perjuicio de otro. Que un determinado negocio sea o no un *contractus*, no obstaculiza para que si ha habido cumplimiento de la prestación por una de las partes, haya en base a la equidad una causa suficiente para que nazca una obligatoriedad.

* Universidad de Granada; *jbelda@ugr.es*.

[1] A través de su análisis puede advertirse cómo el Derecho, en constante evolución, avanza a través del antiguo concepto formalista y rígido, para formar un concepto nuevo, construyendo un principio jurídico de interés indudable, y termina, al final, dando pleno valor al acuerdo de las partes como forma de obligarse. La búsqueda del origen y de la evolución de la historia de estos contratos innominados ha constituido objeto de estudios recientes en la doctrina, siendo todavía materia de controverisa; Buckland, "*Aestimatum", Mélanges Cornil* I (1926), 139.

Indicar de modo preciso cómo se estableció la obligatoriedad civil de los contratos innominados no es tarea fácil. Dicha cuestión constituye uno de los problemas más difíciles de resolver y más controvertido en el estudio del Derecho romano[2].

Así, pues, debió irse haciendo cada vez más imperiosa la necesidad práctica de reconocer estos acuerdos, creándose así un clima propicio que culminase con el reconocimiento definitivo de estas convenciones que, por aparecer frente a aquellos contratos que durante la época clásica habían sido típicos, y tenían propio nombre, se les designará con el nombre genérico de contratos innominados, a los que Justiniano dota de tutela procesal propia, otorgándoles una acción que se denominará *actio praescriptis verbis*, y que se dirigirá a exigir el cumplimiento de lo pactado.

Es pues a partir del derecho justinianeo cuando aquellas convenciones, que en época clásica carecían de todo poder obligatorio, se van a convertir en un tipo de contrato de los reconocidos por el *ius civile*, los contratos innominados, que tendrán fuerza obligatoria, y a los que se les dota de una *actio* propia para hacerlos efectivos, la *actio praescriptis verbis.* Por tanto, la admisión en la esfera contractual de los actos innominados fue tardía, y constituye la última etapa del desarrollo de la técnica romana del contrato[3]. Aunque en los primeros siglos del Imperio se planteó por los jurisconsultos el problema de la obligatoriedad de las relaciones jurídicas nuevas, sólo por obra de la jurisprudencia bizantina se establecen las bases necesarias a fin de dar a estos convenios una acción para exigir su cumplimiento[4].Una cierta elasticidad del sistema se puede observar mediante la teoría de los *pacta adiecta*, puestos en conexión con la *natura contractus*, los cuales venían a

[2] Todas las dificultades emanan del gran número de interpolaciones que sufrieron los fragmentos relativos al desarrollo de la teoría de los contratos innominados, en su mayoría interpolados. La fuerza civil de los*nova negotia* emana de la jurisprudencia del Bajo Imperio; los compiladores retocan en el *Corpus Iuris* los pasajes clásicos, y con este fin fusionan las acciones otorgadas por los legisladores del Imperio con la civil bizantina. Los juristas de la época clásica parecen conceder, a favor de la parte que ejecutó el convenio, una *actio civilis*, cuando en realidad dichos juristas se pronunciaban por la acción pretoria que resultaba del hecho. En numerosas ocasiones, el legislador aparece sirviéndose indistintamente tanto de la *actio in factum* como de la *actio civilis*. Esta anomalía se subsana con el nuevo sistema, según el cual, todo pasaje clásico referente a los actos innominados, que presente tanto acciones civiles como pretorias, debe considerarse interpolado.

[3] Sobre la cuestión, C.A. Cannata, *Tre studi sul contratto e il contratto innominato nel diritto romano*, Torino, 2014; L. Zhan*, I contratti innnominati in diritto romano*, Giuffré 2007; P. Voci, *La dottrina romana del contratto*, Roma, 1946, 231 ss.; M. Sargenti, "Svolgimento dell´ idea di contratto nel pensiero giuridico romano", *IURA* 39 (1988-91) 25 ss.(también en Scritti di Manlio. Sargenti (2011); E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni in diritto romano*, Milano, 1947, 202 ss.; *P. Bonfante, Corso di Diritto romano. Le obbligazioni*, Milano, 1979, 279 ss.; G. Melillo, *Il negozio bilaterale romano. Contrahere e pacisci tra il primo e il terzo secolo*, Napoli, 1986, 130, 146; A. Burdese, "Recenti prospettive in tema di contratti", *Labeo* 38 (1992) 200 ss.; *F. Gallo, Synallagma e conventio nel contratto. Corso di Diritto romano* I, Torino, 1992; G. Grosso, *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1963, 31 ss; G. Pugliese, "Lezione introduttiva sul contratto in diritto romano", *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, Milano, 1988, 1 ss..

[4] Por lo que se refiere al sistema contractual bizantino, permanecería todavía como un sistema rígido y cerrado, sea para los contratos nominados como innominados, tratándose siempre de esquemas fijos y bien determinados.

eliminar la rigidez esquemática y a aproximar poco a poco el concepto bizantino a la figura moderna del contrato.

El otro recurso bizantino fue la aplicación, en vista de la *actio praescriptis verbis*, a una serie de negocios que sólo con muchos esfuerzos se incluirían en una de las cuatro figuras doctrinales de contrato innominado.

El *synallagma*[5], el *novum negotium* de D,19,5,8 (*Papinianus*, lib. XXVIII *Quaestionum*), D.19,5,9 (*Papinianus*, lib. XI *Responsorum*), D.19,5,19 (*Ulpianus*, lib. XXXI *ad Edictum*), D.2,14,7,2 (*Ulpianus*, lib. IV *ad Edictum*), o D.19,3,1 pr. (*Ulpianus*, lib. XXXII *ad Edictum*) tienen su base en la *conventio*, pero la acción y la obligación nacen cuando sea realizado el *dare* o el *facere*. Es necesario que una de las partes haya realizado su prestación, y que esta prestación intervenga como causa de la contraprestación, consistente también en un *dare* o en un *facere*, a la cual estará obligada si la primera ha cumplido su prestación. Así, precisamente, constituyen el punto de partida de los contratos innominados los casos de *dare ob rem* (D.19,5,5 pr., *Paulus,* lib. V *Quaestionum*), o *dare sub certa lege* (D.19,5,8, *Papinianus*, lib. XXVIII *Quaestionum*).

Contratum quorum appellationes nullae iure civili proditae sunt es la rúbrica textual para los contratos a los que ya los bizantinos vislumbraron un αγωγμου σύναλλαγμα[6] y los intérpretes llaman innominados[7] – sin un específico *nomen*-,

---

[5] Aristón aporta la idea de que había en el acto *do ut des* y *do ut facies* un *synallagma*, es decir, una operación que daba lugar a obligaciones civiles recíprocas: afirmaría la accionabilidad de convenciones atípicas relativas a prestaciones recíprocas condicionadas a la realización de una de las dos prestaciones, además del *do ut des*, o *do ut facies*; ello parece resultar de la mención de la *res quae non transit in alium contratum*, a nuestro parecer indicativa del objeto de la convención interpuesta entre las partes. Concesión pretoria de acciones *in factum praescriptis verbis*, en analogía a los contratos consensuales (D.13,6,3,2, *Ulpianus*, lib. XXVIII *ad Edictum*); D.19,5,2 (Celsus, *lib*. XIV *Digestorum*): *Nam, quum deficiant vulgaria atque visitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est.*

[6] *Contractum* habría indicado el acto recíprocamente obligatorio, del que surge el término griego *αγωγμου σύναλλαγμα*: y podría entenderse referido a su específico significado de equilibrio económico entre prestaciones recíprocas; A. Burdese, *op. cit.,* 205.

[7] Stefano, jurista bizantino, tomando en consideración los textos clásicos que revelaban tratarse de convenciones sin un nombre edictal, los denominó contratos innominados; sobre la cuestión, cf. C. Accarias, *Theoria des contrats innommés*, Paris, 1873; E. Betti "Sul valore dogmatico della categoria "*contrahere*" in giuristi proculeiani e sabiniani", *BIDR* 28 (1915), 4 ss.; *H. Behörr, Das sogenannte synallagma in den konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts*, Hamburg 1965, 8 ss.; A. Biscardi "*Quod Graeci synallagma vocant*" *Labeo* 29 (1983), 137 ss.; A. Burdese, "I contratti innominati", *Homenaje a Murga* (Madrid 1994), 63 ss.; Id., "Sul riconoscimento civile dei c.d cossidetti contratti innominati" *IURA* 36 (1985), 14 ss.; Id., "Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone", *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, Milano, 1988) 1 ss.; Id., "Osservazioni in tema di contratti innominati", *Estudios Iglesias* 1 (1986), 128 ss.; Id., "In margine ai contratti innominati", *BIDR* 88 (1985), 397 ss.; Id., "Ancora in tema di contratti innominati", *SHDI* 52 (1986), 442 ss..; *P. Cerami, "Vulgaria actionum nomina ed agere praescriptis verbis* in D.19,5,2", *IURA* 33 (1982), 121 ss.; P. Collinet, "L´invention du contrat innommé", *Mnemosyne Pappulia*, Paris, 1950, 69 ss.; Id., "Le fr. 5 Dig. 19,5 *De praescriptis verbis et in Fact.*.: Application de la Méthode critique de Decomposition des Textes", *Festschrift Koschaker I*, Weimar, 1939, 70 ss.; G. Dazarola, *Los contratos innominados en el derecho romano*, Santiago de Chile, 1954; P. de Francisci, *Storia e dottrina dei contratti innominati*, 2 vols., Pavia, 1913, 1916; F., *Synallagma e conventio*, cit., 160 ss.; R. Santoro, "Aspetti formulari della tutela delle convenzioni ati-

con denominación que no corresponde realmente, porque alguno de los *nova negotia* respecto al esquema tradicional tuvieron un nombre[8]. Es un simple recurso de los escoliastas[9] el decir que a estas convenciones le falta un nombre especial – como *mutuum*, *commodatum*-, y les corresponde aquel general de contrato[10].

En los casos en que aparece el *dare*[11], éste va entendido como transmisión de la propiedad; si esto no se produce, no nace obligación a cargo de la otra parte, y si ésta no transmite la propiedad de la cosa a quien ya ha realizado su prestación, estaría obligada a restituir o a cumplir la prestación en virtud de la *actio praescriptis verbis*, mientras que por su parte, la prestación representada por el *facere* podría consistir en cualquier hecho lícito.

Al consagrarse definitivamente la teoría de los *nova negotia*[12], el Derecho romano sentó un principio amplísimo: todo acuerdo sinalagmático que no se

---

piche", *La teoria contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea, Atti del Convegno di Diritto romano*, Siena, 1989, 83 ss.; M. Sargenti, "Labeone: la nascita dell´idea di contratto nel pensiero giuridico romano", *IURA* 38 (1987) 53 ss..(también en *Scritti di Manlio Sargenti* (2011); MCormack, "Contractual Theory and the Innominate Contrats", *SHDI* 38 (1972), 131 ss.; A. Schiavone, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia e transactio da Labeone a Ulpiano*, Napoli, 1971, 98 ss.; R. Sotty, "*Condictio incerti, actio ex stipulatu et actio praescriptis verbis*", *Sodalitas Guarino* 5, Napoli, 1984, 2478 ss.; M. Talamanca, "La tipicità dei contratti fra *conventio* e *stipulatio* fino a Labeone. *Contractus* e *pactum.* Tipicità e libertà negoziale nella sperienza tardo repubblicana", *Atti del convegno di Diritto romano e della presentazione della nova riproduzione della littera Florentina*, Napoli-Roma 1990, 36 ss.; M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1964, 663.

[8] Los intérpretes están de acuerdo en designar con este nombre a un grupo de convenciones sinalagmáticas que tienen por objeto prestaciones recíprocas; no existe ningún tipo de equívoco adoptando esta expresión, consagrada por el uso y acogida por los tratadistas más relevantges. Desde el s. II d.C. en adelante, algunos juristas afirmaron el principio, que parece encontrar consenso en gran parte de los jurisconsultos clásicos, por el cual las convenciones típicas, en las cuales una parte hubiera hecho una prestación en vista de una contraprestación, habría dado lugar a una *obligatio civilis* correspondiente al acreedor; cf. D.19,5,20; F. Girard, *Manual élémentaire de Droit romain*, Paris, 1929, 587 ss.; P. Bonfante, *Istituzioni di Diritto romano*, Milano, 1987, 467 ss.; S. Perozzi, *Istituzioni di Diritto romano*, Roma, 1949, 278 ss..

[9] *Basil*. 11,1,7, schol.1.

[10] Se fue reconociendo poco a poco valor obligatorio a convenciones que no fueron definidas con un *nomen* en alguno de los títulos del edicto pretorio dedicado a los contratos (como la *locatio*, la *emptio venditio*…).

[11] Los bizantinos consideran necesario que *subsit causa*, aludiendo a la ejecución del *dare* o del *facere*, tras poner de relieve el elemento de la voluntad, y se afirma el principio general que el simple acuerdo debía producir obligación y acción.

[12] La doctrina de la causa en la jurisprudencia romana no sólo surge en el ámbito de los contratos abstractos, sino que tendría la función de ampliar el ámbito de los contratos típicos. Frente al nacimiento y desarrollo de la práctica de los *nova negotia*, que no entraban en el esquema de ninguno de los contratos hasta ahora típicamente reconocidos por ley, Aristón reclama el concepto de causa para reconocer nuevos tipos de contratos (D.2,14,7,1: *qualora in alium contractum res non transeat subsit tamen ausa..esse obligationem*). En el caso de que la relación no entre en ninguna figura contractual reconocida, el acuerdo produce obligación *qualora subsit causa*. El jurista entiende la *causa* como fundamento jurídico de la obligación, y consiste en la ejecución de una prestación para obtener una contraprestación: causa en el sentido de que la obligación de una parte de realizar una prestación es el fundamento de la obligación a cargo de la otra, M. Giorgianni, "Causa", *ED* 6, Milano, 1960; A. Palma, "Vicende della *res* e permanenza della *causa*" *Scritti Guarino* 3, Napoli, 1984, 1489 ss ; E. Betti, "Causa del negozio giuridico", *NNDI* 3 (1959); P. Bonfante, "Il contratto e la causa del contratto", *Scritti giuridici* 3 (1926), 125 ss. Esta doctrina es el punto de partida para el reconocimiento de aquella categoria de contratos que se califican de innominados, en cuanto no responden a un determinado tipo.

hallare ubicado en ninguno de los contratos reales, verbales, o consensuales, era considerado como un contrato innominado y producía acción. Una vez consagrado definitivamente este resultado, la legislación romana dio un paso adelante, se amplió de manera considerable el campo de la contratación, antes limitado a cierto y determinado número de contratos. Sin embargo, este avance no llegó hasta la consagración absoluta de la libertad contractual, porque mientras una de las partes no hubiera cumplido real y efectivamente su compromiso, no podía darse fuerza obligatoria al acuerdo.

En el sistema justinianeo, el material relativo a la tutela de los contratos innominados se recoge precisamente en D.19,5 (*De praescriptis verbis et in factum actionibus*), además de D.19,3,4 (*De aestimatoria*), y D.19,4 (*De rerum permutatione*), con referencia a los contratos, originariamente innominados, provistos de tutela, y por C.4,64, *De rerum permutatione* y de *prescriptis verbis actione*, donde la *actio praescriptis verbis* viene a ser la denominación típica de la acción a tutela de dichos contratos.

Así las cosas, sólo determinados negocios eran idóneos en el derecho clásico para establecer una relación obligatoria, no concibiéndose vínculo obligatorio que pudiera surgir fuera de ellos. A diferencia de los contratos reales, literales o consensuales, los llamados contratos innominados no consisten en figuras típicamente determinadas, pero en dicha categoría cabría un número indeterminado de relaciones no comprendidas en otros contratos, y surgidos de la ejecución efectuada por un sujeto en las confrontaciones con otro, de una convención que tendría como objeto la obligaciones recíprocas de *dare* o *facere.*

Algunas de estas relaciones, que venían planteadas en cuanto satisfacían exigencias económicas, han acabado por asumir una propia y distinta figura, y han sido designadas con una denominación propia, siendo incluidos, por su estructura, entre los contratos innominados.

En la evolución del derecho romano se afirma un principio según el cual, en el caso de que las dos partes acuerden una prestación y una contraprestación, y una de ellas efectúe la propia prestación, surge en la otra parte la obligación de cumplir o efectuar la contraprestación. Tal principio lleva al reconocimiento, junto a los contratos típicos, de contratos sin una particular denominación – innominados[13].

Cuando se efectuaba la prestación, y la contraprestación no tenía lugar, podía repetirse la prestación efectuada mediante la *condictio ob causam datorum*,

[13] La jurisprudencia clásica, desde Labeón hasta Aristón, ha admitido, en orden a las convenciones obligatorias recíprocas, la sancionabilidad de las mismas mediante medios procesales, ambos directos al cumplimiento, prescindiendo, no sólo de la *actio doli* y de la *condictio* para la restitución de lo dado, sino también de la concesión decretal de *actiones* con fórmula *in factum concepta*, estructurada sobre una *demonstratio*, seguida de *condemnatio*, según la configuración típica planteada por Gayo (4,46).

pero no había acción alguna para exigir la contraprestación convenida y no efectuada. En tales casos intervino el pretor, concediendo, aparte de las acciones edictales, caso por caso, las llamadas acciones *in factum*, configuradas según la estructura de cada supuesto en particular. Tal vez por influjo helenístico, otorgó estas acciones cuando se había efectuado una de las prestaciones.

La *actio de dolo* y la *condictio ob rem* dan derecho a la parte que cumplió, ante la inejecución del obligado, para recuperar la prestación cuando era posible, o en caso de incumplimiento ilícito, para pedir la correspondiente indemnización de perjuicios, de acuerdo con lo ya expuesto. Pero con este sistema no se satisfacía el interés fundamental que había llevado a los contrayentes a celebrar el convenio, pues ni la *condictio ob rem dati* ni la *actio de dolo* servían para exigir la dación o prestación recíproca que se había estipulado. Era indispensable dotar a los contratos de una sanción más eficaz, la *actio in factum*[14] para asegurar la ejecución de los contratos sin nombre; mediante el empleo de este medio, la parte que había realizado su prestación podía, en caso de incumplimiento de la otra, exigir el resarcimiento de daños e intereses.

Al concederse la actio *in factum*, se mejoró la situación del acreedor cuando la prestación consistía en un hecho, no susceptible de ser repetido. Además, el autor de un *facere* sólo podría reclamar el resarcimiento de daños o intereses causados por incumplimiento, cuando éste era el producto de su comportamiento doloso; en caso contrario, quedaba sin recurso alguno. Ahora, el citado acreedor podía obtener la correspondiente indemnización de perjuicios por la inejecución de la prestación a la que se obligó la otra parte. Al consagrarse el principio que una acción por daños y perjuicios debía otorgarse en caso de incumplimiento de la prestación prometida, también se cumplía el motivo que había dado lugar a la celebración del convenio, como era obtener la dación o el hecho recíproco estipulado.

El primer medio, constituido por Labeón, resulta constituido por una acción pretoria reconducible a la cláusula edictal de *pactis conventis*, pero concedida sobre el modelo de las acciones edictales típicas que sancionan las figuras convencionales de los contratos consensuales, al menos sobre la base de obligaciones recíprocas. Ella aparece estructurada mediante una fórmula constituida por *praescriptis verbis* en lugar y función de *demonstratio*, que contiene la descripción del hecho concreto, y seguida en la *intentio* por el *quidquid dare facere oportet ex fide bona*[15].

[14] D.19,5,1 (*Papinianus*, lib.VIII *Quaestionum*); D.19,5,11 (*Pomponius*, lib. XXXIX *ad Quintum Mucium*); D.19,5,10 (*Iavolenus*, lib.XIII *Epistularum*); D.2,14,7,2 (*Ulpianus*, lib. IV *ad Edictum*); D.19,5,5,2 (*Paulus*, lib. V *Quaestionum*); D.19,5,13,1 (*Ulpianus*, lib. XIII *ad Sabinum*); D.19,5,24 (*Africanus*, lib. VIII *Quaestionum*); D.19,5,22 (*Gaius*, lib. X *ad Edictum provinciale*); D.19,4,1,1 (*Paulus*, lib. XXXII *ad Edictum*); D.19,5,13 pr. (*Ulpianus*, lib. XXX *ad Sabinum*); D.13,6,5,12 (*Ulpianus*, lib. XXVIII *ad Edictum*).

[15] La mayor parte de los autores se inclinan por ver en los contratos innominados una creación de los compiladores, negando su posible existencia en época clásica, y que existiera una acción de carácter civil que tutelara estas acciones no reconocidas por el *ius civile* del periodo clásico.

En nuestra opinión, durante el periodo clásico no estaban reconocidos por el *ius civile* estas convenciones, sino que simplemente se hallan protegidas, para evitar un enriquecimiento injusto, por una *condictio ob causam datorum,* que únicamente se dirigía a obtener la devolución de lo dado para el caso de que la otra parte no realizara su prestación[16]. En los supuestos en que la prestación realizada no fuera posible devolverla, se concedía la *actio doli*[17], cuando se probara que ello se debía a una intención de la parte que la recibió.

Así, observamos que no se disponía de una verdadera protección procesal otorgada a dichos negocios, sino que, por el contrario, era una mínima protección que lo único que pretendía era tratar de evitar un enriquecimiento injusto. Precisamente, la idea central de la teoría de los contratos innominados es el principio de equidad, según el cual, una persona no debía enriquecerse injustamente en perjuicio de otro. Que un determinado negocio sea o no un *contractus*, no obstaculiza para que si ha habido ejecución por una de las partes, haya en base a la equidad una causa suficiente para que nazca una obligación civil[18].

Así pues, el contrato innominado nace del convenio en el cual los dos interesados se prometen recíprocamente. Pero este convenio se hace obligatorio desde el momento en que uno de los contrayentes efectúa la prestación estipulada[19]. Parecería, en principio, que todo contrato innominado era unilateral, obligando solamente al contrayente que no ha cumplido aún. Pero en realidad, estos contratos son bilaterales o sinalagmáticos, engendran obligaciones recíprocas[20].

Como hemos dicho, en la compilación justinianea[21] es atribuida tal eficacia a los acuerdos acerca de una prestación y una contraprestación lícita, en el sentido de que hecha por una de las partes una prestación en vista de la contrapresta-

---

[16] *G. Pugliese, Istituzioni di diritto romano,* Padova, 1986, 645.

[17] C. Accarias, *op. cit.,* 408; P. Monier, *Manuel de Droit romain*, Paris, 1954, 185; E. Volterra, *op. cit.*, 536.

[18] Cf. D.2,14,7,2 (*Ulpianus*, lib. IV *ad Edictum*). Ello debió plantear graves problemas de orden práctico, por lo que el pretor, en su función supletoria de suplir las lagunas de derecho que se le plantearan, concedía *actiones in factum* quizás decretales, dado que no parece haber huella de las mismas en el edicto; E. Betti, *Istituzioni,* cit., 537, n.1.

[19] En realidad, en el caso de los contratos innominados, parecería que la obligación nacería unilateralmente, en cuanto que una de ellas, la relativa a la contraprestación, sólo nace cuando la contraprestación ha sido ya realizada. Quizás este carácter, sobre todo en los casos de permuta afín a la compraventa, no habría sido tenido en cuenta por los bizantinos, y por tanto habrían visto en aquella hipótesis una *obligatio ultro citroque*, una relación procesal bilateral, atribuyendo a la *actio praescriptis verbis* el carácter de acción de buena fe.

[20] Al igual que la *stipulatio: spondes centum mihi dare?*, este punto representa la supervivencia de principios clásicos, en los cuales la *obligatio* nacía de la *datio* y es, como aquélla, un residuo de las más antiguas concepciones, por la cual la obligación nacía por el hecho de haber recibido (*Empfangshaftung*), más tarde por la forma, y excepcionalmente, en el Derecho romano, por el simple acuerdo en los cuatro esquemas de contratos innominados.

[21] En la compilación se afirma el principio que cuando dos personas se hayan puesto de acuerdo sobre una prestación y una contraprestación lícita, y uno de los dos haya observado un comportamiento que se había estipulado previamente, surge para la otra parte el deber de cumplir la contraprestación. Los contratos que alcanzan así su validez son aquellos que la doctrina bizantina recoge bajo la categoría de contratos innominados.

ción, surge para la otra parte la obligación de su cumplimiento[22]. El derecho justinianeo, junto a contratos con un nombre propio, reconoce como relación obligatoria los acuerdos que la doctrina bizantina denominó contratos innominados[23].

La tesis avanzada por Aristón, nos llevaría a la aplicación en los casos considerados de la fórmula de *actio quae incertum petimus*, o *condictio incerti* sólo sucesivamente incluida en el edicto, y utilizada para solicitar un *incertum* por *stipulatio*.

De esta manera, acciones pretorias y civiles coexisten en las fuentes, sobre presupuestos de hecho no idénticos y entre contraste de opiniones, en el pensamiento jurisprudencial o en la praxis de época clásica.

Numerosos son los testimonios ulpianeos en tema de convenciones obligatorias atípicas: algunas de ellas contienen el reconocimiento de *actiones in factum*, así por ejemplo D.13,6,5,12 (*Ulpianus*, lib. XXVIII *ad Edictum*), en alternativa a la *actio locati*, ó D.43,26,8 (*Ulpianus*, lib. LXXI *ad Edictum)*, en alternativa a la *actio mandati.*

---

[22] En D.19,5,5 (*Ulpianus*, lib. V *Quaestionum*), se prevé la cuatripartición de las convenciones obligatorias atípicas en las figuras de *do ut des*, *do ut facies*, *facio ut des* o *facio ut facies*, planteándose el problema de la acción a utilizar en los distintos casos: para la hipótesis de *datio* (*rei, non pecuniae*) *ut rem accipiam*, puede ser sustancialmente genuino en armonía con D.19,4,1,2 (*Ulpianus*, lib. XXXII *ad Edictum*), el reconocimiento del nacimiento de la *civilis obligatio* sancionada con acción directa a hacer valer el cumplimiento de la contraprestación de *dare rem*, en alternativa a la acción para repetir cuanto ha sido prestado; Cf. D.19,4,1,3 (*Paulus*, lib. XXXII *ad Edictum*): *do ut des*; D.19,5,6 (*Neratius*, lib. I *Responsorum*): Se trata de hipótesis de *do ut facias*, en el cual, partiendo de la *datio* ya realizada, el autor reconoce la posibilidad de hacerlo por una pretensión deducida en la *intentio civilis incerti*, presumiblemente dirigida al *quidquid paret N.m N.m A.a A.a dare facere oportere*, presentada en Gayo 4,131 como *intentio* de fórmula *qua incertum petimus*, e identificable con la fórmula de la aristoniana *actio civilis incerti* en D.2,14,7,2 (*Ulpianus*, lib. IV *ad Edictum*); para un caso sustancialemente de *facio ut des*, (*manumissio ut des*), consistente en la *manumissio* de un esclavo efectuada en correlación con la *datio* de un esclavo resultado en propiedad de terceros, Giuliano no acoge la opinión aristoniana de la posibilidad de *actio civilis*, sólo admitiendo *in factum a pretore actionem dandam*; D.2,14,7,2. En caso de *manumissio ut des*, se precisaba el recurso a la *actio in factum*, que debe presuponer mínimamente una sustitución histórica, para el caso considerado, de la *condictio civilis incerti*, como precedente de la *actio praescriptis verbis* pretoria; ello no quita que Aristón parece haber afirmado la acción civil, sobre el presupuesto del reconocimiento de *obligatio* civil *ex contractu*, en hipótesis al menos de *do ut des* y *do ut facies*, sino también de *facio ut des* o *ut facias*, por lo cual se recurre a acciones decretales pretorias; cf. D.19,5,7 (*Papinianus*, lib. II *Quaestionum*), como ejemplo de *do ut manumittas*. Se interpondría la *praescriptis verbis* para obtener el resarcimiento del interés patrimonial a la ejecución de la prestación, salvo, en ausencia de dicho interés, el interponer la *condictio* para la mera restitución de lo dado; cf. D.17,1,54 pr. (*Papinianus*, lib. XXVI *Qaestionum*). El reconocimiento de una *actio praescriptis verbis* de buena fe, dentro del *agere praescriptis verbis* labeoniano, que parece consistir en la concesión decretal de buena fe, por analogía con los contratos típicos de acciones edictales a tutela de los contratos consensuales, se habría debido fundar sobre el previsto cambio sinalagmático de dos prestaciones, en la que una consistiría en manumitir. El caso es presentado como hipótesis de *do ut facies.*

[23] En el derecho justinianeo se forma de manera consistente una categoría de contratos innominados. Requisito para la tutela judicial de una parte, en su pretensión sobre la otra, era que esta última hubiese cumplido su prestación, obteniendo el acreedor medios judiciales a su disposición.

2. *Principio de la autonomía de la voluntad privada en relación a los contratos innominados y la libertad contractual*

El fundamento del principio de autonomía privada es la libertad de contratación, o más genéricamente, la libertad de iniciativa y de determinación del contenido de los negocios jurídicos.

El principio de autonomía de la voluntad, que domina en los ordenamientos actuales[24], no se expresó de igual forma en el Derecho romano, precisamente porque en éste sólo tiene la consideración de contrato el convenio reconocido por el derecho civil, y provisto por éste de una acción[25]. Pero a medida que se evoluciona jurídicamente, y aparecen nuevas relaciones de orden jurídico, se encuentran los juristas frente a convenciones que no constituyen un contrato, y respecto de los cuales deben decidir si les reconocen o no validez, aceptando posteriormente que la prestación de una de las partes es causa suficiente para obligar a la otra, naciendo de esta manera los llamados contratos innominados.

Después de la época arcaica, en la cual rige un sistema de tipicidad negocial basada en el uso de formas verbales, solemnes, a través de las cuales se revelan los efectos obligatorios y reales del acto, y donde precisamente la obligatoriedad[26] radica en la creación de un vínculo efectivo o potencial, de sujeción de la persona del obligado, a partir del s.IV a.C se puede empezar a hablar de tipicidad contractual[27], con referencia a figuras típicas de actos convencionales o exclusivamente obligatorias, que se traducen en asunción de responsabilidad, caracterizadas por el uso de una determinada forma verbal (*sponsio* e *stipulatio*), o literal (propia del *nomen transcriptitium*), o bien de una estructura real o consensual que responde a una

[24] El Derecho moderno de las obligaciones se rige por el principio de libertad contractual, consistente en que cualquier acuerdo tiene fuerza obligatoria, al igual que los contratos definidos especialmente por las leyes; esto es, toda convención lícita destinada a producir obligaciones es calificada como contrato. En el Derecho romano este principio fue desconocido; el simple acuerdo de voluntades no tenía fuerza obligatoria.; la convención era la base del contrato, pero no el contrato mismo. Para que pudieran surgir obligaciones eran necesarios otros requisitos, como que estuviera prevista de acción.

[25] Cf. I.3,13; D.2,14,1,3 (*Ulpianus*, lib. IV *ad Edictum*); *Paraph*. Teofilo 3,13,2.

[26] Al principio, la obligatoriedad civil del acuerdo nacía cuando el consentimiento se expresaba *verbis* o *litteris*. Al evolucionar la legislación romana, se amplía el concepto restringido de contrato, y se reconoce la categoría contractual de algunos convenios que se perfeccionaban *datio rei*. Estas convenciones forman el grupo de los contratos reales; hasta aquí el principio de que "el simple acuerdo de voluntades, el simple pacto, no basta para crear una obligación civil". La fuerza coercitiva del convenio dependía del cumplimiento de ciertas formalidades o del cambio patrimonial. El rigor de dicha norma se atenúa cuando el derecho reconoce que el simple consentimiento de las partes basta para que nazcan relaciones jurídicas entre ellas – contratos consensuales-. Desgraciadamente, el Derecho romano, al admitir el *solo consensu* como acto creador de obligaciones, no llegó hasta la autonomía de la voluntad, puesto que para que el acuerdo de voluntad fuese obligatorio, era necesario que la ley así lo declarase, otorgándole una *actio*.

[27] F. Gallo, *Synallagma e conventio*, cit., 23 ss.; M. Talamanca, "La tipicità dei contratti", cit., 36 ss..

específica causa o función económica-social, cuya eficacia vinculante es sancionada por el pretor mediante la concesión de acciones con fórmula concebida *in factum*.

De esta manera, surge un sistema de contratos basado sobre una tipicidad causal, que va más allá del uso de formas verbales o escritas. En el reconocimiento de tales figuras encuentra fundamento la concreta individualización, perteneciente a la última época republicana, de los tres modos respectivamente, *verbis, litteris* y *re*, de contraer obligaciones. Tal reconocimiento de nuevas figuras contractuales representa históricamente, dentro del periodo considerado, el modo en el cual se afirma una más amplia libertad contractual, dentro de esquemas determinados.

A final de la República, con la creación de nuevas figuras y la expansión de la libertad contractual, hace que se reconozcan convenciones que se apoyan sobre el cambio de prestaciones, que constituyen los llamados contratos innominados, en cuanto estarían privados de tutela edictal típica. Por tanto, el significado de libertad contractual se refiere, en cambio, a los contratos innominados, en cuanto habilita a las partes a llevar a cabo contratos con finalidad práctica, también no previstos por la ley, y su reconocimiento se basaría en la condición que el contrato innominado vaya encaminado a realizar intereses dignos de tutela, según el ordenamiento jurídico.

El sujeto, al cual se le reconoce tal autonomía, realiza el negocio en función del propio interés, siendo aquella misma el instrumento que la ley le concede para perseguir los fines prácticos que mejor respondan a ese interés.

3. *Tutela procesal de las convenciones obligatorias atípicas en época clásica: sobre el* agere praescriptis verbis

El derecho clásico habría conocido, a través del tiempo, dos medios procesales distintos a tutela de dichas convenciones, diferenciados en los presupuestos de aplicación – simple convención – o necesidad de cumplimiento de una de las partes, en la estructura de la fórmula (constituida en un caso de *praescriptio loco demonstratione)*, a la cual se le une una *intentio ex fide bona*, seguida de una *condemnatio*; en el otro caso, una *intentio incerta*, con una *condemnatio cum taxatione*[28]. Esto confirmaría la tesis según la cual, para la tutela de los contratos innominados, a fin de reclamar el cumplimiento de la prestación debida, subsisten en el derecho clásico dos acciones concretas[29]:

[28] R. Santoro, "Aspetti formulari della tutela delle convenzioni atipiche", cit, 83 ss.

[29] A propósito de ello, habría que tener en cuenta la gama de medios diferentes y análogos que los magistrados proponen para uso de los particulares, para la satisfacción más adecuada a sus fines e intereses; A. Burdese*op*, cit., 406.

a) una acción decretal pretoria, perteneciente a Labeón, por concederse en analogía a las acciones edictales típicas de los *iudicia bonae fidei*, previstas en el edicto para hipótesis contractuales típicas, con fórmula que contendría *praescriptis verba* en lugar y función de *demonstratio*, y sucesiva *intentio* en el *quidquid dare facere oportet ex fide bona.*

b) b) por otro lado, una acción edictal civil, reconocida a partir de Aristón sobre la base de la ejecución de la prestación, a partir de la cual se reclama, e *intentio incerta* en el *quidquid dare facere praestare oportet*, sólo eventualmente precedida de *praescriptio*, y seguida de una *condemnatio cum taxatione*[30].

Apreciamos por tanto en las fuentes una clara contraposición entre las acciones civiles, que habrían sido reconocidos a tutela de los contratos innominados, por algunos juristas, en especial por Aristón, y acciones pretorias *in factum*. Existencia de dos distintas acciones: una *praescriptis verbis*, en el *quidquid praestare oportet*, y la otra *civilis incerti*, en el *quidquid dare facer oportet*, según que la prestación debida consista o no en un puro hecho, como tal no susceptible de constituir objeto de *locatio*. Por tanto, del contrato innominado nacían dos acciones de diverso carácter: la *actio praescriptis verbis* y la *condictio*.

La *actio praescriptis verbis*[31] sería una acción *in factum, civilis*, de buena fe[32], directa al cumplimiento de la contraprestación o a la ejecución del acto, o al menos el *id quod interest* por el incumplimiento de la contraprestación. La *actio praescriptis verbis* había sido para los clásicos, más que una acción típica, un modo de proceder[33]; los mismos clásicos se habrían expresado a menudo no en términos de *actio*, sino de *agere praescriptis verbis.*

La acción fue calificada también como *civilis*[34], porque correspondía al derecho civil; *incerta*, porque se reclamaba un *incertum*, o sea, *quidquid dare facere*

---

[30] D.19,5,5,2 (*Paulus*, lib.V *Quaestionum*).

[31] *Actio praescriptis verbis*, en el sentido justinianeo, una *incerti civilis actio*, la cual *ex bona fide oritur*, y se presta para narrar en el *libellus conventionis* el hecho sobre el cual se funda la pretensión jurídica, que es un *incertum*, y reclamar la condena del convenido, obteniendo así una contraprestación o el resarcimiento del daño: la acción decretal pretoria presentaría una fórmula constituida por *praescriptio loco demonstratio*, seguida de *intentio* en el *quidquid dare facere praestare oportet ex fide bona*, y consiguiente *condemnatio* infinita. La *actio praescriptis verbis* es una acción de buena fe, que tiende a indemnizar al demandante de los perjuicios que le causase la inejecución del contrato; E. Cuq, *Institutions juridique des romains*, Paris, 1902.

[32] Los compiladores de Justiniano consideran la *actio praescriptis verbis* como acción típica, imprimiéndoles el carácter de acción de buena fe; J. Paricio, "Sobre el origen y naturaleza de los *bonae fidei iudicia*", *Estudios Reimundo Yanes*, Burgos, 2000, 195; B. Biondi, "*Iudicio bonae fidei*", *Annali Seminario giuridico Università di Palermo*, 1920, 277 ss.; A. Carcaterra, *Intorno ai bonae fidei iudicia,* Napoli, 1964, 194 ss.; P. Krüger, "Zur Geschichte der Entschung dei *bonae fidei iudicia*", *ZSS* 2 (1890), 185 ss.; G. Grosso, "Ricerche intorno all´elenco dei *bonae fidei iudicia*", *RISG I* (1928), 3 ss.. La *actio praescriptis verbis* se considera de buena fe, se le califica de *bonae fidei iudicia*; Accarias, *op. cit*., 26; B. Biondi, *Iudicia bonae fidei*, cit., 161 ss.

[33] M. Marrone, *Istituzioni*, cit., 165.

[34] En la acción edictal civil, la fórmula era sólo eventualmente precedida de *praescriptio*, y constituida por *intentio* en el *quidquid paret dare facere oportere*, seguida de *condemnatio cum taxatione.*

praestare oportet; *in factum* o *utilis*, porque no era propuesta en el edicto, sino concedida por el pretor caso por caso.

Kaser[35] confirma el carácter de acción pretoria, de acción decretal *in factum* a tutela de los contratos innominados, y la genuinidad de su denominación en las fuentes como *actio in factum civilis* o *actio praescriptis verbis*, o *actio civilis incerti*[36], donde la *demonstratio*[37] de la fórmula contendría la descripción del *factum,* seguida de una *intentio incerta in ius concepta*, en el *quidquid ob eam rem N.m N.m A.o.A.o, dare facere oportere ex fide bona*[38], por estar basada la *bona fides* sobre un *oportere* del *ius civile.*

Por su parte, Misera[39] confirma la genuinidad de la *actio civilis* o *actio civilis incerti,* o *id est praescriptis verbis*, a tutela de los contratos innominados[40]. Se trataría de una acción no edictal en cuya fórmula contendría una *demonstratio* descriptiva mediante *praescripta verba* del caso en cuestión, y una *intentio* en el *quidquid ob eam rem N.m N.m A.A dare facere oportet ex fide bona.*

En una hipótesis de *do ut facias*, y precisamente de *do ut manumittas*, habrían admitido la concesión de una *actio in factum*, no en cambio de una *actio civilis incerti* con *intentio* concebida *ex fide bona*, por estar demasiado apartada de los tipos contractuales reconocidos.

No sólo podía entablarse la *actio praescriptis verbis* en los casos de contratos reales innominados, sino más bien el *praescriptis verbis agere* servía en general como complemento del sistema de las acciones contractuales. Se habló, por tanto, de *agere* y de *actio praescriptis verbis*, y a las convenciones a las cuales se les atribuye tutela civil, fueron denominadas *contractus.*

---

[35] M. Kaser, *"Ius honorarium* e *ius civile*", *ZSS* 101 (1984), 95 ss.

[36] M. Sargenti, "Labeone: la nascita dell´idea di contratto", cit., 58 ss., también en *Scritti di Manlio Sargenti* (2011).

[37] Los juristas idearon entonces reemplazar la *demonstratio* por la *praescriptio*, o sea, por una claúsula incluída en la fórmula, en la cual se exponían los hechos que engendraba la obligación; C.2,4,6 (… se ha de dar la acción civil, que en las palabras expresadas indica la cosa que se hizo (… *utilis actio… quae praescriptis verbis rem gestem demonstrat, danda est*). La acción estaba pues basada, establecida, en el conjunto de los hechos expuestos en la *praescriptio*, y de ahí el nombre de *actio praescriptis verbis* (D.19,5,2 (*Celsus*, lib. VIII *Digestorum*); D.19,5,5,2 (*Paulus*, lib. V *Quaestionum*); D.19,5,7 (*Papinianus*, lib. II *Quaestionum*); D.19,5,8 (*Ulpianus*, lib. XXXI *ad Edictum*); D.19,5,13 (*Ulpianus*, lib. XXX *ad Sabinum*); D.19,5,17,1,2,3,5 (*Ulpianus*, lib. XXVIII *ad Edictum*); D.19,5,18 *(Ulpianus*, lib. XXX *ad Edictum*); D.19,5,19 pr. (*Ulpianus*, lib. XXXI *ad Edictum*); D.19,5,19,1 *(Ulpianus*, lib. XXXI *ad Edictum*); B. Brugi *Istituzioni di Diritto romano*, Torino, 1926, 367; P. Collinet "Le fr.5 Dig. 19,5 *De praescriptis verbis* et in F.Act", cit., ss.

[38] Por tanto, habría sido llamada por los clásicos, con referencia a la estructura formularia, *in factum*, y quizás también *praescriptis verbis*; A. Burdese, "In margine ai contratti innominati", cit., 399 ss.

[39] G. Misera, "Julian, Afrikan D.19,5,24 ein Beitrag zu *agere prescriptis verbis*", *Sodalitas Guarino* 6 (1984), 2591 ss.

[40] Entre otros textos, D.19,5,15 (*Ulpianus*, lib. LXXII *ad Sabinum*: … *Et quidem conventio ista non est nuda, ut quis dicat, ex pacto actionem non oriri, sed habet in se negotium aliquid: ergo civilis actio oriri potest, id est praescriptis verbis*..; D.19,5,24 (*Africanus*, lib. VIII *Quaestionum*): … *Quare tutius esse, praescriptis verbis in factum actionem dari, praesertim quum illud quoque convenisset, ut quod amplius praestitum esset, quax ex usuris redigeretur, sorti decederet: quod ipsum ius est causam pecuniae creditae excedat*; D,2,14,7,2 (*Ulpianus*, lib. IV *ad Edictum*).

Cuando los formularios tradicionales para interponer demanda no eran suficientes para autorizar una *actio*, y sin embargo se tenía la seguridad de que existía un *dare facere oportere ex fide bona*, entonces se concedía, para el caso concreto que se tratara, una fórmula[41] cuya *demonstratio* se concebía *in factum*: *quae praescriptis verbis rem gestat demonstrat*: en el principio de dicha fórmula se inscribía la correspondiente discusión de las partes con arreglo al hecho controvertido *in factum*, con el fin de poder condenar al demandado a *quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona intentio iuris civilis*.

Este modo de proceder se llamaba *praescriptis verbis agere*[42], y posibilita hacer uso de él en todos los casos en que no habiendo duda de la existencia de una obligación, sin embargo no estaba claro cúal fuera la naturaleza jurídica del hecho que a la misma servía de fundamento; aquí era preciso demandar la entrega de la prestación contraria por la vía *praescriptis verbis*, porque para estos contratos no existía una categoría fija y determinada, no había un molde formado ya *ab antiguo* (como lo había para el depósito, el comodato o la prenda). Pero lo mismo tenía lugar en todos los demás casos en que las categorías jurídicas resultaban demasiado rígidas para abarcar toda la riqueza inagotable de hechos que la vida jurídica presentaba.

La *actio praescriptis verbis*[43] viene a ser en tal modo una clase de *actio generalis*[44] para toda convención a la cual, en defecto o en la duda de la acción a emplear, se podrían atribuir efectos constitutivos de obligaciones. La *actio praescriptis verbis*[45], o las acciones pretorias *in factum* con función análoga, iban dirigidas al cumplimiento.

Del contrato innominado, sobre el supuesto que ello concerniese al cambio de prestaciones recíprocas, y al menos una de las partes hubiera realizado la suya, nacía una acción civil, directa a obtener la contraprestación, denominada *civi-*

---

[41] En el edicto pretorio pudieron ser propuestos aún fórmulas completas, para las cuales, a una *intentio* en el *praestare oportere* se habrían podido asociar distintas *demonstrationes*, dando así lugar a una *actio praescriptis verbis* para los contratos innominados, mientras la *condictio* se habría sustituido, a partir de Aristón, por la *actio praescriptis verbis* para los contratos innominados, dirigidos a un *incertum* del mismo tipo; R. Sotty, *op. cit*., 409.

[42] P. Cerami, *op. cit.,* 121 ss.; *cf.* Marciano D.19,5,25, o la posibilidad de *agere praescriptis verbis: dare* para obtener la repetición; reconocimiento de *agere praescriptis verbis* para hacer valer un *oportere ex fide bona*.

[43] P. Meylan, "Origine et nature de l´ *action praescriptis verbis*", *Mélanges Gerardin* (1907), 21 ss.; *Ch.. Von Glück, Commentario alle Pandette*, Milano, 1891, 491; P: Fuenteseca, *Derecho privado romano*, Madrid, 1978, 291; P. Huvelin, *Droit romain*, Paris, 1929, 105.

[44] M. Marrone, *op. cit*., 665.

[45] La sola mención de la *actio praescriptis verbis* se encuadra por ejemplo en D.4,3,9,3 (*Ulpianus*, lib. VI *ad Edictum*) (hipótesis próxima al secuestro); D.10,2,20,3 (*Ulpianus*, lib. XI *ad Edictum*) – en hipótesis próxima a la permuta – ; D.16,3,1,9 (*Ulpianus*, lib. XXX *ad Edictum*) (hipótesis próxima al arrendamiento); D,17,2,44 (*Ulpianus*, lib. XXXI *ad Edictum*) (hipótesis próxima a la sociedad); D.18,1,50 (*Ulpianus*, lib. XXIX *ad Sabinum*) (posibilidad de reconocer la *actio venditi*); D.19,5,17 (*Ulpianus*, lib. XXVIII *ad Edictum*) (hipótesis próxima al comodato); igual ocurriría con D.19,5,18 (*Ulpianus*, lib. XXVIII *ad Edictum*), respecto al secuestro, o D.19,5,19 pr. (*Ulpianus*, lib. XXVIII *ad Edictum*), en el caso de mandato.

lis in factum o *praescriptis verbis* o *incerti*[46], porque en ella, el hecho de la pretensión era descrito por una *praescriptio*, a diferencia de la *actio in factum* pretoria[47].

El pretor habría concedido, en hipótesis próximas a aquellos contratos con prestaciones recíprocas típicamente reconocidas, a través de acciones edictales, una *actio in factum*[48], a veces calificadas como *actio in factum civilis* o *actio civilis incerti*[49], y con referencia a la cual se hablaría a partir de Labeón, de *agire praescriptis verbis*[50] de la fórmula contendría la descripción del *factum*, seguido de una *intentio en el quidquid ob eam rem N.m N.m A.a A.a dare facere oportet ex fide bona*, por considerarse por tanto *in ius concepta*, por estar la *bona fides* basada sobre un *oportere del ius civile*.

Junto a la *actio praescriptis verbis*, directa a obtener la ejecución del contrato, encontramos la *condictio*, para obtener la restitución de lo dado[51], la cual tiene verdaderamente el aspecto de una acción directa a obtener la resolución del contrato mismo. Que la *condictio* haya sido conservada se demuestra porque se encuentra no sólo en textos genuinos, sino también en textos interpolados.

La parte que había cumplido su prestación, en el caso de que la otra parte no siguiese a su vez la contraprestación, podía reclamar la restitución de lo que había dado mediante una *actio iure civilis*, probablemente designada originaria-

[46] F. von Glück, *Commentario alle Pandette,* cit., 487.

[47] P. de Francisci, *Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominat,* cit., 235.

[48] Dicha acción habría sido seguramente concedida quizás después de influencias helenísticas, una vez que una de las partes hubiera realizado su propia prestación.

[49] M. Kaser, *Derecho privado romano*, 1982, 210; E. Cuq, *Institutions,* cit., 445; V. Arangio Ruiz, *Diritto romano,* cit., 317; B. Biondi, *Istituzioni,* cit., 536.

[50] D.19,5,11 (*Pomponius*, lib. XXXIX *ad Quintum Mucium*): acción concedida sobre el modelo de acción civil típica con fórmula que contendría en la *demonstratio-praescriptio*; según Sotty, *op. cit.*, 2478 ss., el *agere praescriptis verbis* se habría caracterizado por *praescriptis verba*, en función de *demonstratio*, seguida de *intentio* directa al *praestare oportere,* y se habría afianzado a partir de Aristón, para requerir el cumplimiento de prestaciones para hacer al acreedor una *actio civilis*, identificada con la *condictio incerta*, con fórmula que contendría una *intentio* en el *quidquid paret N.m N.m A.a A.a dare facere oportet*, y sólo eventualmente precedida de *praescriptio*; la descripción del hecho concreto, seguido de una *intentio*, como aquella de la acción sobre la cual es modelada, concebida *in ius* en el *quidquid… oportet ex fide bona*, y Celso, en D.19,5,2 (*Papinianus*, lib. VIII *Quaestionum*) habría indicado en el recurso a la *praescripta verba* el instrumento técnico formulario para la extensión de las acciones contractuales típicas sinalagmáticas; D.43,26,19,2 (*Iulianus*, lib, XLIX *Digestorum*) y D.43,26,2,2 (*Ulpianus*, lib. I *Institutionum*). A propósito de la mención de la *actio in factum praescriptis verbis*, se trataría de una acción no directa al cumplimiento de la contraprestración pactada, sino una acción directa a la restitución de lo dado, y por tanto, diversa en el fundamento sustancial, de la *actio civilis incerti*, perteneciente a Aristón, para la hipótesis *do ut des* o *do ut facies*, además de la *actio in factum prascriptis verbis* concedida por Labeón en hipótesis afines a figuras de contratos consensuales; D.19,5,25 (*Marcianus*, lib. III *Regularum*), para una hipótesis de cambio, que recuerda la permuta, entre *opera fabriles* de esclavos. Se menciona en el texto (en una frase infinitivo sin sujeto) la posibilidad de *agere praescriptis verbis*. Se podría atisbar un fundamento genuino con el reconocimiento del *agere praescriptis verbis* para hacer valer un *oportere ex fide bona*, en contraposición al reconocimiento de una obligación de mera restitución sancionada con una *condictio*.

[51] B. Biondi, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1956, 500; C. Accarias, *Précis,* cit., 415.

mente con el término de *condictio ob rem dati re non secuta*[52]. Y más tarde con aquél de *condictio causa data causa non secuta*[53]. Fundamento de esta *actio* es la *datio* hecha a fin e obtener la contraprestación, la cual no había sido realizada. La *condictio* faculta al que ha realizado la prestación para resolver el contrato en el caso de inejecución de la otra parte, y exigir la restitución de la cosa dada. Es la acción que permite reclamar la cosa que ha sido entregada con el fin de obtener la cosa, que no fue entregada. Es la acción de repetición (*condictio*), de una cosa que se transfirió con la intención de obtener una contraprestación (*ob rem*) cuando esa contraprestación no es llevada a cabo por la otra parte. Necesariamente la prestación debe consistir en la entrega de una cosa, y este requerimiento supone que una cosa ha sido dada en vista de una contraprestación.

El principio de enriquecimiento sin causa constituye el fundamento de esta acción. Existe enriquecimiento injusto cuando una persona recibe algo del patrimonio de otra sin causa jurídica. El sujeto gravado por dicho enriquecimiento injusto tiene contra el que se lucra una *actio*, una *condictio*, para reclamar la restitución de lo que sin razón jurídica adquirió.

Como se ve, dicha relación entre las partes no es considerada todavía como vínculo contractual que generase una *obligatio*, tanto es así que falta un medio judicial con el cual la parte que cumpla pueda obligar a la otra a cumplir la contraprestación.

Dado su objeto – repetición de cuanto se había dado-, la *condictio ob rem dati non secuta* no era aplicable en el caso en que alguno hubiese realizado una prestación consistente en un *facere*. En el caso de convención *facio ut des*, o convención *facio ut facies*, si una parte realiza el *facere* y la otra rechazaba el *dare* o *facere*, se podría actuar con la *actio doli*[54].

Se tiene la posibilidad de revocar la voluntad o de repetir la prestación íntegra *re* con la llamada *condictio ex poenitentia*[55]: por dicha acción, se autoriza en ciertos casos de excepción al que ha trasferido la propiedad de la cosa para recuperarla por desistimiento unilateral del contrato.

---

[52] F. Schulz, *Derecho romano clásico*, Barcelona, 1960, 499; C. Sanfilippo, *Istituzioni di Diritto romano*, Napoli, 1955, 246; P. Huvelin, *op. cit.*, 102; P. Monier, *op. cit.*, 185; V. Arangio Ruiz, *op. cit.,* 317; la *condictio ob rem dati* en el derecho justinianeo pasó a denominarse *condictio causa data non secuta*; la hipótesis se otorgó también a la hipótesis de *facio ut des* y *facio ut facies.*

[53] Sobre todo merece observación una singularidad, que después de acordada una *actio* civil al acreedor para obtener el cumplimiento de la promesa por parte del otro contrayente, no obstante se le otorga el *ius poenitentia*, esto es, la facultad de repetir mediante la *condictio causa non secuta* su prestación hasta que el deudor no haya cumplido su obligación.

[54] E. Volterra, *Istituzioni,* cit., 536.

[55] A. Guarino, *Diritto privato romano*, Napoli, 1957, 549; C. Sanfilippo, *Istituzioni,* cit., 247.

4. *El contrato en Labeón: Posiciones doctrinales en el sentido de una simple contraposición entre acciones civiles y acciones pretorias* in factum *para tutela de los contratos innominados.*

Labeón tiene una importancia considerable en el desarrollo histórico de la institución que estudiamos, al ser el primero en sancionar los *nova negotia* con una *actio in factum*[56].

Más tarde, numerosos legisladores siguieron la huella de Labeón, y admiten la acción de hecho como sanción de los contratos innominados[57], en hipótesis de contratos de mandato, compraventa[58], comodato[59], sociedad, depósito, y de esta manera se generaliza dicha acción como elemento protector de los *nova negotia*. Labeón califica el *contractum* como *ultro citroque obligatio*, como el "acto de un obligarse recíproco"[60], y llegando al testimonio labeoniano de acción a tutela de convenciones innominadas, parece cierto que aquél habría reconocido figuras típicas de contrato considerándolas tuteladas mediante una *actio praescriptis verbis*, como se expresa en D.18,1,80,3 (*Labeo*, lib. V *Posteriorum a Iavoleno Epitomatorum*); D.18,1,19 (*Ulpianus*, lib. XI *ad Edictum*), viendo en ellas un *convenire* o *consentire* de las partes, como se dice respectivamente en D.18,1,79 (*Iavolenus*, lib. V *ex Posterioribus Labeonis*) y D.19,5,17,1 (*Ulpianus*, lib. XXVIII *ad Edictum*)[61].

Definición labeoniana[62] contenida en D.50,16,19, de *contractum* como *ultro citroque obligatio*[63], con referencia a una obligación recíprocamente asumida[64], como una bilateralidad de efectos, lo que se traduce en un vínculo recíproco de las partes contratantes, no diverso del *obligari alterum alterum*, que se vuelve a encontrar en Gayo 3,137, en referencia a los contratos consensuales. Perte-

---

[56] F.Gallo, *Synallagma e conventio,* cit., 71; R.Santoro, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, Palermo, 1983, 127 ss.; P. Voci, Rec. a Santoro, "Il contratto nel pensiero di Labeone", *IURA* 34 (1983), 128 ss..

[57] A. Schiavone, *Studi sulle logiche dei giuristi romani,* cit., 98 ss.; A. Burdese, "Sul concetto di contratto", cit., 18; Id., "Ancora sul concetto di contratto nel pensiero di Labeone", *SDHI* 51 (1985), 475 ss..

[58] D.18,5,6 (*Paulus*, lib. II *ad Edictum*).

[59] D.13,6,5,12 (*Ulpianus*, lib. XXVIII *ad Edictum*).

[60] M. Sargenti, *op. cit.,* 27; A. Guarino, "Il contratto secondo Labeone", *Labeo* 29 (1983), 327 ss..

[61] Labeón identificaba el concepto de contrato sobre la base de la bilateralidad, en referencia a los contratos consensuales o bilaterales típicos del *ius gentium.*

[62] *Vid.* A. Biscardi, "*Quod Greci synallagma vocant*", cit., 137 ss.; A. Burdese, *Manuale di Diritto privato romano*, Torino, 1964, 561; H. Benöhr, *Das sogenannte synallagma*, cit., 8 ss.; subsiste la duda si Aristón intentaba referirse, además de a la hipótesis de *do ut des*, y *do ut facies*, también a las otras de *facio ut des* o *facio ut facies.*

[63] A. Albanese. "*Agere, gerere e contrahere* in D.50,16,19. Congetture su una definizione di Labeone", *SHDI* 38 (1972), 245 ss..

[64] También *agire praescriptis verbis* en D,18,1,79 (*Iavolenus*, *lib*. V *ex Posterioribus Labeonis*); D.18,1,50 (*Ulpianus*, *lib*. XI *ad Edictum*); D.19,5,17,1 (*Ulpianus*, *lib*. XXVIII *ad Edictum*); D.19,5,20 pr. (*Ulpianus*, *lib*. XXXII *ad Edictum*); D.19,5,19 pr. (*Ulpianus*, *lib*. XXXI *ad Edictum*).

nece a Labeón la accionabilidad de convenciones obligatorias atípicas, y ello aparece reconocido sobre la base de la bilateralidad de las obligaciones recíprocas[65].

En este sentido, debemos hacer alusión al estudio de posiciones doctrinales, en el sentido de una simple contraposición entre una acción civil, que habia sido reconocida a tutela de los contratos innominados por algunos juristas, en especial Aristón, y acciones pretorias *in factum*.

Al pensamiento de Labeón en tema de tutela de convenciones atípicas parece adherirse Aristón, según cuanto resulta de D.2,14,7,2 (*Ulpianus*, lib. IV *ad Edictum*). Aquí, en referencia al comentario al *edictum de pactis*, seguido de la consideración de las *conventiones iuris gentium*, sancionadas unas por *actiones* y otras por *exceptiones*, Ulpiano, adhiriéndose a la opinión de Aristón, afronta el problema de la naturaleza y relevancia de convenciones obligatorias innominadas, viendo Aristón en ellas un *sinallagma*, lo cual enlaza con la definición labeoniana de D.50,16,19.

Aristón parece desarrollar el término *synallagma*, – que resulta de las fuentes adoptado sólo por Labeón en D.50,16,19 – en el sentido de ir más allá de la rigurosa bilateralidad de efectos contractuales definida en aquel pasaje, para fundamentarla de manera más amplia sobre una correspondencia de prestaciones, y reconocer el nacimiento de la obligación en la hipótesis de realización de una de las prestaciones[66].

Habíamos visto que Labeón partía del reconocimiento de situaciones para tutelarse mediante *actio in factum*, sobre el modelo de fórmulas a tutela de los contratos consensuales típicos, y Aristón, desarrollando el concepto labeoniano de contrato, parece haber reconocido, en hipótesis de convenciones obligatorias que implican una reciprocidad de prestaciones, la posibilidad de interponer *actio civilis* con *intentio incerta,* posiblemente definida en el lenguaje gayano como *condictio incerti*, directa al cumplimiento de la contraprestación[67].

---

[65] D.19,5,1,1 (*Papinianus*, lib. VIII *Quaestionum*); D.18,1,80,3 (*Labeo*, lib. V *Posteriorum a Iavoleno epitomatorum)*; D.18,1,79 (*Iavolenus*, lib. V *ex Posterioribus Labeonis*); D.18,1,50 (*Ulpianus*, lib. XXIX *ad Sabinum*); D.19,5,17,1 (*Ulpianus*, lib. XXVIII *ad Sabinum*); D.19,5,20 pr. (*Ulpianus*, lib. XXVIII *ad Edictum*); D.19,5,19 pr. (*Ulpianus*, lib. XXVIII *ad Edictum*); D.19,5,5,2 (*Paulus*, lib. V *Quaestionum*).

[66] Ello aparece precedida de una fórmula, no necesariamente precedida de una *praescriptio pro actore*, y constituida por *intentio incerta* en el *quidquid paret N.m N.m A.o A.o dare facere oportet.*

[67] D.19,5,22 (*Gaius*, lib. X *ad Edictum provinciale*): Aristón reconocía suficiente la *actio civiles incerti*, a cuya mención se le añadiría la calificación posterior de *actio praescriptis verbis*, introducida *id est.* Aristón parece fundamentar el concepto de contrato – *synallagma* – sobre la idea de equilibrio de las prestaciones correspondientes, requiriendo la ejecución de una de ellas, consistente tanto en un *dare* como en un *facere.* D.19,5,20 (*Ulpianus*, lib. XXXII *ad Edictum)*; D.19,4,2,1 (*Paulus*, lib. V *ad Plautium*). Aristón, en tema de permuta, parece separarse de la opinión sabinianea, que la identificaba con la venta, considerándola como una fórmula próxima a ella, con el reconocimiento de dejarla accionable mediante *actio in factum* directa a un *oportere ex fide bona*, o bien el objeto de tal *oportere* podría estar constituido, en vista de la garantía de quien efectúa la *datio* de un esclavo, acerca de la ausencia en él de vicios, del *praestare*, además del *dare facere*. Se habla de una proximidad de la permuta a la *emptio; C. Sanfilippo, op. cit*., 246.

Así pues, Aristón habría individualizado en el *edictum de pactis* el fundamento de la tutela de las convenciones obligatorias atípicas, mediante una *praescriptio pro actore* añadida a la fórmula *in ius concepta*, de donde se deduce un *oportere ex fide bona*, de una *actio* definida por tanto al mismo tiempo como *in factum* y *civilis* correspondiente al acreedor[68].

Ello debía plantear graves problemas de orden práctico, por lo que el pretor, en su función supletoria, ante cada caso concreto de éstos que se le plantearon, concedía *actiones in factum* quizás decretales, dado que no parece haber huellas de las mismas en el edicto.

La doctrina de Aristón representa un paso adelante sobre el reducido ámbito de los contratos típicos. Pero cuando el pretor empieza a reconocer poco a poco nuevas figuras de relaciones contractuales, y cuando, como en el Derecho moderno, cualquier acuerdo de voluntad que presente los requisitos de la ley es de por sí productora de efectos jurídicos, *qualora subsit causa*, la función práctica de la doctrina de Aristón desvanece, y este jurista pasará a la historia de la doctrina jurídica por haber dado un impulso vigoroso a la ampliación de la categoría de contratos.

En definitiva, no todo acuerdo de voluntad es productor de efectos jurídicos, sino *qualora subsit causa*; Aristón entendía la causa como ejecución de una prestación; hoy día va entendida en sentido más amplio, pero siempre es requerida.

Como conclusión, podemos decir que la doctrina de la causa no va eliminada en nuestro ordenamiento, sino que, como requisito del contrato, va reconducida a sus orígenes y a las funciones que tenía el derecho y la jurisprudencia romana, o sea, limitada a los contratos atípicos. Así puies, el fundamento de la doctrina de Aristón es que *in alium contractam res non transeat*, o sea, que la relación no entre en el esquema de algún contrato típico.

5. *Conclusiones: Analogía de los* nova negotia *con los contratos reales, fuente de obligaciones* ex re tradita

Y terminamos con un breve alusión de la analogía justinianea entre los *nova negotia* y los contratos reales, lo cual se debe a lo que podríamos llamar lastre histórico. En las Pandectas, los llamados contratos innominados, y sobre todo la figura del *do ut des*, a la cual pertenece la permuta, son concebidos como una ampliación de la categoría de los contratos reales[69], lo que quiere decir que la entrega de la cosa hace que la obligación se denomine *re contracta*.

En este sentido, los contratos innominados fueron todos figuras afines a los contratos reales, al menos en el sentido de que la obligación del deudor surgía por

[68] R. Santoro, "Il contratto nel pensiero di Labeone", cit., 127 ss..

[69] Vid. C. Maschi, *La categoria dei contratti reali*, Milano, 1973.

efecto de una prestación hecha precedentemente por el acreedor. Si estas figuras no fueron incluidas entre los contratos civilísticos, fue por razones eminentemente históricas, y más concretamente, por el hecho de que las cuatro categorías de contratos estaban ya plenamente formadas[70].

Toda la fuerza obligatoria de los negocios innominados emana, como en los contratos reales, de haber realizado uno de los contrayentes la prestación convenida. Por esta razón, algunos romanistas han asimilado aquellos a los contratos reales: para nosotros, este criterio es criticable, pues ambas instituciones sólo tienen en común el modo de perfeccionarse. Entre las diferencias más importantes entre ellas, vemos que la prestación en los contratos reales consiste en la entrega de una cosa material, al tiempo que en los contratos innominados, la prestación puede consistir tanto en una *dare* como en un *facere*, según la categoría a la que pertenezca el negocio realizado.

Si de algún modo era posible llegar a exigir su cumplimiento, solicitando para ello una *actio in factum* al pretor, que discrecionalmente podía o no concederla, era siempre previo requisito de haber efectuado la *traditio*, es decir, la entrega real y efectiva de la cosa por una de las partes[71].

Ya en épocas muy anteriores a Justiniano se exigía la entrega de la cosa por una de las partes para que naciera la permuta, aún sin ser todavía considerado como contrato. Posiblemente, Justiniano se limitó a encuadrar esta situación en la categoría de contrato, con todas las ventajas que ello comportaba, creando para ello los contratos innominados.

Subsiste como requisito esencial la *traditio*, que ya venía exigiéndose con anterioridad. Justiniano, al reconocerlos como contratos, decidió de forma indirecta que aquellos se configuraran análogamente a los contratos reales. Esto explica que los contratos innominados fueran de naturaleza real en el Derecho romano. De ahí que la permuta se considere como un contrato de naturaleza análoga a la de los contratos reales: necesita como requisito *sine qua non*, para que nazca como tal contrato, es decir, para que surja una obligación, una *datio* del objeto convenido por una de las partes permutantes. Po ello, en los contratos innominados, mientras la prestación debida no ha sido ejecutada, el acreedor puede elegir entre la acción para la ejecución y la repetición de la cosa dada[72].

---

[70] A. Guarino, *op. cit.*, 548.

[71] Dicha exigencia quedó claramente reflejada en las fuentes: D.19,4,1,2 (*Paulus*, lib. XXXII *ad Edictum),* y C.4,64,3 (*Impp. Diocletianus et Maximianus*).

[72] En D.19,4,1, Paulo individualiza en la permuta un negocio *do ut des*, que requiere para su conclusión una *datio*, y hace surgir una *ex re tradita*, *obligatio*, mientras los contratos consensuales surgirían sobre la base del mero consenso, creando una acción no para repetición de lo dado, sino dirigida al interés del transmitente a tener la cosa en contrapartida; parece tratarse por tanto de una *actio civilis incerta*; cf. D.19,4,1,3. Así, mientras la *emptio venditio* se contrae sobre el mero consenso, la permuta nace sólo *ex re tradita*; parece deducirse del texto que ambos juristas hablan en sentido propio de permuta, como figura de convención atípica productora de obligaciones al parecer civil, sobre la *datio* de una de las cosas, que para ser productora de efectos debe haber determinado la transmisión de la propiedad a favor del *accipiens*; V. Arangio Ruiz, *Diritto romano*, cit., 318.

Javier Belda Mercado - Abstract

Algunos aspectos sobre el Derecho de obligaciones romano y el sistema contractual romano

La teoría de los contratos innominados constituye una de las más notables muestras del genio jurídico romano, y, además de representar la última etapa del desarrollo del contrato romano como fuente de obligaciones, en ella se encuentra el principio que ha ejercido mayor influencia en la elaboración de preceptos fundamentales de todos los derechos modernos. El nacimiento de la obligatoriedad civil de los contratos innominados es uno de los problemas más difíciles y más controvertido en el estudio del Derecho romano.

Some aspacts about the Roman law of obligations and the Roman contractual system

The theory of innominate contracts constitues one of the most interesting examples of excellence in Roman Law. It represents the last phase of the Roman development of contracts as a source of obligations, and presents the principle that has had greatest influence in the elaboration of basic precepts in all modern legal systems. This principle indicates the birth of civil obligations for all innominate contracts, which is one of the most difficult problems, and at the same time, the most controversial issue in Roman law.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 69, n. 112 (3 2023) pp. 225-326

Articoli e saggi

Il ciclo di vita dei prodotti di plastica nell'era dell'economia circolare: uno studio giuridico sistematico

Riccardo Stupazzini, Alessio Martini*

Sommario: 1. Considerazioni preliminari circa l'emersione del tema della plastica nell'ordinamento giuridico europeo e nazionale. – 2. La chiusura delle "porte d'ingresso" del mercato: le misure di divieto dei prodotti in plastica. – 2.1. Le prime misure di divieto: la direttiva 2015/720/UE. – 2.2. Le misure di restrizione nella direttiva 2019/904/UE. – 2.2.1. La mobilitazione degli enti territoriali antecedente al recepimento della direttiva 2019/904/UE. – 2.2.2. Il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 196: riflessioni a margine di alcune norme di recepimento controverse. – 2.3. Le "nuove" misure di divieto nella proposta di Regolamento sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio. – 3. Le possibili "alternative" alla plastica tradizionale: bioplastiche e prodotti riutilizzabili. – 3.1. La plastica biodegradabile e compostabile. – 3.2. I prodotti riutilizzabili. – 4. L'eco-progettazione e la plastica: le prospettive *de iure condendo*. – 5. Etichettatura, sensibilizzazione e le altre misure tra prevenzione e corretto conferimento. – 5.1. L'etichettatura dei prodotti in plastica. – 5.1.1. La marcatura dei prodotti SUP. – 5.1.2. Le altre disposizioni in materia di etichettatura. – 5.2. Le campagne di sensibilizzazione, comunicazione e formazione. – 5.3. Le misure di riduzione del consumo di plastica quale nuovo strumento di sensibilizzazione ambientale. – 6. La gestione del prodotto in plastica dopo il consumo. – 6.1. Raccolta e riciclo: due attività connesse. – 6.2. Il crescente ruolo dei sistemi di responsabilità estesa del produttore. – 7. La gestione dei rifiuti delle navi: considerazioni alla luce della direttiva 2019/883/UE e del relativo recepimento. – 8. Strade alternative alla gestione tradizionale: sottoprodotti ed *end of waste*. – 9. Il regime giuridico dei rifiuti in plastica dispersi nell'ambiente marino. – 10. Conclusioni.

* Il presente contributo è il frutto di una collaborazione tra i due autori nell'ambito di un progetto di avvio alla ricerca finanziato dall'Università "La Sapienza" di Roma. In particolare, i §§ 1, 2, 2.1, 2.2, 2.2.1, 2.2.2, 2.3, 3.1, 4, 7 e 9 sono stati redatti dal dott. Stupazzini e i §§ 3.2, 5, 5.1, 5.1.1, 5.1.2, 5.2, 5.3, 6, 6.1, 6.2, 8 e 10 dal dott. Martini.

1. *Considerazioni preliminari circa l'emersione del tema della plastica nell'ordinamento giuridico europeo e nazionale*

Come noto, la plastica è un materiale la cui produzione è vertiginosamente aumentata negli ultimi cinquant'anni: si è passati da un ammontare di 15 milioni di tonnellate nel 1964 a circa 311 milioni di tonnellate nel 2014, con una previsione di raddoppiamento nei prossimi venti anni[1]. In Europa, la produzione di plastica si attesta sulle 58 milioni di tonnellate ogni anno[2]; un quantitativo che posiziona il Vecchio Continente al secondo posto, dopo la Cina, nella classifica mondiale di produzione della plastica[3]. Si tratta di cifre che non sorprendono se si considera che siffatto materiale è ritenuto essenziale per gran parte dei processi produttivi e, di riflesso, per lo stile di vita dei cittadini, che solo nell'area dell'Europa occidentale fanno registrare un consumo medio annuo pro-capite di plastica pari a 136 Kg[4]. Non è comunque certamente questa la sede per ricordare che il "successo" di questo materiale sia dovuto alle sue caratteristiche di versatilità, leggerezza e durabilità, che ne hanno favorito un'estesa applicazione, in particolare nel settore della manifattura degli imballaggi[5], che insieme al settore dell'edilizia e a quello automobilistico costituisce la destinazione principale del materiale medesimo[6].

Sebbene sia riconosciuto che l'impiego di tale materiale contribuisca in parte a rispondere a esigenze concrete e attuali[7], la produzione e il consumo di pla-

[1] D.E. MacArthur, D. Waughray, M.R. Stuchtey, *The New Plastics Economy - Rethinking the future of plastics*, World Economic Forum, 2016, 17. Secondo le più recenti stime condivise in PlasticEurope, *Plastics - The Facts of 2022*, nel 2021 l'ammontare complessivo di produzione globale di plastica è stimato a circa 390,7 milioni di tonnellate di plastica.

[2] D. Calleja, *Why the "New Plastics Economy" must be a circular economy*, in *Field Actions Science Reports*, Special Issue 19, 2019, 22 ss.

[3] Così secondo i dati condivisi nel rapporto PlasticEurope, *Plastics – The Facts of 2019: An Analysis of European Plastics Production, Demand and Waste Data*, consultabile sul sito *www.plasticseurope.org*. Nel più recente rapporto PlasticEurope, *Plastics - The Facts of 2022*, l'ammontare stimato di plastica prodotta in Europa nel 2021 è pari a 57.2 milioni di tonnellate.

[4] Così secondo i dati condivisi in Plastics Insight, *Global consumption of plastic materials by region (1980-2015)*, Market statistics, 2016, richiamati nel rapporto dell'Agenzia europea dell'ambiente L.F. Mortensen, I. Tange, Å. Stenmarck, A. Fråne, T. Nielsen, N. Boberg, F. Bauer, *Plastics, the circular economy and Europe's environment-A priority for action*, 2021, 15.

[5] Secondo i dati condivisi nel rapporto PlasticEurope, *Plastics - The Facts of 2022*, rispetto alla produzione globale di plastica, quello degli imballaggi costituisce il maggiore settore di applicazione, con una percentuale pari al 44% del totale.

[6] Così nel rapporto dell'Agenzia europea dell'ambiente L.F. Mortensen, I. Tange, Å. Stenmarck, A. Fråne, T. Nielsen, N. Boberg, F. Bauer, *Plastics, the circular economy and Europe's environment-A priority for action*, 2021, 15, nell'ambito del quale viene peraltro precisato che il più grande settore di utilizzo delle materie plastiche è quello relativo agli imballaggi, che costituisce circa il 40% della domanda europea.

[7] Così nella COM (2018) 28 final, facendo riferimento al contributo che la plastica apporta nell'ambito della sicurezza alimentare, nella riduzione degli sprechi alimentari, nell'utilizzo di nuovi materiali in automobili e aerei che consentono di ridurre le emissioni di CO2, nella riduzione del consumo energetico, etc.

stica pongono complesse e intricate problematicità in termini di impatti ambientali. Chiaramente, tra questi ultimi va annoverato il significativo ammontare di anidride carbonica rilasciata ai fini della produzione di plastica nell'Unione, pari a circa 13,4 milioni di CO_2 all'anno, che corrisponderebbe al 20% delle emissioni europee dell'intera industria chimica[8]. Sempre con riferimento alle emissioni di gas serra, all'ammontare derivante dai processi produttivi va altresì aggiunto il quantitativo di CO_2 emesso nella fase del fine vita del prodotto. Invero, con riferimento a ciò, è stato stimato che ogni anno in Europa vengano inceneriti tra i 20 e i 30 milioni di tonnellate di rifiuti di plastica, producendo emissioni di CO_2 pari a circa 50-80 milioni di tonnellate all'anno[9].

Mantenendo lo sguardo sul fine vita del prodotto, il consumo di plastica pone altresì delle sfide in termini di gestione del rifiuto, considerando che solo nel 2018 sono stati raccolti in Europa circa 29 milioni di tonnellate di rifiuti di plastica, di cui solo il 32% è stato raccolto per l'avvio al riciclo[10]. Rispetto a tale dimensione, la sfida presumibilmente più nota che pone la plastica è la dispersione del materiale medesimo nell'ambiente, in particolare quello marino. Invero, secondo le stime più recenti, questo rappresenterebbe oltre l'80% dei rifiuti marini, considerando che ogni anno tra i 4,8 e i 12,7 milioni di tonnellate di plastica finiscono dalla terraferma negli oceani[11]. Si tratta dei rifiuti che derivano dalle attività terrestri[12], dalle navi, ovvero da altre installazioni nelle acque e che, dopo aver percorso distanze anche considerevoli, finiscono per stabilizzarsi nei fondali, nelle spiagge, ovvero sulla superficie delle acque[13]. Chiaramente, la decomposizione di tali materiali per opera di processi fisici, chimici e biologici, che avviene principalmente attraverso reazioni di foto-ossidazione indotte dalle radiazioni solari UV, è un processo particolarmente lento, sul quale incidono le diverse con-

[8] Così nel già citato rapporto L.F. Mortensen, I. Tange, Å. Stenmarck, A. Fråne, T. Nielsen, N. Boberg, F. Bauer, *Plastics, the circular economy and Europe's environment-A priority for action*, cit., 36, che richiama i dati del rapporto inseriti nell'ulteriore rapporto dell'Agenzia europea dell'ambiente del 2020 *'Annual European Union greenhouse gas inventory 1990–2018 and inventory report 2020'*.

[9] L.F. Mortensen, I. Tange, Å. Stenmarck, A. Fråne, T. Nielsen, N. Boberg, F. Bauer, *Plastics, the circular economy and Europe's environment-A priority for action*, cit., 44.

[10] *Ibidem*.

[11] J.R. Jambeck *et al*, *Plastic waste inputs from land into the ocean,* in *Science*, Febbraio 2015, vol. 347, 768-771. Si precisa che lo studio si riferisce ai dati relativi al consumo di plastica del 2010.

[12] Come evidenziato in F. Galgani *et al*, *Global Distribution, Composition and Abundance of Marine Litter*, in M. Bergmann, L. Gutow, M. Klages (a cura di), *Marine Anthropogenic Litter*, Cham, 2015, 29 ss., le fonti terrestri includono principalmente i rifiuti della popolazione, i rifiuti derivanti dalle attività ricreative sulla costa e dall'industria, porti, discariche, ma anche traboccamenti di acque reflue, ovvero perdite accidentali ed eventi estremi.

[13] Sul tema della derivazione dei rifiuti dispersi nell'ambiente si veda il recente rapporto dell'Agenzia Europea dell'Ambiente n. 5/2022 (J.M. Veiga, A. Winterstetter, C. Murray, G. Šubelj, S. Birk, A. Lusher, B. van Bavel, Ü. Aytan, J.H. Andersen, A. Sholokhova, A. Kideys, M.J. Smit, M. Arnold, M. Aydın, *Marine litter in Europe – An integrated assessment from source to sea*, ETC/ICM Technical Report 05/2022: European Topic Centre on Inland, Coastal and Marine Waters, 2022).

dizioni ambientali. Da ciò deriva l'inevitabile persistenza per un periodo di tempo maggiore di tali materiali nei fondali marini più profondi, che chiaramente si trovano al di sotto della zona eufotica[14].

L'impatto ambientale derivante dalla dispersione di tali detriti plastici è, come intuibile, particolarmente nocivo e la portata del fenomeno è tale da aver condotto il Programma delle Nazioni Unite per l'ambiente (UNEP - United Nations Environment Programme) a identificare tale situazione come una delle questioni di emergenza ambientale di maggior preoccupazione[15]. L'effetto dannoso più visibile riguarda l'aggrovigliamento della fauna selvatica in tali rifiuti, spesso in strumenti di pesca, corde e reti, che impediscono agli organismi marini di muoversi, nutrirsi e respirare. Ma l'impatto ambientale che maggiormente si impone come fonte di preoccupazione, trattandosi di un fenomeno che sfugge all'umana visibilità e al pieno controllo, deriva dalla frammentazione della plastica in piccole particelle: scambiate come cibo, vengono ingerite dalla fauna, entrano nella catena alimentare marina e finiscono per produrre conseguenze negative anche per gli esseri umani, che sono i consumatori finali della diversità ittica[16].

Quella della microplastica è una questione destinata ad imporsi con urgenza nell'agenda politica, sia in virtù della proporzione diretta che sussiste tra l'aumento della produzione di plastica e la generazione di nuovi detriti, sia per la presenza nociva degli ingenti quantitativi di detriti plastici che già inquinano le acque marine[17]. Si tratta di danni all'ecosistema marino misurabili anche in termini economici, per un ammontare pari a circa 13 miliardi all'anno, senza tuttavia considerare in tale quantificazione i costi delle ulteriori esternalità generate dalla produzione di plastica dovute al mancato riutilizzo e al conseguente incenerimento, quali il rilascio delle emissioni di gas responsabili dell'effetto serra[18].

Come riconosciuto da più parti, rispetto a simili sfide non esiste una ricetta idonea ad individuare un'unica risposta integralmente risolutiva, ossia «*(a) "silver bullet" solution to significantly reduce plastic waste and GHG emissions*»[19]. In tal senso, allora, è nel combinato disposto delle misure c.d. "a monte" (*upstream*) e "a valle" (*downstream*) del ciclo produttivo e nella loro relativa complementarietà che devono essere ricercate le opportune soluzioni. Con le prime si intendo-

[14] A.L Andrady., *Persistence of Plastic Litter in the Oceans*, in M. Bergmann, L. Gutow, M. Klages, *Marine Anthropogenic Litter*, Cham, 2015, 57 ss.

[15] UNEP, *UNEP Frontiers 2016 Report: Emerging Issues of Environmental Concern*, Nairobi, 2016, 32 ss.

[16] Sul tema cfr. S. Kühn, E.L. Bravo Rebolledo, J.A van Franeker, *Deleterious Effects of Litter on Marine Life,* in M. Bergmann, L. Gutow, M. Klages, *Marine Anthropogenic Litter*, cit., 75 ss.

[17] R.C. Thompson, *Microplastics in the Marine Environment: Sources, Consequences and Solutions*, in M. Bergmann, L. Gutow, M. Klages, *Marine Anthropogenic Litter*, cit., 185 ss.

[18] D.E. MacArthur, D. Waughray, M.R. Stuchtey, *The New Plastics Economy - Rethinking the future of plastics*, cit., 14.

[19] SYSTEMIQ, *ReShaping Plastics: Pathways to a Circular, Climate Neutral Plastics System in Europe*, 2022, 36

no quelle soluzioni che contribuiscono a ridurre o sostituire l'utilizzo di plastica, intervenendo in una fase antecedente al consumo, quali le misure di riduzione, di sostituzione, o di progettazione; queste soluzioni di *upstream* sarebbero efficaci in termini di riduzione della domanda complessiva di plastica fino al 22% entro il 2050, secondo talune previsioni[20], ma potrebbero comunque presentare degli impatti sociali e ambientali negativi. Gli interventi c.d. "a valle" si riferirebbero invece alle misure successive al consumo di plastica, riguardanti quindi le diverse fasi della gestione del rifiuto, tra cui il riciclo meccanico e chimico. Si tratta di soluzioni comunque ritenute imprescindibili che, tuttavia, sono strutturalmente limitate, *inter alia,* dalla fattibilità economica e dalla capacità di realizzazione in tempi brevi delle infrastrutture necessarie[21].

Ad analoga conclusione si è peraltro pervenuti con specifico riferimento al problema della dispersione della plastica nell'ambiente. Invero, pur tenendo conto delle diverse peculiarità delle soluzioni individuate all'interno degli Stati membri, è stato ritenuto opportuno individuare una comune strategia che tenga insieme interventi che, per così dire, chiudano le porte d'ingresso e d'uscita dei manufatti realizzati in plastica nel progressivo obiettivo di serrare ermeticamente, per quanto possibile, il ciclo di tale materiale. A tal proposito, diventa essenziale: prevenire l'ingresso sul mercato di taluni prodotti tramite la previsione di divieti espressi; fornire incentivi per un utilizzo circolare, nelle sue diverse accezioni, dei prodotti; scoraggiare la fuoriuscita dei materiali plastici dal sistema, attraverso incentivi finalizzati alla realizzazione di infrastrutture per la cattura dei materiali, l'accesso al sistema di raccolta, selezione e separazione e agli impianti di riciclaggio, ovvero misure per la condivisione di responsabilità delle fasi di fine vita tra produttori e consumatori[22].

Sullo sfondo delle risposte già individuate sul piano del diritto internazionale[23] e in via di definizione[24], l'inserimento del tema all'interno dell'agenda programmatica comunitaria è avvenuto solo nell'ultimo decennio. Seguendo una linea di evoluzione cronologica, il primo documento con cui è stato definito un

[20] Ivi, 37.

[21] Ivi, 36-37.

[22] UNIDO, *Addressing the challenge of Marine Plastic Litter using Circular Economy methods. Relevant considerations*, Aprile 2019, 42 ss.

[23] Con specifico riferimento all'inquinamento marino, sono diverse le fonti di diritto internazionale attraverso cui si è intervenuti in tal senso. Tra di essi può ricordarsi, *ex multis*: la Convenzione sulla prevenzione dell'inquinamento marino dallo scarico di rifiuti e altre sostanze, adottata a Londra il 13 novembre 1972, così come modificata dal Protocollo del 1996; la Convenzione internazionale per la prevenzione dell'inquinamento causato da navi (MARPOL), firmata il 17 febbraio del 1973; la Convenzione delle Nazioni Unite sul mare (UNCLOS) del 1982. Sul tema si rinvia alla ricostruzione condivisa da I. Tani, *Oceani di plastica: il quadro giuridico internazionale*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2018, n. 3, 613 ss.

[24] Il riferimento è alla bozza dell'accordo internazionale giuridicamente vincolante in materia di plastica 'Zero draft text of the international legally binding instrument on plastic pollution, including in the marine environment' (UNEP/PP/INC.3/4). Intorno a ciò si veda I. Tani, *Riflessioni a margine di un imminente negoziato contro l'inquinamento globale da rifiuti di plastica*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2022, n. 1, 269 ss.

preliminare percorso strategico è stato il 'Libro Verde - Una strategia europea per i rifiuti di plastica nell'ambiente'[25]. Si tratta di un atto redatto nel 2013 dalla Commissione, presentato al fine di avviare una riflessione sulle possibili risposte alle sfide poste dai rifiuti di plastica, raccogliere dati, valutare gli interessi coinvolti e conoscere l'opinione delle parti interessate sul fenomeno. Nell'ambito di siffatta elaborazione, veniva apertamente riconosciuto come una scarsa gestione dei rifiuti sulla terraferma, ossia limitati tassi di recupero dei rifiuti di plastica, aggravi significativamente il problema dell'inquinamento marino da plastica. Sulla base di ciò, dunque, veniva posta l'enfasi sulla dimensione preventiva di una gestione efficiente dei rifiuti, insistendo sul ruolo dell'eco-progettazione dei prodotti, quale soluzione idonea, da un lato, a favorire un ciclo di vita più lungo del prodotto, dall'altro, una volta consumato, a semplificarne il riciclo.

Proseguendo lungo questo percorso, è stata successivamente adottata la comunicazione "L'anello mancante – Piano d'azione dell'Unione europea per l'economia circolare"[26], con la quale veniva delineato un ambizioso piano per sostenere la transizione verso un'economia circolare. A tal fine, veniva richiamato l'impegno di tutti i livelli di governo per assicurare maggiore competitività al mercato, tutelare le imprese dalla scarsità delle risorse e dalla volatilità dei prezzi e contribuire ad evitare danni irreversibili al clima, alla biodiversità e all'inquinamento dell'aria, del suolo e dell'acqua. In tale quadro, anche in considerazione delle relative specificità, la Commissione quindi identificava quello della plastica come un settore meritevole di prioritaria attenzione. Dunque, il conseguente impegno della Commissione, appurato che solo il 25% di tali rifiuti fosse riciclato e che il 50% fosse collocato in discarica, era quello di elaborare una strategia per affrontare le sfide poste da tale materiale nelle fasi della catena del valore, tenendo conto del loro ciclo di vita.

Coerentemente con tale ambizione, la Commissione ha successivamente rivolto al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni l'atto programmatico "Strategia europea per la plastica nell'economia circolare"[27]. In piena continuità con i propositi emersi negli atti precedenti, tale documento ha rappresentato l'occasione per promuovere la visione europea di una nuova economia della plastica, nella quale la progettazione e la produzione devono farsi carico delle esigenze di riutilizzo, riparazione e riciclaggio. Sono stati così definiti degli obiettivi entro il 2030, tra i quali *ex multis*: rendere tutti gli imballaggi di plastica immessi sul mercato dell'UE riutilizzabili o facilmente riciclabili; riciclare oltre la metà dei rifiuti di plastica gene-

[25] COM(2013) 123 final.
[26] COM(2015) 614 final.
[27] COM(2018) 28 final.

rati in Europa; quadruplicare la capacità di selezione dei rifiuti e di riciclaggio rispetto al 2015. Tra le altre misure che sono state ritenute necessarie dalla Commissione per lo sviluppo di tale strategia si ricordano: lo stimolo della domanda di plastica riciclata; la creazione di un mercato di materie prime secondarie; l'istituzione di un quadro normativo chiaro per la plastica con proprietà biodegradabili, affinché sia riciclata solo all'interno dei flussi che garantiscano le condizioni specifiche di biodegradabilità, senza arrecare danno agli ecosistemi; lo sviluppo di misure a livello comunitario e nazionale per ridurre la produzione inutile di rifiuti di plastica, in particolar modo quella generata da articoli monouso, che rappresentano circa il 50% dei rifiuti di plastica più frequentemente rinvenuti sulle spiagge europee; un maggiore impegno di ricerca finalizzato a sviluppare soluzioni innovative per prevenire la diffusione della microplastica; la promozione di un miglioramento del modello di responsabilità estesa al produttore.

Siffatta traiettoria è stata ribadita anche nel più recente Piano d'azione per l'economia circolare[28], nell'ambito del quale la Commissione si è impegnata ad adottare disposizioni vincolanti relative al contenuto di riciclato presenti nei prodotti in plastica e misure per la riduzione dei rifiuti per gli imballaggi, i materiali da costruzione e i veicoli. Parallelamente, si è altresì impegnata ad affrontare il problema della presenza di microplastiche nell'ambiente, individuando, tra le altre misure, la limitazione del quantitativo delle microparticelle plastiche aggiunte intenzionalmente, la predisposizione di un'etichettatura, la standardizzazione, la certificazione e ulteriori misure di regolamentazione per il relativo rilascio accidentale delle stesse e la relativa cattura. Oltre a ciò, la Commissione si è infine proposta di predisporre un quadro strategico in materia di approvvigionamento, etichettatura e utilizzo delle plastiche a base organica e di utilizzo di plastiche biodegradabili o compostabili, nonché di assicurare una rapida attuazione della direttiva sui prodotti di plastica monouso.

Spostando il piano di indagine sul livello nazionale, rispetto al tema *de quo* non è stato tracciato un percorso programmatico *ad hoc*. Ciò non significa che lo stesso non abbia trovato spazio all'interno dell'agenda programmatica nazionale. In tal senso, può ad esempio richiamarsi quanto previsto nell'ambito del PNRR, per cui si guarda con interesse allo sviluppo di tecnologie avanzate di riciclo meccanico e chimico delle plastiche, anche per contrastare il *marine litter*; è prevista, infatti, un'apposita misura preposta al potenziamento della rete di raccolta differenziata e degli impianti di trattamento/riciclo necessari per contribuire in particolare al raggiungimento dell'obiettivo del 65% di riciclo dei rifiuti plastici, attraverso il riciclo meccanico e chimico in appositi Plastic Hubs.

[28] COM (2020) 98 final - Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare. Per un'Europa più pulita e più competitiva.

Il tema ha altresì trovato discreto spazio nel quadro della Strategia Nazionale per l'Economia Circolare, che ospita misure per la circolarità di tale materiale, sottolineando al contempo la necessità di: garantire un quadro normativo e autorizzativo coerente e abilitante con regole comuni sull'utilizzo del contenuto di riciclato; stabilire requisiti minimi per il calcolo del contenuto di materiale riciclato nei prodotti; sviluppare un quadro normativo che riconosca un approccio basato sul bilancio di massa in cui vengano garantite provenienza, qualità e quantità del contenuto di riciclato da riciclo chimico nei prodotti finali per mezzo di standard *ad hoc*, o attraverso il riconoscimento formale degli schemi di certificazione esistenti.

Inoltre, nell'alveo del medesimo documento programmatico è stata prefigurata la proposta di adottare un documento strategico specificatamente riservato alla plastica, nel proposito tra l'altro di fornire un inquadramento del contesto europeo e nazionale, di definire obiettivi strategici, di approfondire le tecnologie di riciclo delle plastiche e il ruolo delle frazioni non riciclabili come combustibili alternativi, di sviluppare strumenti, non solo finanziari, per il sostegno alle filiere circolari, nonché di definire obiettivi, indicatori, strumenti e *governance* per il monitoraggio degli obiettivi e degli indicatori.

Da questa sintetica ricostruzione circa il quadro programmatico europeo e nazionale rispetto alla produzione della plastica e alla gestione dei relativi rifiuti risulta dunque che, in entrambi i casi, la ricerca di risposte alle sfide derivanti da tali processi prenderebbe forma nel quadro del modello dell'economia circolare, rispetto al quale occorre tuttavia condividere talune precisazioni preliminari. Difatti, nonostante l'economia circolare sia centrale nelle politiche europee, non solo in materia di tutela dell'ambiente, si tratta di un concetto sfuggente, o comunque di un modello in relazione al quale non si dispone di una definizione unitaria e omogenea[29], neppure attingendo alla dottrina economica[30].

[29] Certamente non esiste una definizione giuridica di economia circolare, ma la si ricava solo indirettamente nel sistema delle fonti (cfr. S. Antoniazzo, *Transizione ecologica ed economia circolare,* in *federalismi.it,* n. 23/2023, 65).

[30] La dottrina economica ha elaborato una pluralità di definizioni di economia circolare, a seconda del punto focale oggetto d'indagine. Per una rassegna della letteratura economica sul tema si rinvia a: P. Ghisellini, C. Cialani, S. Ulgiati, *A review on circular economy: the expected transition to a balanced interplay of environmental and economic systems,* in *Journal of Cleaner Production,* CXIV, 2016, 11 ss.; R. Merli, M. Preziosi, A. Acampora, *How do scholars approach circular economy? A systematic literature review,* in *Journal of Cleaner production,* CLXXVIII, 2018, 703 ss.; J. Korhonen, C. Nuur, A. Feldmann, S. Eshetu Birkie, *Circular economy as an essentially contested concept,* in *Journal of Cleaner Production,* CLXXV, 2018, 544 ss.; M. Saidani, B. Yannou, L. Leroy, F. Cluzel, A. Kendall, *A taxonomy of circular economy indicators,* in *Journal of Cleaner Production,* CCVII, 2019, 542 ss.; J. Zotti, A. Bigano, *Write circular economy, read economy's circularity. How to avoid going in circles,* in *Economia Politica,* Cham, 2019; M. Frey, *Genesi ed evoluzione dell'economia circolare,* in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente,* 2020, n. 1, 163 ss.

La mancanza di una definizione puntuale di economia circolare è dovuta al fatto che essa non è, per così dire, una "invenzione" dell'uomo, bensì costituisce la riproduzione all'interno della società, in particolare nell'ambito della produzione e del consumo, di uno schema naturale. L'economia circolare si basa infatti sull'osservazione, o sull'imitazione, dei cicli biologici che caratterizzano la complessità degli ecosistemi, nei quali ogni componente diventa nutrimento per qualcos'altro, ogni "processo" viene alimentato esclusivamente dai nutrienti biologici messi a disposizione dallo stesso ecosistema e, di conseguenza, non c'è produzione di scarti.

Ebbene, va da sé che, tenuto conto del funzionamento dei cicli biologici, il concetto "antropizzato" di economia circolare riguarderà, da un lato, il prelievo delle risorse e, dall'altro, la produzione di scarti. In altri termini, la circolarità impone un prelievo di risorse naturali necessarie per le attività produttive tale da non pregiudicare la loro rigenerazione e richiede la minimizzazione degli scarti, che invece diventano materie prime "secondarie" utili a nuovi cicli produttivi, secondo la filosofia "dalla culla alla culla".

Tuttavia, i due pilastri poc'anzi delineati celano una molteplicità di aspetti e di questioni che portano l'interprete a considerare quello dell'economia circolare come un modello dinamico, la cui definizione è rimessa ad aggiunte progressive. Si pensi all'emersione solo di recente di temi connessi quali l'eco-progettazione, la bioeconomia, la bioeconomia circolare, la *blue economy*. A cogliere questo dinamismo è, in particolare, la definizione di economia circolare elaborata dalla Ellen MacArthur Foundation, secondo la quale «*A circular economy is an industrial system that is restorative or regenerative by intention and design* […]. *It replaces the 'end-of-life' concept with restoration, shifts towards the use of renewable energy, eliminates the use of toxic chemicals, which impair reuse, and aims for the elimination of waste through the superior design of materials, products, systems, and, within this, business models*»[31]. A opinione di chi scrive, questa definizione appare particolarmente proficua per il presente lavoro, che, come già anticipato, si propone nella sua parte finale di verificare se il quadro normativo in materia di plastica, quale materiale che ha alle spalle un settore produttivo dalle dimensioni e dall'impatto ambientale considerevoli, sia effettivamente coerente con il modello dell'economia circolare. Difatti, nell'interpretazione della Ellen MacArthur Foundation il modello circolare è progettato per essere "riparativo o rigenerativo": la sua finalità è di "riparare" le inefficienze della produzione, prevenendo gli scarti, e di "rigenerare" i cicli biologici, impiegando nella produzione flussi di materiale organico e neutralizzando l'impronta ecologica della stessa sugli ecosistemi.

[31] Ellen Macarthur Foundation, *Towards the circular economy. Vol. 1: an economic and business rationale for an accelerated transition,* 2013, 7, disponibile sul sito *www.ellenmacarthurfoundation.org*.

Volendo esemplificare, l'aspetto riparativo guarda alla circolarità dei prodotti, che non può ridursi al mero riciclo o alla riciclabilità, ma richiede l'eco-progettazione degli stessi, affinché la produzione incida il meno possibile sull'ambiente, i manufatti durino il più a lungo possibile, possano essere riutilizzati, anche attraverso operazioni di riparazione e ricondizionamento, o comunque possano essere nuovamente sfruttati all'interno dei processi industriali. L'imitazione della natura nell'economia circolare "riparativa" consiste quindi nella capacità di creare cicli chiusi, gli ecosistemi industriali, che, analogamente a quelli naturali, siano in grado di predeterminare i flussi di energia e di materiale[32] necessari per le proprie funzioni, senza intaccare irrimediabilmente le risorse vergini[33].

L'aspetto rigenerativo aggiunge un'ulteriore ambizione al modello. Si è detto finora che, come i "nutrienti biologici", ossia i flussi di origine naturale, tornano nella biosfera e vengono reimpiegati nei processi biologici, così i "nutrienti tecnici", di natura industriale, possono rimanere nella tecnosfera ed essere impiegati nei cicli industriali[34]. Tuttavia, appare lecito interrogarsi se esiste una forma di biomimesi più intensa, che consentirebbe, a partire da un *input* di nutrienti biologici, di restituire all'esito dei processi industriali un *output* tale da concorrere alle funzioni ecosistemiche. Trattasi di una valorizzazione sostanziale della biomassa tale per cui le risorse naturali offrono la materia prima organica per realizzare manufatti che, a fine ciclo, forniranno a loro volta materia organica utile nei cicli biologici. Questa costituirebbe la "costola" rigenerativa dell'economia circolare, nonché il principio che sta alla base della bioeconomia e della bioeconomia circolare – secondo le quali la biosfera è l'origine e il fine anche dei processi produttivi[35] – nonché della *blue economy*[36].

---

[32] G. Pauli, *The Blue Economy,* Paradigm Publications, 2010. I riferimenti bibliografici in questo lavoro sono invece riferiti alla terza edizione dell'opera: Id., *Blue economy 3.0,* Milano, 2020.

[33] Sul punto, si veda anche quanto affermato da Francesco de Leonardis, che parla di economia circolare «inorganica», o di «economia del riciclo», distinta dall'economia circolare «organica», o «bioeconomia», che invece è tipica dell'approccio rigenerativo (F. de Leonardis, *Lo Stato ecologico,* Torino, 2023, 110 ss.).

[34] M. Braungart, W. Mcdonough, *Cradle to cradle,* New York, 2002, 75-76.

[35] N. Georgescu-Roegen, *Bioeconomia: verso un'altra economia ecologicamente e socialmente sostenibile,* Bologna, 2003, 115. Per un approccio fortemente critico verso il pensiero della bioeconomia in generale, si veda S. Amato, *Bioeconomia e vulnerabilità,* in *Jura gentium,* 2020, 168 ss., nonché, in termini prettamente economici, M. Giampietro, *On the Circular Bioeconomy and Decoupling: Implications for Sustainable Growth,* in *Ecological Economics,* CLXII, 2019, 143 ss.

[36] Secondo Pauli, ideologo della *blue economy,* quest'ultima costituisce un superamento della *green economy*, imperniata sull'assunto che le imprese debbano ridurre il proprio impatto attraverso maggiori investimenti, che si riverberano come maggiori costi a carico degli utenti finali. Tale circostanza non sarebbe, infatti, sufficiente a garantire il disaccoppiamento tra crescita economica e risorse naturali e a impedire l'irreversibilità del degrado ecosistemico (cfr. G. Pauli, *Blue economy,* cit., 302-303). Dello stesso avviso è anche Ferrara, che in una prospettiva giuridica sostiene che la *green economy* non è in grado di conformare attivamente il ciclo economico, ma si limita a piccoli interventi mirati in ambiti strategici, per cui «non ci dirà, ad esempio, che una centrale elettrica dovrà funzionare grazie all'energia eolica, ma forse non interviene direttamente sulla qualità e quantità dei materiali che debbono essere utilizzati per la sua realizzazione e messa in esercizio e nep-

Di questa doppia "anima" dell'economia circolare è consapevole la stessa Unione Europea. Nondimeno, si osserva che le politiche sovranazionali per la transizione verso un'economia circolare nascono con una netta vocazione per l'approccio riparativo, che si sviluppa inevitabilmente insieme all'esigenza originaria di dotare l'Unione di un quadro normativo efficace per la gestione dei rifiuti[37]. Tuttavia, il percorso normativo, che non può dirsi concluso, non ha mancato di esplorare anche la prospettiva rigenerativa, che si ricava soprattutto esaminando gli atti di programmazione per la promozione della bioeconomia in Europa[38].

Delineato il contesto di riferimento e tenuto conto della complessità normativa di cui si darà evidenza *infra*, il proposito del presente contributo è anzitutto quello di offrire una cornice sistematica che raccolga nel modo più omogeneo possibile le norme che regolano produzione, consumo e gestione dei prodotti in plastica, attraverso una doppia lente di indagine che tenga conto del piano europeo e di quello nazionale. Più precisamente, l'intento è di restituire un'analisi critica del quadro regolatorio europeo e nazionale relativo alle diverse misure che contribuiscono a offrire una risposta alle sfide poste dalla produzione, dal consumo e dalla gestione di prodotti in plastica, con particolare riferimento all'inquinamento derivante dalla dispersione degli stessi nell'ambiente marino.

Sullo sfondo di tale analisi, lo scopo dell'indagine è allora di verificare se la regolazione in materia stia evolvendo in armonia con i capisaldi del paradigma

---

pure ci dirà forse che cosa ne sarà delle materie prime utilizzate, del possibile riutilizzo degli scarti e dei rifiuti e dei materiali nobili», come invece avverrebbe in un vero modello di economia circolare (R. Ferrara, *Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente,* in *Studi in tema di economia circolare,* 2019, 39 ss.).

[37] Un primo cenno al tema si scorge nella Comunicazione della Commissione "Portare avanti l'utilizzo sostenibile delle risorse: una strategia tematica sulla prevenzione e il riciclaggio dei rifiuti", COM(2005) 666 definitivo, anche se l'Unione ha concretamente iniziato a occuparsi di economia circolare con il varo della Strategia Europa 2020, contenuta nella Comunicazione della Commissione COM(2010) 2020, nella quale si sottolinea l'esigenza di reimpiegare le risorse in nuovi cicli produttivi, aumentando l'efficienza dell'industria e riducendo la dipendenza dalle materie prime. Tale dichiarazione programmatica viene corroborata nel Settimo programma di azione ambientale (decisione n. 1386/2013/UE), dove il nuovo modello circolare diventa ufficialmente un obiettivo dell'agenda politica delle istituzioni dell'UE. L'economia circolare diventa però centrale con l'adozione della Comunicazione della Commissione COM(2014) 614 "L'anello mancante - Piano d'azione dell'Unione europea per l'economia circolare", che pone l'accento sulla necessità di rendere l'economia di mercato europea a basse emissioni e il più possibile neutrale nello sfruttamento delle risorse. Quest'ultima comunicazione apre alla successiva presentazione e adozione del secondo pacchetto di direttive sull'economia circolare (direttive nn. 849, 850, 851 e 852 del 2018), che sempre a partire dalla gestione dei rifiuti provano a dare impulso all'attuazione della gerarchia dei rifiuti e a porre le basi per la creazione di un'industria del riciclo. Infine, si segnala che con la Comunicazione della Commissione COM(2019) 640, "Il Green Deal europeo", e i relativi atti normativi adottati o in fase di adozione le istituzioni stanno promuovendo il passaggio a un'industria circolare, caposaldo essenziale di un'economia circolare.

[38] Si fa riferimento alla Comunicazione della Commissione COM(2012) 60, "L'innovazione per una crescita sostenibile: una bioeconomia per l'Europa" e alla Comunicazione della Commissione COM(2018) 673, "Una bioeconomia sostenibile per l'Europa: rafforzare il collegamento tra economia, società e ambiente". Peraltro, l'Italia, insieme ad altri Stati membri, dispone di una propria Strategia in materia.

dell'economia circolare di cui si è dato evidenza, coerentemente con quanto risulta auspicato all'interno degli atti programmatici unionali e nazionali. Un tale raffronto appare, infatti, tanto più doveroso se si considera che, lo si ribadisce, quello della plastica costituisce un settore strategico per l'economia circolare stessa[39]. Allora, in un'ottica più ampia, alla luce della configurazione di quest'ultimo come un terreno di osservazione privilegiato, una simile indagine costituisce altresì l'occasione per esaminare in senso giuridico, seppur limitatamente ad un singolo settore, lo stato attuale dell'economia circolare, con riferimento all'attuazione dei relativi principi e obiettivi.

Pertanto, si intende condividere una prospettiva di indagine "olistica" sviluppando l'analisi lungo tre linee direttrici. Segnatamente, in una prima linea direttrice, sono esaminate le misure regolatorie che intervengono "a monte" del processo produttivo, ossia quell'insieme di misure che, riferendosi specificatamente al fenomeno della dispersione dei prodotti in ambienti marini, chiudono le c.d. "porte di ingresso" per gli stessi nel mercato. Il riferimento è, in primo luogo, alle misure di divieto in materia, introdotte dapprima con la direttiva 2015/720/UE, limitatamente a un circoscritto novero di prodotti (§ 2.1) e successivamente estese, con la direttiva 2019/904/UE, ad un'ampia gamma di prodotti di plastica monouso (§ 2.2). Rispetto a tali misure, la lente di indagine non potrà che tener conto anche della dimensione *de iure condendo*, onde constatare quali potenziali margini sono riservate alle stesse dalla proposta di Regolamento sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio (§ 2.3). Oltre a ciò, talune riflessioni saranno riservate alle strade alternative all'utilizzo della plastica convenzionale e della plastica monouso (§ 3), nonché alle nuove prospettive relative alle misure di eco-progettazione nel settore della plastica (§ 4). Infine, nell'ambito della medesima direttrice, si analizzeranno le misure preposte alla sensibilizzazione, alla responsabilizzazione, all'educazione ambientale, o comunque all'informazione dei consumatori (§ 5).

Lungo una seconda linea direttrice verrà invece sviluppata un'analisi critica del complesso di misure che intervengono post produzione e consumo e, dunque, relative al sistema di gestione dei prodotti in plastica. La gestione opera come un filtro di "secondo livello", preordinato appunto a scongiurare anzitutto la dispersione, o l'improprio smaltimento, di questi beni nell'ambiente. A tal proposito, non sarà oggetto di attenzione esclusivamente il sistema di gestione dei rifiuti generati "a terra" (§ 6), ma anche il sistema di gestione dei rifiuti prodotti dalle navi, tenuto conto della più recente direttiva 2019/883/UE e del relativo recepimento (§ 7). Ciò si accompagnerà ad un'analisi delle strade alternative alla gestio-

[39] Così come risulterebbe dalla Strategia europea per la plastica nell'economia circolare *supra* richiamata.

ne tradizionale, volgendo lo sguardo alla disciplina dei sottoprodotti e dell'*end of waste*, rispetto al materiale qui di interesse (§ 8).

Infine, lungo una terza linea direttrice verrà esaminato il regime giuridico dei rifiuti in plastica dispersi nell'ambiente marino, tenendo conto delle più recenti disposizioni introdotte a livello nazionale con la l. 17 maggio 2022, n. 60, c.d. "legge salvamare" (§ 9).

2. *La chiusura delle "porte d'ingresso" del mercato: le misure di divieto dei prodotti in plastica*

Tra le diverse soluzioni che contribuiscono alla progressiva riduzione dell'ingresso nel mercato di prodotti in plastica che possono disperdersi all'interno dell'ambiente sono naturalmente da annoverare le misure di divieto. Si tratta di un'ampia categoria nell'ambito della quale le misure di *policy* possono chiaramente assumere fisionomie differenti, dal divieto del prodotto finale al divieto del prodotto con specifici attributi, dal divieto dell'utilizzo di specifici materiali per la realizzazione dello stesso al divieto di impiego di componenti intermedie[40]. Al di là del contenuto del divieto in senso stretto, si tratta comunque, come intuibile, di misure di *policy* la cui adozione richiede un "costo" di *compliance* particolarmente elevato per il mercato[41] ed è chiaramente condizionata dall'esistenza di alternative per il consumatore o per la filiera di produzione e distribuzione rispetto al prodotto o materiale oggetto del divieto.

2.1. *Le prime misure di divieto: la direttiva 2015/720/UE*

Nell'ambito della legislazione europea, un primo provvedimento normativo contenente i margini per l'adozione di simili misure è stata la direttiva 2015/720/UE, che modificava la direttiva 94/62/CE con riguardo all'utilizzo di borse di plastica in materiale leggero[42]. In particolare, con tale provvedimento, il legislatore comunitario aveva fissato l'obiettivo per gli Stati Membri di adottare le misu-

[40] In tal senso E. Cornago, P. Börkey e A. Brown, *Preventing single-use plastic waste: Implications of different policy approaches*, OECD Environment Working Papers, 2021, No. 182, Paris, OECD Publishing, 32 ss., https://doi.org/10.1787/c62069e7-en.

[41] Sul tema dei costi associati alle diverse misure di regolazione, si veda il prezioso contributo di D.H. Cole, P.Z. Grossman, *Beyond compliance costs: comparing the total costs of alternative regulatory instruments*, in K.R. Richards, K. van Zeben (a cura di), *Policy Instruments in Environmental Law*, Elgar Encyclopedia of Environmental Law, Cheltenham (UK), 2020, 32-40.

[42] Ai sensi dell'art. 3, par. 1, punto 1-*quater* della direttiva 94/62/CE, per borse di plastica in materiale leggero si intendono quelle borse di plastica aventi uno spessore inferiore a 50 micron.

re necessarie per conseguire sul proprio territorio una riduzione sostenuta dell'utilizzo di borse di plastica in materiale leggero[43]. Oltre al ricorso a obiettivi di riduzione e al mantenimento/introduzione di strumenti economici, tra le diverse misure potenzialmente adottabili era stata inclusa altresì la possibilità di disporre restrizioni alla commercializzazione in deroga alle previsioni di cui all'art. 18 della direttiva 94/62/CE, che in realtà impediva agli Stati membri di ostacolare l'immissione sul mercato di imballaggi conformi alle disposizioni della direttiva medesima. Rispetto all'ipotetica adozione di siffatte misure di restrizione, il solo limite espressamente indicato era la proporzionalità e la non discriminatorietà del contenuto delle stesse.

Sul piano nazionale, il legislatore aveva mosso i propri passi verso tale tipologia di misure ben prima dell'approvazione della direttiva 2015/720/UE. Difatti, ai sensi dell'art. 1, comma 1129 e 1130, della l. 27 dicembre 2006, n. 296, era stato avviato un programma sperimentale a livello nazionale per la progressiva riduzione della commercializzazione di sacchi per l'asporto delle merci non biodegradabili che non rispondessero ai criteri fissati dalla normativa comunitaria e dalle relative norme tecniche, che avrebbe condotto ad un divieto definitivo della commercializzazione medesima a decorre dal 1° gennaio 2010[44]. Tuttavia, ad avviso della Commissione, tali misure erano apparse in violazione della normativa comunitaria, sia per quanto concerneva la mancata previa notifica delle stesse (art. 16, direttiva 94/62/CE e art. 8, direttiva 98/34/CE), sia per quanto riguardava il già richiamato limite di cui all'art. 18 della direttiva 94/62/CE[45]. Risultando comunque in contrasto anche con le successive previsioni della direttiva 2015/720/UE[46], il legislatore vi aveva posto rimedio con l'approvazione del d.l. 20 giugno 2017, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla l. 3 agosto 2017, n. 123, abrogando tali disposizioni (art. 9-*bis*, comma 3, d.l. n. 91/2017) ed inserendo gli articoli 226-*bis* e 226-*ter* all'interno del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (art. 9 bis, comma 1, lett. g, d.l. n. 91/2017).

---

[43] Cfr. art. 4, par. 1 bis, della direttiva 94/62/CE, così come introdotto con l'art. 1, par. 1, punto 2), della direttiva 2015/720/UE.

[44] Su questo tema si veda la ricostruzione offerta da P. Fierro, *Il caso della plastica. Problematiche ambientali ed esigenze di circolarità* (Tesi di dottorato), Maggio 2022, 58-62.

[45] Sul punto, la Commissione aveva ritenuto che la normativa italiana avrebbe finito indebitamente per escludere dal commercio anche gli imballaggi in linea con le prescrizioni della direttiva ove non avessero presentato i requisiti di biodegradabilità, ponendosi pertanto in contrasto con il principio *ex* art. 18 della direttiva per cui gli Stati membri sono tenuti a consentire la commercializzazione degli imballaggi di plastica qualora gli stessi rechino i requisiti di cui alla direttiva stessa.

[46] Prima dell'approvazione della direttiva 2015/720/UE, la Commissione aveva comunque ritenuto che anche il testo risultante dalle disposizioni di cui all'art. 2 decreto legge 25 gennaio 2012, n. 2, convertito con la l. 24 marzo 2012, n. 28, adottato a seguito della richiamata messa in mora, fosse in contrasto con l'art. 18 della direttiva 94/62/CE, in quanto, pur essendo state previste delle eccezioni al divieto precedente, le deroghe venivano collegate alla sussistenza nel prodotto di ulteriori requisiti tecnici diversi da quelli fissati dalla direttiva 94/62/CE.

Con il primo degli articoli richiamati è stato introdotto il divieto di commercializzazione[47] delle borse di plastica in materiale leggero e delle altre borse di plastica non rispondenti a puntuali caratteristiche definite dalla norma[48], facendo comunque salva la commercializzazione delle borse di plastica biodegradabili e compostabili, ossia quelle borse di plastica certificate biodegradabili e compostabili da organismi accreditati in presenza dei requisiti stabiliti dal Comitato europeo di normazione e fissati nella norma tecnica EN 13432, recepita con la norma nazionale UNI EN 13432:2002[49]. Inoltre, per quanto concerne il novero di borse di plastica escluse dal divieto di commercializzazione, ai sensi del comma 2 del medesimo articolo è stata negata la possibilità di distribuirle a titolo gratuito. Pertanto, il prezzo di vendita per singola unità deve risultare dallo scontrino o fattura d'acquisto delle merci o dei prodotti trasportati per il loro tramite.

Nonostante con la già richiamata direttiva 2015/720/UE le borse di plastica in materiale ultraleggero[50] fossero state escluse dagli obiettivi di utilizzo nazionali e da talune misure[51], il legislatore nazionale ha diversamente inteso avviare una progressiva riduzione della commercializzazione anche di tale categoria di prodotto. Segnatamente, a norma dell'art. 226-*ter*, d.lgs. n. 152/2006 (TUA), il programma di progressiva riduzione ha riguardato le borse di plastica in materiale ultraleggero che non fossero biodegradabili e compostabili e che non avessero un

[47] Ai sensi dell'art. 218, comma 1, lett. dd-*octies*), d.lgs. n. 152/2006, per commercializzazione di borse di plastica deve intendersi la fornitura di borse di plastica a pagamento o a titolo gratuito da parte dei produttori e distributori, nonché dei commercianti nei punti vendita di merci o prodotti.

[48] Le caratteristiche fissate dall'art. 226-*bis* d.lgs. n. 152/2006 sono le seguenti: a) borse di plastica riutilizzabili con maniglia esterna alla dimensione utile del sacco: con spessore della singola parete che sia superiore a con spessore della singola parete superiore a 200 micron e che contengano una percentuale di plastica riciclata di almeno il 30% fornite, come imballaggio per il trasporto, in esercizi che commercializzano generi alimentari; con spessore della singola parete superiore a 100 micron e che contengano contenenti una percentuale di plastica riciclata di almeno il 10%fornite, come imballaggio per il trasporto, in esercizi che commercializzano esclusivamente merci e prodotti diversi dai generi alimentari; b) borse di plastica riutilizzabili con maniglia interna alla dimensione utile del sacco: con spessore della singola parete superiore a 100 micron e che contengano una percentuale di plastica riciclata di almeno il 30% fornite, come imballaggio per il trasporto, in esercizi che commercializzano generi alimentari; con spessore della singola parete superiore a 60 micron e che contengano una percentuale di plastica riciclata di almeno il 10% fornite, come imballaggio per il trasporto, in esercizi che commercializzano esclusivamente merci e prodotti diversi dai generi alimentari.

[49] Art. 218, comma 1, lett. dd-*septies*), d.lgs. n. 152/2006.

[50] A norma dell'art. 218, comma 1, lett. dd-*quinquies*), d.lgs. n. 152/2006, per borse di plastica in materiale ultraleggero si intendono le borse di plastica con uno spessore inferiore a 15 micron richieste a fini di igiene o fornite come imballaggio primario per alimenti sfusi.

[51] Il riferimento è alle misure di cui al quarto periodo del par. 1-*bis* dell'art. 4 della direttiva 94/62/CE, ossia le misure atte ad assicurare che il livello di utilizzo annuale non avrebbe superato la quota di 90 borse di plastica di materiale leggero pro capite entro il 31 dicembre 2019 e 40 borse di plastica di materiale leggero pro capite entro il 31 dicembre 2025 o obiettivi equivalenti in peso (lett. a)) e gli strumenti preposti ad assicurare che, entro il 31 dicembre 2018, le borse di plastica in materiale leggero non sarebbero state più fornite gratuitamente nei punti vendita di merci o prodotti, fatta salva l'adozione di altri strumenti di pari efficacia (lett. b)).

contenuto minimo di materia prima rinnovabile crescente[52], da determinare sulla base degli standard internazionali richiamati al comma 4 del medesimo articolo. Come opportunamente osservato dal Consiglio di Stato, il corollario di queste ultime previsioni è dunque stato il conferimento al bene *de quo* di un valore autonomo e indipendente da quello della merce che sarebbe stato destinato a contenere. Dalla qualificazione di tali borse come un prodotto autonomamente acquistabile deriva il fatto che lo stesso non possa sottrarsi alla logica del mercato e che, pertanto, vada esclusa l'eventuale imposizione di un divieto di acquistarlo fuori dall'esercizio commerciale nel quale verrebbe poi utilizzato, anche considerando che l'onerosità necessaria è propriamente preposta a rendere incentivanti l'utilizzo di materiali alternativi alla plastica meno inquinanti[53].

Formulate secondo analoghe finalità erano altresì le restrizioni che erano state re-introdotte dal legislatore con l'art. 1, comma 545, l. 27 dicembre 2017, n. 205[54], ossia le misure di divieto di commercializzazione e produzione sul territorio nazionale di bastoncini per la pulizia delle orecchie con supporto in plastica o materiale non biodegradabile o compostabile, secondo quanto disposto dalla norma UNI EN 13432:2002; tali misure erano accompagnate dall'obbligo di indicazione delle informazioni relative al corretto smaltimento del prodotto, nonché dal divieto, disposto a norma del comma 546 del medesimo articolo, di mettere in commercio prodotti cosmetici da risciacquo ad azione esfoliante o detergente contenenti microplastiche[55]. In ogni caso, con il recepimento della

[52] La progressiva riduzione delle borse di plastica in materiale ultraleggero era realizzata secondo tale programmazione: dal 1º gennaio 2018, la possibilità di commercializzazione sarebbe stata limitata esclusivamente alle borse biodegradabili e compostabili e con un contenuto minimo di materia prima rinnovabile non inferiore al 40% (lett. a)); dal 1º gennaio 2020, la possibilità di commercializzazione sarebbe stata limitata esclusivamente alle borse biodegradabili e compostabili e con un contenuto minimo di materia prima rinnovabile non inferiore al 50% (lett. b)); dal 1º gennaio 2021, la possibilità di commercializzazione sarebbe stata limitata esclusivamente alle borse biodegradabili e compostabili e con un contenuto minimo di materia prima rinnovabile non inferiore al 60% (lett. c)).

[53] Si tratta della posizione del Consiglio di Stato, comm. spec., espressa con il parere del 29 marzo 2018, n. 859, e della successiva circolare del Ministero della Salute del 27 aprile 2018, che è stata più recentemente ribadita dal T.A.R. Lazio - Roma, Sez. stralcio, con la sentenza del 18 aprile 2023, n. 6732. Nella circolare del Ministero della Salute veniva comunque precisato che, nella misura in cui non ogni involucro risulta idoneo all'imballaggio degli alimenti, qualora il consumatore non intenda acquistare la borsa commercializzata dall'esercizio commerciale può utilizzare sacchetti autonomamente reperiti solo se comunque idonei a preservare l'integrità della merce. Su questo specifico aspetto si veda in particolare V. Cavanna, *Il caso degli "shoppers" di plastica: verso un addio alla plastica?*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2018, n. 3, 478 ss.

[54] Si parla di re-introduzione nella misura in cui disposizioni dal contenuto analogo erano state già introdotte con l'art. 19 l. 23 marzo 2001, n. 93, ai sensi del quale, entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della norma, i bastoncini per la pulizia delle orecchie commercializzati sul territorio nazionale avrebbero dovuto essere prodotti esclusivamente con l'impiego di materiale biodegradabile, secondo le norme UNI 10785.

[55] Uno sguardo incrociato consente di osservare che tali norme, nello specifico l'art. 1, comma 545, abbiano parzialmente anticipato il contenuto della direttiva (UE) 2019/904 di cui *infra*, limitatamente ai prodotti individuati dal punto 1) della parte B dell'Allegato, con riferimento alle restrizioni all'immissione nel mercato disposta dall'art. 5 della direttiva medesima.

direttiva 2019/904/UE le disposizioni di cui al comma 545 sono state abrogate[56], dal momento che il prodotto di interesse rientra nelle previsioni di cui all'art. 5 della direttiva, di cui si dirà più approfonditamente *infra*.

2.2. *Le misure di restrizione nella direttiva 2019/904/UE*

Riconducendo la lente di indagine al piano euro-unitario, successivamente all'adozione della direttiva 2015/720/UE, è stato definito, come anticipato in sede di considerazioni preliminari, un percorso strategico con l'individuazione di una serie di misure ambiziose per una nuova economia della plastica, in cui la progettazione e la produzione del materiale rispondano a pieno alle esigenze di riutilizzo, riparazione e riciclaggio e in cui il relativo sviluppo avvenga all'insegna della sostenibilità[57]. Nell'ambito di tale Strategia europea per la plastica nell'economia circolare, i riferimenti all'adozione di simili misure sono tutto sommato circoscritti, essendo collegati esclusivamente alla plastica oxo-degradabile[58] e all'utilizzo di microplastica aggiunta intenzionalmente all'interno di taluni prodotti[59]. Nonostante le misure di divieto siano state contemplate in misura limitata all'interno del percorso tracciato dalla Strategia, le stesse hanno comunque rappresentato una parziale risposta al problema della dispersione dei prodotti in plastica monouso nell'ambiente, come testimonia l'approvazione della direttiva 2019/904/UE[60].

---

[56] Cfr. art. 15, comma 1, lett. a), d.lgs. 8 novembre 2021, n. 196.

[57] Cfr. COM (2018) 28 final.

[58] Nella Strategia veniva difatti constatato che, alla luce dei più recente letteratura scientifica, tale materiale non offrisse alcun vantaggio ambientale comprovato rispetto alla plastica tradizionale e che, piuttosto, la relativa rapida frammentazione in microplastica costituisse fonte di preoccupazione.

[59] Invero, all'interno della Strategia veniva precisato che, anche considerando che in diversi Stati membri si stesse considerando o pianificando la definizione di divieti che avrebbero potuto condurre alla frammentazione del mercato unico, in linea con le procedure REACH per la limitazione delle sostanze, la Commissione aveva avviato una procedura per limitare l'utilizzo della microplastica aggiunta intenzionalmente e richiesto all'Agenzia europea per le sostanze chimiche di riesaminare la base scientifica per l'adozione di misure normative a livello unionale. La prima bozza di proposta di regolamento è stata pubblicata nell'agosto 2022. Dopo una serie di discussioni con gli Stati membri all'interno della Commissione Reach, nell'aprile 2023 gli Stati membri medesimi hanno votato favorevolmente alla proposta della Commissione. Ai fini dell'adozione, tuttavia, deve essere preliminarmente esaminata da parte del Parlamento europeo e dal Consiglio.

[60] Tra i diversi contributi in cui la direttiva è stata oggetto di trattazione, si ricorda: L. Belviso, *Lotta alla plastica ed ecosistemi marini. Il quadro giuridico all'indomani della direttiva UE/2019/904*, in *Przegląd Prawa Rolnego*, 2019, 1 (24), 183 ss.; C. Bovino, *Plastexit, in che termini realizzare la necessaria uscita dalla plastica (parte seconda)*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2019, n. 10, 697-698; E. Capone, *La direttiva (UE) 2019/904 (Single Use Plastics - SUP o "Plastic Free") e la protezione del territorio da parte degli enti locali*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente* online, 2019, n. 5; U. Barelli, *La strategia e le norme dell'Unione Europea contro la dispersione della plastica nell'ambiente e la loro attuazione in Italia, nelle Regioni e nei Comuni*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente online*, n. 10, febbraio 2020; G. Balocco, *L'inquinamento determinato dalla plastica: una problematica planetaria*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2020, fasc. 4, 473 ss.; L. Aristei, *Verso una società plastic free. La direttiva 2019/904/UE e la sua attuazione a livello nazionale e regionale*, in *Federalismi.it*, 2020, n. 25, 1 ss.; L. Ari-

Il provvedimento appena citato è stato adottato sul presupposto che le direttive 2008/98/CE, 2000/59/CE, 2000/60/CE e 2008/56/CE e il regolamento (CE) n. 1224/2009 del Consiglio avessero offerto solo alcune risposte al problema dei rifiuti marini[61] e nel proposito di perseguire degli obiettivi di tutela dell'ambiente e della salute umana[62] e, più precisamente, della prevenzione e della riduzione dell'incidenza di determinati prodotti di plastica sull'ambiente, sull'ambiente acquatico e sulla salute umana. La direttiva è stata altresì adottata nell'intento di promuovere una transizione verso un'economia circolare con modelli imprenditoriali, prodotti e materiali innovativi e sostenibili, in modo tale da contribuire al corretto funzionamento del mercato interno[63]. Per meglio precisare, in conformità a quanto precisato nel considerando n. 2 della direttiva, la direttiva sarebbe preposta a promuovere approcci circolari che privilegino prodotti e sistemi riutilizzabili sostenibili e non tossici, con l'obiettivo primario di ridurre la quantità di rifiuti prodotti attraverso una forma di prevenzione che si colloca in cima alla gerarchia dei rifiuti di cui alla direttiva 2008/98/CE.

Ai sensi dell'art. 2, par. 1, della direttiva, l'ambito di applicazione della stessa interessa i prodotti di plastica monouso espressamente elencati nell'allegato, i prodotti di plastica oxo-degradabile[64] e gli attrezzi da pesca contenenti plastica[65], nella consapevolezza, espressa nel considerando n. 5, della pericolosità di tali materiali per gli ecosistemi marini, la biodiversità e la salute umana e del danneggiamento da ciò derivante per attività quali il turismo, la pesca e i trasporti marittimi[66].

Il quadro normativo definito dalla direttiva non è stato strutturato secondo una rigida standardizzazione della medesima misura estesa a tutti i beni, bensì attraverso l'individuazione di un complesso di soluzioni diversificate in base al

---

stei, *A plastic word. Ups and downs in the national application of Directive 2019/904/EU*, in *Italian Journal of Public Law*, 2022, n. 2, 490 ss.

[61] Così il considerando n. 6 della direttiva 2019/904/UE. In merito al rapporto tra le diverse fonti sul tema, occorre puntualizzare che, come precisato nel considerando n. 10 e nell'art. 2, par. 2, direttiva 2019/904/UE, la direttiva UE/2019/904 integra le direttive 94/62/CE e 2008/98/CE e la direttiva 2014/40/UE del Parlamento europeo e del Consiglio e rispetto ad esse si pone come *lex specialis*. Pertanto, in caso di conflitto tra queste direttive e la direttiva 2019/904/UE, sarebbe quest'ultima a prevalere.

[62] Così il considerando n. 29 della direttiva UE/2019/904.

[63] Così l'art. 1 direttiva UE/2019/904.

[64] Ai fini della direttiva, per plastica oxo-degradabile, ai sensi dell'art. 3, punto 3) della stessa, si intende «materie plastiche contenenti additivi che attraverso l'ossidazione comportano la frammentazione della materia plastica in microframmenti o la decomposizione chimica».

[65] Ai fini della direttiva, per plastica oxo-degradabile, ai sensi dell'art. 3, punto 3) della stessa, si intende «qualsiasi attrezzo o sua parte che è usato nella pesca o nell'acquacoltura per prendere, catturare o allevare risorse biologiche marine o che galleggia sulla superficie del mare ed è impiegato allo scopo di attirare e catturare o allevare dette risorse biologiche marine».

[66] Il tema del contrasto alla dispersione della microplastica non ha trovato dunque nella direttiva 2019/904/UE un proprio punto di riferimento normativo. Nel testo normativo, il legislatore europeo si è piuttosto limitato a richiamare la mera opportunità per l'Unione di incoraggiare i produttori a limitarne la dispersione (cfr. considerando n. 8 della direttiva).

tipo di prodotto coinvolto, condizionatamente, si presume, al differente impatto ambientale e alla loro sostituibilità con prodotti maggiormente sostenibili. In altri termini, il legislatore europeo ha definito una serie di obblighi per gli Stati membri variabili per tipologia di prodotto secondo il c.d. schema delle cinque R «*Reduction-Restrictions-Requirements-Responsibility-Recycling*»[67] con termini variabili per il relativo recepimento[68], ossia prevedendo misure preposte alla riduzione del consumo (art. 4), alla restrizione dell'immissione sul mercato (art. 5), alla definizione di requisiti dei prodotti (art. 6) e di marcatura (art. 7)[69], all'istituzione di regimi di responsabilità estesa del produttore (art. 8)[70], nonché alla definizione di obiettivi di raccolta differenziata (art. 9) e di misure di sensibilizzazione (art. 10)[71].

Le disposizioni di cui all'art. 4 sono state riferite prevalentemente ai contenitori in plastica monouso per alimenti impiegati in specifiche condizioni di consumo per i quali non siano immediatamente disponibili alternative adeguate e sostenibili[72], prevedendo per tale categoria di prodotti che gli Stati membri adottino le misure necessarie per conseguire una riduzione «ambiziosa e duratura» del consumo degli stessi. Nonostante il legislatore europeo si riferisca al concetto di una «riduzione quantificabile» da conseguire entro il 2026, non viene individuato alcun obiettivo minimo in termini numerici che gli Stati membri saranno tenuti a conseguire, diversamente dagli obiettivi relativi alla raccolta differenziata puntualmente individuati con l'art. 9 della direttiva. Pur nella piena autonomia delle

---

[67] Così S. De Vido, *The European Union Action on Single-use Plastics: A First Assessment*, in *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, 48, 2020, 23-36. Nonostante l'autrice si riferisca ad uno schema a cinque R, non dimentica di richiamare le misure di sensibilizzazione previste dall'art. 10 della direttiva.

[68] Per taluni rilievi critici sulla dilatazione di alcuni dei termini di recepimento, cfr. L. Aristei, *Verso una società plastic free. La direttiva 2019/904/UE e la sua attuazione a livello nazionale e regionale*, cit., 37-38.

[69] Su tali disposizioni si veda *infra,* § 5.

[70] Per un approfondimento si veda *infra,* § 6.

[71] Ai sensi dell'art. 10 della direttiva, gli Stati membri sono tenuti ad adottare misure volte ad informare i consumatori e ad incentivarli ad adottare un comportamento responsabile, nonché misure volte a comunicare ai consumatori di taluni prodotti le informazioni concernenti *ex multis*: la disponibilità di alternative riutilizzabili, di sistema di riutilizzo e delle opzioni di gestione di tali rifiuti, l'incidenza sull'ambiente, in particolare quello marino, della dispersione o altro smaltimento improprio dei prodotti, etc. Le misure preposte alla comunicazione di siffatte informazioni riguardano in particolare gli attrezzi da pesca contenenti plastica e i prodotti di plastica monouso elencati nella parte G dell'allegato, ovverosia: i prodotti indicati nella parte A dell'allegato; i prodotti indicati nel punto 2) e 5) della sezione I della parte E dell'allegato; i prodotti indicati nella parte C dell'allegato con la sola esclusione dei contenitori in vetro o metallo per bevande con tappi e coperchi di plastica; i prodotti elencati nei punti 1), 2) e 3) della parte D dell'allegato; i prodotti indicati nel punto 2) della sezione II della parte D dell'allegato.

[72] Ai sensi dell'art. 4, par. 1 della direttiva UE/2019/904, ci si riferisce ai prodotti di plastica monouso elencati nella parte A dell'allegato, ovverosia a tazze per bevande, inclusi i relativi tappi e coperchi, contenitori per alimenti, ossia recipienti quali scatole con o senza coperchio, usati per alimenti: destinati al consumo immediato, sul posto o da asporto (lett. a)); generalmente consumati direttamente dal recipiente (lett. b)); e pronti per il consumo senza ulteriore preparazione, per esempio cottura, bollitura o riscaldamento ((lett. c)), compresi i contenitori per alimenti tipo *fast food* o per altri pasti pronti per il consumo immediato, ad eccezione di contenitori per bevande, piatti, pacchetti e involucri contenenti alimenti.

autorità nazionali di individuare, nel limite della proporzione e della non discriminazione, le misure idonee a conseguire tale finalità, di cui sono state tenute a dar conto[73], nella direttiva ne viene individuato un elenco non tassativo, includendo tra di esse: la definizione di obiettivi nazionali di riduzione del consumo; disposizioni volte ad assicurare che alternative riutilizzabili dei prodotti interessati siano messe a disposizione nei punti vendita; strumenti economici preposti ad evitare che tali prodotti siano forniti gratuitamente al consumatore finale; accordi tra autorità competenti e settori economici interessati di cui all'art. 17, par. 3, della direttiva. In ogni caso, l'articolo è qui di interesse nella misura in cui, oltre a tale novero di misure, è stata comunque riconosciuta la possibilità per gli Stati membri di imporre restrizioni di mercato in deroga all'art. 18 della direttiva 94/62/CE, nell'ottica di impedire che tali prodotti siano dispersi e per fare in modo che questi ultimi siano sostituiti da alternative riutilizzabili o che non contengano plastica.

A tali previsioni si affiancano le disposizioni di cui all'art. 5, sulla base delle quali il legislatore europeo ha introdotto un obbligo in capo alle autorità nazionali dal livello di dettaglio tale da far ritenere che la norma sia *self-executing*[74]. In specie, con tale norma è stato disposto l'obbligo per gli Stati membri di vietare l'immissione sul mercato, ossia la prima messa a disposizione di un prodotto sul mercato dello Stato membro[75], dei prodotti indicati nella parte B dell'allegato[76]

[73] A norma dell'art. 4, par. 1, terzo periodo, della direttiva, entro il 3 luglio 2021 gli Stati membri sono stati tenuti a predisporre una descrizione delle misure adottate da notificare alla Commissione e da rendere pubblica.

[74] Un apprezzamento nei confronti di tali misure è stato espresso in particolare da G. Amendola, *La normativa all'italiana contro le plastiche monouso*, in *Osservatorio sulla criminalità nell'agricoltura e sul sistema agroalimentare - Saggi e approfondimenti*, che sottolinea come, con il divieto di cui all'art. 5 della direttiva, il legislatore europeo avesse mosso un primo significativo passo in armonia con la gerarchia comunitaria dei rifiuti, nell'ambito della quale la prevenzione si colloca in posizione primaria. In senso critico sull'estensione limitata del novero dei prodotti sottoposti a tale misura di divieto si v. G. Balocco, *L'inquinamento determinato dalla plastica: una problematica planetaria*, cit., 479. Per osservazioni critiche di matrice opposta sul provvedimento, si veda il contributo di A. Muratori, *Prodotti in plastica monouso: dalla direttiva 2019/907/UE, regole "circolari" contro la dispersione nell'ambiente*, in *Ambiente e sviluppo*, n. 7, 1 luglio 2019, 519 ss., che contesta in particolare l'impostazione ideologica della direttiva, basata sull'indimostrata veridicità dell'equazione *'Prodotto monouso = Usa e getta'*, nonché la stesura caotica del provvedimento e la contraddittorietà di alcune sue disposizioni.

[75] Cfr. art. 3, punto 6, direttiva 2019/904/UE.

[76] I prodotti indicati dalla parte B dell'allegato sono: i bastoncini cotonati, eccezion fatta per l'ipotesi in cui rientrino nell'ambito di applicazione della direttiva 90/385/CEE del Consiglio o della direttiva 93/42/CEE del Consiglio; le posate (forchette, coltelli, cucchiai, bacchette); i piatti; le cannucce, tranne quando rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva 90/385/CEE o della direttiva 93/42/CEE; gli agitatori per bevande; le aste da attaccare a sostegno dei palloncini, eccezion fatta per i palloncini per uso industriale o altri usi e applicazioni professionali che non sono distribuiti ai consumatori, e relativi meccanismi; i contenitori per alimenti in polistirene espanso, ossia i recipienti quali scatole con o senza coperchio, usati per alimenti che siano destinati al consumo immediato, sul posto o da asporto, che siano generalmente consumati direttamente dal recipiente e che siano pronti per il consumo senza ulteriore preparazione, per esempio cottura, bollitura o riscaldamento, compresi i contenitori per alimenti tipo fast food o per altri pasti pronti per il consumo immediato, a eccezione di contenitori per bevande, piatti, pacchetti e involucri contenenti alimenti; i contenitori per bevande in polistirene espanso e i relativi tappi e coperchi; le tazze per bevande in polistirene espanso e relativi tappi e coperchi.

e dei prodotti di plastica oxo-degradabile. Come peraltro puntualizzato nel considerando n. 15, il legislatore europeo ha dunque optato per tale soluzione maggiormente restrittiva nella misura in cui si riferisce ad una categoria di prodotti dei quali si è ritenuto che siano maggiormente disponibili soluzioni alternative più sostenibili, più adeguate e, in ogni caso, economicamente accessibili, che non presenterebbero una tale incidenza negativa sull'ambiente.

2.2.1. *La mobilitazione degli enti territoriali antecedente al recepimento della direttiva 2019/904/UE*

Prima di esaminare nel dettaglio come il legislatore nazionale abbia provveduto a recepire le disposizioni della direttiva *de quo*, appare opportuno richiamare brevemente la preliminare mobilitazione da parte degli enti territoriali cui si è assistito all'interno dell'ordinamento nazionale intorno a tale tema.

Muovendo il ragionamento a partire dal contributo degli enti regionali, uno dei primi interventi sul punto era stato realizzato dalla Regione Toscana con la legge regionale 28 giugno 2019, n. 37. Con un richiamo esplicito, nel preambolo, alla direttiva 2019/904/UE, il legislatore regionale aveva disposto sul proprio territorio talune restrizioni sull'utilizzo di particolari prodotti di plastica monouso, in parte coincidenti con i prodotti indicati nell'allegato della direttiva, limitatamente a taluni contesti[77].

L'intervento successivo della Regione Marche, tramite la legge regionale del 1° agosto 2019, n. 27, adottata nell'espressa finalità di disciplinare le modalità di utilizzo dei prodotti di plastica al fine di ridurre la produzione degli stessi, di favorire uno sviluppo sostenibile e di diffondere un'educazione ambientale e sociale, dando attuazione ai principi dell'economia circolare, nel rispetto in particolare della stessa direttiva (UE) 2019/904, aveva ricalcato ancora più fedelmente la disciplina unionale. Oltre all'utilizzo delle medesime definizioni di cui all'art. 3 della direttiva, il legislatore regionale aveva di fatto riprodotto il medesimo schema risultante dagli art. 4 e 5 della direttiva[78], seppur con riferimento ad un ambi-

[77] Ai sensi dell'art. 1 della direttiva, tali divieti interessavano i contesti delle manifestazioni fieristiche, sagre, fiere di mercato e di comunicazione (co. 1), i parchi, le aree protette, i lidi e le spiagge del demanio marittimo (co. 2 e 4).

[78] Più precisamente, con l'art. 2, comma 1, della legge regionale veniva disposto il divieto all'utilizzo dei prodotti di plastica oxo-degradabile e dei prodotti di plastica monouso individuati nell'Allegato A della legge regionale, che coincidevano con i prodotti individuati nella parte B dell'allegato della direttiva, soggetti alle restrizioni di cui all'art. 5 della stessa. Analogamente, ai sensi del comma 2 del medesimo articolo, veniva sottoposto a misure necessarie a conseguire una riduzione del consumo un novero di prodotti, espressamente indicato nell'Allegato B della legge regionale, che corrispondeva al complesso dei prodotti individuati nella parte A dell'allegato della direttiva.

to di applicazione circoscritto[79]. L'identificazione di questa legge regionale come una forma di anticipato e parziale recepimento a livello regionale delle disposizioni della direttiva 2019/904/UE trovava un'ulteriore conferma nella clausola di cedevolezza inserita all'interno del testo normativo, per cui, a norma dell'art. 12, comma 1, dello stesso, la Regione sarebbe stata tenuta ad adeguare tali disposizioni alla disciplina statale di recepimento per le parti non compatibili, prevedendo comunque, nelle more dell'adeguamento, l'applicazione della disciplina statale in luogo di quella regionale in contrasto con essa.

Pur nell'analoga decisione di intervenire sulla materia con lo strumento legislativo, la Regione Campania, con la legge regionale 4 dicembre 2019, n. 26, aveva optato per una strategia differente, introducendo analoghi divieti con riguardo all'utilizzo di particolari materiali di plastica monouso nell'ambito di contesti circoscritti[80], ma prevedendo un differimento dell'entrata in vigore di tali disposizioni di divieto al 3 luglio 2021, ossia il termine di recepimento della direttiva 2019/904/UE.

Nell'ambito della riflessione dottrinale era stato ritenuto che la decisione della Regione Campania circa siffatto differimento fosse stato il frutto di una "ingiustificata prudenza", dal momento che il fondamento normativo dell'intervento legislativo regionale non era da ricondurre alla normativa comunitaria. Invero, era stato sostenuto che il fondamento fosse piuttosto da rinvenire nella facoltà delle Regioni di porre in essere misure più elevate in materia di protezione ambientale rispetto alla disciplina statale, in virtù della trasversalità della materia «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema» che avrebbe consentito alla stessa di estendersi anche nell'ambito delle competenze regionali[81]; un fattore, quest'ultimo, che ad avviso della medesima voce dottrinale, avrebbe giustificato anche la mancata impugnazione da parte del Consiglio dei ministri delle prime due leggi regionali. Tuttavia, come già osservato in un'altra sede[82], la linea di ragiona-

[79] I divieti di cui all'art. 2, comma 1, della legge regionale trovano applicazione, ai sensi del comma 2 dell'art. 3 della medesima legge, nelle spiagge del litorale marchigiano, ma sono stati altresì indirizzati a specifici soggetti individuati dal comma 1 dell'art. 3, quali, a titolo esemplificativo, la Regione stessa (lett. a)), le Province e i Comuni (lett. b)), le strutture sanitarie pubbliche e private accreditate (lett. d)), etc.

[80] Anche in questo caso, il divieto di utilizzo interessava *ex multis* contenitori, mescolatori per bevande, aste a sostegno di palloncini, etc. nell'ambito delle manifestazioni fieristiche e di comunicazione organizzate o finanziate, anche in parte, da Regione, Enti locali ed Aziende soggette alla vigilanza degli stessi (art. 1, comma 1, della legge regionale), mentre nei parchi e nelle aree protette il divieto concerneva l'utilizzo per la somministrazione di cibi e bevande, di contenitori, mescolatori per bevande, cannucce e stoviglie (art. 1, comma 2, della legge regionale).

[81] In tal senso U. Barelli, *La strategia e le norme dell'Unione Europea contro la dispersione della plastica nell'ambiente e la loro attuazione in Italia, nelle Regioni e nei Comuni,* cit., che, a sostegno della propria tesi, richiama talune pronunce della Corte costituzionale, tra cui la sentenza del 17 gennaio 2019, n. 7.

[82] Il riferimento è alle osservazioni già condivise nell'ambito di un contributo precedente, ossia R. Stupazzini, *Il contrasto ai prodotti in plastica monouso in attesa del recepimento della direttiva 2019/904/UE (SUP)*, in *Diritto e Società*, 2020, n. 4, 777 ss.

mento appena richiamata non appare del tutto convincente. Difatti, le oscillazioni nelle decisioni della giurisprudenza costituzionale sul tema[83] non possono che condurre a qualificare come inopportuno qualsiasi tentativo che non valuti con l'adeguata cautela la possibilità delle Regioni di disporre interventi più restrittivi in materia ambientale. Se, in linea di principio, siffatta possibilità non risulta esclusa, dall'altro il legislatore regionale, con un simile intervento posto in essere nell'ambito delle proprie competenze ma con un'incidenza sulla materia, deve comunque conformarsi ai limiti definiti dalla disciplina statale. In altri termini, la possibilità di incrementare i livelli di tutela non può implicare un'alterazione del punto di equilibrio tra interessi contrapposti individuato dalla norma dello Stato. Nel caso di specie, tuttavia, un punto di equilibrio tra tutela dell'ambiente e interessi economico-produttivi, da definire nel conseguimento degli obiettivi fissati dalla direttiva 2019/904/UE, non era stato ancora individuato. Si potrebbe al contempo ritenere che, limitatamente alle misure di divieto di cui all'art. 5 della direttiva 2019/904/UE, considerato il livello di dettaglio della norma, i margini di interpretazione delle relative disposizioni e la possibilità di individuazione di differenti punti di equilibrio sarebbero stati pressoché inesistenti. In ogni caso, l'anticipazione dell'intervento di recepimento avrebbe comunque limitato l'arco temporale riconosciuto anche al fine di consentire al sistema economico-produttivo un adeguamento al novellato regime giuridico.

L'attivazione degli enti regionali intorno al tema era avvenuta anche attraverso ulteriori strumenti giuridici. Nel caso della Regione Sicilia, ad esempio, l'Assessorato del Territorio e dell'Ambiente aveva adottato, con una circolare del 6 dicembre del 2018, delle linee guida preposte alla riduzione progressiva, fino all'eliminazione totale, che era prevista entro il 31 dicembre 2019, dell'utilizzo dei prodotti di plastica monouso nelle aree soggette a concessione ricadenti all'interno del demanio marittimo e nelle aree marine e costiere soggette a tutela. Nello specifico, era stato disposto il divieto di utilizzo di articoli in plastica monouso finalizzati alla somministrazione del cibo, prevedendo, in caso di inosservanza, il pagamento di una sanzione[84]. In senso analogo era intervenuta anche la Regione Puglia, prescrivendo il divieto nelle aree demaniali marittime pugliesi di utilizzare prodotti monouso, quali contenitori per alimenti, piatti, bicchieri, etc., che non

[83] Sul tema si vedano in particolare le autorevoli ricostruzioni di: S. Grassi, *Ambiente e Costituzione*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2017, n. 3, 23 ss.; B. Caravita, A. Morrone, *Ambiente e Costituzione*, in B. Caravita, L. Cassetti, A. Morrone (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2016, 17 ss.; D. Amirante, *Profili di diritto costituzionale dell'ambiente*, in P. Dell'Anno, E. Picozza (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente* (Vol. I), Padova, 2012, 233 ss.

[84] Per rilievi critici sul punto si consenta nuovamente di rinviare a R. Stupazzini, *Il contrasto ai prodotti in plastica monouso in attesa del recepimento della direttiva 2019/904/UE (SUP)*, cit., 788 ovvero, per quanto attiene nello specifico ai profili sanzionatori, a G. Balocco, *L'inquinamento determinato dalla plastica: una problematica planetaria*, in *Giornale di diritto amministrativo*, cit., 477.

fossero in materiale compostabile, in aggiunta all'obbligo di utilizzare contenitori in vetro all'interno dei locali per le bevande somministrate. Diversamente dalle altre esperienze, tuttavia, le prescrizioni erano state introdotte attraverso l'adozione di un'ordinanza balneare da parte dell'Assessorato al Bilancio Sezione Demanio e Patrimonio, approvata con la determinazione del dirigente della medesima sezione del 5 aprile 2019, n. 251[85].

Sia nei territori regionali appena richiamati che nei territori regionali le cui autorità non avevano provveduto in tal senso, si assistette altresì a una mobilitazione di decine di Comuni della penisola, in special modo costieri, che avevano introdotto, prima e dopo l'entrata in vigore della direttiva 2019/904/UE, una serie di restrizioni nell'utilizzo di prodotti in plastica monouso, prevalentemente tramite lo strumento giuridico delle ordinanze contingibili e urgenti del Sindaco. In ogni caso, come già precisato nell'ambito del richiamato contributo precedente[86], benché non si trattasse di un'anticipazione delle disposizioni della direttiva a livello locale bensì di una sperimentazione a livello locale di politiche di riduzione dell'incidenza di determinati prodotti sull'ambiente, nell'ambito della quale venivano comunque fatti salvi i materiali biodegradabili e compostabili, si è dubitato della legittimità dei provvedimenti adottati, specialmente per l'insussistenza dei medesimi presupposti legittimanti e per la mancata conformità rispetto ai limiti ordinamentali all'adozione di siffatti provvedimenti *extra ordinem*. Si è trattato di una tesi che è stata peraltro confermata dalla giurisprudenza amministrativa, in quanto, pur nella non univocità degli esiti delle pronunce, non è risultato che venisse riconosciuta l'effettiva sussistenza degli indefettibili presupposti di necessità, urgenza e contingibilità in siffatti provvedimenti del Sindaco[87].

---

[85] Intorno a tale decisione si è assistito ad un contenzioso, che, dopo due decisioni cautelari con esito opposto da parte del T.A.R. Puglia, sez. Unite, con ordinanza del 30 luglio 2019, n. 315, e del Consiglio di Stato, sez. IV, prima con decreto del 7 agosto 2019, n. 4032, e successivamente confermata con l'ordinanza del 30 agosto 2019, n. 4274, si è conclusa con la sentenza del T.A.R. Puglia - Bari, sez. III, del 3 giugno 2020, n. 796, con cui il ricorso è stato dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse. La vicenda è stato oggetto di approfondimento da parte di, *ex multis*: E. Capone, *La direttiva (UE) 2019/904 (Single Use Plastics - SUP o "Plastic Free") e la protezione del territorio da parte degli enti locali*, cit., U. Barelli, *La strategia e le norme dell'Unione Europea contro la dispersione della plastica nell'ambiente e la loro attuazione in Italia, nelle Regioni e nei Comuni*, cit.; L. Aristei, *Verso una società plastic free. La direttiva 2019/904/UE e la sua attuazione a livello nazionale e regionale*, cit., 33-34; G. Balocco, *L'inquinamento determinato dalla plastica: una problematica planetaria*, in *Giornale di diritto amministrativo*, cit., 477-478.

[86] Cfr. R. Stupazzini, *Il contrasto ai prodotti in plastica monouso in attesa del recepimento della direttiva 2019/904/UE (SUP)*, cit., 790 ss.

[87] Il riferimento è *ex multis* a: T.A.R. Abruzzo, sez. I, sentenza del 12 marzo 2020, n. 109; T.A.R. Puglia, sez. II, sentenza del 23 luglio 2019, n. 1063; T.A.R. Sicilia-Palermo sentenza del 21 luglio 2020, n. 1499; T.A.R. Veneto, ordinanza del 18 dicembre 2019, n. 563. Per una più accurata ricostruzione delle posizioni della giurisprudenza sul punto sia comunque consentito nuovamente il rinvio a R. Stupazzini, *Il contrasto ai prodotti in plastica monouso in attesa del recepimento della direttiva 2019/904/UE (SUP)*, cit., 809 ss. e a G. Balocco, *L'inquinamento determinato dalla plastica: una problematica planetaria*, cit., 477 ss. e L. Aristei, *Verso una società plastic free. La direttiva 2019/904/UE e la sua attuazione a livello nazionale e regionale*, cit., 32 ss.

2.2.2. *Il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 196: riflessioni a margine di alcune norme di recepimento controverse*

Con il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 196, approvato sulla base della legge delega 22 aprile 2021, n. 53 e, in particolare, degli articoli 1 e 22 della stessa e dell'allegato A, punto n. 20, si è provveduto, seppur in ritardo, a recepire la direttiva 2019/904/UE[88]. Sul punto, la Commissione europea ha tuttavia ritenuto che alcune delle disposizioni violino le norme contenute nella direttiva, incidendo sul mercato interno. Alla luce di ciò, pertanto, la Commissione ha rilasciato un parere circostanziato[89], invitando il legislatore nazionale ad adeguare la propria disciplina di recepimento al fine di non incorrere in una procedura di infrazione *ex* art. 258 del TFUE. Rispetto alle contestate violazioni della direttiva, il Governo italiano, attraverso il Gruppo di Coordinamento Nazionale per la Bioeconomia (GCNB)[90], ha in seguito presentato delle contro-osservazioni, anche tenendo conto degli Orientamenti della Commissione (Linee guida)[91]. Rispetto a tali questioni controverse, si intende dunque condividere alcune riflessioni.

Le osservazioni della Commissione europea hanno in primo luogo riguardato la definizione di plastica, che l'art. 3, comma 1, lett. a) del decreto qualifica sì come «il materiale costituito da un polimero, quale definito all'articolo 3, punto 5), del regolamento (CE) n. 1907/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 dicembre 2006, cui possono essere stati aggiunti additivi o altre sostanze, e che può funzionare come componente strutturale principale dei prodotti finiti, a eccezione dei polimeri naturali che non sono stati modificati chimicamente», ma esclude da tale definizione, diversamente dalla normativa comunitaria, oltre a materiali quali vernici, inchiostri, adesivi, i rivestimenti in plastica aventi un peso inferiore al 10% rispetto al peso totale del prodotto, che non costituiscono componente strutturale principale dei prodotti finiti. Ad avviso della Commissione, anche coerentemente con le precisazioni già espresse nelle Linee guida, la definizione contenuta all'interno della direttiva e quella di prodotto in plastica monouso non imporrebbero alcuna soglia per il quantitativo di plastica da includere nel

[88] Per un'analisi comparata degli atti di trasposizione della direttiva tra i diversi Stati membri, si cfr. L. Aristei, *A plastic word. Ups and downs in the national application of Directive 2019/904/EU,* cit., 504 ss. Per un commento particolarmente critico sul recepimento italiano, si veda invece il contributo di G. Amendola, *La normativa all'italiana contro le plastiche monouso*, cit.

[89] Si tratta del parere della Commissione TRIS/(2021) 04643, in risposta alla notifica 2021/0612/I.

[90] Il Gruppo di Coordinamento Nazionale per la Bioeconomia è stato istituito con decreto del Segretario Generale della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 14 Gennaio 2021, che ne ha definito, tra l'altro, i compiti (art. 2 del decreto) e la composizione (art. 3 del decreto).

[91] Più precisamente si tratta degli orientamenti della Commissione sui prodotti di plastica monouso conformemente alla direttiva (UE) 2019/904 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 giugno 2019, sulla riduzione dell'incidenza di determinati prodotti di plastica sull'ambiente di cui alla C(2021) 3762 finale, adottati sulla base giuridica dell'art. 12 della direttiva.

prodotto affinché possa essere considerato come tale, né sussisterebbero ulteriori disposizioni all'interno della direttiva idonee a far ritenere che tali definizioni debbano essere interpretate in questi termini.

Rispetto a ciò, il GCNB, nel disconoscere la contraddittorietà della definizione offerta dal legislatore delegato rispetto a quella della direttiva, ha osservato che un polimero che non sia o non possa funzionare come componente «principale» e «strutturale» di un dato prodotto non rientrerebbe nella definizione dell'art. 3, par. 1, della direttiva SUP, con la conseguenza che neanche il relativo prodotto monouso possa rientrare nell'ambito della direttiva. In secondo luogo, ad avviso del GCNB, se la Commissione avesse offerto un'interpretazione dei termini «principale» e «strutturale», non sarebbe comunque potuta pervenire alla conclusione che i prodotti con tale percentuale di plastica potessero rientrare nelle definizioni della direttiva. Per meglio precisare, è stato sottolineato che una corretta interpretazione dell'aggettivo «principale» richiederebbe una valutazione quantitativa piuttosto che qualitativo-funzionale della componente di plastica nel prodotto. In ogni caso, tali linee guida non vincolerebbero la lettura interpretativa della direttiva e non sarebbero intese a stabilire condizioni vincolanti uniformi per la relativa attuazione. Diversamente, il legislatore europeo avrebbe dovuto conferire alla Commissione il potere di adozione di atti esecutivi relativamente a tali specifici aspetti. Inoltre, l'interpretazione della Commissione sarebbe stata in contrasto altresì con i principi di proporzionalità e di non discriminazione.

Relativamente a tali contro-osservazioni, certamente si ritiene di condividere il principio di carattere giuridico per cui le linee guida, in quanto tali, non abbiano carattere vincolante. Tuttavia, la proposizione di una lettura interpretativa differente rispetto a quella proposta all'interno delle Linee guida deve comunque essere sostenuta dal dato normativo, che, ad avviso di chi scrive, sembrerebbe smentire l'interpretazione proposta dal GCNB. In primo luogo, occorre premettere che l'interpretazione dell'aggettivo «principale» va fatta congiuntamente a quella di «strutturale» tale per cui non ci si riferirebbe alla componente principale dell'intero prodotto, bensì alla componente principale tra le componenti strutturali del prodotto finito. In ogni caso, si ritiene che, secondo la formulazione corrente delle disposizioni, quest'ultimo aspetto rinvierebbe ad una caratteristica del polimero di cui sarebbe costituito il materiale identificato come «plastica», consistente nell'idoneità di fungere come componente strutturale principale di prodotti finiti, e non ad una caratteristica necessaria di questi ultimi. Seguendo tale linea di ragionamento, pertanto, il prodotto di plastica monouso sarebbe quel prodotto composto in tutto o in parte da un materiale costituito da un polimero, che, tra le varie caratteristiche indicate nella definizione, risulti idoneo

a funzionare come componente strutturale principale dello stesso, ma non che necessariamente lo sia.

Con riferimento alle medesime disposizioni, il GCNB ha altresì contestato che con l'esplicita inclusione, secondo la lettura condivisa con le Linee guida, dei prodotti in carta, cartone o altro materiale con un rivestimento in plastica interno o esterno nell'ambito di applicazione della direttiva, la Commissione avesse proposto un'interpretazione in antitesi con le finalità della disciplina unionale di cui all'art. 1 della direttiva e avesse disatteso le previsioni di cui all'art. 12, par. 1 e 2 della direttiva. Effettivamente, dal combinato disposto di queste due ultime norme risulta che, nella definizione degli orientamenti recanti esempi di cosa sia considerato un prodotto di plastica monouso ai fini della direttiva, la Commissione, limitatamente ai contenitori per alimenti, avrebbe dovuto tenere conto della tendenza del contenitore ad essere disperso nell'ambiente, che nel caso dei prodotti composti da tali materiali sarebbe particolarmente limitata[92]. Benché tale controosservazione sia condivisibile, intorno a tale punto si ritiene tuttavia che l'esclusione, nell'ambito della lettura interpretativa tramite le linee guida, di tale categoria di prodotto dall'ambito di applicazione delle norme sarebbe stata in contraddizione con l'apparato definitorio soprarichiamato, trattandosi comunque di prodotti fatti «in parte» in plastica. Presumibilmente, quindi, è con un'interpretazione di segno opposto che si sarebbe pervenuti ad una modifica degli elementi essenziali della definizione di cui agli art. 3, parr. 1 e 2 e a una conseguente violazione, ad opera della Commissione, del principio sotteso all'art. 13, par. 2, del TUE[93]. Peraltro, non appare del tutto privo di rilievo il fatto che l'esenzione per i rivestimenti in plastica fosse stata inizialmente inclusa nella proposta della Commissione[94] e successivamente esclusa dai co-legislatori nell'approvazione del testo finale, come ricordato dalla Commissione nelle Linee guida.

Rispetto alle disposizioni che appaiono qui di interesse, all'art. 4 del d.lgs. n. 196/2021 il legislatore delegato ha scelto quale strumento giuridico di riferimento per il conseguimento dell'obiettivo di una riduzione quantificabile del consumo dei prodotti di cui alla parte A dell'Allegato gli accordi e i contratti di programma, che il Ministro della transizione ecologica, il Ministro dello sviluppo

[92] Il GCBN ha difatti ricordato con le proprie osservazioni che, secondo le risultanze della valutazione di impatto richiamata (Commission staff working document – Impact Assessment – Reducing Marine Litter: action on single use plastics and fishing gear Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the reduction of the impact of certain plastic products on the environment SWD/2018/254 final - 2018/0172 (COD)), tale categoria di prodotti rappresenti solo lo 0,27% dei rifiuti marini interessati.

[93] Il principio cui si fa riferimento è il principio di leale collaborazione dal quale deriva l'obbligo di rispettare reciprocamente le attribuzioni delle istituzioni dell'Unione.

[94] Cfr. il considerando n. 8 della proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla riduzione dell'incidenza di determinati prodotti di plastica sull'ambiente [COM (2018) 340 finale].

economico, le regioni o le Province autonome di Trento e Bolzano saranno tenuti a stipulare con enti pubblici, imprese, soggetti pubblici o privati e associazioni di categoria. Tra le finalità cui tali accordi e contratti di programma sono preposti vi rientrerebbe *ex multis*: l'attuazione di specifici piani di settore di riduzione del consumo, nonché di recupero e ottimizzazione dei flussi di rifiuti da tale categoria di prodotti derivanti; la sperimentazione, promozione, attuazione e sviluppo di processi produttivi e distributivi e di tecnologie idonei a prevenire o ridurre la produzione di tali rifiuti, ovvero la promozione di prodotti alternativi; il sostegno e l'incentivo alla modifica di cicli produttivi e alla riprogettazione di componenti, macchine e strumenti di controllo verso la produzione di prodotti riutilizzabili o alternativi e così via[95]. In ogni caso, il legislatore, rispetto all'obiettivo fissato in sede comunitaria *de quo*, non ha dunque optato per l'adozione delle misure di restrizione di mercato in deroga all'art. 18 direttiva 94/62/CE.

L'articolo in questione è stato oggetto di osservazioni all'interno del parere circostanziato limitatamente alle disposizioni di cui all'art. 4, comma 7. Le ragioni di una simile contestazione hanno una radice analoga alle osservazioni critiche presentate con riferimento alla norma di cui all'art. 5, di recepimento del corrispondente articolo 5 della direttiva. Con l'art. 5 d.lgs. n. 196/2021, il legislatore delegato, nel disporre il divieto all'immissione nel mercato dei prodotti di plastica monouso elencati nella parte B dell'allegato e dei prodotti di plastica oxo-degradabile, ha previsto talune previsioni derogatorie. In specie, è stato disposto che siano escluse da tale divieto i prodotti realizzati in materiale biodegradabile e compostabile[96], con percentuali di materia prima rinnovabile uguali o superiori al 40% e, dal 1° gennaio 2024, superiori almeno al 60%, in talune circoscritte ipotesi[97].

Ebbene, ad avviso della Commissione tali ipotesi derogatorie sarebbero in contrasto con le previsioni di cui all'art. 5 della direttiva, che non riconosce alcuna eccezione per la plastica biodegradabile, anche alla luce di quanto viene precisato nel considerando n. 11, ossia che la definizione di plastica contenuta nella direttiva

[95] Si veda in particolare l'art. 4, commi 1, 2 e 3, d.lgs. n. 196/2021.

[96] Come precisato a più riprese, si tratterebbe comunque di materiale certificato conforme allo standard europeo della norma UNI EN 13432 o UNI EN 14995.

[97] In particolare, tale deroga era consentita nelle seguenti fattispecie: nel caso in cui non sia possibile l'utilizzo di alternative riutilizzabili ai prodotti di plastica monouso destinati ad entrare in contatto con alimenti elencati nella parte B dell'allegato (lett. a)); nell'ipotesi in cui l'impiego sia previsto in circuiti controllati che conferiscono in modo ordinario e stabile, con raccolta differenziata, i rifiuti al servizio pubblico di raccolta quali, mense, strutture e residenze sanitarie o socio-assistenziali (lett. b)); nel caso in cui siffatte alternative, in considerazione delle specifiche circostanze di tempo e di luogo, non forniscano adeguate garanzie in termini di igiene e sicurezza (lett. c)); in considerazione della particolare tipologia di alimenti o bevande (lett. d)); nelle circostanze che vedano la presenza di un elevato numero di persone (lett. e)); qualora l'impatto ambientale del prodotto riutilizzabile sia peggiore delle alternative biodegradabili e compostabili monouso, sulla base di un'analisi del ciclo di vita da parte del produttore (lett. f)).

includerebbe anche la plastica a base organica e biodegradabile, a prescindere dalla relativa derivazione dalla biomassa o dalla sua idoneità a biodegradarsi nel tempo[98].

Come anticipato, sulla base del medesimo presupposto veniva pertanto censurata anche la norma di cui all'art. 4, comma 7, in virtù della quale, al fine di promuovere l'acquisto e l'utilizzo di materiali e prodotti alternativi a quelli in plastica monouso, viene riconosciuto un credito di imposta alle imprese che acquistino e utilizzino i prodotti di cui alla parte A e B dell'allegato che siano riutilizzabili o realizzati in materiale biodegradabile. Nella misura in cui la plastica biodegradabile è inclusa nell'ambito di applicazione della direttiva, pertanto, non può considerarsi come una soluzione alternativa all'ordinaria plastica monouso e quindi la concessione di un simile contributo sarebbe una misura in controtendenza rispetto all'obiettivo di invertire la tendenza al consumo crescente e di addivenire a una riduzione quantitativa misurabile.

Rispetto a tali osservazioni, il GCNB ha sostenuto l'erroneità della conclusione cui è pervenuta la Commissione. Da un lato, la sussistenza di un divieto espresso relativo ai prodotti di plastica oxo-degradabile, motivata dal legislatore europeo in ragione del fatto che questo tipo di plastica, *inter alia,* «non si biodegrada correttamente» e «[…] non è compostabile» (considerando n. 15 della direttiva), implicherebbe l'esclusione di tale divieto per i prodotti che invece possiedono siffatte caratteristiche di biodegradabilità e compostabilità. Dall'altro, l'erroneità è stata eccepita sul presupposto che la distinzione della definizione di «plastica biodegradabile» da quella di plastica tradizionale e di «plastica oxo-degradabile» testimonierebbe la volontà del legislatore europeo di non aver inteso equiparare tali materiali, consentendo piuttosto agli Stati membri di poter prevedere un regime giuridico differente per tale tipologia di plastica.

Sul punto occorre osservare che costituisce fattore di sorpresa il fatto che il GCBN non abbia inteso riferirsi anche alle ulteriori ragioni che sono alla base del divieto della plastica oxo-degradabile, ossia alla relativa incisione negativa sul riciclaggio della plastica convenzionale e l'assenza di dimostrati vantaggi sotto il profilo ambientale; caratteri di cui, diversamente, la plastica biodegradabile e compostabile sarebbe priva, con particolare riferimento al primo fattore, considerando che non vengono introdotti all'interno degli impianti di riciclo della plastica tradizionale.

In ogni caso, si ritiene che la puntuale definizione di tali tipologie di materiali sembrerebbe preposta a precisare entro quali termini debbano ritenersi distinti materiali aventi caratteristiche differenti, al fine di assicurare maggiore chiarezza nel quadro normativo. Se, tuttavia, dal testo normativo deriva la sottoposizione

[98] Come si evince dal considerando n. 11, a tale conclusione si perveniva a partire dalla constatazione che la plastica fabbricata con polimeri naturali modificati o con sostanze di partenza a base organica, fossili o sintetiche non fosse presente in natura e che, come tale, dovesse rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva.

al medesimo regime giuridico, risulterebbe priva di fondamento la conclusione secondo la quale la distinzione definitoria in sé costituisca il presupposto per l'autonoma individuazione di un regime giuridico differente in antitesi rispetto alle previsioni dell'atto comunitario e, nello specifico, del considerando n. 11. In altri termini, non può ritenersi che l'esplicita distinzione di termini nell'apparato definitorio di un testo normativo sia espressione della volontà di riservare regimi giuridici differenti; se così non fosse, non troverebbe giustificazione la decisione di ricondurre al medesimo regime giuridico di cui all'art. 5 la plastica convenzionale e la plastica oxo-degradabile, espressamente distinte all'interno della direttiva[99].

2.3. *Le "nuove" misure di divieto nella proposta di Regolamento sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio*

Volgendo lo sguardo verso la possibile regolamentazione futura, la lente di indagine va infine indirizzata verso la proposta di Regolamento sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio, che modifica il regolamento (UE) 2019/1020 e la direttiva (UE) 2019/904 e che abroga la direttiva 94/62/CE[100]. Si tratta di una proposta normativa che è stata approvata con modifiche in prima lettura dal Parlamento Europeo e dal Consiglio ed è attualmente sottoposta al trilogo. La proposta è stata formulata per rispondere, anche per mezzo della puntuale scelta di una diversa fonte di diritto derivato, all'incertezza giuridica derivante dalle discrepanze che risultano dall'impiego di approcci normativi differenti tra i vari Stati membri in materia di imballaggi, anche relativamente alle restrizioni alla commercializzazione di determinati formati di imballaggio.

In via preliminare, si osserva che la base giuridica sulla quale la Commissione ha costruito la proposta è quella dell'art. 114 TFUE relativa all'armonizzazione del mercato interno e non quella dell'art. 192 sulla tutela dell'ambiente: il legislatore europeo intende armonizzare le caratteristiche degli imballaggi per consentirne la libera circolazione all'interno del mercato unico. Così, l'art. 4 prevede che un imballaggio potrà essere immesso sul mercato solo se conforme alle prescrizioni tecniche contenute nell'atto[101]. In particolare, in caso di entrata in vigore del regolamento gli Stati membri non potranno vietare, limitare od ostacolare l'immissione sul mercato di imballaggi che risultano conformi alle «prescrizioni

[99] Occorre purtuttavia osservare che, con riferimento a tali fattispecie, il legislatore europeo è stato più inequivocabile nella formulazione della norma.

[100] COM (2022) 677 finale.

[101] Come già previsto dall'art. 18 della direttiva 94/62/CE.

di sostenibilità di cui agli articoli da 5 e 10» e «alle prescrizioni in materia di etichettatura e di informazione di cui all'articolo 11»[102].

Più precisamente, gli Stati membri potranno mantenere o introdurre prescrizioni che non contrastino con quelle dell'adottando regolamento[103]. Come noto, gli Stati membri possono, ai sensi dell'art. 36 TFUE, approvare disposizioni nazionali restrittive della libera circolazione per tutelare interessi generali di natura non economica, tra cui la tutela dell'ambiente, ma detta possibilità sarà comunque subordinata alla previa notifica delle adottande norme da parte dello Stato membro alla Commissione, che ne vaglierà la compatibilità con la tutela del mercato interno all'interno di un procedimento interlocutorio *ad hoc* con tutti gli Stati membri[104]. Se la scelta di questa base giuridica – quella dell'art. 114 TFUE – ha l'indubbio vantaggio di rafforzare la vincolatività delle disposizioni europee, poiché scongiura in via di principio che uno Stato membro possa ridurre il livello di tutela della disciplina sovranazionale, allo stesso tempo non rende agevole l'eventuale rafforzamento della protezione ambientale da parte del medesimo Stato. Difatti, in caso di norme nazionali di maggiore protezione dell'ambiente rispetto a quanto previsto dal diritto europeo, lo Stato membro è tenuto a una semplice notifica ai sensi dell'art. 193 TFUE, senza attivare un procedimento complesso.

Tornando all'armonizzazione degli imballaggi nel mercato unico, l'art. 22 della proposta di regolamento prevede misure di divieto dell'utilizzo di determinati imballaggi, individuati per formato e per finalità ed elencati nell'allegato V[105], tra cui vi rientrano anche alcuni imballaggi in plastica[106], sia pur con alcune eccezioni[107].

---

[102] Art. 4, parr. 2-3, COM(2022) 677.

[103] *Ibidem*.

[104] In particolare, in caso di adozione di regolamentazione tecnica difforme rispetto al diritto europeo, gli Stati membri sono tenuti a osservare la procedura disciplinata dalla direttiva UE 2015/1535, che prevede l'obbligo per lo Stato di notificare alla Commissione le disposizioni prima che siano adottate. Dalla notifica scatta un periodo di *status quo* di tre mesi: il progetto di legge può essere approvato se gli altri Stati e la Commissione rimangono silenti, o se presentano dei commenti, di cui comunque lo Stato notificante deve tener conto in sede di adozione. Viceversa, se gli altri Stati o la Commissione presentano un parere circostanziato, lo *status quo* viene prolungato fino a sei mesi e lo Stato notificante è tenuto a rispondere al parere. Si può arrivare anche a un vero e proprio blocco del progetto, qualora il Consiglio adotti una posizione comune nei dodici mesi di proroga ulteriore dello *status quo*.

[105] A norma del paragrafo 4 dell'art. 22 l'allegato in questione sarebbe suscettibile di essere modificato nel tempo per il tramite di atti delegati della Commissione funzionali ad adeguare il relativo contenuto al progresso tecnico e scientifico con l'obiettivo di ridurre i rifiuti di imballaggio.

[106] A titolo esemplificativo, per il combinato disposto dell'art. 22 e dell'Allegato V è vietato l'utilizzo di: film estensibili di plastica nei punti vendita per raggruppare prodotti venduti già confezionati singolarmente, piccoli imballaggi di plastica monouso utilizzati negli alberghi per contenere cosmetici e prodotti per l'igiene e di film plastici per la protezione di borse e valigie, imballaggi secondari anche in plastica per cosmetici e prodotti per l'igiene e trucioli di plastica per la protezione dei materiali.

[107] Le ipotesi derogatorie, previste dai paragrafi 2 e 3 del medesimo articolo 22, riguardano sostanzialmente la capacità degli operatori di raggiungere già percentuali elevate di riciclo dei prodotti vietati presso il punto ven-

A queste misure si aggiungono quelle dell'art. 29 sulla riduzione consolidata del consumo di borse di plastica in materiale leggero, in virtù delle quali gli Stati membri potranno derogare l'art. 4 adottando anche restrizioni alla commercializzazione, purché proporzionate e non discriminatorie. A ben osservare, si tratterebbe dunque della riproposizione della medesima possibilità già riconosciuta agli Stati membri dall'art. 4, par. 1 bis, della direttiva 94/62/CE.

Nel complesso, comunque, la proposta di regolamento sembra porsi in continuità con la direttiva 2019/904/UE: le misure di restrizione di cui all'art. 5 della direttiva non verrebbero abrogate e non vi sarebbe alcuna previsione derogatoria in favore della plastica a base organica, biodegradabile o compostabile. Tuttavia, fatta eccezione per i prodotti monouso di cui al citato art. 5 della direttiva SUP, il regolamento apre alla plastica biodegradabile e compostabile, che anzi diventa il materiale da impiegare obbligatoriamente per alcuni imballaggi[108].

3. *Le possibili "alternative" alla plastica tradizionale: bioplastiche e prodotti riutilizzabili*

3.1. *La plastica biodegradabile e compostabile*

Dall'approfondimento del panorama normativo relativo alle misure di restrizione condiviso nel paragrafo precedente è emerso che uno dei temi su cui si è assistito ad una significativa divergenza tra la disciplina unionale e quella nazionale ha riguardato la plastica biodegradabile e compostabile. Il tema si inserisce in una questione complessa che merita un puntuale approfondimento. Difatti, occorre rammentare che, in conformità a quanto emerge dalla più volte richiamata Strategia europea per la plastica, la ricerca di risposte alle sfide poste dalla produzione e dal consumo della plastica prenderebbe forma nel quadro dei principi del modello dell'economia circolare, nell'ambizione di una trasformazione delle sfide in opportunità. Come ricordato in sede di considerazioni preliminari, nell'accezione contemporanea del modello di economia circolare, la più tradizionale economia circolare c.d. del riciclo, che va sostanzialmente identificata nella gerarchia delle azioni per la gestione dei rifiuti, si accompagnerebbe alla più innovativa prospettiva relativa ai flussi organici, nell'ambito della quale viene promossa una progettazione di prodotti a partire da sostanze organiche e tale che i prodotti medesimi, nel trasformarsi in rifiuti organici, riportino gli elemen-

dita, la natura di microimpresa dell'operatore economico che immette sul mercato tali imballaggi e la dimostrazione dell'impossibilità di prescindere tecnicamente da quegli imballaggi ovvero di accedere a sistemi di riutilizzo.

[108] È il caso delle cialde per tè e caffè, delle etichette adesive da apporre sui prodotti ortofrutticoli e delle borse ultraleggere fornite per alimenti sfusi o a fini di igiene alimentare (art. 8).

ti costitutivi nell'ambiente e nella natura[109]. Nella misura in cui i materiali aventi proprietà di biodegradabilità e compostabilità, tra cui i materiali in plastica biodegradabile e compostabile, ne rappresentano uno degli output[110], occorre allora interrogarsi più approfonditamente se e in quali termini, nella prospettiva unionale, questa tipologia di materiali confacenti a tale accezione di economia circolare costituisca una delle misure di risposta ai problemi posti dalla produzione e dall'utilizzo della plastica.

Dopo un primo passo fatto con l'inserimento di talune disposizioni in materia nella direttiva 94/62/CE, che tuttavia non hanno finora trovato attuazione[111], una più definita posizione sull'argomento è emersa con la medesima Strategia europea per la plastica. Nell'ambito della stessa, venivano da un lato riconosciuti i risultati positivi derivanti dalle applicazioni mirate del materiale, dall'altro veniva comunque ricordato che la biodegradazione è subordinata alla presenza di requisiti tecnici e condizioni industriali specifici e che la biodegradazione nell'ambiente marino presenta particolari difficoltà. Nel quadro di tali considerazioni, presumibilmente anche in ragione della mancata attuazione delle disposizioni appena richiamate, veniva assunto l'impegno alla proposizione di norme armonizzate per la definizione e l'etichettatura della plastica biodegradabile, insieme ad una valutazione del ciclo di vita per l'individuazione delle condizioni in presenza delle quali l'utilizzo della plastica biodegradabile o compostabile risulterebbe vantaggioso e dei criteri relativi a queste applicazioni. Analoghi impegni venivano presi nell'ambito del percorso definito con il Piano d'azione per l'economia circolare[112], relativamente alla predisposizione di un quadro strategico in materia di approvvigionamento, etichettature ed utilizzo delle plastiche a base organiche e di utilizzo di plastiche biodegradabili o compostabili, valutando le applicazioni in cui il relativo utilizzo risulti benefico per l'ambiente.

Dando parziale seguito a quanto appena ricordato, con una comunicazione del 2022[113] è stato adottato dalla Commissione un quadro strategico unionale sulle plastiche a base organica, biodegradabili e compostabili. Nell'ambito di tale documento, la Commissione muove dalla constatazione che la transizione dell'UE verso un'economia circolare, efficiente nell'utilizzo delle risorse e neutrale dal pun-

[109] F. de Leonardis, voce *Economia circolare (diritto pubblico)*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Torino, 2021, 165 ss.

[110] Così F. de Leonardis, voce *Economia circolare (diritto pubblico)*, cit., 171.

[111] In specie si tratta delle disposizioni introdotte all'art. 8-*bis* della direttiva 2015/720/UE, in conformità alle quali la Commissione, entro il 27 maggio 2017, avrebbe dovuto adottare un atto di esecuzione che stabilisse il disciplinare delle etichette e dei marchi per garantire il riconoscimento delle borse di plastiche biodegradabile e compostabili e per fornire ai consumatori le informazioni corrette sulle proprietà di compostaggio delle stesse. Nonostante siano trascorsi diversi anni, ancora non è stato adottato.

[112] Più precisamente il piano è così denominato *'Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare. Per un'Europa più pulita e più competitiva'* [COM(2020) 98 finale].

[113] COM(2022) 682.

to di vista climatico e la necessità di proteggere in modo più efficace la biodiversità abbiano stimolato un ripensamento generale delle modalità di produzione, utilizzo e smaltimento della plastica e che, nella ricerca di risposte a tali sfide, le plastiche in questione stiano emergendo come alternative alle plastiche convenzionali. Alla luce di ciò, il proposito del documento consisterebbe nel fornire una migliore comprensione delle sfide e dei vantaggi derivanti dall'utilizzo di tali prodotti, colmando le lacune per meglio orientare le future decisioni dell'Unione in materia e fornendo un orientamento per il mercato al fine di garantire che l'impatto ambientale derivante dalla relativa produzione e consumo sia effettivamente positivo e di evitare differenze a livello nazionale che frammentino il mercato.

Nel perseguimento di tale proposito viene in primo luogo offerto un chiarimento relativamente ai diversi concetti richiamati. La plastica a base organica viene identificata come quel tipo di prodotto realizzato interamente o parzialmente da biomasse, utilizzate come materia prima alternativa alle fonti fossili. Tuttavia, come riconosciuto, ai fini della qualificazione di questi prodotti, non esiste attualmente a livello unionale alcuna previsione che definisca un contenuto minimo obbligatorio rinnovabile né uno schema di certificazione o un'etichetta concordata. La biodegradabilità si riferirebbe invece ad un autonomo carattere del prodotto di plastica da intendere come l'idoneità dello stesso a decomporsi a fine vita, attraverso la conversione dei componenti organici in anidride carbonica e acqua, nuova biomassa microbica, sali minerali e, in assenza di ossigeno, metano. Le plastiche compostabili sono invece qualificate come un sottoinsieme delle plastiche biodegradabili che sono progettate per biodegradarsi in condizioni controllate, tipicamente attraverso il riciclo organico negli impianti di compostaggio industriale e in quelli integrati.

Sul punto, non può non portarsi all'attenzione il fatto che una simile prospettazione diverga in parte dall'apparato definitorio della direttiva 2019/904/UE. Difatti, in tale ultimo provvedimento, la plastica biodegradabile è stata definita, a norma dell'art. 3, punto 16), come quella plastica in grado di subire una decomposizione fisica biologica grazie alla quale finisce per decomporsi in biossido di carbonio (CO_2), biomassa e acqua e che, secondo le norme europee in materia di imballaggi, risulta recuperabile mediante compostaggio e digestione anaerobica (come precisato anche dal considerando n. 16). Pertanto, il carattere di compostabilità non è stato inteso come una proprietà eventuale della plastica biodegradabile, bensì come un suo carattere costitutivo. In altri termini, per il legislatore della direttiva 2019/904/UE, la plastica biodegradabile va intesa come plastica biodegradabile compostabile.

Nella cornice di tali aspetti definitori, emerge dunque la visione della Commissione sull'argomento di cui si intende condividere i principali punti. Tra di

essi, una questione su cui viene a più riprese posto l'accento concerne la sostenibilità della materia prima. In specie, viene precisato che, in linea con i principi dell'economia circolare, i produttori dovrebbero dare priorità all'utilizzo come materia prima di rifiuti e sottoprodotti organici, e solo in via residuale utilizzare biomassa primaria. Peraltro, nella produzione di quest'ultima deve essere garantita la sostenibilità dal punto di vista ambientale e il non danneggiamento della biodiversità o della salute dell'ecosistema.

A ciò si aggiunge un ulteriore punto che concerne la tipologia di prodotti da realizzare con siffatto materiale. In merito, viene puntualizzato che l'utilizzo di biomassa dovrebbe prioritariamente interessare la realizzazione di prodotti che non abbiano un ciclo di vita breve, come nel caso dei prodotti monouso. Solo in questo caso, ad avviso della Commissione, si potrebbero avere dei benefici in termini di stoccaggio di carbonio. Invero, nel caso dei prodotti a breve vita, che rappresentano ad oggi la principale tipologia di prodotti a base organica, come gli imballaggi monouso, il carbonio inizialmente catturato viene rapidamente rilasciato.

Un altro punto centrale nella visione dell'Unione concerne la biodegradazione dei prodotti in questione. Sulla base della valutazione del *Group of Chief Scientific Advisors*, la Commissione ha in primo luogo precisato che il principio guida per la progettazione di nuove tipologie di plastica aventi tali caratteristiche e l'adozione di misure in materia debba essere la qualificazione del carattere di biodegradazione come una "proprietà di sistema", con riferimento alla quale sia tenuto conto non solo delle proprietà dei materiali, ma anche delle condizioni ambientali specifiche e dei rischi. Tale assunto si affiancherebbe inoltre ai principi di condizionalità temporale e residualità. Per meglio precisare, con specifico riferimento alla plastica biodegradabile in ambienti aperti, il relativo utilizzo dovrebbe limitarsi alle sole ipotesi in cui la completa biodegradabilità si sia dimostrata al di sotto del periodo di tempo idoneo ad evitare danni all'ambiente. Secondo questa logica, difatti, un prodotto che impieghi un tempo eccessivo per biodegradarsi in un ambiente marino aperto rischierebbe di danneggiare gli ecosistemi e la vita marina *tout court*, ad esempio attraverso l'ingestione da parte degli animali marini. Inoltre, ad avviso della Commissione, l'utilizzo di tali prodotti dovrebbe essere circoscritto alle ipotesi in cui la riduzione dei consumi o il riutilizzo non siano soluzioni praticabili e in cui la rimozione, la raccolta e il riciclaggio completo dei prodotti in plastica non siano fattibili. A ciò si aggiungerebbe il principio richiamato anche per i prodotti di plastica a base organica, per cui la relativa produzione dovrebbe interessare prevalentemente i prodotti dal ciclo di vita più ampio, nella misura in cui un utilizzo di tali risorse per la produzione di prodotti dal breve ciclo di vita implicherebbe una rapida perdita di tali risorse. Per tale

ragione viene ritenuto che la sostituzione delle plastiche convenzionali con plastiche biodegradabili rischierebbe di rallentare lo sviluppo di soluzioni basate sulla riduzione dei rifiuti, sul riutilizzo dei prodotti e sul riciclo dei rifiuti e, pertanto, che non possa considerarsi come la soluzione per una gestione inappropriata dei rifiuti o per una dispersione degli stessi nell'ambiente.

Infine, sul presupposto che la condotta del consumatore sia parimenti strategica, particolare rilevanza viene attribuita ai profili relativi alle informazioni di cui tali prodotti devono essere corredati, di cui si dirà più approfonditamente *infra* e rispetto a cui non può non evidenziarsi una certa incongruenza tra i propositi a più riprese espressi e la mancata predisposizione delle relative misure.

Rispetto al quesito posto all'inizio, ovverosia se, nella prospettiva unionale, la sostituzione della plastica convenzionale con l'utilizzo di materiali riconducibili alla più recente accezione della c.d. economia circolare organica possa costituire una delle misure di risposta ai problemi posti dalla plastica, la risposta appare affermativa, ma solo parzialmente. Invero, difficilmente sostenibile può risultare la tesi che con una tale sostituzione si pervenga alla risoluzione di tutte le sfide poste dalla produzione e utilizzo della plastica. Può ad esempio certamente considerarsi pacifico che l'utilizzo di materiali a base organica possa contribuire a ridurre l'impiego di fonti fossili rispetto ad un utilizzo esclusivo della plastica convenzionale. Analogamente, indubbi vantaggi sono riconosciuti altresì nell'impiego di polimeri biodegradabili compostabili per la realizzazione di imballaggi, che entrano negli impianti di compostaggio, tra cui quelli di digestione anaerobica in condizioni controllate, come precisato nell'ambito della proposta di regolamento sugli imballaggi[114]. Diversamente, se la sfida attiene alla riduzione dell'incidenza dei prodotti di plastica sull'ambiente, derivante *in primis* dalla dispersione degli stessi, e se si accettano le premesse condivise a livello europeo appena ricostruite, allora la sostituzione della plastica con l'utilizzo di materiali biodegradabili e compostabili non può rappresentare la risposta risolutiva, per quanto riconducibile ad un disegno di sistema che guarda agli input di produzione, alla "riciclabilità a vita" e agli strumenti finanziari e organizzativi per garantire l'avvio a riciclo di tali materiali[115]. Se si volge nuovamente lo sguardo ai prodotti oggetto delle disposizioni di cui all'art. 5 della direttiva 2019/904/UE, simili prodotti difficilmente possono considerarsi, nella prospettiva unionale, come alternative adeguate e più sostenibili, trattandosi di prodotti monouso che diventano rapidamente rifiuti e, come tali, suscettibili di un'inadeguata gestione a partire dalla

[114] Così in particolare nel considerando n. 36 della proposta di regolamento COM(2022) 677, che auspica anche l'aggiornamento della norma tecnica di riferimento CEN EN 13432 sulla biodegradabilità e compostabilità.

[115] Così il GCNB nelle osservazioni sul parere circostanziato della Commissione europea sul d.lgs. n. 196/2021.

quale possono disperdersi e rispetto a cui la biodegradabilità in ambienti aperti, se intesa appunto come proprietà di sistema, potrebbe non configurarsi come una soluzione idonea a non arrecare danno all'ambiente medesimo.

Ebbene, si potrebbe asserire che, nella prospettiva del legislatore europeo, il divieto di cui all'art. 5, sia pure proteso al contrasto del *littering* e dell'inquinamento da plastica, sottenda in realtà un'intenzione più profonda, quella di prevenire *ex se* la formazione dei rifiuti e, quindi, colpire quei prodotti, come i monouso, che avendo un ciclo di vita molto breve diventano immediatamente rifiuti. Ciò detto, riguardo ai prodotti vietati le disposizioni normative non sembrano guardare tanto allo sviluppo di materiali alternativi più sostenibili rispetto alla plastica, quanto piuttosto alla realizzazione di alternative riutilizzabili.

3.2. *I prodotti riutilizzabili*

Un prodotto riutilizzabile possiede un valore d'uso di per sé superiore rispetto a quello di un altro prodotto che è destinato a compiere al più pochi cicli di impiego, il che si traduce anche in un valore economico maggiore, che induce tendenzialmente il detentore del medesimo bene a conservarlo e, appunto, a riutilizzarlo per gli scopi a cui è destinato. È anche su questa logica, sia pur scontata, che si può anche dedurre che un bene riutilizzabile disponga di migliori caratteristiche ambientali, almeno per quanto riguarda la fase successiva alla produzione: il valore d'uso e quello economico "prevengono" la manifattura di prodotti analoghi di durata effimera – e dei relativi rifiuti – nonché l'abbandono, quantomeno quello volontario, degli stessi nell'ambiente.

Una conferma di ciò si può ricavare anzitutto dalla gerarchia dei rifiuti: le operazioni di "riutilizzo" e di "preparazione per il riutilizzo" sono seconde solo all'*optimum* rappresentato dalla prevenzione del rifiuto, ma risultano comunque strumentali a quest'ultima, dato che il ciclo di vita allungato del prodotto riutilizzabile "previene" la produzione di prodotti sostitutivi monouso e non deve essere d'ostacolo per il riciclo[116].

Resta fermo che, per poter essere utilizzato più volte, il prodotto deve poter essere reimpiegato, sostanzialmente senza operazioni intermedie di trasformazione, deve essere durevole e resistente a plurimi cicli di utilizzo, o comunque, ove necessario, deve poter essere pulito e riparato[117]. Ciò significa che un prodotto è riutilizzabile se è progettato con tali caratteristiche e se esistono sistemi che con-

[116] Cfr. art. 4, par. 1, lett. b) e art. 3, par. 1, n. 12, lett. a), direttiva 2008/98/CE.

[117] Caratteristiche che vengono evidenziate nella definizione di «preparazione per il riutilizzo» di cui all'art. n. 16), direttiva 2008/98/CE.

sentano concretamente un nuovo impiego, dunque se vi è una connessione tra eco-progettazione e responsabilità estesa del produttore[118]. Quanto sinora delineato trova riscontro nel diritto positivo e, sostanzialmente, in tutte le fonti che sono state finora passate in rassegna.

Nella direttiva quadro rifiuti, il prodotto riutilizzabile e il riutilizzo vengono in rilievo quali oneri di gestione dei regimi di responsabilità estesa del produttore e, come anticipato, quali strumenti della prevenzione dei rifiuti. Sotto il primo profilo, i sistemi di EPR sono chiamati a farsi carico delle operazioni prodromiche all'effettivo riutilizzo[119] dei beni, devono quindi adoperarsi per il recupero del prodotto in quanto tale, più che del materiale; a ciò si aggiungono le ordinarie operazioni di gestione del fine vita, comunque necessarie quando tali prodotti non potranno più essere riutilizzati e dovranno allora essere recuperati in altri modi, tra cui il riciclo del materiale di cui sono composti[120]. Sotto il secondo profilo, nell'ambito della prevenzione gli Stati membri e i regimi di EPR devono quantomeno incoraggiare la progettazione, la produzione e il consumo dei prodotti riutilizzabili e devono conseguire specifici obiettivi quantitativi di preparazione per il riutilizzo e il riciclaggio dei rifiuti[121].

Su questa base si innesta la direttiva imballaggi, secondo la quale gli imballaggi riutilizzabili sono sostanzialmente quelli che garantiscono molteplici operazioni di riempimento e di riutilizzo, che conservano le garanzie di salute e sicurezza per i consumatori e che, una volta divenuti rifiuti, sono compatibili con le altre operazioni di recupero[122]. Fermi restando gli obblighi di gestione dei regimi di EPR, gli Stati membri sono chiamati, anche in questo caso, a incentivare la produzione e il consumo degli imballaggi riutilizzabili, anche agevolando la creazione dei sistemi di riutilizzo. A questo proposito, l'art. 5 esemplifica le misure per il riutilizzo che le autorità nazionali possono adottare e include, oltre alla fissazione di obiettivi qualitativi e quantitativi, gli incentivi economici, le caratteristiche obbligatorie di realizzazione degli imballaggi e l'utilizzo dei sistemi di restituzione con cauzione (c.d. *deposit return system*). Analogamente a quanto accade con il riciclo, la "rete" per il riutilizzo dovrebbe poggiare su una banca dati concernente l'immesso sul mercato degli imballaggi riutilizzabili e sul sistema di riu-

[118] Cfr. § 4.

[119] Per riutilizzo si intende «qualsiasi operazione attraverso la quale prodotti o componenti che non sono rifiuti sono reimpiegati per la stessa finalità per la quale erano stati concepiti» (art. 3, par. 1, n. 13, direttiva 2008/98/CE).

[120] Ai sensi degli artt. 8 e 8-*bis* della direttiva 2008/98/CE, i regimi di responsabilità estesa del produttore sono tenuti a definire oneri e responsabilità degli attori coinvolti nella filiera, dalla produzione del prodotto riutilizzabile alla raccolta, dall'applicazione modulare dei contributi di gestione dei prodotti riutilizzabili alla creazione di reti per il riutilizzo.

[121] Artt. 9 e 11 direttiva 2008/98/CE.

[122] Art. 3, par. 1, n. 2-*bis*) e Allegato II alla direttiva 94/62/CE.

tilizzo previsto per gli stessi all'interno di ciascuno Stato. Si tratta di informazioni che in effetti sono state previste dalla direttiva come obbligatorie, ma che non risultano ancora consultabili[123].

La direttiva sui prodotti in plastica monouso, infine, come già ampiamente descritto nei precedenti paragrafi, costituisce probabilmente l'atto normativo in vigore che più degli altri esprime la preferenza verso i prodotti riutilizzabili. I prodotti riutilizzabili sono, infatti, esclusi dal campo di applicazione della direttiva e sono dunque esenti dalle misure di riduzione del consumo, dai divieti di immissione sul mercato e dai requisiti di marcatura. Anzi, non sembra azzardato sostenere che il legislatore europeo auspichi la sostituzione dei prodotti monouso con delle alternative riutilizzabili. Ciò si evince, in particolare, se si guarda agli obblighi di riduzione dei prodotti di cui alla Parte A dell'Allegato alla direttiva: gli Stati possono adempiere fissando obiettivi nazionali di riduzione e adottando le disposizioni idonee ad assicurare ai consumatori la disponibilità di prodotti riutilizzabili sul mercato[124].

Una spinta decisiva verso le "alternative" riutilizzabili si coglie, in una prospettiva *de iure condendo,* nella già citata proposta di regolamento in materia di imballaggi e rifiuti di imballaggi[125]. Premesso che sono individuati nuovi requisiti per poter qualificare un imballaggio come riutilizzabile, la conformità ai quali dovrà essere dimostrata dal produttore attraverso apposita documentazione tecnica, una delle novità più importanti concerne l'obbligo per i produttori che immettono sul mercato prodotti riutilizzabili di assicurare *ex ante* l'operatività di un sistema che garantisca l'effettivo riutilizzo degli stessi e che sia conforme ai requisiti previsti dallo stesso regolamento[126]. A questo si collegherebbe la fissazione, per la prima volta, di obiettivi annuali di impiego di manufatti riutilizzabili per specifiche attività e tipologie di prodotto, il cui adempimento ricadrebbe direttamente sul fabbricante o sul distributore finale e, quindi, indirettamente sugli Stati membri, che sono tenuti a rendicontare i propri risultati interni alle istituzioni europee[127]. Sostanzialmente, come si intuisce anche nella normativa

[123] Ai sensi dell'art. 5, par. 5 e dell'art. 12, par. 3-*bis*) della direttiva, gli Stati devono comunicare alla Commissione i dati sugli imballaggi riutilizzabili. Sulla base dei dati comunicati, la Commissione entro il 31 dicembre 2024 elabora una proposta volta a definire gli obiettivi quantitativi per il riutilizzo degli imballaggi e le misure di incentivo del riutilizzo.

[124] Cfr. art. 4, par. 1. Fa il paio con questa disposizione quanto previsto dall'art. 10 sulle misure di sensibilizzazione obbligatorie: gli Stati devono sensibilizzare i consumatori sull'esistenza di alternative riutilizzabili rispetto ai prodotti elencati nella Parte G dell'Allegato alla direttiva.

[125] Si veda *supra,* § 2.3.

[126] A prevederlo è l'art. 23 della proposta di regolamento COM(2022) 677, che richiama i requisiti di funzionamento dei sistemi di riutilizzo previsti dall'art. 24 e dall'Allegato VI al regolamento.

[127] L'art. 26 della proposta della Commissione prevede, al netto delle esenzioni di cui ai paragrafi 13-*bis* e seguenti, una serie di obblighi a cui corrispondono percentuali-obiettivo (emendate nelle posizioni approvate dal Parlamento e dal Consiglio) di riutilizzo (con annessa creazione di un sistema di riutilizzo) in relazione, per

vigente, la Commissione sembra intenzionata a sostenere la transizione verso le alternative riutilizzabili fissando, da un lato, i requisiti tecnici per l'immissione sul mercato dei prodotti riutilizzabili e, dall'altro, assicurando la creazione di sistemi per il riutilizzo, tra cui spicca il deposito su cauzione, che per alcuni manufatti è previsto come obbligatorio[128].

Quest'ultima novità appare importante anche per il superamento di un *vulnus* che invece affligge la normativa in vigore e, in particolare, la direttiva SUP. Difatti, se è vero che la direttiva esclude dal suo ambito di applicazione i prodotti (di plastica) riutilizzabili, è altrettanto vero che non sono stati determinati i requisiti normativi per poter qualificare un prodotto come riutilizzabile. Partendo dalla direttiva SUP, la definizione di prodotto (di plastica) riutilizzabile dovrebbe ricavarsi per antitesi da quella di "prodotto di plastica monouso": se quest'ultimo «non è concepito, progettato o immesso sul mercato per compiere più spostamenti o rotazioni durante la sua vita essendo rinviato a un produttore per la ricarica o riutilizzato per lo stesso scopo per il quale è concepito», un prodotto riutilizzabile dovrebbe possedere le caratteristiche opposte. Tali caratteristiche sono, infatti, richiamate nella definizione di imballaggio riutilizzabile della direttiva imballaggi, a cui la Commissione fa espressamente rinvio all'interno dei propri orientamenti interpretativi sulla direttiva SUP[129]. Posto che si riferisce agli imballaggi e che non tutti i prodotti monouso sono necessariamente imballaggi, quest'ultima definizione non risolve da sola il problema di qualificazione dei riutilizzabili, giacché la norma è priva di contenuto tecnico. A titolo esemplificativo, la norma non chiarisce cosa si intenda per rotazione e spostamento, quali caratteristiche di composizione strutturale il prodotto dovrebbe possedere per essere riutilizzabile, o quanti cicli di utilizzo dovrebbe assicurare. Si evidenzia, quindi, la mancanza di una norma tecnica che sappia restituire i requisiti di riutilizzabilità e "certificare" il prodotto come riutilizzabile[130].

---

esempio, a: imballaggi dell'*e-commerce* destinati a contenere grandi elettrodomestici, imballaggi di bevande analcoliche confezionate per la vendita, a eccezione del latte, imballaggi di bevande alcoliche, a eccezione del vino e degli spumanti, imballaggi per il trasporto delle merci (bidoni, secchi e pallets) e imballaggi per la vendita utilizzati solo per il trasporto nell'UE, imballaggi per il trasporto e la consegna di prodotti non alimentari, scatoloni non in cartone impiegati per la conservazione delle merci.

[128] Ai sensi dell'art. 44 della proposta di regolamento, gli Stati membri devono assicurare l'operatività dei sistemi di deposito cauzionale per le bottiglie di plastica e di metallo monouso da 0,1 a tre litri di capacità, a meno che non si registri una raccolta selettiva elevata di tali imballaggi (il tasso percentuale differisce al momento nelle versioni della proposta della Commissione, del Parlamento e del Consiglio) negli anni 2026-2027, ovvero lo Stato membro chieda l'esenzione presentando un piano di attuazione volto al raggiungimento del *target* di raccolta previsto.

[129] Comunicazione della Commissione C(2021) 3762.

[130] Si segnala comunque l'esistenza della norma europea EN 13429, che specifica i requisiti degli imballaggi classificabili come riutilizzabili e fissa i procedimenti per la valutazione di conformità a tali requisiti. Il legislatore non ha fatto rinvio a tale norma tecnica.

Per riprendere le fila del discorso, appare evidente dalla lettera della norma che dietro le misure di divieto e di riduzione dei prodotti di plastica monouso vi sia la volontà del legislatore di sollecitare soluzioni alternative riutilizzabili. Tuttavia, alla luce delle considerazioni svolte, sia sulla qualificazione dei prodotti riutilizzabili che sulla plastica biodegradabile e compostabile, emergono delle questioni su cui vale la pena riflettere.

Innanzitutto, se dietro le restrizioni della direttiva SUP si cela il più ambizioso obiettivo di "salire" nella gerarchia dei rifiuti, riducendo il monouso e preferendo soluzioni riutilizzabili, viene da domandarsi perché il legislatore, sebbene sia stato mosso dall'esigenza di contrastare l'inquinamento da rifiuti in plastica, non abbia allargato il proprio spettro d'azione, concentrandosi su misure che fossero in grado di colpire i prodotti monouso *tout court*, non solo quelli in plastica. Invero, eccezion fatta per quei prodotti monouso in plastica per i quali non esistono ancora alternative riutilizzabili sul mercato, per gli altri si sarebbero potute giustificare misure di divieto a prescindere dal materiale di composizione del prodotto.

Inoltre, la scelta di puntare sui riutilizzabili si scontra con la mancata individuazione dei requisiti tecnici di riutilizzabilità. Tale lacuna è sostanziale, in quanto consentirebbe la commercializzazione di prodotti che sono "certificati" dal produttore come riutilizzabili, ma che nella realtà potrebbero anche essere monouso, magari addirittura vietati dall'art. 5 della direttiva SUP. Questo genera un paradosso applicativo, viziato da una superficiale valutazione delle differenze tra i prodotti. Difatti, un prodotto monouso realizzato in un materiale alternativo, come la plastica biodegradabile e compostabile, con caratteristiche ambientali e di gestione del fine vita differenti, non verrebbe distinto da un monouso in plastica tradizionale, ma allo stesso tempo un prodotto monouso con uno spessore leggermente superiore di plastica tradizionale potrebbe derogare i divieti della norma perché asseritamente riutilizzabile.

Va comunque osservato che questa mancanza sembrerebbe essere stata rilevata dalla Commissione, che nella proposta di regolamento inserisce i requisiti di riutilizzabilità di un prodotto, ma soprattutto lega l'immissione sul mercato di un prodotto riutilizzabile alla previa esistenza di un sistema per il riutilizzo.

4. *L'eco-progettazione e la plastica: le prospettive* de iure condendo

Tra le soluzioni che possono contribuire alle sfide poste dalla produzione e dal consumo della plastica si annovera altresì la progettazione ecocompatibile, che costituisce una componente fondamentale dell'economia circolare[131],

[131] Così F. de Leonardis, voce *Economia circolare (diritto pubblico)*, cit., 6-7.

intesa nella sua più moderna accezione che interessa l'intero processo industriale[132]. Riprendendo la definizione riportata dalla direttiva 2009/125/CE, con progettazione ecocompatibile deve intendersi l'integrazione degli aspetti ambientali nella medesima progettazione del prodotto al fine di migliorarne le prestazioni ambientali nel corso del suo intero ciclo di vita[133].

Nel quadro di tale premessa definitoria, il testo normativo appena richiamato costituisce la principale fonte giuridica in materia, adottata nel proposito di fissare un quadro per l'elaborazione delle specifiche per la progettazione dei prodotti connessi all'energia al fine di garantire la libera circolazione di tali prodotti nel mercato interno, contribuendo allo sviluppo sostenibile attraverso l'accrescimento dell'efficienza energetica e il livello di protezione ambientale e il miglioramento della sicurezza dell'approvvigionamento energetico[134]. Sebbene si tratti pertanto di una fonte normativa il cui ambito di applicazione risulta circoscritto e che è stata adottata prima della piena affermazione del paradigma dell'economia circolare, nella direttiva in questione si rinvengono, come osservato, i principali assi portanti di siffatto paradigma, ossia la riduzione dell'utilizzo di materie prime, l'uso efficiente delle risorse, le possibilità di riutilizzo o riparazione del prodotto, nonché il recupero delle relative componenti[135].

Tali processi di eco-progettazione sono stati successivamente inclusi nel novero delle misure da adottare nell'ambito del pacchetto sull'economia circolare, pur in assenza di una puntuale metodologia condivisa o parametri di riferimento per gli Stati membri. In specie, ai sensi dell'art. 9, par. 1, lett. b), della direttiva 2018/851/UE, gli Stati membri sono tenuti ad adottare le misure volte ad evitare la produzione di rifiuti, che, quantomeno, incoraggino la progettazione, la fabbricazione e l'utilizzo di prodotti efficienti sotto il profilo delle risorse, durevoli, riparabili, riutilizzabili e aggiornabili[136]. A tal fine, tra gli strumenti per la concreta realizzazione dei processi di eco-progettazione viene annoverata la responsabilità estesa del produttore, nella misura in cui costituisce l'istituto

---

[132] In tal senso M. Cocconi, *Un diritto per l'economia circolare,* in *Il diritto dell'economia,* 2019, n. 3, 159. Sottolinea che nel nuovo approccio dell'economia circolare si guardi anche al 'prima' dei rifiuti nella fase di progettazione e produzione dei beni/prodotti A. Pierobon, *Prime notazioni sul d.lgs. 116 del 2020 sui rifiuti e sull'economia circolare,* in *Ambientediritto.it,* 2020, n. 4, 553. Per una breve disamina dei principali profili normativi in materia di eco-progettazione, si veda A. Tempesta, *Eco-design: profili normativi,* in *Rivista giuridica dell'ambiente,* 2019, n. 4, 685 ss. Per un'ottima ricostruzione degli sviluppi normativi più recenti in materia si veda: Ref. Ricerche, *Ecodesign: meglio prevenire che curare,* 2023, disponibile sul sito *https://refricerche.it/*.

[133] Art. 2, punto 23, della direttiva 2009/125/CE.

[134] Art. 1 della direttiva 2009/125/CE.

[135] Così A. Martini, *L'eco-innovazione per la transizione ecologica* (Tesi di dottorato), maggio 2023, 275.

[136] Come ricordato da A. Martini, *L'eco-innovazione per la transizione ecologica*, cit., 275, disposizioni analoghe si ritrovano altresì nelle altre direttive del pacchetto, ossia nell'art. 4 della direttiva 2000/53/CE, così come modificata dalla direttiva 2018/849/UE, e l'art. 4 della direttiva 94/62/CE, così come modificata dalla direttiva 2018/852/UE.

che mette in relazione la produzione e la destinazione successiva all'impiego di un prodotto[137]. Analogamente, a livello nazionale la diffusione dell'eco-design è stata inserita tra i macro-obiettivi della Strategia Nazionale per l'Economia Circolare ed è stata specificamente agganciata alla responsabilità estesa del produttore[138].

Si tratta di una soluzione che è stata peraltro condivisa anche dal legislatore nazionale nel recepimento del pacchetto sull'economia circolare, essendo stato disposto che i regimi di responsabilità estesa del produttore prevedano, tra l'altro, misure idonee per incoraggiare una progettazione dei prodotti e dei loro componenti mirata ad una riduzione degli impatti ambientali e della produzione di rifiuti durante la produzione e il successivo utilizzo dei prodotti[139].

Con specifico riferimento ai prodotti di plastica, può certamente ritenersi che i processi di eco-progettazione possano contribuire ad un'ottimizzazione delle risorse utilizzate, richiedendo un quantitativo minimo di materiale riciclato ai fini della relativa realizzazione, ovvero di materiale a base organica, ma possono altresì contribuire a ridurre la possibilità che talune componenti del prodotto siano suscettibili di disperdersi nell'ambiente, intervenendo sulla scomponibilità dello stesso, nonché a estendere il ciclo di vita del prodotto medesimo e, una volta divenuto rifiuto, a facilitarne il riciclo.

La Strategia europea per la plastica dà evidenza che di ciò vi fosse sufficiente consapevolezza a livello unionale. Invero, nel documento veniva tra l'altro sottolineato come i produttori di articoli e imballaggi di plastica fossero scarsamente incentivati a tener conto delle esigenze di riciclaggio o di riutilizzo nella progettazione dei prodotti e che, al fine di un miglioramento dei processi di progettazione con la parallela salvaguardia del mercato, l'intervento dell'UE fosse fondamentale.

Nell'ambito di siffatta cornice, se si imposta il ragionamento *de iure condito*, la lente di indagine va indirizzata verso le previsioni di cui all'art. 6 della direttiva 2019/904/UE. Segnatamente, in conformità a tali disposizioni, gli Stati membri sono tenuti a provvedere a che taluni prodotti di plastica monouso[140] aventi tappi e coperchi di plastica possano essere immessi sul mercato solo se questi ultimi restino attaccati ai contenitori per la durata dell'uso previsto, nell'intento di

[137] *Ibidem*. Difatti, è a partire dalle scelte compiute in sede di analisi progettuale che si determina il grado di responsabilità del produttore rispetto al proprio prodotto. Sull'identificazione dell'eco-progettazione come una delle finalità cui è preposto l'istituto della responsabilità estesa al produttore si veda altresì N. Granato, *La Responsabilità estesa del Produttore: Una strategia di politica ambientale* (Tesi di dottorato), maggio 2023, 154 ss.

[138] Cfr. § 2.4 della Strategia.

[139] Così A. Martini, *L'eco-innovazione per la transizione ecologica*, cit., 276.

[140] Si tratta in specie dei contenitori per bevanda con una capacità fino a tre litri, ossia recipienti usati per il contenimento di liquidi, quali per esempio bottiglie per bevande e relativi tappi e coperchi, nonché imballaggi compositi di bevande e relativi tappi e coperchi, ma non: i contenitori in vetro o metallo per bevande con tappi e coperchi di plastica e i contenitori per bevande destinati e usati per alimenti a fini medici speciali *ex* art. 2, lett. g), del regolamento 609/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio che sono in forma liquida.

ridurre la dispersione nell'ambiente di una tipologia di prodotto frequentemente rivenuta sulle spiagge dell'Unione[141].

A contribuire ulteriormente alla conformazione della progettazione di determinati prodotti nell'ambito della direttiva 2019/904/UE sono altresì le disposizioni di cui al par. 5 del medesimo articolo, pur incidendo su un differente impatto ambientale di tali prodotti. Invero, è previsto che ciascun Stato membro garantisca che, a partire dal 2025, le bottiglie per le bevande elencate nella parte F[142] dell'allegato fabbricate con polietilene tereftalato come componente principale («bottiglie in PET») contengano almeno il 25% di plastica riciclata (calcolato come media per tutte le bottiglie in PET immesse sul mercato nel territorio dello Stato membro) e che, a partire dal 2030, le stesse bottiglie per bevande elencate nella parte F dell'allegato contengano almeno il 30% di plastica riciclata (calcolato come media per tutte tali bottiglie per bevande immesse sul mercato nel territorio dello Stato membro)[143].

Diversamente dalle previsioni in materia esaminate *supra*[144], il legislatore delegato nazionale non risulta aver recepito tali disposizioni in modo difforme dal dettato normativo europeo.

Impostando il ragionamento *de iure condendo*, vanno certamente riconosciuti gli ulteriori passi che a livello unionale si intendono compiere con la proposta di regolamento sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggi[145]. In tal senso, l'art. 7 della proposta in questione stabilisce percentuali minime di contenuto riciclato da rifiuti di plastica post-consumo che dovrebbero essere presenti all'interno degli imballaggi di plastica a decorrere dal 1° gennaio 2030[146]. A ragion veduta, a nor-

[141] Così in particolare nel considerando n. 17 direttiva 2019/904/UE.

[142] In particolare, si tratterebbe delle bottiglie per bevande con una capacità fino a tre litri, compresi i relativi tappi e coperchi, ma non delle bottiglie per bevande in vetro o metallo con tappi e coperchi di plastica e delle bottiglie per bevande destinate e usate per alimenti a fini medici speciali *ex* art. 2, lett. g), del regolamento 609/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio che sono in forma liquida.

[143] Ai sensi dell'ultimo periodo del paragrafo 5 dell'art. 6 della direttiva 2019/904/UE era previsto che, entro il 1° gennaio 2022, la Commissione adottasse gli atti di esecuzione che stabilissero le norme per il calcolo e la verifica degli obiettivi in questione. Tali atti non sono stati tuttavia ancora adottati.

[144] Cfr. § 2.2.2.

[145] COM(2022) 677 finale.

[146] In particolare, ai sensi dell'art. 7 della proposta di regolamento, a decorrere dal 1° gennaio 2030, la parte di plastica di un imballaggio immesso sul mercato europeo dovrà contenere la seguente percentuale minima di contenuto riciclato, per unità di imballaggio: 30% per gli imballaggi sensibili al contatto il cui componente principale è il polietilentereftalato (PET) (lett. a), a eccezione delle bottiglie monouso per bevande; 7,5% per gli imballaggi sensibili al contatto realizzati con materie plastiche diverse dal PET, ad eccezione delle bottiglie di plastica monouso per bevande (lett. b); 30% per le bottiglie di plastica monouso per bevande (lett. c); 35% per gli imballaggi di plastica diversi da quelli di cui alle lettere a), b) e c) (lett. d). A decorrere dal 1° gennaio 2040, le percentuali dovranno corrispondere al: 50% per gli imballaggi di plastica sensibili al contatto, ad eccezione delle bottiglie di plastica monouso per bevande (lett. a); 25% per gli imballaggi sensibili al contatto realizzati con materie plastiche diverse dal PET (lett. a-*bis*); 65% per le bottiglie di plastica monouso per bevande (lett. b); 65% per gli imballaggi di plastica diversi da quelli di cui alle lettere a) e b) (lett. c).

ma del paragrafo 4 dell'art. 7, tali previsioni non troverebbero applicazione con riferimento agli imballaggi compostabili di plastica, destinati a diventare compost attraverso il riciclo organico e che, comunque, nel quadro di tale regolamento vengono prescelti come la soluzione più efficiente per talune specifiche applicazioni[147]. A ciò si aggiunga anche che, ai sensi dell'art. 26 dell'adottando regolamento, i produttori e i distributori sono gravati dall'obbligo di commercializzare e fornire un numero minimo di imballaggi riutilizzabili, il che imporrebbe soprattutto ai produttori la riprogettazione dei propri manufatti. In questa prospettiva di ragionamento è comunque la proposta di regolamento "che stabilisce il quadro per l'elaborazione delle specifiche di progettazione ecocompatibile dei prodotti sostenibili e abroga la direttiva 2009/125/CE"[148] a dare un'evidenza piena della volontà a livello comunitario di corroborare i processi di progettazione ecocompatibile. Invero, con tale regolamento, verrebbe esteso l'ambito di applicazione dei requisiti di progettazione ecocompatibili, non circoscrivendolo ai soli prodotti connessi all'utilizzo di energia. Sul punto, le specifiche di progettazione riguarderebbero in particolare: la durabilità e l'affidabilità dei prodotti; la riutilizzabilità dei prodotti; la possibilità di miglioramento, la riparabilità, la manutenzione e il ricondizionamento dei prodotti; la presenza nei prodotti di sostanze che destano preoccupazione; l'efficienza energetica dei prodotti e l'efficienza delle risorse; il contenuto riciclato nei prodotti; la ri-fabbricazione e il riciclaggio dei prodotti; l'impronta di carbonio e l'impronta ambientale dei prodotti; la generazione prevista di rifiuti derivanti dai prodotti. Nel proposito di migliorare tali aspetti, ai sensi dell'art. 5, par. 1, verrebbe poi rimessa alla Commissione la definizione delle specifiche di progettazione ecocompatibile, in funzione dei gruppi di prodotto e tenendo in considerazione tutte le fasi del ciclo di vita e, rispetto al tema qui di maggiore interesse, come specificato nell'Allegato I, tra i parametri da poter utilizzare per siffatto proposito rientrerebbe esplicitamente il quantitativo di rifiuti generati, compresi i rifiuti di plastica, nonché il rilascio di microplastiche[149].

[147] Difatti, ai sensi dell'art. 8 è disposto che, entro i 24 mesi dall'entrata in vigore del regolamento, le bustine per tè o cialde per caffè necessarie per contenere un prodotto a base di tè o caffè e destinate ad essere utilizzate e smaltite insieme al prodotto, le unità monodose destinate a un sistema per la preparazione di tè o caffè, necessarie per contenere un prodotto a base di tè o caffè e destinate ad essere utilizzate e smaltite insieme al prodotto, le etichette adesive apposte sui prodotti ortofrutticoli e le borse di plastica in materiale ultraleggero saranno compostabili industrialmente in condizioni controllate negli impianti di trattamento dei rifiuti organici. Inoltre, a norma del paragrafo 2 del medesimo articolo, ove siano disponibili sistemi di raccolta e infrastrutture per il trattamento dei rifiuti adeguati per garantire che gli imballaggi in questione entrino nel flusso di gestione dei rifiuti organici, gli Stati membri avrebbero la facoltà di imporre che le borse di plastica in materiale leggero siano messe a disposizione sul loro mercato per la prima volta solo se è possibile dimostrare che siano state interamente fabbricate a partire da polimeri di plastica biodegradabili compostabili industrialmente in condizioni controllate.

[148] COM(2022) 142 finale.

[149] Così in particolare rispettivamente nelle lett. p) e n) dell'Allegato I della proposta di regolamento.

Con una tale soluzione normativa si perverrebbe alla definizione, anche con il contributo degli atti delegati della Commissione, di requisiti obbligatori per categorie di prodotto in un quadro omogeneo di prescrizioni che potrebbe arrecare benefici in termini di effettività dell'istituto, scongiurando altresì il rischio di regimi giuridici differenziati all'interno del mercato unico[150].

5. *Etichettatura, sensibilizzazione e le altre misure tra prevenzione e corretto conferimento*

Tra gli strumenti che vengono in rilievo per contrastare la diffusione del fenomeno del *littering* dei prodotti in plastica immessi nel mercato vi sono quelli che attengono alla sensibilizzazione, alla responsabilizzazione, all'educazione ambientale, o comunque all'informazione dei consumatori, ossia dei soggetti che acquistano il prodotto in plastica, lo utilizzano e, infine, incidono con i loro comportamenti in modo decisivo sulla sua destinazione post consumo.

A tal fine, il primo presidio di prevenzione dell'inquinamento da rifiuti in plastica che l'ordinamento attiva ha natura informativa e divulgativa. Esso si traduce, infatti, in indicazioni volte, da un lato, a scoraggiare comportamenti individuali che arrechino nocumento all'ambiente – come nel caso della dispersione dei rifiuti – e, dall'altro lato, a promuovere le condotte che invece consentano di destinare il bene nell'apposito sistema di gestione o di neutralizzazione dei suoi potenziali effetti negativi. Sostanzialmente, tralasciando la possibile configurazione di illeciti, il legislatore si preoccupa anzitutto di chiarire al consumatore come comportarsi quando il prodotto in plastica perde l'utilità primaria per la quale è stato fabbricato e lo fa ricorrendo a "imperativi categorici", dal monito "non gettare nell'ambiente" alle prescrizioni di natura positiva "conferire nell'apposita frazione".

Accade spesso che tali previsioni siano dimenticate o sottovalutate quando si affronta il tema del *littering* e del relativo inquinamento da rifiuti, giacché esse sembrano piuttosto appartenere a forme comportamentali scontate, o comunque proprie, prima ancora che della tutela dell'ambiente, di aspetti ordinari del vivere civile e delle questioni di decoro, di pulizia e di igiene a esso connesse[151]. In realtà, come già anticipato, tali misure mantengono un'assoluta centralità nella legislazione

[150] Cfr. A. Martini, *L'eco-innovazione per la transizione ecologica*, cit., 279.

[151] Non a caso, la legge 20 marzo 1941, n. 366 sulla "Raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti solidi urbani", non più in vigore, all'art. 1 disponeva che «La raccolta, il trasporto e lo smaltimento (utilizzazione o dispersione e distruzione) dei rifiuti urbani assumono, nei riflessi dell'igiene, dell'economia e del decoro, carattere di interesse pubblico».

ambientale in materia di rifiuti, non solo in termini di contrasto all'inquinamento da rifiuti, ma soprattutto nell'ottica della transizione verso l'economia circolare[152].

Va da sé che, come si vedrà nel prosieguo, tali strumenti possono concretamente assumere forme diverse, ma rimangono saldamente ancorati all'obiettivo della prevenzione della dispersione del rifiuto. È su questa base quindi che si propone di suddividere le misure tra quelle che si limitano a responsabilizzare il consumatore, quelle che obbligano i soggetti responsabili della gestione a una migliore gestione del rifiuto e quelle che provano a sollecitare la trasformazione in chiave ecologica della produzione.

5.1. *L'etichettatura dei prodotti in plastica*

Una prima tipologia di misure di sensibilizzazione riguarda quelle che veicolano le informazioni direttamente al consumatore "attraverso" il prodotto. Esse sono destinate, per così dire, a incidere per prime, giacché "illustrano" all'acquirente del prodotto quali sono i comportamenti ambientali corretti da osservare una volta utilizzato il prodotto e quali sono invece quelli nocivi, oltre che vietati. Dunque, attraverso questo strumento il legislatore si preoccupa di scongiurare eventuali danni alle componenti ambientali che deriverebbero dalla dispersione dei beni in ambiente aperto, ma anche di offrire le linee guida essenziali per instradare il prodotto verso le successive operazioni di riutilizzo, riciclo o recupero, nella prospettiva di minimizzare gli sprechi di risorse idonee a essere recuperate.

Tanto premesso, se tali misure incidono per prime, il destinatario principale delle relative indicazioni non può che essere il consumatore, vale a dire il soggetto – il primo e, nella maggior parte dei casi, anche l'ultimo – che acquista il prodotto in plastica sul mercato, fruisce della sua utilità funzionale (come utensile, come imballaggio *et similia*) e successivamente se ne disfa; l'atto finale del conferimento diventa importante, nell'ottica della prevenzione del *littering* e della transizione verso un'economia circolare, perché destinato a influenzare la "seconda vita" del prodotto in plastica. Pertanto, il consumatore che se ne rende responsabile è il "destinatario-beneficiario" delle misure informative in questione, ma i veri "destinatari" delle norme sono in realtà i produttori, che direttamente sul prodotto, o indirettamente attraverso i sistemi di responsabilità estesa del produttore di cui fanno parte, sono tenuti a diffondere le informazioni necessarie per la prevenzione della dispersione del rifiuto e per il corretto conferimento.

[152] Come ricordato nell'introduzione (cfr. § 1), le misure di sensibilizzazione sono importanti perché contribuiscono attivamente all'intercettazione post consumo del prodotto, in modo tale che finisca in un circuito chiuso di trattamento e sia gestito come nuova risorsa.

Concretizzando quanto sinora premesso, questa prima tipologia di misure consente di assolvere l'obbligo di informazione della platea di consumatori attraverso etichette, marchi, pittogrammi o diciture che vengono apposti sui prodotti. A prevederlo sono, infatti, le norme stesse che intervengono sulla regolazione dei rifiuti e, in particolare, dei rifiuti in plastica.

5.1.1. *La marcatura dei prodotti SUP*

La direttiva (UE) 2019/904 sui prodotti in plastica monouso ("SUP") fa dell'informazione al consumatore un tratto essenziale della sua applicazione. Essa prende le mosse, infatti, da un dato empirico: alcuni manufatti monouso in plastica – tazze per bevande, salviette umidificate, prodotti e filtri del tabacco, assorbenti e tamponi igienici[153] – vengono smaltiti impropriamente nelle reti fognarie e finiscono con l'arrecare danno agli stessi sistemi di gestione e depurazione delle acque reflue, disperdendosi spesso nell'ambiente. Secondo il legislatore, tra le cause scatenanti questo improprio smaltimento vi sarebbe proprio la mancata disponibilità di sufficienti e adeguate informazioni che rendano il cittadino edotto sulle caratteristiche materiali del prodotto e sulle corrette modalità di gestione post consumo[154].

Sulla scorta di ciò, l'art. 7 della direttiva SUP ha demandato alla Commissione il compito di fissare con un atto delegato le specifiche armonizzate per la "marcatura" dei prodotti poc'anzi citati, grazie alla quale il consumatore sarebbe stato reso edotto circa la presenza, parziale o totale, di plastica nel prodotto, le corrette modalità di gestione dei relativi rifiuti, il divieto di conferimento nella rete fognaria e l'incidenza negativa che un improprio conferimento degli stessi produrrebbe nei confronti dell'ambiente[155]. Con l'adozione del Regolamento di esecuzione (UE) 2020/2151 l'esecutivo europeo ha esercitato tale delega prescrivendo ai produttori dei manufatti citati l'apposizione obbligatoria su questi ultimi di un pittogramma di sensibilizzazione del consumatore[156]. A ben vede-

[153] Come da elenco riportato nella Parte D dell'Allegato alla direttiva SUP.

[154] Considerando n. 20, direttiva (UE) 2019/904.

[155] Il considerando n. 20 della direttiva evidenzia che «La marcatura dovrebbe informare i consumatori in merito alle corrette opzioni di gestione dei rifiuti per il prodotto o quali sono metodi di smaltimento dei rifiuti che devono essere evitati per il prodotto in linea con la gerarchia dei rifiuti, e alla presenza di plastica nel prodotto, nonché alla risultante incidenza negativa che la dispersione nell'ambiente o altri metodi di smaltimento improprio del prodotto esercitano sull'ambiente».

[156] L'atto delegato impone che siano stampati, anche in rilievo, o incollati sui prodotti dei pittogrammi raffiguranti una tartaruga sofferente, esempio del detrimento cagionato all'ambiente dall'improprio smaltimento del manufatto, e segnali inequivocabili di divieto di dispersione nell'ambiente o di improprio smaltimento negli scarichi domestici.

re, dall'adozione di questo atto normativo derivano questioni che non si limitano alla sensibilizzazione del consumatore.

Difatti, l'etichettatura può influenzare anche le attività produttive: l'obbligo di apposizione del pittogramma sottintende anche l'obbligo di apporre diciture "parlanti" nella lingua nazionale dei Paesi in cui il bene in questione è destinato, quindi il relativo adempimento implica che i produttori conoscano sin da subito la destinazione finale di quel prodotto – il che non è sempre possibile, perché tra la produzione e la commercializzazione al dettaglio vi potrebbe essere una complessa fase di distribuzione – o comunque che sopportino un costo maggiore di realizzazione del singolo manufatto, dovuto al maggior numero di informazioni da "stampare"[157].

Ne deriverebbe che anche una semplice etichetta informativa, cioè uno strumento di informazione e sensibilizzazione, potrebbe, sia pure indirettamente, incidere, come si dirà anche più avanti rispetto alle misure di riduzione di determinati prodotti monouso, sulle scelte di progettazione riservate al fabbricante. Si pensi alla produzione degli imballaggi: gli obblighi e i costi di etichettatura potrebbero spingere le aziende a virare su tipologie e materiali non solo più sostenibili, ma anche meno costosi in termini di processo, proprio perché non rientrerebbero nell'ambito di applicazione del regolamento di esecuzione. In realtà, quest'ultima ipotesi sembra essere smentita dalle caratteristiche attribuite dal legislatore alla marcatura *de quo* e dall'atto giuridico prescelto per fissarle.

L'esecutivo europeo anzitutto sembra privilegiare l'immediatezza e la chiarezza dell'informazione, come richiesto dalla direttiva SUP, ma non pare porsi il problema delle possibili soluzioni tecniche innovative provenienti dall'industria e dal mercato e così rischia di sacrificare la correttezza stessa dell'informazione ingenerando confusione nel consumatore. Quanto arguito può essere meglio compreso se si guarda all'esempio concreto dei bicchieri monouso, che soggiacciono contemporaneamente agli obblighi di marcatura e di riduzione. Ai sensi della direttiva e dell'atto delegato, un bicchiere monouso in carta contenente una lamina idrorepellente di plastica è considerato un prodotto parzialmente realizzato in plastica, quindi deve riportare il pittogramma e la dicitura "plastica nel prodotto" [158]. Tuttavia, la dicitura menzionata rischia di ingenerare confusione nel consumatore se si sposta l'attenzione sul conferimento: il bicchiere dovrebbe essere

[157] A lamentarsi delle scelte operate dalla Commissione e dell'impatto discriminatorio che esse produrrebbero a carico delle libertà imprenditoriali sono state le medesime associazioni dei produttori plastici, che hanno presentato ricorso, successivamente ritirato, al Tribunale dell'Unione Europea chiedendo l'annullamento dell'atto delegato (Causa T-148/21, *Paccor Packaging GmbH e a. contro Commissione europea,* cancellata dal ruolo con ordinanza del 20 aprile 2022).

[158] Allegato IV "Specifiche di marcatura armonizzate per tazze e bicchieri per bevande" al Regolamento di esecuzione (UE) 2020/2151 della Commissione.

conferito nella frazione indifferenziata, o al più nella frazione della carta, non della plastica[159]. Analogamente, un bicchiere monouso in carta certificata compostabile con laminatura in plastica certificata biodegradabile e compostabile – dunque riciclabile negli impianti di compostaggio – soggiace ai medesimi obblighi di marcatura e alla medesima dicitura "plastica nel prodotto", anche se il bicchiere può essere riciclato organicamente assieme ai rifiuti umidi e divenire compost.

Proprio l'esempio della plastica biodegradabile e compostabile[160] è utile per evidenziare come l'eccessiva rigidità con cui è stato concepito questo strumento finisce addirittura per "negare" l'esistenza di prodotti differenziati, con ciò ponendo un problema di conferimento, di gestione a fine vita degli stessi e contraddicendo gli stessi timori della Commissione espressi proprio in relazione alla gestione a fine vita di detto materiale[161]. Invero, se anche si volesse sostenere l'assenza di deroghe esplicite nella direttiva SUP in favore della plastica biodegradabile e compostabile, non si può non ritenere che la diffusione di tali informazioni, non pertinenti e contraddittorie, contrasti con lo scopo della direttiva stessa.

Ebbene, la rigidità della marcatura porta a questo cortocircuito, a opinione di chi scrive, anche a causa della scelta formale degli atti normativi impiegati. L'obbligo di apposizione del pittogramma deriva, infatti, solo indirettamente da una fonte tipica del diritto europeo, nel caso di specie l'art. 7 della direttiva SUP. Se è vero, infatti, che la direttiva "regge" il successivo atto delegato della Commissione recante le specifiche armonizzate del pittogramma, è altresì vero che il regolamento d'esecuzione, a differenza di quanto accadrebbe con le norme di una direttiva, non lascia alcuno spazio interpretativo né applicativo agli Stati membri, che dunque non possono in alcun modo discostarsi dal disposto regolamentare, la cui sindacabilità rimane peraltro controversa[162]. In sostanza, la soluzione normativa descritta

[159] Si precisa che la frazione di corretto conferimento dovrebbe ricavarsi in base alle istruzioni impartite da ogni singolo comune che effettua la raccolta differenziata.

[160] Cfr. in questo contributo, § 3.1.

[161] Nella "Strategia europea per la plastica nell'economia circolare" COM(2018) 28 final, la Commissione sostiene a chiare lettere la necessità di istituire "un quadro normativo chiaro per la plastica con proprietà biodegradabili". Nello specifico, tale quadro deve servire a scongiurare il fenomeno della *cross-contamination* tra frazioni merceologiche e del *littering*: «mischiare la plastica compostabile e quella convenzionale nel processo di riciclaggio può incidere sulla qualità dei materiali riciclati risultanti. Per quanto riguarda i consumatori, l'esistenza di un sistema di raccolta differenziata ben funzionante per i rifiuti organici è essenziale. È importante fare in modo che i consumatori ricevano informazioni chiare e corrette e che la plastica biodegradabile non sia presentata come una soluzione all'abbandono dei rifiuti di plastica nell'ambiente».

[162] Ai sensi dell'art. 263 TFUE, par. 1, «La Corte di giustizia dell'Unione europea esercita un controllo di legittimità sugli atti legislativi, sugli atti del Consiglio, della Commissione e della Banca centrale europea che non siano raccomandazioni o pareri, nonché sugli atti del Parlamento europeo e del Consiglio europeo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. Esercita inoltre un controllo di legittimità sugli atti degli organi o organismi dell'Unione destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi». Non sono quindi menzionati gli atti di esecuzione, che però potrebbero rientrare tra gli atti "regolamentari" di cui al par. 4, che sono impugnabili dalle persone fisiche e giuridiche quando li riguardano.

reca con sé il vantaggio di assicurare un'univoca e uniforme etichettatura degli stessi prodotti su tutto il territorio europeo, ma apre la questione già accennata della incapacità di differenziare e di tener conto delle novità provenienti "dal basso".

Invero, i requisiti di marcatura potrebbero essere rivisti solo a fronte dell'abrogazione della direttiva SUP o di un nuovo intervento integrativo o sostitutivo da parte della Commissione con un altro atto delegato. Il dispositivo della Commissione rischia quindi di venire alla luce con un difetto congenito, quello di non poter mantenere il passo dell'evoluzione normativa, dello sviluppo di nuove tecniche e materiali industriali e delle peculiarità che tuttora differenziano i sistemi nazionali di gestione dei rifiuti, producendo di conseguenza degli effetti indesiderati e contraddittori.

Si assiste quindi a un disallineamento tra la direttiva SUP, che pur contenendo di fatto disposizioni *self-executing* lascia uno spazio di intervento agli Stati, proprio per valorizzare le differenze nazionali e per sostenere lo sviluppo di soluzioni tecniche innovative che consentano il superamento del problema ambientale della plastica, e l'atto delegato, che invece "cristallizza" e "confina" l'innovazione entro certi standard, e ciò si ripercuote anche in termini di informazioni veicolate al consumatore per contrastare i fenomeni del *littering* e dell'improprio conferimento.

Dunque, le riflessioni da ultimo svolte, per quanto non risolutive, vogliono stimolare degli interrogativi in ordine all'efficacia di uno strumento così declinato rispetto all'obiettivo di sensibilizzazione che lo ispira, nonché alla compatibilità della sua applicazione rispetto agli ulteriori obiettivi di carattere ambientale, *in primis* legati alla migliore gestione dei rifiuti, che il diritto europeo si prefigge.

5.1.2. *Le altre disposizioni in materia di etichettatura*

Al di là della direttiva SUP, la maggior parte delle disposizioni in materia di etichettatura "diretta" dei prodotti plastici si ricava dalla normativa in materia di imballaggi e rifiuti di imballaggio[163]. La direttiva 94/62/CE all'art. 8, parr. 2-3, prescrive, infatti, che gli imballaggi riportino una marcatura che consenta agevolmente di identificarne la tipologia, secondo la classificazione operata dalla Commissione con la decisione 97/129/CE, che attribuisce una marcatura e un codice univoco ai principali materiali di imballaggio. La ratio che accompagna le direttive post consumo degli imballaggi in plastica rimane la medesima: facilitare la raccolta, il reimpiego e il recupero dell'imballaggio, dunque anche la prevenzione di fenomeni "divergenti" come la dispersione.

[163] Con riferimento al materiale plastico, il PET viene identificato con il codice "1", a seguire il polietilene ("2" e "4"), il cloruro di polivinile ("3"), il polipropilene ("5") e il polistirolo ("6").

Nella cornice del quadro europeo, il legislatore italiano ha fissato gli elementi informativi essenziali che gli imballaggi immessi sul mercato, inclusi quelli in plastica, devono comunicare al consumatore. L'art. 219, comma 5, d.lgs. n. 152/2006 stabilisce che tutti gli imballaggi siano opportunamente etichettati in conformità alle norme tecniche e alle disposizioni del diritto europeo e nazionale. A tal proposito, il Ministero della transizione ecologica (oggi Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica, MASE) ha adottato un decreto non regolamentare recante le "Linee guida sull'etichettatura degli imballaggi ai sensi dell'art. 219 comma 5 del D.lgs. n. 152/2006 e ss.mm"[164], che distingue le informazioni "comunicate" dall'imballaggio: alcune sono necessarie, ossia richieste *ex* lege, altre sono consigliate, quindi non cogenti, ma funzionali a una migliore gestione del fine vita dell'imballaggio[165].

Si è in precedenza osservato che, nonostante quelle poc'anzi descritte siano le misure di sensibilizzazione più "dirette", non sono le uniche né le più efficaci. Difatti, l'apposizione di marcature ha il vantaggio di entrare più facilmente in contatto con il consumatore che ha acquistato il prodotto, ma incide solo indirettamente sulla sua scelta di acquisto, o ancor meno sulla scelta di progettazione originaria del prodotto. Sostanzialmente, tale strumento è esposto al rischio di "normalizzazione", dato che il consumatore potrebbe semplicemente abituarsi a esso quale parte integrante del prodotto confezionato, come se fosse un logo, mentre per il produttore quello stesso logo potrebbe tramutarsi essenzialmente in un requisito di produzione del manufatto.

5.2. *Le campagne di sensibilizzazione, comunicazione e formazione*

Nel panorama normativo si fa strada anche una seconda tipologia di misure a carattere divulgativo che, pur condividendo *in nuce* il medesimo scopo della prevenzione della dispersione e della non corretta gestione del fine vita dei prodotti in plastica, sono più articolate e possono essere descritte come strutturate campagne di sensibilizzazione o di comunicazione. Preme subito osservare che la messa a punto di tali campagne non è rimessa, almeno non esclusivamente, alla volontà delle istituzioni o degli operatori. Piuttosto, è espressione del principio di

[164] D.M. 28 settembre 2022, n. 360.

[165] A titolo esemplificativo, un imballaggio in plastica deve necessariamente recare la codifica del materiale plastico di cui è composto (come richiesto dalla decisione 97/129/CE) e le indicazioni per la corretta raccolta differenziata (come previste dall'art. 219, comma 5, TUA). Sono invece informazioni consigliate, ma che contribuiscono, ove apposte, a una migliore gestione del fine vita, quelle relative alla tipologia di imballaggio (bottiglia, flacone, vaschetta etc.), alla raccolta (indicazioni sulle operazioni preliminari al conferimento) e altre informazioni volontarie (come l'apposizione della lettera "R" prima della codifica qualora i polimeri di cui è composto l'imballaggio fossero riciclati).

prevenzione e trova un ancoraggio saldo anche negli obblighi gravanti sui produttori e sui sistemi di responsabilità estesa da questi ultimi predisposti per adempiere alla corretta gestione dei rifiuti di propria competenza. Detto della complessa varietà che connota il settore dei prodotti in plastica, questi progetti condividono il comune obiettivo di legare gli operatori del settore, il mondo della produzione industriale e i cittadini-consumatori. In particolare, sfruttando la perizia e le caratteristiche del sistema industriale di produzione e riciclo, tali iniziative si rivolgono principalmente ai consumatori, al fine di migliorare la qualità della raccolta differenziata e, con essa, ridurre l'illecita dispersione dei rifiuti e gli errori di conferimento, che penalizzano i processi di riciclo e comportano tariffe più elevate per gli utenti. Parimenti, le campagne sono anche volte a supportare innovative ed efficienti modalità di raccolta su base territoriale. Vale quindi la pena analizzare anche in questo caso il pertinente quadro normativo.

Il diritto europeo esige che gli Stati membri si facciano carico delle opportune misure di sensibilizzazione. Dal momento che queste ultime sono reputate coerenti con il principio di prevenzione dei rifiuti[166] e, più in generale, con la gerarchia dei rifiuti[167], le autorità nazionali sono chiamate a sviluppare e supportare «campagne di informazione per sensibilizzare alla prevenzione dei rifiuti e alla dispersione dei rifiuti»[168]. In particolare, è richiesto allo Stato di coordinare le campagne includendole all'interno dei piani nazionali di gestione e di prevenzione dei rifiuti, onde conseguire la «sensibilizzazione e diffusione di informazioni destinate al pubblico in generale o a specifiche categorie di consumatori»[169]. Analoghe disposizioni relative a campagne di informazione e sensibilizzazione del consumatore si rintracciano anche nella direttiva 94/62/CE in materia di imballaggi e rifiuti di imballaggi, che rinsalda la complementarietà tra informazione e prevenzione[170].

Nel recepire tale schema, la normativa nazionale parte proprio dal principio di prevenzione e dalla gerarchia dei rifiuti quali pilastri su cui costruire e giustificare progetti di sensibilizzazione pubblica, che guardino anche all'educazione e alla formazione di cittadini e operatori su alternative più sostenibili[171]. Sebbene la predisposizione di un simile reticolato di soluzioni spetti ai pubblici poteri, è chiaro che, in concreto, sono soprattutto i regimi di responsabilità estesa del produttore a orga-

[166] Cfr. art. 8-*bis*, par. 4, lett. a), art. 9, par. 1, lett. m) e Allegato IV, n. 13, alla direttiva 2008/98/CE.

[167] Allegato IV-*bis*, n. 11, direttiva 2008/98/CE, che ricomprende le «campagne di sensibilizzazione pubblica, in particolare sulla raccolta differenziata, sulla prevenzione della produzione dei rifiuti e sulla riduzione della dispersione dei rifiuti, e integrazione di tali questioni nell'educazione e nella formazione» tra gli «esempi di strumenti economici e altre misure per incentivare l'applicazione della gerarchia dei rifiuti».

[168] Art. 9, par. 1, lett. c), direttiva 2008/98/CE.

[169] Art. 28, par. 4, lett. c), art. 29 e Allegato IV della direttiva 2008/98/CE.

[170] L'art. 13 si preoccupa concretamente delle informazioni sugli imballaggi da veicolare correttamente ai consumatori.

[171] Questo traspare in modo evidente all'interno del d.lgs. n. 152/2006, in particolare attraverso il combinato disposto degli artt. 179 e 180 e dell'Allegato L-*ter*.

nizzare e attuare le campagne, nel tentativo di migliorare la gestione del fine vita dei prodotti di propria competenza. Ciononostante, il legislatore italiano ha inteso, almeno da un punto di vista formale, costruire una sorta di *governance* del settore mediata dall'attività di pianificazione dell'esecutivo. Difatti, la normativa prevede che le campagne in discorso siano parti essenziali della pianificazione nazionale, come nel caso del Programma nazionale di prevenzione dei rifiuti[172] e del Regolamento dei sistemi di riutilizzo o di restituzione con cauzione degli imballaggi[173], nonché della pianificazione regionale, attraverso i piani per la gestione integrata dei rifiuti[174]. Da questi atti generali intervengono poi le attività di comunicazione e formazione svolte dai sistemi EPR in adempimento degli obblighi di legge, che nel caso dei prodotti in plastica coinvolgono una pluralità di soggetti[175].

Il duplice protagonismo delle istituzioni pubbliche e dei sistemi EPR nel realizzare progetti mirati di informazione pubblica si rinviene anche nella direttiva SUP. Invero, le "misure di sensibilizzazione" sono complementari all'approccio graduato e differenziato seguito dalla direttiva, che non solo vieta taluni prodotti in plastica monouso, ma si occupa anche della prevenzione della dispersione dei rifiuti e della riduzione di quelli comunque circolanti sul mercato. Così, l'art. 10 prescrive agli Stati membri di adottare soluzioni che siano idonee a informare i cittadini, indurli a ridurre la dispersione di tutti i prodotti che rientrano nel campo di applicazione della direttiva e prevedere per alcuni di essi la diffusione di ulteriori specifiche informazioni, in ossequio all'approccio graduato differenziato seguito dal legislatore.

A differenza degli obblighi di marcatura menzionati in precedenza, in questo caso il legislatore europeo lascia liberi gli Stati di individuare le misure di sensibilizzazione più efficaci per contrastare il fenomeno della dispersione dei prodotti monouso in plastica, ma si riserva di fissare il contenuto minimo informativo a cui gli Stati membri devono attingere quando dette misure riguardano specifici prodotti in plastica monouso[176]. Ebbene, è fatto obbligo alle autorità nazionali, sem-

[172] Art. 180, comma 2, in particolare le lett. m), n) e o), d.lgs. n. 152/2006.

[173] Art. 219-*bis,* comma 2, lett. g), d.lgs. n. 152/2006.

[174] Art. 199, comma 4, lett. c), d.lgs. n. 152/2006.

[175] I progetti di comunicazione costituiscono parte integrante delle attività svolte soprattutto dai sistemi EPR che si occupano dei rifiuti di imballaggi in plastica. Si pensi alle misure specifiche di sostegno per la "comunicazione locale" contenute negli accordi siglati con i comuni dai consorzi di gestione degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio in plastica (cfr. art. 6.4, Accordo Anci-Conai 2020-2024 e relativi Allegati Tecnici Anci-Corepla, per la plastica tradizionale, e Anci-Biorepack, per la bioplastica compostabile; art. 13, Accordo Anci-Coripet), o comunque alle norme statutarie che promuovono la formazione e l'informazione degli utilizzatori e dei detentori di beni in plastica (cfr. art. 3, Statuto di Polieco – Consorzio nazionale per il riciclaggio di rifiuti di beni in polietilene; art. 3 dello Statuto Conip – Consorzio nazionale imballaggi plastica).

[176] Trattasi di quei prodotti in plastica che al momento non sono colpiti da divieti, perché non si dispone ancora di sufficienti, adeguate e più sostenibili alternative, ma che vengono comunque ritrovati in grandi quantità nell'ambiente marino e che rappresentano una quota parte rilevante in termini di produzione di rifiuti: contenitori per alimenti, pacchetti e involucri flessibili per alimenti, contenitori e tazze per bevande, sacchet-

pre in via graduata, di indicare ai consumatori le alternative riutilizzabili a detti manufatti – riducendo così l'uso degli omologhi monouso – le pratiche di corretta gestione post consumo degli stessi, l'incidenza ambientale della loro dispersione e gli effetti del loro improprio smaltimento attraverso la rete fognaria[177].

Parallelamente, anche i sistemi EPR sono chiamati in causa relativamente ai medesimi beni: l'art. 8 della direttiva citata, infatti, prescrive che quasi tutti i prodotti poc'anzi menzionati siano gestiti in modo appropriato attraverso regimi di responsabilità estesa del produttore[178]. Ove già esistenti, gli obblighi derivanti dall'art. 8 si aggiungono agli altri gravanti su tali sistemi e vanno interpretati nell'alveo del quadro istituzionale di prevenzione e gestione dei rifiuti in generale, che coinvolge tanto il livello pianificatorio pubblico quanto quello di operatività degli stessi schemi EPR. Tuttavia, sul punto il legislatore nazionale ha in parte innovato, nel tentativo di mantenere in capo ai poteri pubblici non solo la *governance*, ma anche uno spazio di azione concreto per il raggiungimento di questi specifici obiettivi. Difatti, l'art. 10 del d.lgs. n. 196/2021 – con il quale è stata recepita in Italia la direttiva SUP – prescrive che il MITE (oggi MASE) adotti una Strategia nazionale per la lotta contro l'inquinamento da plastica. Questo atto di pianificazione sarà intanto destinato a includere le misure essenziali conformi al dettato normativo europeo e fungerà anche da parametro di validità per testare la conformità delle singole azioni concrete intraprese dai produttori, ma non solo. In ossequio alla "riserva" dell'art. 10 della direttiva, la Strategia sarà chiamata a rendere il consumatore edotto delle alternative riutilizzabili, delle ricadute ambientalmente negative delle "cattive prassi" e delle corrette modalità di conferimento e gestione dei prodotti monouso certificati compostabili[179]. Fa il paio con questa strategia il Piano per la transizione ecologica e culturale delle scuole "RiGenerazione Scuola", adottato dal Ministero dell'istruzione (oggi Ministero dell'istruzione e del merito – MIMIT) e che dovrebbe contribuire alla sensibilizzazione *in primis* delle nuove generazioni rispetto alle problematiche ambientali connesse con la plastica monouso, per rendere le abitudini di vita quotidiana ecosostenibili[180].

---

ti in materiale leggero, salviette umidificate, palloncini, prodotti del tabacco e relativi filtri, assorbenti, tamponi igienici e applicatori per tamponi, nonché attrezzi da pesca in plastica (cfr. Parte G dell'Allegato alla direttiva).

[177] Art. 10, par. 1, lett. a), b) e c).

[178] Per tutti i prodotti elencati alla Parte E dell'Allegato della direttiva devono essere istituiti regimi di responsabilità estesa del produttore. Rispetto all'elenco di cui all'art. 10, rimarrebbero esclusi da tale obbligo solo gli assorbenti, i tamponi igienici e gli applicatori per tamponi, mentre per gli attrezzi da pesca supplisce il par. 9 dell'art. 8, che dispone che i relativi produttori si facciano carico dei costi della loro raccolta differenziata.

[179] Ai sensi dei commi 1-2 dell'art. 10, d.lgs. n. 196/2021, la Strategia deve essere realizzata dal Ministero con il supporto tecnico di ISPRA e previa consultazione, tra gli altri, dei sistemi EPR che sono chiamati a occuparsi specificamente di quei prodotti.

[180] Art. 10, comma 3, d.lgs. n. 196/2021..

Come intuibile, trattasi di novità interessanti sia sotto il profilo contenutistico, giacché non vi è mai stata un'attenzione così specifica su determinati prodotti in plastica, ma anche sotto il profilo pubblicistico, in quanto si registra una tendenza dei pubblici poteri a occuparsi in prima battuta, o quantomeno a influenzare il consumo e la gestione di tali beni, senza demandarli completamente agli operatori del settore, che rimangono comunque i protagonisti, nonché i principali soggetti chiamati all'adempimento di questi obblighi. Ciononostante, non è possibile trarre delle conclusioni sull'impatto reale di queste novità normative, dato che la Strategia non è ancora stata adottata dal MASE, mentre con il Piano relativo alle scuole non si è provveduto direttamente a individuare misure attuative incisive, come si poteva attendere dalla lettera della norma, ma si è limitato a promuoverle[181].

5.3. *Le misure di riduzione del consumo di plastica quale nuovo strumento di sensibilizzazione ambientale*

Dal momento che il principio di prevenzione innerva le misure di sensibilizzazione, a parere di chi scrive la panoramica su queste ultime va completata con una tipologia di più recente emersione, che *prima facie* sembra presentare caratteristiche sostanzialmente differenti rispetto a quelle sinora descritte. Ci si riferisce a tutte quelle disposizioni che sono in realtà orientate alla riduzione del consumo di determinati prodotti monouso, ma che rimangono coerenti sia con il principio di prevenzione che con la sensibilizzazione dei cittadini attraverso la diffusione di buone prassi ecosostenibili. Se è vero che la gran parte delle misure di sensibilizzazione punta essenzialmente a evitare che il rifiuto esca dal sistema chiuso di gestione, è altresì vero che il miglior sistema di gestione dei rifiuti è quello che previene la formazione degli stessi rifiuti e degli scarti comunque da trattare, dunque non pare azzardato assumere che dietro simili disposizioni possa celarsi un nuovo modo di intendere le misure di sensibilizzazione, che avrebbero, come già anticipato, un campo di applicazione più ampio, potendo influenzare non solo i consumatori, ma direttamente i processi produttivi che stanno a monte della filiera.

Tale assunto trova la sua fonte ancora una volta all'interno della direttiva SUP, che ai sensi del già esaminato art. 4 impone la riduzione delle tazze monou-

[181] Il piano "Rigenerazione scuola" è stato adottato dal Ministero nel 2022. Tra gli obiettivi del Piano si legge che le scuole dovranno diventare «plastic free o *monouso stop*». Non ci sono indicazioni operative, il che significa che sono le scuole a doversi far carico delle misure necessarie, anche se è stata istituita una rete nazionale "Green Community" composta da diversi soggetti che potranno mettere a disposizione delle scuole progetti coerenti con gli obiettivi del Piano affinché siano attuati negli istituti scolastici (cfr. Circolare ministeriale del 5 aprile 2022 "Comunicazione alle istituzioni scolastiche – Piano "RiGenerazione Scuola").

so per bevande e dei contenitori monouso alimentari[182]; anche in questo caso trattiamo di prodotti in plastica non vietati ai sensi dell'art. 5 – perché non integralmente sostituibili al momento con alternative più sostenibili – ma rispetto ai quali il diritto europeo pretende l'avvio da parte degli Stati membri di un percorso di riduzione. Se tale percorso avrà nel medio termine un obiettivo di riduzione dei manufatti utilizzati e, quindi, dei relativi rifiuti generati, non si può negare che la sua ratio sia quella di raggiungere un traguardo di lungo termine più ambizioso, coincidente con l'interruzione dell'immissione sul mercato di detti prodotti. Ebbene, le misure di riduzione possono rientrare tra quelle di sensibilizzazione *per relationem*, giacché la riduzione del consumo dovrà necessariamente passare attraverso la responsabilizzazione e l'informazione del produttore e dell'acquirente, che sia un consumatore o una pubblica amministrazione. Invero, nella prassi ciò non si tramuta semplicemente nell'imposizione di divieti di produzione o di commercializzazione, ipotesi che peraltro presta il fianco a forme di restrizione differenziata delle attività d'impresa nel mercato unico[183], ma passa inevitabilmente attraverso l'adozione di percorsi alternativi che i pubblici poteri e gli operatori coinvolti dovranno mettere in campo per guidare il settore economico e i consumatori verso comportamenti più sostenibili.

Si è già detto in proposito che il legislatore italiano non ha fatto ricorso, almeno al momento, a divieti di commercializzazione di tali prodotti monouso, preferendo accordi e contratti di programma tra le amministrazioni e gli altri soggetti a qualunque titolo operanti nel settore della produzione industriale e della gestione dei rifiuti[184]. Ne consegue che è il mondo industriale a essere "sensibilizzato", affinché siano promosse iniziative, progetti pilota, attività di informazione e formazione imprenditoriale per la produzione di alternative riutilizzabili, o di sistemi di recupero e riciclo più efficienti. Allora, il destinatario delle misure, o più propriamente delle clausole del contratto, non è tanto il consumatore, ma l'impresa, che viene altresì agevolata economicamente, come dimostra l'introduzione di incentivi, quali il credito d'imposta a copertura delle spese d'acquisto di

[182] Cfr. in questo contributo, § 2.

[183] Il punto è controverso. Ai sensi dell'art. 4, par. 1 della direttiva SUP, gli Stati membri «possono imporre restrizioni di mercato, in deroga all'articolo 18 della direttiva 94/62/CE, per impedire che tali prodotti siano dispersi per fare in modo che questi ultimi siano sostituiti da alternative riutilizzabili o che non contengono plastica. Le misure possono variare in funzione dell'impatto ambientale di tali prodotti di plastica monouso durante il loro ciclo di vita, anche una volta che si trasformano in rifiuti abbandonati». Pur essendo formalmente concessa la possibilità agli Stati di vietare tali prodotti, sia che configurino imballaggi che non, dalla lettera della norma sembrerebbe che il divieto possa operare solo se "condizionato" da soluzioni alternative, quali la presenza di prodotti riutilizzabili o privi di plastica.

[184] Ai sensi dell'art. 4, comma 1, d.lgs. n. 196/2021, le amministrazioni coinvolte sono il MASE, il Ministero delle infrastrutture e del made in Italy (MIMIT), le regioni e le province autonome, che possono stipulare accordi e contratti il cui schema ricalca sostanzialmente quello degli accordi di promozione della gestione dei rifiuti e di acquisto di prodotti da materiali post consumo o dal recupero degli scarti e dei materiali recuperati dal disassemblaggio di altri prodotti (artt. 206 e 206-*ter*, d.lgs. n. 152/2006).

prodotti alternativi riutilizzabili o compostabili[185]. Il consumatore torna protagonista nella misura in cui il mercato, anche grazie alle collaborazioni tra i diversi soggetti della filiera, mette a disposizione prodotti alternativi, sostenibili e a prezzi competitivi; parimenti, le misure intraprese lo influenzano a tal punto da fargli assumere comportamenti più virtuosi che concorrano alla riduzione del consumo di determinati beni, come può accadere a titolo esemplificativo qualora si introducesse la possibilità di utilizzare proprie tazze o contenitori alimentari riutilizzabili per l'asporto di bevande e cibi sfusi. Ciò detto, guardando alle misure individuate dal legislatore nazionale per la riduzione dei manufatti de quibus, è prematuro effettuare valutazioni in termini di efficacia, ma bisognerà quantomeno attendere le prime rendicontazioni che il MASE trasmetterà alla Commissione Europea, nonché gli accordi di programma siglati e sottoposti a obbligo di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale e di notifica all'esecutivo europeo.

Quelle suggerite dalla direttiva SUP non sono in realtà le prime misure di riduzione del consumo di determinati prodotti adottate dal legislatore nazionale per finalità ambientali. Un simile passo, sia pure diverso nelle scelte operative, è stato compiuto in occasione del già ricordato recepimento dell'obbligo di riduzione del consumo di borse in materiale leggero, sancito dalla direttiva "shopper": la riduzione è stata fondata non solo sui divieti, ma anche sulla possibilità di utilizzare gli stessi prodotti, ma realizzati con un materiale alternativo più sostenibile – la bioplastica compostabile riciclabile organicamente – che hanno contribuito a ridurre il consumo dei sacchetti per l'asporto merci del 57%[186].

Ebbene, questi ultimi esempi certificano come, nella prospettiva della decarbonizzazione dell'industria, della produzione di prodotti circolari e della diffusione di abitudini dalla ridotta impronta ecologica, le misure di sensibilizzazione siano destinate ad assumere un ruolo ancor più strategico nell'ambito della gerarchia dei rifiuti, dato che concorrono attivamente alla conformazione in chiave ecologica delle attività imprenditoriali, oltre che dei comportamenti individuali.

6. *La gestione del prodotto in plastica dopo il consumo*

Vengono a questo punto in rilievo le misure di regolazione che il legislatore predispone – sia a livello europeo che nazionale – per gestire il fine vita dei prodotti in plastica che vengono immessi nel mercato unico. Queste misure si applicano ai prodotti che sono esentati dai divieti di produzione e commercializzazio-

[185] Art. 4, comma 7, d.lgs. n. 196/2021.

[186] Dati 2022 rispetto all'immesso al consumo registrato nel 2010 (Plastic Consult, *La filiera dei polimeri compostabili. Dati 2022 e prospettive*, disponibile sul sito https://assobioplastiche.org/comunicati/2022-cresce-ancora-lindustria-delle-bioplastiche-in-italia).

ne visti in precedenza[187] e che approdano sul mercato unico. Dunque, il sistema di gestione opera come un filtro di "secondo livello" preordinato a scongiurare anzitutto la dispersione, o l'improprio smaltimento, di questi beni nell'ambiente, *in primis* nell'ambiente marino.

Dal momento che un simile sistema poggia concretamente su una vasta filiera industriale, che tiene insieme un numero elevato di prodotti realizzati e di soggetti che intervengono lungo durante l'intero ciclo di vita degli stessi, sono plurimi gli strumenti operativi a venire in rilievo riguardo alle misure di gestione. Pertanto, tenute ferme le finalità di prevenzione e di adeguata gestione, che hanno a che fare con il modello europeo di economia circolare e, più in generale, con i principi che sovrintendono la gerarchia e la disciplina dei rifiuti[188], in questa sede l'esame della normativa d'interesse verrà svolto dando conto di alcuni strumenti giuridici di gestione dei rifiuti plastici, che investono sostanzialmente i principali "responsabili" del loro fine vita: consumatori, produttori, istituzioni e operatori. Ciò detto, l'ordinamento nazionale costituirà il punto di osservazione privilegiato da cui osservare le pertinenti attività.

Il successo delle misure di sensibilizzazione, che nella loro eterogeneità condividono l'intento di evitare la dispersione del rifiuto, fa sì che il prodotto in plastica, una volta perduta la sua utilità e destinato a diventare un rifiuto, entri nel "sistema" dell'economia circolare, quantomeno dal versante del riciclo. Come noto, uno dei pilastri dell'economia circolare, anche se non l'unico, attiene alla trasformazione del rifiuto da problema in risorsa[189] reimpiegabile nei cicli produttivi, da cui consegue la riduzione della pressione antropica causata dall'estrazione incontrollata delle risorse naturali. Anzi, si è già ricordato che il modello europeo di economia circolare ha preso le mosse proprio dalla "fine", ossia dalla gestione dei rifiuti e solo dopo è stato completato con norme, per citare le più rilevanti, in materia di eco-progettazione, bioeconomia, industria circolare[190]. Resta fermo che l'economia circolare del riciclo, facendo fede al principio di prevenzione, si fonda necessariamente su un sistema complesso di attività e servizi che inter-

[187] Cfr. in questo contributo, § 2.

[188] Cfr. in questo contributo, § 1.

[189] F. de Leonardis, *I rifiuti: da "problema" a "risorsa" nel sistema dell'Economia Circolare,* in G. Rossi, *Diritto dell'ambiente,* V ed., Torino, 2021, 324 ss.

[190] Trattasi perlopiù ancora di atti di *soft law,* o di proposte normative. Sul fronte dell'eco-progettazione, vi è già un nucleo di disposizioni, contenute nella direttiva 2009/125/CE, ma si applicano solo ai prodotti connessi all'uso dell'energia, mentre ora il legislatore con la proposta di regolamento di cui alla comunicazione della Commissione del 30 marzo 2022 COM(2022) 142 punta a estendere il campo di applicazione a tutti i prodotti. Inoltre, vi è la proposta di cui alla comunicazione della Commissione del 30 novembre 2022 COM(2022) 677 che mira a riformare la direttiva 94/62/CE introducendo criteri di eco-progettazione degli imballaggi. Per quanto riguarda la bioeconomia e l'industria, si fa principalmente rinvio alla comunicazione della Commissione dell'11 ottobre 2018 COM(2018) 673 "Una bioeconomia sostenibile per l'Europa" e alla comunicazione della Commissione del 1° febbraio 2023 COM(2023) 62 recante il nuovo piano industriale per la neutralità climatica.

vengono sul prodotto dal momento in cui fuoriesce dal mercato sino a quando, per effetto delle operazioni di riciclo, non vi rientra. Ci si riferisce quindi al complesso di attività di raccolta e trasporto prima e di trattamento industriale dopo, che recano con sé un beneficio economico, derivante dal recupero di materie prime e un duplice vantaggio di carattere ambientale: la riduzione e la prevenzione dell'inquinamento da rifiuti e la produzione di beni più sostenibili e circolari, ottenuti senza intaccare lo *stock* planetario di materie prime vergini.

Il buon funzionamento del sistema di gestione dei rifiuti è ormai divenuto imprescindibile tanto per l'attuazione delle politiche ambientali quanto per quelle industriali di un continente, quello europeo, povero di materie prime. Ciò assume ancor più peso in relazione ai prodotti in plastica, che sono oggetto di attenzione nel presente contributo. Difatti, nonostante la decrescita degli ultimi anni, la produzione di plastica in Europa si attesta sulle 57 milioni di tonnellate annue, ma solo il 10% di queste sono ottenute da plastiche riciclate[191]; il 40% della plastica prodotta viene impiegata per la produzione di imballaggi (seguono il settore edile, dell'*automotive* e dell'elettronica)[192], ma il tasso medio di riciclo di questi ultimi nell'UE si ferma al 37,6%[193]. Si parte quindi dalla consapevolezza che l'attuale sistema di gestione, nella sua dimensione europea e al netto di buoni risultati raggiunti da singole esperienze nazionali, ha una performance non sufficiente a tenere in equilibrio il modello dell'economia circolare adottato a livello continentale e ciò impedisce di conseguire gli effetti ambientali positivi poc'anzi citati. Tenuto conto di ciò, si è intensificata l'attività normativa europea[194], che pur a breve distanza dal varo del pacchetto Circular Economy del 2018 si sta muovendo verso nuovi obiettivi più ambiziosi, standard di produzione vincolanti e investimenti per il rafforzamento dell'industria europea del riciclo.

Calandosi nei meccanismi che sovrintendono la gestione dei rifiuti in plastica, può sembrare contraddittorio ribadire che anche in questa sede il principio guida è quello della prevenzione, dato che le attività in questione hanno a che fare con un prodotto che è già divenuto rifiuto. In realtà, nel momento in cui il bene fa il suo ingresso nel sistema post consumo quale rifiuto, il principio di prevenzione non opera più nell'accezione tradizionale di eco-progettazione preordinata alla

[191] Plastics Europe, *Plastics – The facts 2022,* consultabile sul sito https://plasticseurope.org/knowledge-hub/plastics-the-facts-2022/.

[192] *Ibidem.*

[193] Cfr. dati Eurostat, aggiornati a marzo 2023, concernenti "Recycling rates of packaging waste for monitoring compliance with policy targets, by type of packaging", consultabili al seguente indirizzo: https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/ENV_WASPACR__custom_7215053/default/table?lang=en.

[194] Nel 2018 è stato approvato il *Circular Economy Package,* composto da quattro direttive che hanno riformato il precedente assetto introducendo i dettami dell'economia circolare: la direttiva (UE) 2018/851 ha modificato la direttiva quadro rifiuti 2008/98/CE, la direttiva (UE) 2018/852 ha modificato la direttiva imballaggi 94/62/CE, la direttiva (UE) 2018/849 ha modificato le direttive vigenti in materia di veicoli fuori uso, pile e RAEE, mentre la direttiva (UE) 850/2018 ha modificato la direttiva discariche 1999/31/CE.

riutilizzabilità o alla facile riciclabilità dello stesso, fase che interviene prima nel sistema dell'economia circolare, ma si declina quale trattamento che deve garantire al rifiuto una "nuova vita", una "nuova produzione". Questa è la dimensione "riparativa" dell'economia circolare[195], una sorta di meccanismo di autoconservazione che si attiva affinché il materiale rimanga confinato all'interno di un flusso circolare e chiuso per essere valorizzato. L'effetto più evidente è che la "gestione" del rifiuto non consiste semplicemente nell'attività di internalizzazione del costo ambientale generato dallo stesso, o di prevenzione dei suoi rischi, ma diventa a tutti gli effetti una forma di produzione alternativa; tanto più la gestione si serra attorno al rifiuto attraverso le fasi della raccolta e del riciclo quanto più efficace diventa l'azione di contrasto alla dispersione, all'improprio smaltimento e all'inquinamento ambientale da rifiuti in plastica.

Sulla scorta di ciò, gli aspetti su cui la normativa va a incidere sono sostanzialmente quelli di regolazione delle attività di raccolta e di riciclo, recupero e smaltimento, rispettivamente ordinate secondo la gerarchia dei rifiuti, che fa dello smaltimento[196] (in discarica o in impianti di combustione senza recupero dell'energia) una soluzione percorribile esclusivamente se il materiale, dopo essere stato trattato, non è più valorizzabile o non è valorizzabile in altre forme. Il quadro normativo generale che incide su queste attività e sulla gestione dei rifiuti in plastica si compone della direttiva quadro rifiuti 2008/98/CE, del regolamento (CE) n. 1013/2006 relativo alle spedizioni di rifiuti, del regolamento (CE) n. 2150/2002 relativo alle statistiche sui rifiuti e della decisione 2000/532/CE che istituisce l'elenco europeo dei rifiuti. Su questa base si innestano poi le discipline di settore, tra le quali vanno certamente ricordate la direttiva 94/62/CE sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio, la direttiva (UE) 2019/904 sui prodotti in plastica monouso e la direttiva (UE) 2019/883 sul conferimento dei rifiuti delle navi. Quello che preme in questa sede evidenziare è la logica che sta dietro alla gestione dei rifiuti urbani in plastica provenienti dalle utenze domestiche e, in particolare, dei rifiuti di imballaggio in plastica, giacché preponderanti in termini quantitativi. Si rende quindi necessario esaminare soprattutto le norme contenute all'interno della direttiva 2008/98/CE – in quanto direttiva quadro applicabile a tutti i rifiuti – della direttiva 94/62/CE – dato che quella degli imballaggi è la

[195] Il riferimento è alla definizione di economia circolare della Ellen Macarthur Foundation: «A circular economy is an industrial system that is restorative or regenerative by intention and design (Id., *Towards the circular economy. Vol. 1: an economic and business rationale for an accelerated transition*, 2013, 7, consultabile sul sito *www.ellenmacarthurfoundation.org*).

[196] Ai sensi dell'art. 3, par. 1, n. 9), direttiva 2008/98/CE, per gestione dei rifiuti si intende «la raccolta, il trasporto, il recupero (compresa la cernita), e lo smaltimento dei rifiuti, compresi la supervisione di tali operazioni e gli interventi successivi alla chiusura dei siti di smaltimento nonché le operazioni effettuate in qualità di commercianti o intermediari».

produzione più ingente di prodotti e di rifiuti in plastica – e della direttiva SUP, che come noto interviene su specifiche tipologie di prodotti in plastica.

6.1. *Raccolta e riciclo: due attività connesse*

Seguendo la definizione di "gestione dei rifiuti" contenuta nella direttiva quadro, il primo tassello da prendere in considerazione è quello della raccolta e del trasporto. Tuttavia, è bene precisare che, pur passando in rassegna i singoli segmenti della gestione del rifiuto in plastica, la trattazione rimane sostanzialmente unitaria e incentrata sull'intera gestione del rifiuto, stante l'intrinseco collegamento, *in primis* industriale, che lega tali attività e come dimostra la natura stessa del servizio di gestione rifiuti. Del resto, è lo stesso legislatore a qualificare la gestione dei rifiuti nel suo complesso come attività di interesse pubblico[197] e il servizio di gestione dei rifiuti urbani come "integrato", proprio per abbracciare un'organizzazione unitaria, che superi quella frammentaria per singoli segmenti[198].

Invero, se guardiamo alla raccolta non si può non constatare che essa è un'attività essenziale nell'economia circolare del riciclo perché è ciò che permette al prodotto ormai divenuto rifiuto di entrare in un flusso controllato e preordinato alla sua valorizzazione post consumo[199]. Per operare un parallelismo, produzione e riciclo avvengono entrambi all'interno di processi industriali chiusi, ma è la raccolta a riportare il materiale in un flusso monitorato, riprendendo il prodotto dopo l'interruzione operata dalla sua commercializzazione e utilizzo da parte dell'acquirente. Va da sé che raccolta e riciclo sono intrinsecamente connessi, o meglio la raccolta è condizione necessaria per il conseguimento degli obiettivi di riciclo, ma non anche sufficiente. Invero, senza una rete impiantistica adeguata le tonnellate di rifiuti plastici raccolte rischierebbero comunque di non essere riciclate, per cui non è possibile presumere un'equivalenza tra quanto viene raccolto, sia pure in modo differenziato e quanto viene effettivamente riciclato.

A rimarcare questo legame è lo stesso legislatore europeo, che individua quale modello di raccolta prescelto per i rifiuti urbani quello che prevede la differenziazione dei rifiuti per frazione merceologica al momento del loro conferimento, onde facilitare le successive operazioni di trasporto e di riciclo. Difatti, sul fronte della raccolta si è assistito alla progressiva estensione delle frazioni mer-

[197] Art. 177, comma 2, TUA.

[198] Cfr. art. 202, comma 1, TUA.

[199] Secondo l'art. 3, par. 1, n. 10, direttiva 2008/98/CE, lo scopo ultimo della raccolta viene collegato al trasporto dei rifiuti nell'impianto di trattamento.

ceologiche da raccogliere in modo differenziato su tutto il territorio europeo[200] e all'individuazione dei primi obiettivi di raccolta differenziata per tipologia di prodotto in plastica[201]. Ovviamente, gli obblighi concernenti la raccolta puntano a migliorare le successive operazioni di recupero dei rifiuti, ragione per cui il legislatore europeo ha fissato obiettivi di riciclo ancora più ambiziosi: entro il 2025 il 55% di tutti i rifiuti urbani dovrà essere preparato per il riutilizzo o per il riciclo (il 60% entro il 2030) e, in particolare, entro il 2025 almeno il 65% dei rifiuti di imballaggio dovrà essere riciclato (il 70% entro il 2030)[202], il 55% nel caso dei rifiuti di imballaggio in plastica (obiettivo 2030)[203].

La medesima connessione si ricava poi se si entra nella dimensione operativa della gestione, soprattutto se si tiene conto di tre aspetti che sono, a opinione di chi scrive, cruciali perché incidono sulla qualità di entrambe le attività: l'organizzazione, le modalità tecniche di esecuzione e la copertura economica.

L'organizzazione della raccolta è influenzata dall'organizzazione delle attività di riciclo e viceversa. Guardando all'esperienza italiana, la raccolta differenziata dei rifiuti urbani costituisce un servizio pubblico locale a rete[204], come tale organizzato attraverso collegamenti funzionali tra il luogo in cui si svolge il servizio, tipicamente l'area comunale, e le strutture nelle quali i rifiuti transitano per le operazioni precedenti e susseguenti, il tutto all'interno di ambiti territoriali appositamente individuati e affidati a un ente di governo. Quest'ultimo è quindi preposto a governare il servizio nella sua interezza, o meglio a seguire il percorso del rifiuto lungo tutto il ciclo di gestione post consumo[205]. Trattandosi di un servi-

---

[200] A quelle già previste (carta, metallo, plastica e vetro) si aggiungeranno la frazione organica dal 2024 e i rifiuti tessili dal 2025 (v. art. 11, par. 1. Il d.lgs. n. 152/2006 recepisce tali indicazioni agli artt. 205 e 222.

[201] L'art. 9 della direttiva SUP prescrive che entro il 2025 il 77% delle bottiglie in plastica monouso immesse nell'anno nel mercato dovranno essere raccolte in modo differenziato (il 90% entro il 2029), come specificato anche nella Parte F dell'Allegato alla direttiva.

[202] Art. 11, par. 2, lett. d), direttiva 2008/98/CE, recepito nell'Allegato E alla Parte IV del TUA.

[203] Art. 6, par. 1, lett. h) e i), direttiva 94/62/CE, recepito nell'Allegato E alla Parte IV del TUA.

[204] L'indicazione viene dal combinato disposto dell'art. 3-*bis*, d.lgs. n. 138/2011 e dell'art. 1, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 201/2022. La dottrina in materia di servizio pubblico locale è sterminata. Tra i principali contributi che si occupano nello specifico del servizio di gestione dei rifiuti si segnalano: A. Massarutto, *I rifiuti vanno gestiti, non rimossi,* in *Consumatori, Diritti e Mercato,* 2008, n. 1, 58 ss.; G. Fonderico, *Il comune regolatore. Le privative e i diritti esclusivi nei servizi pubblici locali,* Pisa, 2012, 133 ss.; A.M. Altieri, *I servizi pubblici locali organizzati in ambiti territoriali ottimali*, in *Giornale di diritto amministrativo,* 2013, 1191 ss.; A. Borzì, *La gestione dei rifiuti*, in M.A. Sandulli, R. Ferrara (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, 2014, 605 ss.; C. Feliziani, *Tutela ambientale e servizio pubblico. Il caso della gestione dei rifiuti in Italia e in Inghilterra,* Roma, 2014; M. Beccarello, G. Di Foggia, *Il servizio di gestione della raccolta e smaltimento dei rifiuti urbani in Italia: valutazioni di efficienza e proposte di regolamentazione,* in *L'industria,* 2017, 341 ss.; F. Giglioni, *La determinazione degli ambiti ottimali e le Autorità di governo locale nell'organizzazione e gestione del servizio rifiuti*, in G. Napolitano, A. Zoppini, L. Carbone (a cura di), G. Napolitano, A. Zoppini, L. Carbone (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia 2018,* Bologna, 2018, 223 ss.; G. Fonderico, *Il contratto di servizio e gli obblighi dei gestori*, in G. Napolitano, A. Zoppini, L. Carbone (a cura di), cit., 269 ss.

[205] Lo si ricava anche esaminando l'art. 222, TUA, che stabilisce che gli enti di governo devono assicurare la "copertura" geografica della raccolta sul territorio di riferimento e la "gestione", con ciò svolgendo anche

zio pubblico di interesse generale, che deve essere erogato soddisfacendo specifici standards quantitativi e qualitativi, sono attribuiti a un'autorità indipendente nazionale – l'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente (ARERA) – poteri regolatori volti a determinare i "costi efficienti" del servizio, parametrati quindi in base al mercato e ai livelli minimi di qualità che devono essere assicurati su tutto il territorio nazionale[206]. Detti poteri regolatori non incidono però solo sul segmento della raccolta, ma disciplinano anche i costi efficienti del riciclo, vale a dire le tariffe che gli impianti possono applicare in base al ruolo svolto sul territorio, alla capacità di trattamento e ai livelli di qualità del riciclo assicurati, nel rispetto dei principi di prossimità[207] e concorrenza[208].

Sulle modalità tecniche di esecuzione della raccolta, il diritto europeo lascia sostanzialmente ampia libertà alle autorità nazionali e locali. Difatti, le direttive impongono solo il principio della differenziazione dei rifiuti per frazione merceologica, ma ciò non implica che in tale perimetro di azione le soluzioni operative debbano essere le medesime. Verrebbe semmai da domandarsi se, a fronte degli ultimi approdi del processo di integrazione europea in materia di ambiente e rifiuti, una simile scelta normativa, che ha consentito di fatto la moltiplicazione dei sistemi di raccolta all'interno degli stessi Stati membri, sia ancora opportuna. Invero, il prossimo passo potrebbe essere quello della costruzione di un modello operativo europeo della raccolta, creato non per "differenza", ma per "sintesi" delle esperienze più efficaci già testate sui territori, pur lasciando gli Stati membri liberi di spingersi oltre nella sperimentazione di ulteriori soluzioni. Ma il quesito sarebbe parimenti pertinente in relazione alle modalità di riciclo e alle infrastrutture di trattamento.

Tornando alla dimensione *de iure condito*, come intuibile i territori impiegano accorgimenti diversi per la raccolta[209], ma a cambiare non è la sostanza, ossia la differenziazione, bensì le tecniche adottate dagli incaricati del servizio

---

le operazioni che sono susseguenti e che portano al trattamento.

[206] Cfr. art. 7, d.lgs. n. 201/2022 e art. 222, comma 2, TUA.

[207] In base a questo principio, il rifiuto dovrebbe essere gestito quanto più vicino al luogo di sua produzione, il che implica che i territori dovrebbero divenire autosufficienti anche a livello infrastrutturale. In realtà, il principio si spinge oltre, in quanto deve combinarsi con gli altri principi ambientali, per cui tende a cedere là dove esistano per esempio condizioni migliori di recupero e riciclo, o in generale di sicurezza ambientale (M. Reese, *The proximity principle,* in L. Krämer, E. Orlando (a cura di), *Principles of Environmental Law, Elgar Encyclopedia of Environmental Law, Vol. VI,* 2018, 227-230).

[208] ARERA è il soggetto competente alla regolazione tariffaria del settore rifiuti. I suoi poteri regolatori incidono direttamente sulla tariffa del servizio rifiuti, sulle modalità della raccolta e sugli impianti. Questi ultimi, in particolare, sono classificati in base al ruolo ricoperto all'interno dell'ambito territoriale e ciò incide chiaramente sulla tariffa da essi applicabile: alcuni sono considerati "minimi" perché individuati come indispensabili nella programmazione dell'ente di governo, altri sono "aggiuntivi" e viene quindi dettato un metodo tariffario che sia trasparente e monitorabile (cfr. delibera 363/2021/R/RIF di Arera, che introduce il metodo tariffario per il periodo 2022-2025, aggiornata dalla delibera 389/2023/R/RIF).

[209] Si pensi al porta a porta o alla raccolta stradale, all'utilizzo del sacco monomateriale o di quello multimateriale.

per renderlo più efficiente[210]. Tenendo ben presente il carattere "integrato" del servizio rifiuti, questo elemento non è da trascurare, soprattutto perché consente di guardare al servizio di raccolta nell'ottica dell'economia circolare del riciclo[211]: gli enti e gli operatori possono innovare i modelli di raccolta affinché siano sempre più in grado, per esempio, di intercettare rifiuti "puliti", selezionati e pronti per il riciclo.

Invero, nel caso dei rifiuti in plastica, la scelta di un modello e di soluzioni innovative sempre più efficienti di intercettazione dei rifiuti è cruciale per via del doppio problema ambientale rappresentato dal prelievo delle risorse finite e dall'inquinamento delle componenti biologiche del pianeta. Dal momento che esistono diverse tipologie di plastica con differenti gradi e tecniche di riciclabilità, affinare le tecniche di raccolta per una migliore separazione dei flussi consentirebbe di contrastare i due problemi ambientali poc'anzi citati, riducendo anche gli scarti da destinare a recupero e smaltimento. Così, enti locali, operatori e sistemi EPR stanno concentrando i propri sforzi per migliore la complementarietà tra raccolta e riciclo, anche per coprire in modo efficiente i costi, ulteriore aspetto che pone in relazione stretta le due fasi post-consumo.

A titolo esemplificativo, si pensi alla diffusione delle macchine eco-compattatrici, presso le quali l'utente può conferire il rifiuto in plastica, che viene compattato, per poi essere ritirato e avviato direttamente a riciclo. Il loro utilizzo è versatile: possono essere installate per offrire un'alternativa di conferimento al cittadino (che può quindi conferire "sganciandosi" dal calendario della raccolta porta a porta e dai cassonetti stradali), ma soprattutto possono essere impiegate per incentivare l'utente a effettuare una raccolta selettiva, che produce benefici industriali e personali. Invero, detti macchinari possono incidere significativamente sul riciclo e sulla produzione circolare perché, attraverso la raccolta selettiva, consentono ai produttori di adempiere ai propri obblighi di gestione del fine vita degli imballaggi, di avviarli subito a riciclo industriale e di usufruire, al netto di fisiologici scarti, dei medesimi quantitativi sotto forma di "nuova" materia riciclata, da utilizzare per i processi produttivi. Allo stesso tempo, si prestano all'attivazione di sistemi di deposito cauzionale, che a fronte del conferimento del prodotto restituiscono al consumatore la cauzione pagata al momento del suo precedente acquisto[212], o di sistemi di deposito incentivanti, che riconoscono al

[210] P. Dell'Anno, *Diritto dell'ambiente,* VII ed., Padova, 2022, 197-199.

[211] Lo stesso art. 183, comma 1, lett. p), d.lgs. n. 152/2006 definisce la raccolta differenziata come una raccolta «in cui un flusso di rifiuti è tenuto separato in base al tipo ed alla natura dei rifiuti al fine di facilitarne il trattamento specifico».

[212] Questi sistemi sono diffusi soprattutto nel Nord Europa. Tra gli esempi virtuosi troviamo la Lituania, dove opera un sistema di deposito con cauzione per gli imballaggi in metallo, vetro e PET. Il funzionamento è semplice: il consumatore acquista l'imballaggio pagando la cauzione inclusa nel prezzo di acquisto, succes-

consumatore un credito ogni volta che viene conferito un prodotto[213]. Tutti questi accorgimenti, applicati *in primis* agli imballaggi in plastica, sposano i dettami dell'economia circolare e contrastano il fenomeno del *littering*, riducendo al contempo i costi di gestione dei rifiuti raccolti, nonché quelli di approvvigionamento delle imprese, che possono utilizzare nei loro processi produttivi materiali riciclati, senza estrarre nuove risorse naturali.

Parimenti cruciale è l'introduzione di ulteriori flussi di raccolta differenziata per frazione merceologica. Si pensi all'introduzione su tutto il territorio europeo della raccolta differenziata dell'umido, che consente il successivo riciclo organico non solo dei rifiuti biodegradabili domestici, ma anche dei rifiuti in bioplastica compostabile, materiale dalle caratteristiche ambientali diverse dalla plastica tradizionale. Invero, le bioplastiche compostabili sono progettate per essere riciclate all'interno degli impianti di riciclo organico sotto forma di compost, fertilizzante che può essere impiegato in agricoltura o per la rigenerazione dei suoli impoveriti.

Tuttavia, se come detto l'ottimizzazione della raccolta è utile perché non si limita a intercettare il rifiuto, ma si propone di farlo in vista del successivo riciclo, va osservato che la loro praticabilità dipenderà molto dal sistema industriale di riciclo, che rappresenta l'ultimo "miglio" percorso dal rifiuto nel sistema di gestione. Si ribadisce, infatti, che la raccolta "serve" il riciclo, ma è altrettanto vero, come accennato, che la disponibilità e l'efficienza degli impianti di trattamento influenzano le tecniche e le modalità della raccolta. La penuria di impianti di riciclo delle plastiche in un dato territorio condizionerà gli enti e gli operatori economici, dato che il servizio dovrà scontare costi di trasporto più elevati per raggiungere l'impianto disponibile e tariffe più alte di accesso, senza contare che l'insufficienza impiantistica rischia di indirizzare il rifiuto differenziamento a recupero o smaltimento; parimenti, l'operatività di impianti di destino non efficienti che non sono in grado di trattare determinati rifiuti in plastica pur raccolti in modo differenziato, si ripercuote sulla qualità della stessa raccolta, che dovrà adeguarsi ai requisiti tecnici dell'impianto finale, scoraggiando di fatto la diversificazione e l'implementazione delle modalità di raccolta.

L'economia circolare deve, infatti, disporre di un certo grado di simbiosi industriale, che assicuri un destino a ogni attività che viene compiuta all'interno del sistema. Questo si traduce, guardando alla dimensione tradizionale della

---

sivamente restituisce l'imballaggio attraverso il macchinario e ottiene una ricevuta di rimborso della cauzione, che può utilizzare per acquistare altri beni nel negozio.

[213] È il caso del modello *bottle to bottle* del sistema EPR Coripet: i cittadini conferiscono le bottiglie in PET presso l'eco-compattatore, che gli riconosce automaticamente un credito e le bottiglie vengono avviate a riciclo per realizzare nuove bottiglie riciclate in R-PET. Trattasi di uno schema EPR formato dai produttori di acque e bevande imbottigliate, nonché dalle imprese che operano nel settore della produzione di tali imballaggi e degli impianti che si occupano del loro riciclo.

gestione, nella creazione di una vera e propria "infrastruttura" del rifiuto, simile a quella di altri servizi a rete, composta da strutture di raccolta e di riciclo, funzionante in un regime concorrenziale e di accesso a parità di condizioni da parte degli operatori responsabili della gestione[214].

Dunque, gli sforzi compiuti attraverso l'intercettazione dei rifiuti e le eventuali soluzioni che aumenterebbero la "circolarità" della raccolta rischiano di essere vanificate senza un'effettiva gestione unitaria e complementare al riciclo e senza politiche di riciclo in grado di sostenere anche il servizio di raccolta.

6.2. *Il crescente ruolo dei sistemi di responsabilità estesa del produttore*

Quanto premesso traspare chiaramente se si guarda all'ultimo profilo segnalato, quello economico-finanziario, giacché i costi della raccolta e del riciclo sono ingenti, tendono a pesare sulla collettività[215] maggiormente in presenza di un sistema infrastrutturale inadeguato e sono necessari periodici investimenti per garantire un equilibrio tra l'industria della produzione, quella del riciclo e il settore dei servizi. Ecco quindi che viene nuovamente in rilievo il ruolo dei regimi di responsabilità estesa del produttore.

Questi ultimi sono incaricati dal legislatore europeo di rendere sempre più "circolare" il modello di gestione dei rifiuti e a connetterlo con il sistema industriale. È a essi che il diritto europeo guarda per dare concreta attuazione alla gerarchia dei rifiuti e adottare un modello completo di economia circolare, dall'ecoprogettazione al riciclo. Invero, la strada tracciata è quella del rafforzamento del rispetto del principio di responsabilità estesa del produttore, che quale declinazione del principio chi inquina paga impone agli Stati membri di far ricadere sui produttori la gestione, almeno da un punto di vista finanziario, del fine vita dei propri prodotti, in proporzione all'immesso sul mercato[216]. Allo stesso tempo, l'attuazione del principio in vista del completamento del modello di economia circolare allarga il concetto di "gestione" del rifiuto, che ormai non è composto solo da una responsabilità di tipo finanziario relativa al loro ritiro e riciclo, ma concerne one-

---

[214] F. de Leonardis, *La regolazione ambientale,* in *Diritto amministrativo e società civile, Volume III – Problemi e prospettive,* Bologna, 2020, 615.

[215] Il tributo che copre i costi del servizio di raccolta dei rifiuti è la TARI, introdotta e disciplinata dalla legge 27 dicembre 2013, n. 147, la cui tariffa viene individuata dal consiglio comunale nel piano finanziario annuale. In alternativa, i comuni possono applicare una tariffa puntuale, calcolata cioè in base ai quantitativi di rifiuti prodotti dalla singola utenza (come previsto all'art. 1, comma 668, l. n. 147/2013).

[216] I regimi di responsabilità estesa del produttore sono infatti genericamente definiti dall'art. 3, par. 1, n. 21) della direttiva quadro come «una serie di misure adottate dagli Stati membri volte ad assicurare che ai produttori di prodotti spetti la responsabilità finanziaria o la responsabilità finanziaria e organizzativa della gestione della fase del ciclo di vita in cui il prodotto diventa un rifiuto».

ri di programmazione rivolti direttamente al mondo della produzione, nell'ottica dell'eco-progettazione di prodotti che siano riutilizzabili, facilmente riciclabili e realizzati con materiali rinnovabili[217]. Trattando in questa sede la gestione post consumo del prodotto in plastica divenuto rifiuto, ci si concentrerà principalmente sui principi di funzionamento degli schemi EPR che riguardano tale fase.

Va preliminarmente osservato che il quadro normativo europeo non imbriglia la gestione del fine vita dei rifiuti entro regimi obbligatori e predefiniti di responsabilità estesa del produttore. L'art. 8 della direttiva 2008/98/CE si limita, infatti, a riconoscere agli Stati membri la possibilità di istituire detti regimi per meglio adempiere alla responsabilità estesa gravante sui produttori, mentre l'art. 8-*bis* detta le condizioni essenziali che tali schemi, una volta adottati, devono assicurare, onde garantire il conseguimento dei principi e degli obiettivi di legge in materia di rifiuti. In realtà, non pare azzardato sostenere che la direttiva quadro rifiuti abbia espresso ben più di una semplice preferenza in favore dell'istituzione dei sistemi EPR[218]. Preferenza che diviene addirittura obbligo se ci riferiamo ai rifiuti di imballaggio, visto che la direttiva 94/62/CE prevede l'istituzione *ex lege* entro il 31 dicembre 2024 di regimi di responsabilità estesa del produttore per tutti gli imballaggi, inclusi quelli in plastica[219]; ad analoga conclusione giunge la direttiva SUP in relazione a una serie di prodotti in plastica monouso, scelta che di fatto revoca la possibilità per gli Stati nazionali di adottare soluzioni alternative.

Inoltre, pur non tratteggiandone un modello, la direttiva incide direttamente anche sui meccanismi operativi di tali sistemi EPR. Se, infatti, le autorità nazionali decidono di abbracciare questo strumento, sono tenute a fare in modo che gli schemi EPR possiedano i già accennati requisiti minimi indefettibili di funzionamento elencati all'art. 8-*bis*[220]. Ricollegandosi a quanto sinora descritto, tra i requisiti si scorge in particolare l'obbligo per i produttori di corrispondere contributi finanziari idonei a coprire, *inter alia*, i costi necessari della raccolta differenziata, del trasporto e del trattamento dei propri prodotti[221]. Risulta evidente quindi che, al netto delle possibili diverse scelte operate dai singoli Stati, i sistemi EPR europei devono fondarsi su basi comuni e nascono quantomeno per far gra-

[217] Cfr. in questo contributo, § 4.

[218] Ai sensi del considerando n. 21 della direttiva (UE) 2018/851, «I regimi di responsabilità estesa del produttore sono elementi essenziali di una buona gestione dei rifiuti».

[219] Art. 7, par. 2, direttiva 94/62/CE.

[220] Ciò posto, i sistemi EPR possono assumere forme diverse. Per una ricognizione dei principali modelli si vedano: C. Dalhammar, *Extended Producer Responsibility,* in L. Krämer, E. Orlando (a cura di), *Principles of Environmental Law, Elgar Encyclopedia of Environmental Law*, Vol. VI, 2018, 210; D. Iacovelli, *Rifiuti e mercato nell'economia circolare,* Milano, 2021, 99 ss. Quest'ultima evidenzia come in Europa hanno prevalso i sistemi *take back,* in cui la responsabilità della gestione del fine vita è ricondotta al produttore, mentre gli Stati Uniti hanno scelto sistemi EPR nazionali.

[221] Art. 8-*bis*, par. 4, direttiva 2008/98/CE. L'art. 178-*ter*, d.lgs. n. 152/2006 riproduce tale norma ai commi 3-4. In ogni caso, i regimi EPR devono coprire almeno l'80% dei costi necessari.

vare sui produttori il peso finanziario della gestione del fine vita dei prodotti di loro competenza. A titolo esemplificativo, per gli imballaggi in plastica ciò viene assicurato in Italia con l'applicazione di un contributo all'atto della prima cessione dell'imballaggio sul mercato[222]. Ne consegue che i sistemi EPR sono a tutti gli effetti strumenti economici di mercato con finalità di regolazione ambientale[223].

Tuttavia, la natura della responsabilità gravante sui produttori assume forme ulteriori rispetto a quella meramente finanziaria, che rischierebbe altrimenti di leggere la norma come un tentativo di distorsione del principio dal "chi inquina paga" al "quanto pagare per inquinare". Non a caso, la direttiva impone ai sistemi collettivi di responsabilità estesa del produttore di modulare il contributo finanziario in base alle caratteristiche del prodotto da gestire a fine vita[224], per far pagare un contributo più alto ai produttori che immettono sul mercato beni con un ciclo di vita breve e che difficilmente potranno essere valorizzati (non riutilizzabili, non riparabili, non riciclabili). Posto che la responsabilità estesa del produttore deve abbracciare politiche integrate del prodotto, i sistemi EPR diventano protagonisti di una vera e propria "politica industriale" orientata a spingere i produttori verso soluzioni sostenibili, onde pagare un costo meno elevato per i propri prodotti e, quindi, beneficiare anche di maggiore competitività sul mercato. Proprio il mercato diventa un fattore dirimente, perché costituisce lo "sbocco" del materiale raccolto e riciclato e l'andamento dei prezzi di mercato delle materie prime secondarie influenza inevitabilmente anche le scelte a monte dei produttori e le politiche degli stessi sistemi EPR.

Quest'ultimo aspetto ci consente di prendere in considerazione un ulteriore pilastro di funzionamento dei sistemi EPR e, in generale, della gestione dei rifiuti: la concorrenza. Le istituzioni europee ritengono che il completamento dell'economia circolare passi attraverso la contemporanea operatività di una pluralità di sistemi EPR che concorrano per una maggiore produzione circolare, per una raccolta più efficiente e per un riciclo effettivo[225]. La concorrenza cambia vol-

[222] È il caso del contributo ambientale Conai applicato agli imballaggi in plastica, ma anche del contributo di riciclo Coripet applicato sui contenitori per liquidi alimentari in PET. Come osservato da acuta dottrina con riferimento al contributo ambientale Conai, in realtà in Italia il principio di responsabilità estesa del produttore assume la declinazione di principio di responsabilità "condivisa" tra produttori e utilizzatori. Ciò ha una ricaduta concreta sui meccanismi di applicazione del contributo ambientale: il produttore lo espone in fattura alla "prima cessione" dell'imballaggio sul mercato, dunque viene di fatto "scaricato" sul primo acquirente e così via sino all'utilizzatore finale. Il *vulnus* di questo sistema è che manca un obbligo di trasparenza sull'esposizione nel prezzo finale di acquisto dell'imballaggio del suddetto contributo, che sarebbe decisivo nel determinare le scelte di acquisto del consumatore verso prodotti sostenibili (cfr. F. de Leonardis, S. Micono, *L'economia circolare alla prova dei fatti. La responsabilità estesa del produttore (E.P.R.): i consorzi di gestione degli imballaggi,* in *Aperta Contrada,* 2017.

[223] F. de Leonardis, *La regolazione ambientale,* cit., 601.

[224] Art. 8-*bis*, par. 4, lett. b), direttiva 2008/98/CE.

[225] Cfr. considerando n. 17, direttiva (UE) 2018/851 e considerando n. 22, direttiva (UE) 2018/852.

to: da condizione da assicurare per evitare che nel mercato unico possano crearsi squilibri tra le discipline interne degli Stati, con ripercussioni negative anche sull'ambiente[226], diventa principale strumento "per" l'ambiente e per l'economia circolare, così come lo è stato "per" il mercato unico[227]. Così, focalizzando nuovamente l'attenzione sui rifiuti in plastica, il potenziale successo delle politiche condotte dai medesimi sistemi EPR e la salvaguardia delle condizioni concorrenziali del mercato può contribuire a una riduzione complessiva dei rifiuti in plastica da gestire, a un aumento dei tassi di raccolta e di riciclo e, complessivamente, al completamento del modello di economia circolare, con evidenti ricadute positive in termini economici e ambientali.

Sul fronte interno, la scelta compiuta dal legislatore italiano va nella direzione del diritto europeo: l'art. 178 prescrive che la gestione dei rifiuti avvenga nel rispetto dei principi generali in materia ambientale e del principio di concorrenza, l'art. 178-*bis* d.lgs. n. 152/2006 (TUA) prevede l'istituzione obbligatoria di regimi di responsabilità estesa del produttore attraverso decreti ministeriali[228], mentre l'art. 178-*ter* TUA riproduce l'elenco di requisiti minimi che detti sistemi devono possedere. Riguardo agli imballaggi, nel ribadire che la responsabilità finanziaria o anche organizzativa della gestione del loro fine vita spetta ai produttori e agli utilizzatori, viene prescritto che questi ultimi adempiano, in forma individuale o collettiva, ai propri obblighi, incluso quello del ritiro[229] e a tal fine vengono individuate tre opzioni[230]: attivazione di un autonomo sistema di ritiro degli imballaggi su tutto il territorio nazionale, adesione a uno dei consorzi facenti parte del sistema EPR gestito dal Consorzio nazionale imballaggi (Conai), oppure creazione di un nuovo sistema EPR autonomo e autosufficiente[231].

---

[226] Questo aspetto si rinviene nelle prime direttive sui rifiuti, cfr. in particolare i considerando della direttiva 75/442/CEE.

[227] M. Clarich, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato,* in *Diritto pubblico,* 2007, 219 ss.

[228] Come precisato al comma 2, trattasi del quadro generale, sul quale poi si innestano le eventuali disposizioni settoriali speciali di responsabilità estesa del produttore per singolo flusso.

[229] Caravita di Toritto è tra i primi giuristi a sottolineare la dicotomia tra il soggetto preposto alla raccolta, sostanzialmente l'amministrazione comunale, e il soggetto comunque obbligato al ritiro dei rifiuti di imballaggio, il produttore/utilizzatore (Id., *Diritto dell'ambiente,* Bologna, 2001, 236).

[230] Art. 221, comma 3, TUA.

[231] Nell'attuale contesto la gestione del fine vita di un imballaggio in plastica è affidata a una pluralità di soggetti: il sistema PARI di Aliplast S.p.a. si occupa del ritiro in autonomia degli imballaggi secondari e terziari in film polietilenico; il consorzio Conip ritira in proprio gli imballaggi secondari e terziari (casse e pallet) in materiale poleolefinico; Coripet opera in qualità di consorzio autonomo del riciclo dei contenitori per liquidi alimentari in PET; Corepla gestisce il fine vita degli imballaggi in plastica in qualità di consorzio della filiera Conai; Biorepack, anch'esso consorzio della filiera Conai, è un sistema EPR unico in Europa che si occupa degli imballaggi in bioplastica compostabile, materiale che a differenza della plastica tradizionale è riciclabile organicamente assieme alla frazione umida. Sempre con riferimento ai prodotti in plastica, che però non sono imballaggi, va menzionata anche l'operatività di Polieco, consorzio istituito ex lege che si occupa della gestione di beni realizzati in polietilene.

È palmare, quindi, che si stia progressivamente realizzando il disegno del legislatore europeo, che auspica proprio l'azione di una pluralità di sistemi EPR, che sono comunque tenuti a collaborare e a operare in un regime concorrenziale non discriminatorio e aperto alla partecipazione degli operatori economici e dei soggetti pubblici[232].

Tirando le fila di questo *excursus* interno alla gestione del rifiuto in plastica, è tangibile la complessità del sistema elaborato sia dal diritto europeo che da quello nazionale per governare la fase successiva al consumo dei prodotti in plastica e orientarla verso la prevenzione dei fenomeni di inquinamento e il rafforzamento delle operazioni di recupero del materiale. Ciononostante, il sistema di gestione sconta delle inefficienze che rendono al momento questi obiettivi non pienamente conseguibili, per ragioni tra loro interconnesse. Invero, se il sistema attuale, ancorato al riciclo, ricicla solo una parte dei rifiuti in plastica che vengono generati, i restanti rifiuti, anche se raccolti in modo differenziato e tenuti all'interno di un flusso chiuso controllato, devono essere comunque trattati in modi alternativi. Ciò significa scendere nella gerarchia dei rifiuti ricorrendo alle attività di recupero e di smaltimento.

Sebbene si tratti di operazioni imprescindibili anche per un modello di economia circolare compiuto e completo – in quanto esisteranno sempre degli scarti non valorizzabili in altro modo – esse non possono essere considerate *ex se* coerenti con i dettami dell'economia circolare, dato che i rifiuti fuoriescono dal ciclo di trattamento e reimpiego ed esercitano una pressione sulle matrici ambientali dell'aria e del suolo[233]. Difatti, va sottolineato che in questo caso il rifiuto in plastica, seppur trattato per essere recuperato sotto forma di energia e calore, o stabilizzato per essere stoccato sul suolo, non ha come destinazione finale né un nuovo ciclo produttivo né uno rigenerativo, ma finisce nell'ambiente. Con ciò non si vuole certo asserire che la termovalorizzazione e lo stoccaggio, che comunque costituiscono due forme di trattamento che chiudono il ciclo dei rifiuti, siano assimilabili al *littering*, che peraltro costituisce illecito; tuttavia, nell'ottica di una critica costruttiva al modello di gestione attuale, è bene sottolineare che gli effetti rischiano di essere gli stessi, anche se in quest'ultimo caso controllati e confina-

[232] Cfr. art. 7, direttiva 94/62/CE, artt. 178 e 217, TUA.

[233] La stessa Commissione Europea si interroga sulla compatibilità della termovalorizzazione con il modello dell'economia circolare: nella comunicazione "Il ruolo della termovalorizzazione nell'economia circolare" conclude precisando che può supportare la «transizione a un'economia circolare a condizione che la gerarchia dei rifiuti dell'UE funga da principio guida e che le scelte fatte non ostacolino il raggiungimento di livelli più elevati di prevenzione, riutilizzo e riciclaggio». Peraltro, questi impianti non sono inclusi nel regolamento (UE) 2020/852, che elenca le attività che risultano coerenti con i principi verdi della transizione ecologica i finanziamenti nei confronti delle quali sono ritenuti "sostenibili". Quanto alle discariche, la revisione della direttiva 1999/31/CE limita l'utilizzo delle stesse per un massimo del 10% dei rifiuti urbani generati e, in generale, viene individuata come destinazione finale esclusivamente di rifiuti già trattati e non riciclabili né recuperabili.

ti. Difatti, la termovalorizzazione produce comunque gas serra e rifiuti speciali, le ceneri pesanti, che solo in parte possono essere "riciclate", per esempio nell'edilizia, altrimenti confluiscono insieme agli altri rifiuti che fuoriescono dal ciclo di gestione nelle discariche, siti che però sottraggono ampie superfici dalla disponibilità della comunità pregiudicandone le caratteristiche ambientali.

Pertanto, la minimizzazione dell'impatto ambientale dei rifiuti in plastica e la massimizzazione della loro utilità ai fini della creazione di un'industria circolare passano inevitabilmente attraverso un processo di transizione industriale, da un lato, e di efficientamento dei modelli di gestione in uso negli Stati, dall'altro, in cui come evidenziato i sistemi EPR svolgeranno un ruolo fondamentale.

7. *La gestione dei rifiuti delle navi: considerazioni alla luce della direttiva 2019/883/UE e del relativo recepimento*

Dal momento che, come precisato in sede di considerazioni preliminari, una quota di rifiuti di plastica che vengono dispersi negli ambienti marini deriva anche dalle attività delle navi, seppur in misura ridotta rispetto a quelli derivanti dalla terraferma, occorre altresì indirizzare la lente di indagine verso il quadro regolatorio relativo alle misure di gestione dei rifiuti prodotti dalle navi. Invero, come osservato, una corretta gestione dei rifiuti in ambito portuale costituisce una delle più efficaci strategie di prevenzione dell'inquinamento marino[234]. In tal senso, allora, si intende condividere talune riflessioni critiche rispetto alle recenti previsioni di cui alla direttiva 2019/883/UE e al relativo recepimento, ossia il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 197.

La direttiva in questione, che modifica la direttiva 2010/65/UE e abroga la direttiva 2000/59/CE, concerne gli impianti portuali di raccolta per il conferimento dei rifiuti delle navi, proponendosi di rispondere alla duplice finalità di proteggere l'ambiente marino dagli effetti negativi degli scarichi dei rifiuti delle navi che utilizzano i porti situati nel territorio unionale e di garantire il buon funzionamento del traffico marittimo, migliorando la disponibilità e l'uso di impianti portuali adeguati di raccolta e conferimento di rifiuti[235]. Inoltre, come osservato, l'intervento del legislatore comunitario sembra essere stato altresì mosso dall'intento di eliminare le incongruenze tra la Convenzione MARPOL e la diret-

[234] Così N. Carnimeo, G. Delle Foglie, *La gestione dei rifiuti prodotti dalle navi in ambito portuale. Attività di prevenzione e misure di contrasto all'inquinamento da plastica in mare*, in *Rivista del Diritto della Navigazione*, 2022, n. 2, 615.

[235] Cfr. art. 1 della direttiva 2019/883/UE.

tiva 2000/59/CE e di allineare l'assetto regolatorio esistente alla novellata legislazione europea in materia di rifiuti[236].

Ai fini della nostra indagine, la direttiva è certamente di interesse, considerando che, come opportunamente evidenziato nel considerando n. 18 della direttiva, sebbene la maggior parte dei rifiuti marini sia generata da attività a terra, anche il trasporto marittimo, compresi i settori della pesca e della navigazione da diporto, contribuisce alla dispersione di plastica nell'ambiente marino. Al di là di tale consapevolezza, tale constatazione trova conferma nella definizione della fattispecie regolata dalla direttiva, nell'ambito della quale i rifiuti di plastica possono rientrarvi. Difatti, i rifiuti delle navi, ai sensi dell'art. 2, par. 1, n. 3), della direttiva, sono qualificati come tutti quei rifiuti, compresi i residui del carico, prodotti durante le operazioni di servizio di una nave o durante le operazioni di carico, scarico e pulizia, e che rientrano nell'ambito di applicazione degli allegati I, II, IV, V e VI della convenzione MARPOL[237], nonché i rifiuti accidentalmente pescati, ossia i rifiuti raccolti dalle reti durante le operazioni di pesca.

In estrema sintesi, la direttiva dispone l'obbligo per gli Stati membri di mettere a disposizione impianti portuali di raccolta adeguati a rispondere alle esigenze delle navi che utilizzano abitualmente il porto, senza causare ingiustificati ritardi[238]. In specie, la direttiva dispone che gli Stati membri provvedano a che: gli impianti dispongano dell'idonea capacità a ricevere le tipologie e i quantitativi di rifiuti di dette navi, tenendo conto di specifici elementi; gli aspetti procedurali concernenti l'utilizzo siano semplici e rapidi ed evitino ingiustificati ritardi; le tariffe non creino un disincentivo all'utilizzo degli impianti; la gestione dei rifiuti ad opera di tali impianti sia ambientalmente compatibile, conformemente alla direttiva 2008/98/CE e all'ulteriore legislazione comunitaria e nazionale in materia.

Un profilo particolarmente meritevole di menzione concerne i Piani di raccolta e di gestione dei rifiuti, quali atti di pianificazione che ciascun porto è tenuto a predisporre e attuare, conformemente ai criteri individuati dalla direttiva[239]. Oltre a dover garantire che tale attività sia correttamente svolta, gli Stati membri provvedono altresì a comunicare agli operatori delle navi una serie di informazioni relative alla disponibilità di adeguati impianti portuali di raccolta e la struttu-

---

[236] Così G. Argüello, *Environmentally sound Management of Ship Wastes: challenges and opportunities for European ports*, in *Journal of Shipping and Trade*, 5(1), 2020. Siffatta tesi si ravvisa altresì nel dossier della Camera *'Impianti portuali di raccolta per il conferimento dei rifiuti delle navi'* del 7 settembre 2021 relativo allo schema di decreto legislativo di recepimento della direttiva. In senso analogo anche da N. Carnimeo, G. Delle Foglie, *La gestione dei rifiuti prodotti dalle navi in ambito portuale. Attività di prevenzione e misure di contrasto all'inquinamento da plastica in mare*, cit., 622 è stato riconosciuto il contributo del legislatore comunitario nel definire, con la direttiva in esame, un più esauriente quadro rispetto al passato.

[237] In specie, i materiali in plastica sono inclusi nell'allegato V della convenzione MARPOL.

[238] Cfr. art. 4 della direttiva 2019/883/UE.

[239] Cfr. art. 5 della direttiva 2019/883/UE.

razione dei relativi costi. Peraltro, il conferimento dei rifiuti delle navi, per il quale sono disciplinati nel dettaglio gli obblighi in capo al comandante della nave e all'operatore dell'impianto portuale di raccolta o all'autorità del porto[240], è preceduto da uno scambio di informazioni tra l'operatore, l'agente o il comandante di una nave e l'autorità competente, che è disciplinato dall'art. 6 della direttiva.

Con riferimento ai costi degli impianti portuali per la raccolta e il trattamento dei rifiuti delle navi, è disposto che gli Stati membri assicurino che gli stessi siano recuperati mediante la riscossione di tariffe a carico delle navi[241]. Non dovendo costituire un incentivo per le navi a scaricare tali rifiuti in mare, la direttiva individua una serie di principi cui gli Stati membri sono tenuti ad uniformarsi nell'elaborazione e nel funzionamento dei sistemi di recupero dei costi, incluso *inter alia* il principio della tariffa indiretta, per cui le navi paghino una tariffa indipendentemente dal conferimento dei rifiuti agli impianti portuali di raccolta.

La restante parte della direttiva è riservata all'individuazione delle esenzioni dagli obblighi disposti dalla direttiva[242], alle misure esecutive e, in specie, alle ispezioni sulle navi[243], al sistema informativo, di monitoraggio e di applicazione[244] e alla comunicazione e scambio di informazioni[245], alla formazione del personale[246] e alle sanzioni[247].

Nella misura in cui l'indagine qui proposta intende, tra l'altro, indagare criticamente se e in quale misura il contrasto alla dispersione dei prodotti in plastica segua un'impostazione coerente con il paradigma dell'economia circolare, la lente di indagine non può che indirizzarsi verso le intersezioni tra la direttiva *de quo* e la legislazione comunitaria in materia di rifiuti. Sul punto, dal considerando n. 16 della direttiva risulta che i principi in materia di gestione dei rifiuti stabiliti dalla direttiva 2008/98/CE, compresi il principio "chi inquina paga" e la gerarchia dei rifiuti – per cui viene privilegiato il riutilizzo e il riciclaggio rispetto ad altre forme di recupero e smaltimento e richiesta l'istituzione di sistemi per la raccolta differenziata di rifiuti – e il principio della responsabilità estesa del produttore trovino applicazione anche con riferimento alla gestione dei rifiuti delle navi.

[240] Cfr. art. 7 della direttiva 2019/883/UE.
[241] Cfr. art. 8 della direttiva 2019/883/UE.
[242] Cfr. Art. 9 della direttiva 2019/883/UE.
[243] Art. 10, 11 e 14 della direttiva 2019/883/UE.
[244] Art. 12 della direttiva 2019/883/UE.
[245] Art. 13 della direttiva 2019/883/UE.
[246] Art. 15 della direttiva 2019/883/UE.
[247] Art. 16 della direttiva 2019/883/UE. Per dovere di completezza si precisa che, nell'ambito delle disposizioni finali, sono disciplinati: gli scambi di esperienze tra le autorità nazionali e gli esperti degli Stati membri (art. 17); la procedura di modifica degli allegati della direttiva e i riferimenti agli strumenti dell'IMO nella direttiva (art. 18); il conferimento alla Commissione del potere di adottare gli atti delegati (art. 19); la procedura di comitato (art. 20); la modifica della direttiva 2010/65/UE (art. 21); l'abrogazione della direttiva 2000/59/CE (art. 22); l'ipotesi di riesame della direttiva (art. 23); i termini di attuazione (art. 24); l'entrata in vigore (art. 25); l'identificazione degli Stati membri come destinatari della direttiva (art. 26).

Dell'intersezione tra le due normative se ne rinviene traccia altresì nel corpo della direttiva all'art. 4, par. 2, lett. d), ai sensi del quale viene disposto che gli Stati membri assicurino che gli impianti portuali provvedano ad una gestione dei rifiuti delle navi ambientalmente compatibile, in conformità alla direttiva 2008/98/CE e ad altre pertinenti leggi nazionali e dell'Unione sui rifiuti. In tal senso, dunque, l'espressione utilizzata dal legislatore comunitario «ambientalmente compatibile» dovrebbe intendersi come conformità della gestione alla legislazione comunitaria esistente con riferimento ai profili relativi all'incidenza ambientale di siffatta attività. Rispetto a tale punto, a ben osservare, il dato normativo non si limita a disporre ciò, essendo state inserite altresì ulteriori disposizioni di maggior dettaglio. Invero, ai sensi di quanto disposto dal medesimo paragrafo dello stesso articolo, ai fini di quanto statuito dalla lett. d) e, dunque, ai fini di una gestione dei rifiuti delle navi ambientalmente compatibile, viene disposto un obbligo in capo agli Stati membri di garantire nei porti la raccolta differenziata per facilitare il riutilizzo e il riciclaggio dei rifiuti delle navi. Con riferimento a ciò, tuttavia, non è stato individuato alcun obiettivo di riutilizzo e riciclaggio.

Come noto, la direttiva 2018/851/UE fissa degli obiettivi relativi alla preparazione per il riutilizzo e il riciclaggio dei rifiuti ma riferendosi alla sola categoria di rifiuti urbani, per la quale non va escluso, in via di mera ipotesi, che i rifiuti delle navi possano rientrarvi, qualora i rifiuti delle navi siano simili per natura e composizione ai rifiuti domestici, non provvedendo la direttiva 2019/883/UE a qualificare espressamente in senso differente ai rifiuti urbani i rifiuti delle navi. Pertanto, la sottoposizione dei rifiuti delle navi a tale regime di obiettivi dipenderà dall'eventuale qualificazione dei rifiuti delle navi come rifiuti urbani, e ciò, come si vedrà *infra*, non è avvenuto nel nostro ordinamento. Diversamente, gli obiettivi fissati dalla direttiva 2018/852/UE concernenti gli imballaggi trovano applicazione anche con riferimento agli imballaggi che abbiano quelle caratteristiche tali da configurarsi come rifiuti delle navi. Ciò deriva dal fatto che i rifiuti da imballaggio sono identificati come ogni imballaggio o materiale di imballaggio rientrante nella definizione di rifiuti di cui all'articolo 3 della direttiva 2008/98/CE, quale definizione cui, come visto, ai sensi dell'art. 2 della direttiva 2019/883/UE, viene comunque ricondotta la nozione di rifiuto delle navi.

Piuttosto, ciò che apparirebbe poco chiaro rispetto all'intersezione tra la disciplina generale in materia di rifiuti e quella relativa ai rifiuti delle navi sembra essere il coinvolgimento dei sistemi EPR. Fermo restando che un prodotto soggiace al principio di responsabilità estesa del produttore anche se destinato al consumo a bordo delle navi, diventa dirimente la qualificazione di tale rifiuto, per capire se per esso scatti o meno l'obbligo di gestione da parte dei sistemi EPR, ma non solo. Difatti, se da un punto di vista teorico sembrerebbe anche logico far rientrare detti rifiuti nel perimetro di operatività dei sistemi EPR, resterebbe da capire

come questi ultimi dovrebbero operativamente occuparsi di tali rifiuti. Nel caso dei rifiuti di imballaggi, per esempio, i sistemi EPR attualmente stipulano accordi per riconoscere i corrispettivi agli enti locali che effettuano la raccolta dei rifiuti provenienti da utenze domestiche, ma non è chiaro se tali accordi possano estendersi anche ai rifiuti raccolti presso i porti, tenendo peraltro conto che in alcuni casi i sistemi EPR dovrebbero interfacciarsi con autorità differenti dai comuni.

La direttiva 2019/883/UE è stata recepita nel nostro ordinamento nazionale con il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 197, che ha abrogato il precedente d.lgs. 24 giugno 2003, n. 182, di recepimento della direttiva 2000/59/CE. Sul piano degli obiettivi, con l'art. 1 del decreto legislativo viene fedelmente ricalcato quanto disposto dall'art. 1 della direttiva, ovverosia la protezione dell'ambiente marino dagli effetti negativi degli scarichi delle navi che utilizzano porti situati nel territorio dello Stato, nonché il buon funzionamento del traffico marittimo, migliorando la disponibilità e l'utilizzo di adeguati impianti portuali di raccolta dei rifiuti e il relativo conferimento negli impianti medesimi.

Relativamente alle definizioni riportate dal decreto legislativo di recepimento, per ciò che qui interessa, come parzialmente anticipato, taluni profili di rilievo concernono la qualificazione dei rifiuti delle navi nel sistema dei rifiuti fissato dal d.lgs. n. 152/2006. In specie, nel silenzio della direttiva sul punto, i rifiuti delle navi sono considerati rifiuti speciali ai sensi dell'art. 184, comma 3, lett. f), d.lgs. n. 152/2006, ossia i rifiuti prodotti nell'ambito delle attività di servizio se diversi dai rifiuti urbani. Esaminando le fattispecie ricondotte alla nozione di rifiuto urbano e, in particolare, la fattispecie dei rifiuti speciali assimilati ai rifiuti urbani, ovverosia i rifiuti di cui al punto 2) dell'art. 183, comma 1, lett. b-*ter*), d.lgs. n. 152/2006, i rifiuti delle navi, in conformità alla definizione riportata dal decreto legislativo *de quo* così come recepita dalla direttiva, sono dunque annoverati nella categoria dei rifiuti speciali[248].

Rispetto agli obiettivi dell'indagine qui condotta va dunque rilevato che, introducendo una simile qualificazione, il legislatore nazionale abbia esonerato tale categoria di rifiuti dagli obiettivi comunitari di preparazione per il riutilizzo e il riciclaggio *supra* richiamati. Tali obiettivi troverebbero invece applicazione con riferimento ai rifiuti prodotti dai passeggeri e dall'equipaggio e ai rifiuti accidentalmente pescati, che vengono qualificati come rifiuti urbani ai sensi dell'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 197/2021. Considerata presumibilmente la significati-

[248] L'esclusione dei rifiuti delle navi dal novero dei rifiuti speciali assimilati ai rifiuti urbani si giustifica sulla base del fatto che le operazioni di servizio delle navi e le operazioni di carico, scarico e pulizia delle navi non rientrano nelle attività di cui all'allegato L-*quinquies*, cui si riferisce l'art. 183, comma 1, lett. b-*ter*), punto 2), d.lgs. n. 152/2006.

va mole di plastica contenuta in tale tipologia di rifiuti delle navi, tali previsioni derogatorie vanno salutate favorevolmente[249].

Relativamente a questa categoria di rifiuti, occorre dare altresì conto delle più recenti previsioni adottate con il decreto del Ministro dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica del 27 ottobre 2023, attraverso cui è stato individuato il tasso minimo nazionale di raccolta annuale degli attrezzi da pesca dismessi contenenti plastica per il riciclaggio e si è meglio chiarita la questione del coinvolgimento dei sistemi EPR, seppur limitatamente a questa tipologia di prodotto di plastica. In particolare, per quanto si tratti di disposizioni aventi ad oggetto un tema più compiutamente disciplinato all'interno del decreto legislativo n. 197/2021, il fondamento normativo del decreto *de quo* è l'art. 8, comma 4, d.lgs. n. 196/2021, in base al quale entro il 31 dicembre 2021 i rifiuti da attrezzi da pesca contenenti plastica sarebbero stati gestiti tramite sistemi istituiti ai sensi della Parte IV d.lgs. n. 152/2006, vale a dire appositi sistemi EPR *ex* art. 178-*bis*, d.lgs. n. 152/2006. A tal fine, la norma demandava al Ministro competente la fissazione, tramite decreto di natura non regolamentare, del tasso minimo nazionale di raccolta annuale degli attrezzi da pesca dismessi contenenti plastica per il riciclaggio. Secondo le medesime disposizioni, i regimi istituiti garantiscono che i produttori di attrezzi da pesca contenenti plastica coprano i costi della raccolta differenziata dei suddetti attrezzi quando sono dismessi e conferiti a impianti portuali di raccolta conformi alle disposizioni di recepimento della direttiva (UE) 2019/883 del Parlamento europeo e del Consiglio, o ad altri sistemi di raccolta equivalenti che non rientrano nell'ambito di applicazione del presente decreto; parimenti, coprono i costi del successivo trasporto e trattamento, nonché i costi delle misure di sensibilizzazione di cui all'art. 10, d.lgs. n. 196/2021. In conformità a quanto previsto dal decreto Ministro dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica del 27 ottobre 2023, è stata dunque fissata una percentuale minima di raccolta nazionale annuale al 15% in peso degli attrezzi da pesca contenenti plastica immessi sul mercato nazionale e nel computo complessivo sono inclusi i rifiuti conferiti dal detentore, i rifiuti di attrezzi da pesca contenenti plastica e tutti i singoli componenti, sostanze o materiali che fanno parte o che sono collegati a tali attrezzi da pesca gettati, abbandonati o dispersi in mare, accidentalmente pescati o raccolti attraverso apposite campagne di pulizia[250]. Per quanto si tratti di per-

[249] Sul punto, per avere contezza della mole indicativa di rifiuti di plastica prodotti dalle navi, si cfr. il rapporto dell'Agenzia europea per la sicurezza marittima (EMSA) EMSA/OP/02/2016 'The Management of Ship-Generated Waste On-board Ships'

[250] Rispetto a tale questione, quindi, è possibile idealmente distinguere i rifiuti di attrezzi da pesca in rifiuti di attrezzi da pesca accidentalmente pescati e rifiuti di attrezzi da pesca prodotti dalle navi. I primi sono da ricondurre alla fattispecie giuridica dei rifiuti accidentalmente pescati *ex* art. 2, co. 1, lett. d), d.lgs. n. 197/2021 purché, al netto del problema definitorio di cui si darà evidenza *infra*, siano rifiuti raccolti dalle reti durante le operazioni di pesca. Coerentemente con tali disposizioni, allora, con il decreto del Ministro dell'Ambiente e della Sicurezza Ener-

centuali contenute e comunque limitate esclusivamente a una sola tipologia di prodotto, simili previsioni vanno salutate favorevolmente, andando nella direzione di una valorizzazione del ruolo dei sistemi EPR nei processi di minimizzazione degli impatti ambientali dei rifiuti in plastica e nella massimizzazione della relativa utilità ai fini della creazione di un'industria circolare, come auspicato *supra*[251].

Sempre a livello definitorio, l'autorità competente è identificata nell'autorità di sistema portuale, ove istituita, oppure nelle autorità marittime di cui all'art. 2, commi 2 e 3, l. 28 gennaio 1994, n. 84. Le prime, in conformità all'art. 6, l. n. 84/1994, sono qualificate come enti pubblici non economici di rilevanza nazionale a ordinamento speciale, dotati di autonomia amministrativa, organizzativa, regolamentare, di bilancio e finanziaria, e sono espressamente indicate dalla medesima norma, con la puntuale esplicitazione dei porti facenti riferimento a tali autorità[252]. Per quanto concerne le autorità marittime, la norma rinvia invece all'art. 16 del codice della navigazione[253].

---

getica del 27 ottobre 2023 richiamato i rifiuti di attrezzi da pesca accidentalmente pescati sono stati qualificati come quella frazione dei rifiuti accidentalmente pescati costituita esclusivamente dai rifiuti di attrezzi da pesca (art. 2, comma 1, lett. c, decreto del 30 ottobre 2023). Pertanto, in qualità di rifiuti accidentalmente pescati, sono da qualificare, ai sensi dell'art. 2, comma 2, d.lgs. n. 197/2021, come rifiuti urbani. Per quanto riguarda i rifiuti di attrezzi da pesca non accidentalmente pescati, gli stessi andrebbe diversamente qualificati come rifiuti prodotti dalle navi *ex* art. 2, comma 1, lett. c, d.lgs. n. 197/2021, essendo effettivamente rifiuti prodotti durante le operazioni di servizio. Ne consegue quindi che, a norma dell'art. 2, comma 2, d.lgs. n. 197/2021, vanno qualificati come rifiuti speciali. Da un punto di vista operativo, questa doppia qualificazione dovrebbe portare a una separazione dei flussi: i rifiuti di attrezzi da pesca prodotti dalle navi dovrebbero essere conferiti negli impianti dedicati alla raccolta dei rifiuti delle navi (quindi negli impianti dedicati alla raccolta dei rifiuti speciali), mentre quelli accidentalmente pescati dovrebbero essere raccolti a parte (ossia negli impianti portuali che raccolgono i rifiuti urbani e gli assimilati), pur trattandosi sostanzialmente delle medesime tipologie di rifiuto. A complicare ulteriormente il quadro sta il decreto ministeriale del 27 ottobre 2023, che prevede un obiettivo generale di raccolta dei rifiuti di attrezzi da pesca, a prescindere che siano stati prodotti dalle navi o accidentalmente pescati. Dunque, i rifiuti dovrebbero (razionalmente) essere conteggiati insieme, il che invece verrebbe in qualche modo ostacolato dalla separazione dei flussi. In ogni caso, la soluzione potrebbe trovarsi all'interno dei diversi Piani di raccolta e gestione dei rifiuti elaborati dalle autorità portuali: ferma restando la loro diversa qualificazione ma l'auspicata identica destinazione finale, ossia il riciclaggio, le Autorità potrebbero prevedere una "raccolta selettiva" per tipologia di rifiuto (appunto, i rifiuti di attrezzi da pesca) con specifici impianti dedicati, anche perché sono i gestori degli impianti di raccolta a dover rendicontare i dati relativi ai rifiuti raccolti e avviati a recupero (art. 4, d.lgs. n. 197/2021). Ciò detto, sebbene si ravvisino siffatti profili di problematicità sotto il profilo operativo, si ritiene che la qualificazione dei rifiuti accidentalmente pescati come rifiuti urbani sia opportuna. Invero, la differente qualificazione dei rifiuti accidentalmente pescati, inclusi i rifiuti degli attrezzi da pesca accidentalmente pescati, come rifiuti speciali potrebbe comportare oneri eccessivamente gravosi che potrebbero disincentivare l'effettiva raccolta di tali manufatti dispersi.

[251] Cfr. § 6.2.

[252] In specie, ai sensi dell'art. 6, comma 1, l. n. 84/1994, sono state istituite le seguenti quindici Autorità: del Mare Ligure occidentale, del Mare Ligure orientale, del Mar Tirreno settentrionale, del Mar Tirreno centro-settentrionale, del Mar Tirreno centrale, dei Mari Tirreno meridionale e Ionio, del Mare di Sardegna, del Mare di Sicilia occidentale, del Mare di Sicilia orientale, del Mare Adriatico meridionale, del Mar Ionio, del Mare Adriatico centrale, del Mare Adriatico centro-settentrionale, del Mare Adriatico settentrionale, del Mare Adriatico orientale e dello Stretto. Conformemente al comma 2 del medesimo articolo, i porti rientranti nella relativa competenza sono indicati nell'Allegato A della l. n. 84/1994.

[253] La norma divide il litorale della Repubblica in zone marittime, suddividendo le stesse in compartimenti e questi ultimi in circondari, preponendo al vertice di ciascuna rispettivamente un direttore marittimo,

L'art. 4 del decreto legislativo di recepimento è riservato alla disciplina relativa agli impianti portuali di raccolta, di cui ciascun porto è tenuto a dotarsi con oneri a carico del gestore del servizio. Ai fini dell'adeguatezza degli impianti alle esigenze delle navi che vi fanno abitualmente scalo, ai sensi del comma 1 del medesimo articolo, viene fatto riferimento alla classificazione del porto medesimo, ove esistente, e al traffico registrato nei tre anni solari precedenti all'anno di adozione del Piano di raccolta e di gestione dei rifiuti, al fine di assicurare il rapido conferimento dei medesimi rifiuti, evitando ritardi ingiustificati e nella garanzia di standard di sicurezza per l'ambiente e la salute, raggiungibili con l'applicazione delle migliori tecnologie disponibili. Per ciò che in questa sede interessa, ovverosia l'intersezione di tale disciplina con la disciplina dei rifiuti, ci si limita ad evidenziare che la norma, e in specie il comma 4, ripropone la medesima logica richiamata *supra*. In specie, è stato disposto che i gestori degli impianti provvedano ad una gestione dei rifiuti delle navi che assicuri la tutela dell'ambiente, in conformità alla Parte IV del d.lgs. n. 152/2006, e che i rifiuti delle navi siano raccolti separatamente, al fine di facilitarne il riutilizzo e il riciclaggio, in piena conformità a quanto disposto dalla direttiva.

Relativamente al Piano di raccolta e di gestione dei rifiuti[254], il decreto legislativo di recepimento rimette, come il precedente decreto legislativo con esso abrogato, la predisposizione, l'approvazione e la resa operativa dell'atto alle richiamate autorità competenti. Tuttavia, ai sensi del comma 2 dell'art. 5, ai fini dell'approvazione e dell'integrazione del medesimo con il Piano regionale di gestione dei rifiuti per gli aspetti relativi alla gestione, si inserisce una fase procedimentale intermedia tra la predisposizione e l'approvazione del Piano nella quale lo stesso viene comunicato tempestivamente alla Regione competente, che ne valuta la coerenza, esprimendosi entro sessanta giorni dalla data di ricezione della comunicazione. Qualora dovessero essere rilevati deficit di coerenza e l'autorità competente non dovesse adeguarsi ai rilievi critici della Regione non segue però alcun intervento sostitutivo, che invece viene contemplato, tramite un commissario *ad acta*, nella sola ipotesi di mancata predisposizione del Piano medesimo, previa diffida ad adempiere entro il termine di sessanta giorni. Non si tratta di disposizioni di limitato rilievo se lette a confronto con la distribuzione di competenze prevista dall'assetto normativo previgente, nell'ambito del quale le autorità competenti si limitavano a predisporre il Piano, riservando l'approvazione dello stesso alla Regione.

---

un capo del compartimento e un capo del circondario.

[254] Sull'approvazione dei piani di raccolta e gestione dei rifiuti si era assistito, nel periodo successivo al d.lgs. n. 182/2003, ad un contenzioso tra l'Unione Europea e l'Italia (Corte di Giustizia 25 settembre 2008, causa C-368/07), per la mancata approvazione dei piani medesimi, in sostituzione dei quali si era fatto sovente riferimento alle ordinanze delle Capitanerie di porto. Sul punto si veda N. Carnimeo, G. Delle Foglie, *La gestione dei rifiuti prodotti dalle navi in ambito portuale. Attività di prevenzione e misure di contrasto all'inquinamento da plastica in mare*, cit., 620.

Qualora l'autorità competente sia l'autorità marittima, trova applicazione una disciplina parzialmente differenziata. In particolare, in tale ipotesi, l'Autorità marittima emana, d'intesa con la Regione competente, un'ordinanza che costituisce il piano di raccolta di gestione dei rifiuti e che integra, per gli aspetti relativi alla gestione, il piano regionale di gestione dei rifiuti. Sempre in tale ipotesi, la norma precisa altresì che le procedure relative all'affidamento del servizio di gestione dei rifiuti siano curate dal comune o dall'autorità d'ambito territoriale ottimale ove costituita, d'intesa con l'Autorità marittima, e che la Regione predisponga lo studio di cui all'art. 19 d.lgs. n. 152/2006 e acquisisce ogni altra valutazione di compatibilità ambientale inerente al piano di raccolta. L'inserimento di siffatte disposizioni induce a ritenere che, in assenza di specifiche sul punto, nell'opposta ipotesi in cui l'autorità competente sia l'autorità del sistema portuale, tali aspetti procedimentali spettino all'autorità medesima.

Con riferimento agli ulteriori profili disciplinati dalla norma, il decreto legislativo appare complessivamente recepire la normativa comunitaria mantenendo una tendenziale continuità rispetto all'assetto precedente. Tra tali aspetti merita, comunque, uno specifico richiamo quanto disposto dal comma 9 dell'art. 7, quale articolo riservato alle procedure che il comandante di una nave che approda in un porto deve rispettare, prima di lasciare il porto, al fine di assicurare che vengano conferiti all'impianto portuale di raccolta tutti i rifiuti presenti a bordo. In particolare, la norma dispone che le autorità competenti o i soggetti pubblici o privati deputati alla gestione dei rifiuti a livello comunale o all'interno dei singoli porti stipulino con le associazioni di rappresentanza delle imprese di settore convenzioni o accordi di programma *ex* art. 206 d.lgs. n. 152/2006 per la definizione delle modalità di raccolta, trasporto e conferimento dei rifiuti accidentalmente pescati e quelli raccolti nell'ambito di campagne di raccolta dedicate. Risulta tuttavia opportuno osservare che le modalità di gestione dei rifiuti accidentalmente pescati e dei rifiuti raccolti nell'ambito di campagne di raccolta, ossia i rifiuti volontariamente raccolti[255], sono attualmente disciplinate dall'art. 2 ss. della l. 17 maggio 2022, n. 60. Pertanto, con l'entrata in vigore di tale provvedimento, i margini per l'autonoma definizione delle modalità di raccolta, trasporto e conferimento tramite convenzioni o accordi di programma risultano ridotti.

Riflessioni di analogo respiro saranno altresì condivise con riferimento a talune disposizioni inserite nell'art. 8, comma 2, d.lgs. n. 197/2021. Sul punto occorre tuttavia preliminarmente precisare che con tale articolo è stato disciplinato il sistema di recupero dei costi: in conformità a quanto disposto dal comma 1, i costi degli impianti portuali per la raccolta e il trattamento dei rifiuti delle navi sono recuperati mediante la riscossione di tariffe a carico delle navi che appro-

[255] Si tratta di un'ulteriore categoria di rifiuti introdotta con la l. n. 60/2022, che sarà oggetto di un approfondimento *infra*.

dano al porto. Coerentemente con le disposizioni della direttiva, con il comma 2 viene disposto che le tariffe siano proporzionate ed adeguate in modo che tale sistema di recupero dei costi non costituisca un incentivo per le navi a scaricare i loro rifiuti in mare, individuando a tal fine una serie di principi nell'elaborazione e nel funzionamento dei sistemi di recupero dei costi. Tra di essi, va certamente menzionato il principio, in questa sede favorevolmente accolto, della tariffa indiretta, fedelmente recepito dalla direttiva europea, per cui le navi pagano una tariffa indipendentemente dal conferimento dei rifiuti agli impianti portuali di raccolta, che copre *inter alia* i costi amministrativi indiretti e una parte significativa dei costi operativi diretti, che rappresenti almeno il 30% del totale dei costi diretti dell'effettivo conferimento dei rifiuti nell'anno precedente, con la possibilità di tenere conto anche dei costi relativi al volume di traffico previsto per l'anno successivo. In conformità al comma 3 del medesimo articolo, l'eventuale parte dei costi non coperta dalla tariffa indiretta è recuperata in base ai tipi e ai quantitativi di rifiuti effettivamente conferiti dalla nave.

Al di là di simili profili di dettaglio, un aspetto meritevole di particolare trattazione merita quanto disposto dalla lett. c) e dalla lett. d) del comma qui in esame, nella misura in cui interessano la fattispecie dei rifiuti accidentalmente pescati. In particolare, dalla lett. c) risulta che i rifiuti accidentalmente pescati rientrino nel regime riservato ai rifiuti di cui all'allegato V della convenzione MARPOL, diversi dai residui del carico, tale per cui per essi non si impone alcuna tariffa diretta, allo scopo di garantire un diritto di conferimento senza ulteriori oneri basati sul volume dei rifiuti conferiti, eccezion fatta per l'ipotesi in cui il volume superi la massima capacità di stoccaggio dedicata richiamata nel modulo di cui all'allegato 2 del decreto. Nella lettera successiva, viene invece disposto che la raccolta e il trattamento dei rifiuti accidentalmente pescati non comporti l'obbligo di corresponsione della tariffa, prevedendo che i relativi costi possano essere coperti con le entrate generate da sistemi di finanziamento alternativi. Anche in questo caso, dunque, essendo stata la fattispecie dei rifiuti accidentalmente pescati oggetto di uno specifico intervento legislativo successivo, il regime tariffario relativo a tale categoria di rifiuti sarà più compiutamente oggetto di analisi *infra* (par. 9).

8. *Strade alternative alla gestione tradizionale: sottoprodotti ed* end of waste

Le riflessioni svolte nei paragrafi precedenti riguardano sostanzialmente i rifiuti plastici che vengono generati dalle utenze domestiche e che per la maggior parte sono rifiuti di imballaggi. Tuttavia, dal momento che si è scelto di dare conto del percorso elaborato dal legislatore per evitare che il prodotto in plastica si disperda, inquini le componenti ambientali, o comunque non venga riutilizzato

o riciclato, il tutto nell'ottica del principio di prevenzione, si ritiene utile svolgere brevi considerazioni su due soluzioni gestionali "alternative", che però perseguono i medesimi scopi del sistema descritto *supra*.

La prima concerne il cosiddetto sottoprodotto, «una sostanza o un oggetto derivante da un processo di produzione il cui scopo primario non è la produzione di tale sostanza od oggetto»[256]. Guardando all'origine, trattiamo di qualcosa che proviene sostanzialmente dal mondo industriale, dunque esula dallo schema sinora analizzato, imperniato sul consumo e sulle utenze domestiche; guardando alla qualificazione giuridica, si evidenzia che la norma non denomini questo "scarto" come un rifiuto. Difatti, il diritto europeo richiede agli Stati membri di adottare misure appropriate affinché un simile bene non sia mai considerato un rifiuto, purché rispondente a una serie di condizioni e di requisiti "di sicurezza"[257].

Non è questa la sede per esaminare nel dettaglio l'evoluzione, soprattutto giurisprudenziale, della nozione di sottoprodotto[258] e le criticità applicative che la normativa europea e nazionale[259] pongono a discapito della più ampia qualifica-

[256] Art. 5, par. 1, direttiva 2008/98/CE. La definizione è stata recepita in sede nazionale dall'art. 184-*bis*, TUA.

[257] Art. 5, par. 1, direttiva 2008/98/CE. In sintesi, deve essere certo che la sostanza/oggetto possa essere riutilizzata, che possa essere riutilizzata direttamente senza operazioni diverse da quelle industriali ordinarie e in conformità ai requisiti dei prodotti, senza che impatti sulla salute umana e sull'ambiente, e che tale sostanza/oggetto sia parte integrante di un processo di produzione.

[258] Si rinvia ai seguenti contributi dottrinari, che trattano l'argomento: V. Rubino, *Ai confini della nozione di rifiuto: la disciplina dei sottoprodotti dopo la direttiva 2008/98/CE,* in *Studi sull'integrazione europea,* 2013, 393 ss.; A. Pierobon, *Una sintesi sui sottoprodotti (tra normativa ambientale e nuove «tendenze»,* in *lexambiente.it,* 2014; A.R. Di Landro, *Rifiuti, sottoprodotti e «fine del rifiuto» (end of waste): una storia ancora da (ri-)scrivere?,* in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia,* 2014, 913 ss.; V. Paone, *La disciplina penale dei rifiuti, dei sottoprodotti e dell'End of Waste alla luce dell'economia circolare,* in *Lexambiente Rivista trimestrale di diritto penale dell'ambiente,* n. 1/2023, 52 ss.; C. Testa, *Rifiuti. Il sottoprodotto tra disciplina probatoria e l'esigenza di un cambio di prospettiva,* in *lexambiente.it,* 2023.

[259] La direttiva 2008/87/CE attribuisce alla Commissione la possibilità di adottare atti che garantiscano l'uniforme applicazione delle condizioni in presenza delle quali il materiale può essere considerato un sottoprodotto, ma nelle more possono supplire gli Stati a dettarle (cfr. art. 5, parr. 2-3), come ha fatto il Ministero dell'ambiente italiano adottando il decreto 13 ottobre 2016, n. 264. In ogni caso, la Commissione ha fornito le proprie indicazioni interpretative con la COM(2007) 59, precisando quantomeno che, così come il rifiuto viene qualificato sulla base della volontà o dell'obbligo del detentore di disfarsene, *a contrario* un sottoprodotto viene ottenuto involontariamente dal processo di produzione (in questo senso si veda anche il documento *Guidance on the interpretation of key provisions of Directive 2008/98/EC* della Commissione). L'esplicitazione della qualificazione del sottoprodotto si deve però principalmente all'attività interpretativa della Corte di Giustizia, soprattutto a partire dal caso Palin Granit, che già prima della direttiva quadro rifiuti aveva identificato i requisiti essenziali (Corte di Giustizia della Comunità Europea, sentenza 18 aprile 2002, C-9/00, *Palin Granit*). La principale questione giurisprudenziale, anche sul fronte interno, è comunque legata alla nozione di "normale pratica industriale", che ha creato molte criticità applicative. A titolo esemplificativo, la Cassazione penale ha in passato elaborato un orientamento secondo il quale i residui della lavorazione che vengono sottoposti a operazioni di alterazione delle proprie caratteristiche, o di trattamento, sia pure finalizzato a rispettare i requisiti di protezione della salute pubblica e dell'ambiente, non sono qualificabili come sottoprodotti, a meno che tali processi non avvengano all'interno del ciclo produttivo (cfr. Cassazione penale, Sez. III, sentenze 10 maggio 2012, n. 17543 e 28 giugno 2017, n. 53136. Per una critica della prima si consultino: A. Muratori, *Sottoprodotti: la Suprema Corte in difesa del sistema Tolemaico? (nota a Cass. n. 17453/2012),* in *lexambiente.it,* 2012; P. Giam-

zione dei sottoprodotti, che sarebbe auspicabile in funzione dell'economia circolare. Nondimeno, ci si limita a precisare che i sottoprodotti, non essendo rifiuti né il risultato principale e volontario della produzione, possono comunque essere sfruttati, sia in termini commerciali che industriali. Ebbene, la possibile qualificazione come sottoprodotti di taluni scarti della lavorazione della plastica e dei relativi manufatti – si pensi agli sfridi, ai prodotti fallati, o agli scarti derivanti dall'applicazione di materiale plastico – consentirebbe già ai produttori di chiudere il ciclo della loro gestione, prima ancora di innescarlo. Invero, trattandosi dei medesimi materiali impiegati negli stessi cicli produttivi che realizzano i prodotti finiti in plastica, diventa strategico per i produttori decidere a monte del processo produttivo dove destinare tali non-rifiuti, che perciò potranno essere venduti o reimpiegati direttamente in altri cicli produttivi.

Così, l'attuazione delle operazioni più "nobili" della gerarchia dei rifiuti, la prevenzione dell'inquinamento da plastica e il passaggio a un'economia circolare dipendono anche dall'apertura normativa e autorizzativa nei confronti dei sottoprodotti. Invero, questi possono divenire fondamentali per una simbiosi industriale che, facendo leva sul funzionamento del mercato e sulle reti imprenditoriali, consentirebbe il recupero di materie prime, esemplificato dall'impiego dello scarto di un processo come input di un altro processo[260].

Quella tracciata dal sottoprodotto è, come visto, una "strada" che, andando nella direzione opposta a quella del rifiuto, promuove la circolarità del modello economico; ve ne è anche un'altra, che ha sostanzialmente il medesimo approdo, anche se il percorso compiuto è inverso: l'*end of waste*. Invero, se il sottoprodotto è un non-rifiuto destinato a un nuovo utilizzo quale prodotto, l'*end of waste* è a tutti gli effetti un rifiuto che si trasforma in non-rifiuto e troverà nuova utilità quale prodotto. In questo caso, il rifiuto – che potrebbe scaturire anche dal recupero di un mancato sottoprodotto – viene sottoposto a operazioni di recupero, anche parziali, ma cessa di essere tale non tanto per l'output ottenuto, quanto piuttosto per le operazioni a cui è stato sottoposto, che ne consentono il riutilizzo sotto forma di materia prima "secondaria".

---

pietro, *I trattamenti del sottoprodotto e la «normale pratica industriale»,* in *lexambiente.it,* 2013. Nonostante l'approvazione del d.m. n. 264/2016, il quadro normativo è malfermo e non riesce ad avere un'applicazione generale, dunque sarà inevitabile ricorrere ancora all'approccio casistico della giurisprudenza per dirimere le questioni operative, con il rischio però di un rallentamento della transizione a un'economia circolare.

[260] Come di recente osservato dal Consiglio di Stato, il requisito del riutilizzo si configurerebbe anche laddove il produttore dei residui plastici li commercializzasse con una società di intermediazione e non con un'impresa di produzione (Consiglio di Stato, Sez. VII, sentenza 24 febbraio 2022, n. 1336). La sentenza origina dal caso della commercializzazione di sfridi in plastica derivanti dalla lavorazione di poliuretano per scarpe a una società extra-UE: secondo i giudici, una volta dimostrate le caratteristiche dello scarto e la sua idoneità al reimpiego, la classificazione come sottoprodotto è fatta salva, anche se l'acquirente dello stesso non svolge attività produttiva. Il principio va letto anche nell'ottica della creazione di un mercato "secondario" di materie prime che possa incentivare la produzione circolare.

Tuttavia, perché questo accada occorre che la materia ottenuta possa essere utilizzata per scopi specifici, abbia una domanda di mercato, rispetti i requisiti normativi e tecnici per gli utilizzi a cui è destinata e non abbia impatti negativi sulla salute umana e sull'ambiente[261]. Lo schema è quindi simile a quello che conduce alla qualificazione del sottoprodotto, stante la necessaria conformazione ai requisiti generali di garanzia previsti dalla norma e ai criteri tecnici in presenza dei quali poter disporre la cessazione di particolari tipologie di rifiuto[262]. Tuttavia, in assenza di specifici criteri, europei o nazionali, la cessazione non è automatica, ma gli Stati membri possono al più decidere caso per caso, in base a quanto previsto dall'art. 6 della direttiva rifiuti, se quel rifiuto processato abbia le caratteristiche per tornare a essere un prodotto. Per questo, l'attività di recupero deve essere espressamente autorizzata e devono essere dettagliate le attività consentite[263].

Va da sé che, analogamente a quanto evidenziato a proposito dei sottoprodotti, l'incentivo diretto che la cessazione della qualifica di rifiuto produce in favore di modelli circolari dipende dalla razionalizzazione e dall'applicazione delle regole tecniche che possono essere emanate da ciascuno Stato membro. Nell'esperienza italiana, i procedimenti di *end of waste* faticano ad affermarsi proprio a causa dell'eccessiva complicazione del livello normativo e del rigore interpretativo applicato dal legislatore e dal giudice[264]. Applicando quanto si è osservato ai rifiuti plastici, va rilevato che non sono stati ancora emanati criteri specifici *end of waste*, anche se la Commissione ha annunciato un prossimo intervento[265]. Ciò significa che, allo stato, sono le autorità pubbliche a doversi pronunciare even-

[261] Art. 6, direttiva 2008/98/CE e art. 184-*ter*, TUA. Si richiede quindi anzitutto che la materia prima secondaria sia "tracciabile", ossia possa certamente essere impiegata per un utilizzo specifico e che sia sicura. Sul punto, si vedano: D. Röttgen, *Cessazione della qualifica di rifiuto (end of waste),* in F. Giampietro, *La nuova disciplina dei rifiuti,* 2011, Milano, 71 ss.; M. Pinna, *La Corte di giustizia europea sull'"end of waste",* in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente,* 2013, 589 ss.; A. Borzì, *Rifiuto: definizione e classificazione*, cit.; G. Barozzi Reggiani, *Ambiente, rifiuti, principio di legalità: obiettivo "End of Waste",* in *federalismi.it,* n. 4/2018, 23 ss.; D. Iacovelli, *Dal rifiuto all'"End of Waste",* in *Il diritto dell'economia*, n. 1/2019, 193 ss.; P. Verri, *Il regime autorizzatorio "end of waste", tra dato normativo e legittime tensioni verso la "circular economy",* in *Rivista giuridica dell'ambiente,* 2019, n. 1, 171 ss.; F. de Leonardis, *I rifiuti,* cit., 330 ss.; A. Bartolini, *Innovazione e diritto ambientale: il caso dell'"End of Waste (EoW)",* in *Il diritto dell'economia,* n. speciale, 2023, 27 ss.

[262] Criteri tecnici che sono stati elaborati a livello europeo (Regolamento UE n. 333/2011 sui rifiuti in ferro, acciaio e alluminio, Regolamento 715/2013 sui rottami di rame, Regolamento UE n. 1179/2012 sui rifiuti in vetro e Regolamento UE n. 715/2013 sui rottami di rame) e nazionale, mediante l'adozione di decreti ministeriali *ad hoc* (DM 22/2013 sui combustibili solidi secondari, DM 69/2018 sui conglomerati bituminosi, DM 62/2019 sui prodotti assorbenti per la persona, DM 78/2020 sulla gomma vulcanizzata da pneumatici fuori uso, DM 188/2020 sulla carta e cartone e DM 152/2022 sui rifiuti inerti da costruzione e demolizione.

[263] La facoltà è riconosciuta dall'art. 6, par. 4 della direttiva, mentre il comma 3 dell'art. 184-*ter*, TUA, prevede l'autorizzazione rilasciata dalle autorità competenti (*ex* artt. 208 e ss.), previo parere obbligatorio e vincolante dell'ISPRA o dell'ARPA.

[264] D. Iacovelli, *Rifiuti e mercato,* cit., 86-87.

[265] Nel comunicato del 5 aprile 2022 si annunciano criteri *end-of-waste* per il PET, il polietilene a bassa e alta densità, il plasmix, e il polipropilene.

tualmente sulla possibilità di interrompere la gestione ordinaria delle plastiche riconoscendone una "seconda vita".

È per tali ragioni che si è reputato opportuno dare conto dell'esistenza di ulteriori e potenzialmente efficaci soluzioni di gestione dei prodotti in plastica, che intervengono in luoghi tradizionalmente diversi (gli stabilimenti produttivi, nel caso dei sottoprodotti, gli impianti industriali di recupero, nel caso dell'*end of waste*), e in fasi temporalmente diverse (prima ancora che diventino rifiuti, o dopo aver subito dei processi anche iniziali di recupero).

9. *Il regime giuridico dei rifiuti in plastica dispersi nell'ambiente marino*

A seguito di un lungo e complesso iter legislativo, successivamente al recepimento della direttiva 2019/883/UE, è stata approvata la legge 17 maggio 2022, n. 60, c.d. "legge salvamare", contenente disposizioni per il recupero di rifiuti in mare e nelle acque interne e per la promozione dell'economia circolare, parzialmente sovrapposte al contenuto di talune disposizioni della richiamata direttiva e del relativo recepimento, come anticipato. In particolare, l'obiettivo perseguito dalla legge, in conformità all'art. 1, comma 1, della medesima, è di contribuire al risanamento dell'ecosistema marino e di promuovere l'economia circolare, nonché di sensibilizzare la collettività alla diffusione di virtuosi modelli comportamentali volti a prevenire l'abbandono dei rifiuti in mare, nei laghi, nei fiumi e nelle lagune e ad una corretta gestione dei rifiuti medesimi.

Con tale provvedimento legislativo viene in primo luogo modificata e ampliata la fattispecie dei rifiuti accidentalmente pescati introdotta con la direttiva 2019/883/UE, qualificando gli stessi come rifiuti raccolti in mare, nei laghi, nei fiumi e nelle lagune dalle reti durante le operazioni di pesca e quelli raccolti occasionalmente in mare, nei laghi, nei fiumi e nelle lagune con qualunque mezzo. Rispetto alla fattispecie *supra* richiamata, pertanto, vengono in primo luogo espressamente richiamate le ulteriori dimensioni spaziali diverse da quella marina, il cui riferimento rimaneva diversamente implicito nella direttiva. Inoltre, rispetto alla fattispecie comunitaria, il rifiuto accidentalmente pescato non viene identificato nei soli rifiuti pescati con le reti durante le operazioni di pesca, ma anche nei rifiuti raccolti occasionalmente con qualsiasi mezzo.

Sul punto occorre tuttavia precisare che è nuovamente intervenuto il legislatore delegato con il d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 213. Ai sensi dell'art. 1, comma 5, lett. d), di tale decreto legislativo, è stata inserita la qualificazione di "rifiuti accidentalmente pescati" nel novero delle definizioni di cui all'art. 183, comma 1, del TUA, utilizzando la definizione impiegata dal legislatore europeo di cui all'art. 2,

p. 4), della direttiva 2019/883/UE, intendendo gli stessi come rifiuti raccolti dalle reti durante le operazioni di pesca. Verrebbe da chiedersi allora se l'estensione della fattispecie ad opera della "legge salvamare" sia da considerarsi tacitamente o implicitamente abrogata, non essendo stata abrogata espressamente la precedente norma definitoria. Certamente non può ritenersi che il legislatore delegato, con il d.lgs. n. 213/2022, abbia provveduto a regolare integralmente la materia precedentemente disciplinata dalla c.d. "legge salvamare", a tal punto che verrebbe da escludere che si tratti di un'abrogazione implicita. Rispetto alla configurabilità di tale ipotesi come abrogazione tacita, occorre fare talune precisazioni rispetto all'effettiva incompatibilità tra le medesime norme. Può, con sufficiente sicurezza, pervenirsi in primo luogo alla conclusione che la precisazione delle ulteriori dimensioni spaziali diverse da quella marina contenuta nella definizione della c.d. "legge salvamare" non sia incompatibile con la nuova definizione riproduttiva del dettato europeo dal momento che, come precisato *supra*, si tratterebbe di un riferimento che in quest'ultimo rimaneva implicito. Pertanto, a tale estensione si sarebbe potuti giungere per via interpretativa. A diversa conclusione si deve pervenire per quanto riguarda il riferimento all'occasionalità della raccolta di tali rifiuti e all'atipicità dei mezzi di raccolta («e quelli raccolti occasionalmente […] con qualunque mezzo»). Invero, in questo caso, nella re-introdotta definizione europea il mezzo e la circostanza della raccolta rimangono tipizzati, facendo esplicito ed esclusivo riferimento a rifiuti raccolti dalle reti durante le operazioni di pesca.

Al fianco dei rifiuti accidentalmente pescati, il legislatore ha altresì introdotto un'ulteriore fattispecie, non prevista, come visto, dalla legislazione euro unitaria e dal relativo recepimento, ovverosia quella dei rifiuti volontariamente raccolti. Si tratta di rifiuti raccolti mediante sistemi di cattura che non interferiscano con le funzioni eco-sistemiche dei corpi idrici nel corso di campagne di pulizia del mare, dei laghi, dei fiumi e delle lagune, così come disciplinate dall'art. 3 della legge medesima. In particolare, tali campagne di pulizia possono risultare dall'iniziativa dell'autorità competente, ossia il Comune, ovvero a seguito di un'istanza presentata alla medesima autorità dal soggetto promotore della campagna[266], secondo le modalità da definirsi con apposito decreto interministeriale[267]. Nelle more dell'approvazione di quest'ultima, il provvedimento legislativo ha previsto un meccanismo di liberalizzazione tale per cui l'attività oggetto dell'istanza può

[266] I soggetti promotori delle campagne di pulizia sono espressamente individuati nel comma 3 dell'art. 3 della legge n. 60/2022, con un elenco che risulta essere tassativo.

[267] Ai sensi dell'art. 3, comma 1, le modalità sono definite tramite apposito decreto del Ministro della transizione ecologica di concerto con il Ministro delle politiche agricole, alimentari e forestali, da adottare previo parere della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano. Nonostante il provvedimento legislativo avesse fissato un termine entro il quale emanare il medesimo pari a 6 mesi, ancora non è stato adottato.

essere iniziata trascorsi trenta giorni dalla relativa data di presentazione, fatta salva la possibilità per l'autorità competente di adottare motivati provvedimenti di divieto dell'inizio o della prosecuzione dell'attività medesima, ovvero prescrizioni concernenti i soggetti abilitati a partecipare alle campagne di pulizia, le aree interessate e le modalità di raccolta dei rifiuti.

Complessivamente, le disposizioni concernenti le campagne di pulizia non sono state esenti da rilievi critici, intorno alle quali si intende condividere alcune riflessioni[268]. In specie, dall'attento esame di tali disposizioni, si evince che permarrebbe in capo all'autorità locale un inesauribile potere idoneo ad interrompere l'attività oggetto della campagna di pulizia a seguito dell'avvio della medesima. Così come configurato, pertanto, con tale *iter* procedimentale, pur nella relativa necessarietà al fine di assicurare in particolare che l'attività di pulizia non interferisca con le funzioni eco-sistemiche, risulterebbero eccessivamente sacrificate le garanzie nei confronti dei promotori delle campagne che avessero già mobilitato risorse umane e materiali al fine effettuare operazioni di pulizia in oggetto.

Coerentemente con quanto statuito nel d.lgs. n. 197/2021, i rifiuti accidentalmente pescati e i rifiuti volontariamente raccolti vengono qualificati come rifiuti urbani di cui all'art. 183, comma 2, lett. b-*ter*) d.lgs. n. 152/2006. La decisione è apparsa coerente non solo con il richiamato decreto legislativo, ma anche, nell'ottica di semplificazione e de-burocratizzazione, con la volontà di inserire tale categoria di rifiuti in un regime dalla minor complessità. Difatti, come osservato, differenti qualificazioni, come l'ipotetica identificazione di tali rifiuti come speciali, avrebbero complicato gli oneri amministrativi relativi alla raccolta, trasporto e smaltimento[269]. Rispetto a ciò, tuttavia, non si ritiene di condividere la tesi del carattere superfluo di tale qualificazione, giustificato dalla possibilità di pervenire al medesimo risultato tramite una lettura estensiva delle disposizioni di cui all'art. 183, comma 1, lett. b-*ter*), punto 4), d.lgs. n. 152/2006. La norma, difatti, qualifica come rifiuti urbani «i rifiuti di qualunque natura o provenienza, giacenti sulle strade ed aree pubbliche o sulle strade ed aree private comunque soggette ad uso pubblico o sulle spiagge marittime e lacuali e sulle rive dei corsi d'acqua». A partire da tale puntuale delimitazione spaziale circa il luogo della giacenza dei rifiuti, la fattispecie da ciò derivante risulta pertanto ben più ristretta rispetto a quella dei rifiuti accidentalmente pescati e quella dei rifiuti volontariamente raccolti[270].

---

[268] Cfr. le osservazioni critiche nei confronti di tale 'iter burocratico' condivise da G. Amendola, *Primi appunti su una legge che salva poco il mare*, in *lexambiente.it*, 21 giugno 2022.

[269] A. Rallo, *La Legge cd. "Salvamare" e l'inciampo della clausola di invarianza finanziaria,* in *Annali del Dipartimento Giuridico dell'Università degli Studi del Molise,* Vol. XXIII, 2022, 68-69

[270] Tuttavia, può condividersi quanto ritenuto da I. Tani, *La legge SalvaMare: una disciplina per il recupero dei rifiuti in mare e nelle acque interne tra dubbie premesse e vecchi propositi*, in *Rivista giuridica dell'ambiente,* n. 2/2022, 582-583, che osserva che presumibilmente sul piano del drafting, a livello sistematico, si sarebbe anche potuto emendare direttamente tale norma piuttosto che aggiungere un apposito punto n. 6-*bis*.

Relativamente alle modalità di gestione dei rifiuti accidentalmente pescati, la norma esclude l'obbligo di iscrizione all'Albo nazionale gestori ambientali per le attività a ciò inerenti[271], prevedendo in ogni caso diverse fattispecie aventi *itinera* procedimentali parzialmente differenti. Nella fattispecie generale, il comandante della nave o il conducente del natante che approdi in un porto conferisce i rifiuti accidentalmente pescati in mare all'impianto portuale di raccolta. Nell'ipotesi in cui l'imbarcazione ormeggi in aree non comprese nella competenza territoriale di un'Autorità di sistema portuale, i comuni territorialmente competenti dispongono che tali rifiuti siano conferiti in apposite strutture di raccolta, anche temporanee, allestite in prossimità degli ormeggi[272]. Diversamente, ai sensi del comma 4, del medesimo articolo, il Comandante della nave o il conducente del natante che approdi in un piccolo porto non commerciale, caratterizzato soltanto da un traffico sporadico o scarso di imbarcazioni da diporto, conferisce tali rifiuti agli impianti portuali di raccolta integrati nel sistema comunale di gestione dei rifiuti.

Indipendentemente dal punto di approdo, in conformità all'art. 2, comma 5, l. n. 60/2022, il conferimento di tali rifiuti all'impianto portuale di raccolta, previa pesatura degli stessi all'atto del conferimento, è gratuito. La norma si inserisce, come visto *supra*, nell'ambito di un disordine normativo dal quale emerge una complessità interpretativa di non poco rilievo. In particolare, il d.lgs. n. 197/2021, da un lato riconduce i rifiuti accidentalmente pescati al regime dei rifiuti per i quali sussiste un diritto di gratuito conferimento, eccezion fatta per l'ipotesi in cui il volume superi la massima capacità di stoccaggio (art. 8, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 197/2021), dall'altro viene disposto che la raccolta e il trattamento dei rifiuti accidentalmente pescati non comporta l'obbligo di corresponsione di tariffe (art. 8, comma 2, lett. d), d.lgs. n. 197/2021). La norma *de quo* se da un lato si riferisce al conferimento, dall'altro richiama espressamente la norma di cui all'art. 8, comma 2, lett. d), d.lgs. n. 197/2021, che si riferisce alla raccolta e al trattamento.

Ai fini dell'interpretazione delle norme, occorre in primo luogo chiarire che il conferimento dei rifiuti accidentalmente pescati viene qualificato come deposito temporaneo prima della raccolta di cui all'articolo 183, comma 1, lettera bb), d.lgs. n. 152/2006. Dall'insieme di tali disposizioni risulta allora che per i rifiuti accidentalmente pescati si applicherebbe un regime tale per cui non solo è riconosciuto un diritto al conferimento gratuito, che viene configurato come deposito temporaneo, ma anche un'esenzione dal pagamento degli oneri relativi alla

[271] Art. 2, comma 2, l. n. 60/2022.

[272] Le due ipotesi richiamate sono disciplinate dall'art. 2, comma 3, l. n. 60/2022.

raccolta, cui comunque il conferimento sarebbe riconducibile[273], e al trattamento dei medesimi rifiuti.

Due sono le questioni interpretative che rimangono tuttavia aperte. In primo luogo, in assenza di puntuali previsioni normative, dalla composizione normativa così risultante sembrerebbe che, relativamente alla gestione dei rifiuti, se a non comportare l'obbligo della corresponsione della tariffa sono la raccolta e il trattamento, verrebbe da chiedersi se, diversamente, seguendo le fasi della gestione dei rifiuti, nel silenzio della norma, tale esenzione non trovi altresì applicazione con riferimento al trasporto dei rifiuti medesimi.

Piuttosto, la legge n. 60/2022 ha previsto l'individuazione di misure premiali nei confronti del comandante del peschereccio soggetto al rispetto degli obblighi di conferimento richiamati, che non pregiudichino la tutela dell'ecosistema marino e il rispetto delle norme sulla sicurezza. Tali misure, che comunque non possono consistere in provvidenze economiche, sono state individuate con decreto del Ministro delle politiche agricole alimentari e forestali dell'11 maggio 2023, adottato di concerto con il Ministro della transizione ecologica[274].

Come visto, relativamente ai sistemi di recupero dei costi, rispetto ai rifiuti accidentalmente pescati, la direttiva 2019/883/UE disponeva che i costi della raccolta e del trattamento dei rifiuti potessero essere coperti con le entrate generate tramite sistemi di finanziamento alternativi, compresi sistemi di gestione di rifiuti e finanziamenti unionali, nazionali o regionali. Nel quadro di simili limiti, così come ribaditi nel recepimento, con il provvedimento legislativo qui in esame, il legislatore ha dunque impostato il sistema di recupero dei costi di gestione con l'intento di distribuire i relativi oneri sull'intera collettività nazionale. A tal fine, ai sensi dell'art. 2, comma 7, della legge, i costi *de quo* sono coperti con una

[273] Ciò in quanto il conferimento è qualificato come deposito temporaneo che è ricompreso nella raccolta, ai sensi dell'art. 183, comma 1, lett. o), d.lgs. n. 152/2006.

[274] Cfr. art. 2, comma 9, l. n. 60/2022. In conformità alle previsioni del decreto attuativo, al comandante del peschereccio che, approdando in un porto del territorio nazionale, conferisca, previa pesatura e gratuitamente, i rifiuti accidentalmente pescati in mare all'impianto portuale di raccolta, è riconosciuta, previa istanza dell'interessato, una priorità nell'accesso ai bandi e ai benefici di cui al fondo FEAMPA 2021-2027, disciplinato dai regolamenti (UE) 1060/2021 e dal regolamento (UE) 1139/2021. Ad ogni modo, rispetto a tali previsioni, non si comprende per quale ragione il legislatore abbia identificato i possibili beneficiari di tali misure nei soli comandanti dei pescherecci, quando gli obblighi di conferimento cui si riferiscono le disposizioni di cui all'art. 2 gravano sul comandante della nave o il conducente del natante e, dunque, il riferimento è ad una fattispecie di imbarcazioni più ampia, ai sensi dall'art. 1, comma 2, lett. h), l. n. 60/2022. Difatti, in conformità a tale norma, per «nave» si intende «un'imbarcazione di qualsiasi tipo destinata al trasporto per acqua, compresi i pescherecci, le imbarcazioni da diporto, gli aliscafi, i veicoli a cuscino d'aria, i sommergibili e le imbarcazioni galleggianti». Peraltro, nella definizione di «rifiuti accidentalmente pescati» proposta nella l. n. 60/2022 sono inclusi non solo i rifiuti raccolti in mare, nei laghi, nei fiumi e nelle lagune dalle reti durante le operazioni di pesca, ma anche quelli raccolti occasionalmente in mare, nei laghi, nei fiumi e nelle lagune con qualunque mezzo. Può comunque con ogni probabilità ritenersi che siano i pescherecci la tipologia di imbarcazione che maggiormente si confronterà con siffatta attività di conferimento di rifiuti accidentalmente pescati, sia in termini di frequenza dell'attività che di mole di rifiuti.

specifica componente che va ad integrare la tassa sui rifiuti (TARI) di cui all'art. 1, comma 639, della legge 27 dicembre 2013, n. 147, ovvero, in alternativa, la tariffa di cui al comma 668 del medesimo articolo. Rispetto ad una categoria di rifiuti che vengono rinvenuti nell'ambiente e con riferimento ai quali non possono trovare applicazione gli ordinari profili psicologici e spaziali relativi alla produzione dei medesimi, è apparsa una scelta condivisibile la distribuzione dei costi sull'intera collettività nazionale, configurando così la gestione degli stessi come un dovere condiviso. Relativamente ai rifiuti volontariamente raccolti, l'esplicito rinvio all'art. 2, per opera del comma 4 dell'art. 3, fa intendere che con riferimento ai sistemi di recupero dei costi trovino applicazione le medesime disposizioni.

In ogni caso, sulla base di tali previsioni, ARERA ha adottato la delibera 3 agosto 2023 386/2023/R/rif, introducendo il meccanismo perequativo per la gestione dei rifiuti qui di interesse con la previsione di una componente unitaria da applicare a tutte le utenze del servizio di gestione dei rifiuti urbani. Tale componente sarebbe dunque preposta alla copertura dei costi di gestione dei rifiuti accidentalmente pescati e dei rifiuti volontariamente raccolti. Rispetto al nodo interpretativo *supra* condiviso, un'esegesi della norma che tenga conto dell'accezione di gestione dei rifiuti condivisa a livello europeo e recepita a livello nazionale[275], nell'ambito della quale confluirebbero unitariamente la raccolta, il trasporto e il trattamento, porterebbe pertanto ad escludere che la copertura dei costi di gestione *de quo* si riferisca esclusivamente alla raccolta e al trattamento.

Ulteriori previsioni meritevoli di particolare menzione sono le disposizioni contenute nell'art. 14 della legge, visto il relativo rilievo di carattere organizzativo. In particolare, in conformità a tali disposizioni, è stato istituto, presso il Ministero della transizione ecologica, il Tavolo interministeriale di consultazione permanente, al fine di coordinare l'azione di contrasto dell'inquinamento marino, anche dovuto alle plastiche, di ottimizzare l'azione dei pescatori per le finalità della legge e di monitorare l'andamento del recupero dei rifiuti conseguente all'attuazione della legge. Ai sensi del comma 2 dell'articolo in esame, il Tavolo, presieduto dal Ministro o da un suo delegato, si riunisce almeno due volte all'anno ed è composto da una pluralità di attori istituzionali in rappresentanza di Ministeri e di ulteriori enti pubblici, anche territoriali, con la possibilità di estendere la composizione ad ogni altro soggetto ritenuto utile alla piena rappresentanza degli interessi.

Per la prospettiva di analisi del tema qui condivisa e per lo specifico materiale che in questa sede si approfondisce, appaiono di particolare interesse altresì le disposizioni contenute nell'art. 4 e nell'art. 6 della legge. La norma di cui all'art. 4,

[275] Cfr. la definizione di «gestione dei rifiuti» di cui all'art. 3, punto n. 9), della direttiva 2008/98/CE e l'art. 183, comma 1, lett. n), del TUA.

difatti, sembra dimostrare che il legislatore abbia inteso offrire una soluzione alla dispersione dei prodotti in plastica coerente con il paradigma con dell'economia circolare. In particolare, al fine di promuovere il riciclaggio della plastica e di altri materiali non compatibili con l'ecosistema marino e delle acque interne, la norma demandava al Ministro della transizione ecologica l'adozione, entro sei mesi dall'entrata in vigore della legge, di un decreto che stabilisse i criteri e le modalità con cui i rifiuti accidentalmente pescati e i rifiuti volontariamente raccolti cessino di essere qualificati come rifiuti. Il decreto, tuttavia, non è stato sinora adottato.

L'art. 6, invece, dispone l'obbligo per le Autorità di bacino distrettuali di introdurre, nei propri atti di pianificazione, misure sperimentali nei corsi d'acqua dirette alla cattura dei rifiuti galleggianti, compatibilmente con le esigenze idrauliche e di tutela degli ecosistemi. In relazione a ciò, entro il 31 marzo 2022, il Ministero della transizione ecologica avrebbe dovuto avviare un programma sperimentale triennale di recupero delle plastiche nei fiumi maggiormente interessati da tale forma di inquinamento, autorizzando una spesa di 2 milioni di euro per ciascuna delle annualità. Anche in questo caso, tuttavia, non risulta che tale programma sia stato avviato.

Al di là di questi aspetti di nostro interesse, nel giudizio complessivo sulla norma sono emersi dei dubbi circa l'effettiva utilità del provvedimento rispetto al proposito per il quale lo stesso prendeva forma, ossia la volontà di superare i profili sanzionatori relativi alla raccolta accidentale, che, in assenza della norma, sarebbe continuata a ricadere nella fattispecie della gestione illecita dei rifiuti di cui all'art. 256 d.lgs. n. 152/2006[276]. Difatti, intorno a tale specifico punto, è stato piuttosto ritenuto che la raccolta accidentale di rifiuti dal mare, ovvero la raccolta programmata, e il relativo trasporto non potessero essere riconducibili alla fattispecie della gestione non autorizzata di rifiuti, coerentemente con la giurisprudenza della Corte di cassazione richiamata nell'ultimo contributo citato, che più volte ha escluso che la condotta assolutamente occasionale potesse coincidere con quel complesso di azioni cui si riferisce la norma, dato il tenore della fattispecie penale. Piuttosto, è stato evidenziato come l'ordinamento punisca, con sanzione amministrativa, l'ipotesi contraria in cui il pescatore rigetti in mare i rifiuti, secondo le disposizioni di cui all'art. 192, comma 3, d.lgs. n. 152/2006[277].

[276] Così G. Amendola, *Primi appunti su una legge che salva poco il mare,* cit., nel richiamare l'intervento del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, in quel momento in carica, in occasione dell'audizione dinanzi alla Commissione ecomafia del 31 gennaio 2019.

[277] Così ancora G. Amendola, *Primi appunti su una legge che salva poco il mare,* cit. In tal senso anche I. Tani, *La legge SalvaMare: una disciplina per il recupero dei rifiuti in mare e nelle acque interne tra dubbie premesse e vecchi propositi*, cit., 585 ss., che, tuttavia, osserva, in modo condivisibile, che la presenza di tale norma non osta ai pescatori a rigettare in mare i rifiuti accidentalmente pescati, considerato l'importo contenuto delle sanzioni medesime e le difficoltà associate all'accertabilità di simili condotte.

A ben osservare, tuttavia, si tratta di un punto di arrivo che in questa sede non si condivide. Indipendentemente dai rilievi circa l'applicabilità della norma penale alle fattispecie qui di interesse, si ritiene piuttosto che l'intervento del legislatore abbia positivamente contribuito alla predisposizione di una più rassicurante cornice normativa di maggiore chiarezza. Rispetto ad un disincentivante quadro normativo silente in materia e ad una connessa incertezza circa le conseguenze giuridiche di una solidale azione finalizzata ad un comune interesse al risanamento di ecosistemi inquinati, la puntuale definizione, da parte dei pubblici poteri, dei regimi di responsabilità e degli aspetti procedimentali appariva piuttosto un intervento non più procrastinabile. Ciò non significa che, in ogni caso, il provvedimento sia esente da rilievi critici, tra cui, come messo in luce nel corso della trattazione, l'eccessivo rinvio a decreti attuativi necessari per rendere operativa la legge, che ancora non sono stati adottati[278], oltre all'inserimento della clausola di invarianza finanziaria[279], che non potrà non incidere negativamente sulla piena realizzazione di alcune delle attività previste, come le campagne di sensibilizzazione e le attività di educazione ambientale sul tema nelle scuole, di cui rispettivamente agli art. 8 e 9.

10. *Conclusioni*

Al termine del percorso di ricerca qui tracciato, si ritiene doveroso condividere alcune riflessioni conclusive di ampio respiro rispetto al quadro normativo in materia di plastica esaminato, nonché rispetto al quesito di ricerca formulato in sede di considerazioni preliminari, vale a dire se vi sia una rispondenza tra le norme esaminate e il modello di economia circolare verso il quale l'Unione Europea intende procedere.

Sul punto, occorre prendere le mosse da quello che, a opinione di chi scrive, può essere considerato come un segno di discontinuità, una forma di intensificazione, o un vero e proprio passo in avanti, riscontrabile a livello sovranazionale, a proposito delle politiche normative in materia di plastica. Questa "tendenza" si registra già in sede di individuazione delle fonti del diritto, ma coinvolge soprattutto aspetti sostanziali, quali l'uniforme applicazione delle misure relative ai prodotti in plastica e la necessità di fornire non più disposizioni quadro, ma prescrizioni di dettaglio.

Mettendo da parte gli atti di programmazione e di esecuzione adottati in materia, le norme che sono state oggetto di analisi nel presente lavoro trovano collocazione all'interno di direttive. Non è certamente questa la sede per ram-

[278] Su ciò cfr. G. Amendola, *Che fine ha fatto la legge salvamare?*, in *Osservatorio sulla criminalità nell'agricoltura e sul sistema agroalimentare - Saggi e approfondimenti*.

[279] Art. 16, l. n. 60/2022.

mentare quale sia l'efficacia giuridica di questa fonte che, tra le fonti tipiche del diritto europeo, è quella che richiede agli Stati membri lo "sforzo" attivo maggiore. Invero, a ogni direttiva consegue, di norma, un procedimento interno di recepimento, o di "adattamento" della stessa nell'ordinamento nazionale, nel quale può anche innestarsi, sia pure entro certi limiti, un procedimento di ulteriore raffinamento del testo base, per renderlo coerente con l'indirizzo politico nazionale.

Sebbene il quadro normativo sulla plastica, o meglio sulla gestione dei prodotti in plastica, dalla produzione al post consumo, abbia un'evidente connotazione sovranazionale, la declinazione concreta delle norme e, soprattutto, l'attuazione delle stesse sono state rimesse alla discrezionalità degli Stati. Non si tratta di una scelta scontata: le istituzioni europee avrebbero ben potuto agire sin dall'inizio attraverso regolamenti, sia per uniformare la disciplina in tutta l'Unione che per dettagliare le prescrizioni per ciascun operatore, scongiurando *ex ante* anche possibili squilibri concorrenziali all'interno del mercato unico.

In realtà, la tecnica normativa utilizzata in materia ha risposto prevalentemente a un'altra esigenza, non necessariamente confliggente con la tutela dell'ambiente: dare impulso a un'azione europea in campo ambientale che non fosse indifferente rispetto alla diversità delle esperienze nazionali. Si pensi, con riferimento alla plastica, alle differenze tra Stati membri in termini di attività manifatturiere e di infrastrutture preposte al recupero e riciclo del materiale. Così, ricorrendo a un altro esempio, non deve stupire che il legislatore abbia fissato requisiti minimi di garanzia che i regimi di responsabilità estesa del produttore devono assicurare in tutta l'Unione, lasciando poi in concreto alle autorità nazionali competenti il compito di plasmare come più opportuno i sistemi EPR.

Gli indubbi vantaggi di questa scelta, anzitutto di tecnica normativa, vanno commisurati con i rischi, tra i quali si annoverano: la possibile frammentazione delle regole applicabili e, quindi, del mercato unico; la differenziazione delle performance ambientali di ciascuno Stato; i conflitti interpretativi tra norme di ordinamenti diversi; le procedure di infrazione; l'elusione degli obblighi ambientali attraverso l'applicazione del principio rovesciato del "pago per poter inquinare".

Tenuto conto di ciò, si ritiene comunque poco proficuo far derivare dalla scelta delle fonti tipiche del diritto l'insufficienza dei risultati ambientali sinora raccolti in termini di contrasto dell'inquinamento da plastica, prevenzione della formazione dei rifiuti in plastica e riduzione del prelievo delle risorse vergini per la manifattura dei prodotti. Ciononostante, ai fini del discorso in esame non si può non dare conto del fatto che le più recenti mosse del legislatore europeo rappresentano un segno di una discontinuità rispetto al passato, che si manifesta anche sotto forma di un diverso utilizzo delle fonti del diritto in materia ambientale.

In questo senso, un primo segnale può essere colto, come evidenziato nel corpo della trattazione, sin dall'approvazione della direttiva SUP, che nonostante mantenga la forma della direttiva e al netto di alcune lacune[280], contiene disposizioni *self-executing* che non lasciano spazio all'interpretazione o all'azione di recepimento da parte dello Stato. Ciò accade almeno con riferimento alle misure di divieto dell'art. 5, con quelle di sensibilizzazione dell'art. 7 e con quelle di progettazione dell'art. 9.

A ulteriore conferma di questa tendenza si pone poi la menzionata proposta di regolamento sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio. Si tratta di un testo che, per quanto ancora sottoposto al vaglio del co-legislatore europeo, sembra celare, al di là della diversa forma regolamentare, l'intenzione programmatica di approdare a forme di azione ambientale più intense. Si consideri, infatti, che la proposta, analogamente a quanto già dispone la direttiva SUP, ma con riferimento ai soli imballaggi, contiene norme che prescrivono *quali* imballaggi produrre, *come* produrli, *come* metterli a disposizione del consumatore e *come* gestirli a fine vita, nonché misure che stabiliscono *quali* attività i regimi di responsabilità estesa del produttore devono compiere.

Appare evidente, quindi, il cambio di passo rispetto al passato: oggetto dell'intervento normativo non sembra più essere il rifiuto in plastica né, per così dire, il prodotto di plastica da valorizzare a fine vita, bensì l'attività produttiva, che deve conformarsi ai requisiti e agli obiettivi ambientali. Costituiscono corollari di questo postulato l'estensione della responsabilità del produttore, con un maggiore coinvolgimento anche delle reti di vendita[281], l'evoluzione dei relativi schemi EPR, che si troveranno a dover gestire anche e soprattutto imballaggi riutilizzabili[282] e l'istituzione di nuovi sistemi di gestione, come nel caso del deposito su cauzione[283]. In sostanza, l'azione ambientale di stampo europeo sembrerebbe aver intrapreso un percorso di rafforzamento attraverso un'ulteriore affermazione della prevalenza e della specialità del diritto sovranazionale.

Va aggiunto che gli elementi poc'anzi isolati non costituiscono una peculiarità confinabile nella disciplina dei prodotti di plastica o degli imballaggi, ma si inscrivono nella più ampia azione in materia ambientale che le istituzioni europee hanno avviato all'indomani del varo del programma "Un Green Deal europeo"[284]. Difatti, questo programma, che ha nel raggiungimento della neutra-

[280] Si pensi al caso della mancata individuazione dei requisiti tecnici di riutilizzabilità, che di fatto consente la commercializzazione di prodotti analoghi a quelli vietati dall'art. 5, ma certificati dal produttore come "riutilizzabili".

[281] Si pensi già solo alla necessità di riprogettare la logistica e gli esercizi commerciali, per consentire la "ricarica" degli imballaggi nei punti vendita.

[282] L'ascesa nella gerarchia dei rifiuti impone che la maggior parte degli imballaggi sia anzitutto riutilizzabile, dunque il compito principale dei sistemi EPR diventa quello di consentire il riutilizzo o, in seconda battuta, riciclare il prodotto che non è più utilizzabile.

[283] Nella proposta di regolamento l'istituzione di sistemi di deposito su cauzione è prevista come obbligatoria per talune tipologie di imballaggio, come le bottiglie per bevande (art. 44).

[284] Comunicazione della Commissione COM(2019) 640 finale.

lità climatica dell'Unione al 2050 uno degli obiettivi fondamentali, ha innescato cambiamenti significativi non solo con riferimento alla materia ambientale, tanto che parte della dottrina sostiene che siano ormai maturi i tempi per una revisione dei Trattati dell'Unione[285].

Facendo un passo indietro e mettendo nuovamente sotto la lente la questione ambientale relativa alla plastica, va quindi sottolineato che il quadro normativo europeo, sistematizzato nel presente lavoro, non può che essere parziale, non nella ricognizione effettuata, ma nella sua evoluzione in atto, anche alla luce del fatto che le performance ambientali sin qui registrate non sono state lusinghiere e che quindi si richiede un'ulteriore implementazione di norme. Allo stesso tempo, la sistematizzazione condotta, unita alla registrata tendenza di anticipazione progressiva della soglia d'intervento della norma, fa emergere un elemento potenzialmente innovativo. Invero, si nota che la norma ambientale si riserva a monte di dettare le regole di conformazione, in questo caso ambientale, delle attività produttive, non più limitandosi a determinare le regole generali di gestione del fine vita di manufatti già prodotti[286]. Ebbene, si tratta di un'evidenza significativa non solo in termini di evoluzione della politica normativa dell'Unione in materia ambientale, giacché non è escluso che questo stesso schema possa essere replicato in altri settori e per altre finalità.

A questo primo ordine di riflessioni, che hanno il loro baricentro sulle fonti giuridiche passate in rassegna e sulle tecniche normative, se ne lega un secondo, che attiene più specificamente all'economia circolare. Come intuibile, infatti, l'economia circolare non costituisce solo un obiettivo, un modello economico, o un paradigma di sviluppo, ma diviene anche un principio, un parametro, o un "valore" rispetto al quale ponderare la coerenza delle norme giuridiche all'uopo previste e sottoposte a commento. Inoltre, la transizione verso un'economia circolare costituisce una delle ragioni "di sistema" che stanno dietro le più recenti tendenze normative poc'anzi menzionate, soprattutto se si guarda in modo isolato a elementi strategici quali l'eco-progettazione, la durabilità e la riparabilità dei prodotti e la creazione di ecosistemi industriali chiusi.

Nel rammentare che l'economia circolare può essere sezionata in due "anime", quella riparativa, che attraverso la biomimesi cerca di rendere circolari le attività produttive e quella rigenerativa, che si propone di chiudere i flussi circolari all'interno della biosfera per il miglioramento della qualità dell'ambiente, si anticipa che le misure di cui si è dato conto nel corso della trattazione afferiscono quasi esclusivamente alla prima dimensione.

---

[285] E. Chiti, *Introduction to the Symposium: Managing the Ecological Transition of the European Union,* in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente,* 2021, n. 1, 9 ss.; E. Chiti, In motu. *L'Unione europea e la trasformazione della costruzione giuridica della sostenibilità*, in Aidambiente, *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente. Atti del convegno 28 gennaio 2022,* Napoli, 2022, 183 ss.; F. de Leonardis, *Sustainable production as a driver for rewriting European Treaties,* in *Il diritto dell'economia*, 2023, n. 1, I ss.

[286] In questo senso, si veda F. de Leonardis, *Lo Stato ecologico,* cit., 245 ss.

Scendendo nel dettaglio, con riferimento alle misure esaminate nella prima parte del lavoro, che attengono alla regolazione della produzione dei prodotti in plastica, stando a quanto constatato sembrano collocarsi solo parzialmente all'interno del paradigma dell'economia circolare tracciato dallo stesso legislatore europeo.

Tale assunto poggia di certo sul discreto apprezzamento della dimensione preventiva cui si è assistito a livello europeo. In questi termini, va letta chiaramente la valorizzazione delle misure di sensibilizzazione preposte a condizionare in senso migliorativo la produzione e il consumo di tali prodotti, nonché la gestione dei relativi rifiuti, contribuendo alla conformazione in chiave ecologica delle attività imprenditoriali, oltre che dei comportamenti individuali. In senso analogo, può altresì ritenersi che anche le misure di divieto conducano a ritenere ciò. Intorno alle stesse, la mancata esclusione dei prodotti biodegradabili e compostabili non andrebbe letta, a parere di chi scrive, come una scelta normativa che allontana l'assetto regolatorio dal paradigma in questione, almeno nella sua accezione rigenerativa. Invero, una tale decisione costituisce il risultato della riconosciuta inidoneità degli stessi ad offrire una risposta potenzialmente non dannosa dal punto di vista ambientale rispetto alle problematicità che alcune specifiche categorie di prodotti pongono.

Per quanto concerne i prodotti riutilizzabili, sui quali il legislatore sembrerebbe insistere per l'attuazione del principio di prevenzione, anche alla luce della proposta di regolamento sugli imballaggi, va rilevato che anch'essi sposano in via di principio entrambe le anime dell'economia circolare. Le caratteristiche di questi ultimi sono state già messe in luce: hanno un ciclo di vita più lungo, quindi consentono una minore produzione di manufatti monouso e di rifiuti; hanno un valore d'uso e un valore economico in generale maggiore, che spinge il consumatore a conservarli e non ad abbandonarli nell'ambiente; la progettazione e produzione deve comunque consentire il riciclo degli stessi una volta esaurita la loro utilità funzionale. Dunque, modificare i modelli di produzione e consumo in favore dei riutilizzabili appare, almeno in astratto, idoneo a "riparare" e minimizzare i problemi ambientali e di prelievo delle risorse causati dalla plastica e, anzi, dovrebbe convogliare più agevolmente i flussi di materiale e di energia in ecosistemi industriali chiusi.

Nonostante le misure *de quibus* siano ancora in fase di codificazione, si può tuttavia ipotizzare che almeno l'impostazione prescrittiva seguita nella proposta di regolamento sugli imballaggi vada nella direzione di una circolarità "riparativa". Questo assunto trova riscontro anzitutto negli obblighi misurabili, per i produttori e i distributori finali, di messa a disposizione del consumatore di sempre più numerose soluzioni riutilizzabili di imballaggio, che inevitabilmente indurranno il settore manifatturiero, nonché la distribuzione organizzata, ad adeguare il proprio modello produttivo. Nondimeno si precisa che, anche sulla scorta dell'esperienza applicativa

della direttiva SUP[287], la soluzione riutilizzabile non è *ex se* "circolare", tale per cui si traduce in un mero obbligo normativo di produzione, lo è nella misura in cui vi sia stata una valutazione preventiva tecnico-scientifica, per tipologia di applicazione, che si sia poi tradotta in un apparato normativo votato all'effettività delle misure previste. In questo senso la proposta della Commissione di fissare, oltre agli obblighi-obiettivo, una serie di applicazioni e di requisiti tecnici che definiscano la riutilizzabilità e, soprattutto, la costruzione obbligatoria di sistemi (di ripresa dell'imballaggio, di riparazione, di ricarica, di lavaggio etc.) che garantiscano l'effettivo riutilizzo nella fattispecie degli imballaggi, sembra sposare questa filosofia.

Le caratteristiche dei prodotti riutilizzabili, anche in plastica, non precludono *ex se* la loro compatibilità con la dimensione rigenerativa dell'economia circolare. Si pensi, infatti, alla possibile realizzazione di prodotti riutilizzabili ottenuti da biomasse vegetali e animali (*bio-based*) e che, una volta concluse le rotazioni e i cicli di impiego del prodotto, potrebbero tornare in natura fornendo ausilio alle funzioni svolte dall'ecosistema. Ciononostante, non sembrano ricavabili *de iure condito* disposizioni o misure che favoriscano tale sviluppo, né *de iure condendo,* anche in virtù del fatto che l'eventuale progettazione e produzione di tali manufatti dipende concretamente dallo sviluppo della bioeconomia.

Diversamente, può ritenersi con convinzione che le scelte normative europee riguardanti l'etichettatura e la marcatura dei prodotti in plastica, in particolare quelli in plastica monouso, si ponga in integrale contraddizione con gli assunti dell'economia circolare. Invero, come visto, la standardizzazione della marcatura, che non tiene conto di variabili determinanti quali il comportamento a fine vita del materiale con cui è stato realizzato il prodotto e il modello nazionale di raccolta e riciclo, rischia di generare una distorsione informativa tale da condizionare addirittura negativamente il conferimento del rifiuto. Allargando la prospettiva, nella lettera della norma si coglie in realtà un cortocircuito generato dal fatto che il legislatore sovranazionale, tradizionalmente cauto a intervenire sulle scelte della produzione, più di recente ha inteso allargare la propria sfera d'influenza condizionando più o meno direttamente il mercato nell'individuazione dei materiali e delle tipologie di manufatti più adatti al loro impiego. A fronte di ciò, si è prodotto un disallineamento inevitabile tra il diritto e il mercato, che richiederebbe quantomeno la realizzazione di un quadro regolatorio generale aggiornato, anche in materia di etichettatura dei prodotti. A titolo esemplificativo, si consideri quanto accaduto con gli imballaggi in plastica biodegradabile e compostabile, che pur ponendosi ormai stabilmente sul mercato non dispongono nemmeno di un codice identificativo del materiale ai sensi della decisione 97/129/CE.

[287] Nella quale invece mancavano i requisiti tecnici di riutilizzabilità, che hanno alimentato fenomeni controversi, come la commercializzazione di prodotti monouso "certificati" dal produttore come riutilizzabili, in assenza di una norma tecnica.

Sembra invece ancora in evoluzione il quadro relativo ai processi di eco-progettazione che interessano la plastica, che pure costituiscono un tassello fondamentale del modello dell'economia circolare, e anche in questo caso si registra la presentazione di una proposta di regolamento, destinata a contenere una più pervasiva e strutturata disciplina.

Facendo invece un bilancio relativo alle misure esaminate nella seconda parte di questo lavoro, descrivibili sinteticamente come le misure di gestione delle fasi post consumo dei prodotti in plastica, emerge in modo ancora più netta la dimensione riparativa dell'economia circolare. Come si è detto in sede introduttiva, l'economia circolare europea è stata costruita partendo dalla "fine", ossia dai rifiuti, sia quelli generati sulla terraferma che sulle navi.

La produzione dei rifiuti rappresenta invero la sintomatologia di un modello contrapposto, quello dell'economia lineare, che non si preoccupa delle risorse prelevate a monte del ciclo produttivo e che, *a fortiori,* non tiene conto di quelle sprecate sotto forma di scarti dopo la fruizione dei prodotti. Ne consegue che l'intero quadro normativo che attiene alla gestione dei prodotti in plastica, almeno nelle intenzioni del legislatore, pone l'accento sul recupero del rifiuto e delle materie prime che lo compongono, con relativi benefici sia a livello produttivo che ambientale. Ebbene, la base normativa è astrattamente coerente con l'aspirazione dell'economia circolare riparativa di ricreare flussi di "nutrienti tecnici". Rispondono a questa logica gli obiettivi di recupero e riciclo, l'obbligo di raccolta differenziata, la definizione delle operazioni di riciclo e l'obbligo per i regimi di responsabilità estesa del produttore di sostenere i relativi costi.

Ciononostante, i dati attuali mostrano come l'economia sovranazionale sia lontana dal raggiungere concretamente dei risultati di circolarità in linea con tale paradigma: il tasso di "utilizzo circolare" dei materiali, vale a dire l'impiego di materie prime riciclate (che dipende quindi dalla quantità e dalla qualità della raccolta differenziata e dalla capacità infrastrutturale di riciclo) si attesta solo all'11,7% a livello continentale, tenuto conto di tutti i materiali, non solo quelli plastici[288]. Si reputa il dato poc'anzi menzionato piuttosto significativo, in quanto attiene all'effettiva chiusura del "cerchio": la lente viene posta non sul quantitativo di materia avviata a recupero, che è solo la prima "metà" del flusso circolare, bensì sul quantitativo effettivamente reimpiegato dopo le attività di recupero. Da quanto precede sono due le conclusioni che si traggono, che sono tra loro connesse: a legislazione invariata, i 27 Stati membri dell'Unione esprimono nel complesso una capacità industriale che è mediamente in grado di riutilizzare per la produzione solo un decimo circa del materiale vergine utilizzato in un precedente ciclo produttivo. Dunque, il dato statistico assume rilievo giuridico, giac-

[288] Circular Economy Network, *5° Rapporto sull'economia circolare in Italia,* maggio 2023.

ché è evidente che per porre rimedio al disallineamento con il piano fattuale, sarà inevitabile un nuovo intervento sul piano normativo, anche per dare attuazione all'indirizzo politico che va nella direzione di un'economia circolare.

Va da sé che discorrere di rigenerazione nell'ambito di una simile disciplina della gestione appare quantomeno prematuro. Tuttavia, si segnala che, nell'ambito dei margini applicativi riservati agli Stati membri, questi ultimi stanno sperimentando alcune soluzioni che hanno questa aspirazione. In Italia, per esempio, il legislatore ha sollecitato la produzione di prodotti, specialmente quelli realizzati a partire da biomassa, che fossero dotati delle proprietà di biodegradabilità e compostabilità a fine vita; a tal fine, è stata resa obbligatoria la raccolta differenziata e il riciclo congiunti di questi prodotti assieme ai rifiuti umidi[289]. Scopo ultimo della norma è quello di generare un flusso circolare tale per cui vengono realizzati manufatti, soprattutto imballaggi, a partire da materie prime rinnovabili e riciclabili sotto forma di compost, impiegabile non solo nell'ambito delle attività produttive, ma soprattutto per consentire la rigenerazione dei suoli degradati.

Il giudizio appena espresso sulle misure di gestione sembra potersi ritagliare anche sull'ultima linea direttrice, quella relativa al contrasto dell'inquinamento causato dalla dispersione dei rifiuti in plastica nell'ambiente e, in particolare, in mare. Ci si trova, infatti, al cospetto di attività di segno marcatamente "negativo", che però possono contribuire positivamente in termini di produzione circolare. In quest'ottica, vanno certamente lette con favore le soluzioni, soprattutto quelle individuate dal legislatore nazionale, per incentivare la raccolta dei rifiuti in plastica dispersi nell'ambiente, che anche grazie alla loro qualificazione giuridica possono diventare materie prime secondarie direttamente impiegabili nella produzione. Nondimeno, anche questo "segmento" è stato caratterizzato da scelte prescrittive che appaiono contraddittorie, o che comunque non agevolano le medesime attività che si intende promuovere, come nel caso dell'incertezza interpretativa esistente sulla qualificazione del rifiuto accidentalmente pescato.

Tenuto conto della disamina svolta, resta fermo che questa sorta di test di "verificazione" sulla complementarietà e sulla coerenza delle norme in vigore non può comunque prescindere dalla preventiva soluzione al problema di misurabilità che riguarda l'economia circolare. Invero, uno dei punti critici dell'attuazione normativa del paradigma concerne la disponibilità di parametri che consentano al legislatore di emanare norme efficaci. Se la crescita economica guarda al PIL, l'economia circolare deve poter disporre di indicatori utili per la sua "regolazione" sistemica, che si traduce in regole *per* il mercato, *per* la concorrenza, *per* il consumatore, *per* la transizione ecologica, secondo un approccio integrato[290]. È per tali ragioni che, nonostante sia sostanzialmente dimostrata l'insufficienza del-

[289] Come previsto dall'art. 182-*ter*, TUA.

[290] M. Cocconi, *La regolazione dell'economia circolare,* Milano, 2019, 121 ss.

le misure normative attualmente in vigore, le valutazioni condotte in ordine alla coerenza delle misure normative non esauriscono il tema dell'efficacia delle stesse.

In conclusione, la presente trattazione intende offrire un contributo di metodo e di merito allo studio del diritto dell'ambiente. Per quanto riguarda il metodo, si ribadisce che la ricerca si è dipanata attraverso un approccio che non muovesse già dalla "gestione" (del problema ambientale), bensì dal "prodotto" (di plastica). In questo modo, lo studio del diritto positivo diventa strumentale a seguire tutte le possibili ramificazioni che il problema ambientale manifesta sul piano dell'essere – che altrimenti rischierebbero di non essere trattate, quantomeno in chiave unitaria – secondo un approccio integrato e sistemico e apre successivamente all'approfondimento di specifici istituti giuridici, che operano sul tradizionale piano del dover essere. Per quanto riguarda il merito, la "traccia" seguita si è rivelata particolarmente utile a colmare la mancanza di una sistematizzazione organica e di una ricostruzione il più possibile unitaria del quadro giuridico che attiene al "prodotto", o al "materiale" in questione. Inoltre, come anticipato, costituisce un tentativo di inquadramento giuridico delle misure di attuazione del modello di economia circolare, che rappresenta una delle principali direttrici di naturale prosecuzione della presente ricerca. A tal fine, si pensi alla possibile intersezione tra le discipline giuridiche sul tema in esame: muovendo dal quadro pubblicistico descritto, sarebbe parimenti rilevante verificare l'influenza sulla regolazione dei prodotti in plastica di ulteriori profili giuridici – si pensi alla disciplina dell'applicazione di tributi ambientali sui prodotti in plastica, alle fattispecie di illecito in materia di rifiuti e a quelle configuranti reato[291] – nonché delle fonti di diritto internazionale, che come noto fungono da ispirazione per il diritto ambientale sovranazionale e nazionale[292].

[291] In materia tributaria valga per tutti l'esempio della *plastic tax* nazionale, disciplinata per applicarsi sui manufatti in plastica con singolo impiego introdotti per la prima volta nel mercato (v. legge 27 dicembre 2019, n. 160, art. 1, commi 634 ss.); vi è poi una *plastic tax* anche di respiro europeo, che prevede il pagamento di un contributo annuale da parte di ciascuno Stato per i quantitativi di rifiuti di imballaggio in plastica non riciclati (decisione UE, Euratom 2020/2053 del 14 dicembre 2020). Sul tema, si fa rinvio a: P. Selicato, *La tassazione ambientale delle nuove forme di ricchezza nel Next Generation EU,* in *Rivista di diritto tributario internazionale,* 2022, n. 3, 33 ss.; S. Scarascia Mugnozza, *Riflessioni su effettività e utilità della tassazione della plastica,* in *Ambientediritto.it,* n. 3/2022, 401 ss.; A. Comelli, *La tassazione ambientale, nella prospettiva europea, oltre la crisi economica e sanitaria innescata dal Covid-19,* in *Diritto e pratica tributaria,* n. 3/2022, 791 ss.; M. Bisogno, *Critical issues of the national contribution based on non-recycled plastic packaging waste in the framework of the new EU own resources system,* in *Rivista di diritto tributario internazionale,* 2022, n. 3, 185 ss. Per quanto riguarda gli illeciti, la gestione dei rifiuti in plastica si intreccia con le fattispecie previste dal TUA, che nei casi più gravi possono arrivare a configurare anche i reati ambientali introdotti nel codice penale dalla legge 22 maggio 2015, n. 68.

[292] In particolare, sono da seguire con attenzione i lavori del Programma delle Nazioni Unite per l'Ambiente (UNEP), che mira alla conclusione di un accordo internazionale giuridicamente vincolante sull'inquinamento da plastica (sulla più recente attività dell'UNEP si consulti M. Gervasi, *L'attività dell'UNEP nel periodo 2018-2022,* in *La comunità internazionale,* 2023, n. 1, 171 ss.). A tal fine, nel mese di settembre 2023 è stata pubblicata la "bozza zero" dell'accordo, sulla quale saranno condotti i negoziati con gli Stati.

Il ciclo di vita dei prodotti di plastica nell'era dell'economia circolare: uno studio giuridico sistematico

L'inquinamento da plastica costituisce indubbiamente una delle urgenze ambientali più critiche che il legislatore e i decisori politici si trovano ad affrontare, come dimostra l'ingente produzione normativa che ormai incide sulla produzione dei prodotti di plastica e sulla relativa gestione post consumo. Ciononostante, non si dispone ancora di una ricostruzione giuridica sistematica di tali norme e di una loro valutazione in funzione dell'attuazione dell'economia circolare. Il contributo getta le basi per tale ricostruzione e raffronta le misure in vigore con gli obiettivi e le specificità delle politiche europee in materia di economia circolare. Ciò viene effettuato guardando alle fasi del ciclo di vita del prodotto di plastica e alle disposizioni che scandiscono il loro susseguirsi e i problemi ambientali che generano.

The life cycle of plastic products in the era of the circular economy: a systematic legal study

Plastic pollution unquestionably constitutes one of the most critical environmental emergencies that decision-makers are grappling with. As a matter of fact, the regulation impacts the entire life cycle of plastic products, from the production to the post-consumer management phases. However, there is still a lack of a systematic legal analysis of this regulation, as well as a critical evaluation of the latter on the background of the circular economy paradigm. The article aims to fill such a gap, by critically examining the state of European Union and Italian regulation with regard to the entire life cycle of plastic products and by comparing the existing measures with the objectives and targets defined under EU law.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 69, n. 112 (3 2023) pp. 327-358

Articoli e saggi

Dal bilancio come «bene pubblico» all'abuso di bilancio

Federico Jorio

Sommario: Prologo. – 1. Il bilancio è bene pubblico. – 2. La rappresentazione di quanto previsto e compiuto. – 3. Qualità, definizione e strumentalità. – 4. Funzione e opportunità, reali e mancate. – 5. Caratteristiche e peculiarità. – 6. Il contributo della Consulta in materia di bilancio e sue garanzie. – 6.1 Bilanci e sistemi contabili armonizzati. – 6.2 Equilibrio di bilancio e suo significato. – 6.3 Il tema della responsabilizzazione dei decisori eletti. – 7. L'abuso di bilancio.

Prologo

Con le regole incise nella più recente parte «economica» della Carta costituzionale[1] viene a configurarsi un «diritto al bilancio»[2], inteso come diritto del singolo e delle formazioni sociali di riferimento ad acquisirne la conoscenza in modo da rendersi parte attiva del controllo dei rapporti giuridici a contenuto economico che lo caratterizzano. Un diritto da esercitarsi in via indiretta, attraverso la discussione e l'approvazione da perfezionarsi nell'ambito delle assemblee elettive, ma incidente direttamente sui cittadini rappresentati, dal momento che con la sua condivisione degli organi rappresentativi vengono determinati sia il prelievo fiscale, gravante sui cittadini e sulle imprese ivi operanti, che la scansione investimenti di futuro godimento che le spese correnti. Tutto questo è finalizzato a favorire la partecipazione alle decisioni rese dalle competenti *governance* in tema di

[1] La revisione della Carta intervenuta con la legge costituzionale n.1/2012 (più esattamente, riferibile nella parte che ha riguardato la scrittura dell'art. 81, l'aggiunta dell'art. 97,1 e l'implementazione dell'art. 119,1) ha dato modo – messa in relazione alle regole costituzionali che hanno novellato nel 2001 il Titolo V, Parte seconda, e più precisamente a quella contenuta nel sesto comma dell'art. 119, afferente alle rigide ed esclusive condizioni imposte al sistema autonomistico territoriale per ricorrere all' indebitamento – di individuare le regole caratteristiche di salvaguardia e di tutela dell'economia e del patrimonio pubblico.

[2] M. Degni, *Democrazia cognitiva e decisione di bilancio*, in G. Colombini (a cura di) *Democrazia e bilancio pubblico*, Napoli, 2021, 320-321.

programmazione nonché alla costante verifica dell'operato della pubblica amministrazione. Ancor prima che il diritto al bilancio[3] trovi la sua connotazione giuridica, anche per le ricadute sociali che dallo stesso derivano, assume rilevanza «il diritto *del* bilancio»[4], quale disciplina organica derivata dalla legalità costituzionale, che lo erige a strumento insostituibile per *intelligere* le modalità di funzionamento del sistema istituzionale democratico, per assicurare il livello di esigibilità dei servizi fondamentali e delle prestazioni essenziali dei diritti civili e sociali nonché per favorire la sostenibilità socioeconomica del sistema produttivo[5].

Esso va pertanto considerato, in ossequio all'ineludibile principio di continuità del bilancio, come espressione giuridico-economica a formazione dinamica, funzionale a determinare un valore assoluto della realtà patrimoniale conseguita *in progress*, anche ricorrendo a variazioni straordinarie, tendenti a rendere neutre – atteso il divieto di irretrattabilità dei saldi[6] – le appostazioni pregresse

[3] La qualificazione del diritto al bilancio proviene dalla concezione più democratica del concetto di bilancio, che debuttò nella seconda metà del '700 con un atto pubblico, denominato *Appropriation Act*, ove erano scandite le entrate tributarie da pretendere a fronte delle spese necessarie a soddisfare il fabbisogno della collettività francese. Di fatto, in quel momento venne concepito il diritto al bilancio nel senso attuale, ovverosia il diritto riconosciuto al popolo, mediante i suoi rappresentanti, di proporre, discutere e approvare il documento contabile con il quale vengono fissate le entrate previste, derivanti principalmente dal prelievo erariale, e le uscite programmate, sia in conto corrente che in conto capitale. In buona sostanza, come scrisse S. Buscema, *Il bilancio dello Stato, delle Regioni, dei Comuni, delle Province, degli enti pubblici istituzionali,* Milano, 1966, 138, «la evoluzione della legislazione sui bilanci è frutto della lotta dei popoli per la libertà e per la giustizia sociale, da cui scaturisce la coscienza di intervenire nella cosa pubblica rivendicando il diritto di controllare le spese come conseguenza dei mezzi finanziari forniti allo Stato, non potendo più sopportare l'arbitrio dei sovrani nel soddisfacimento dei pubblici bisogni». Da qui, una lettura estensiva del vigente art. 81, così come attuato dalla legge rinforzata n. 243/2012, più esattamente dei commi 4 e 6, che imponendo alle rappresentanze parlamentari l'approvazione di una legge di bilancio, contenente le norme e i criteri per assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese e la sostenibilità del debito pubblico, riconoscono l'esistenza di un diritto al bilancio della collettività nazionale. In quanto tale abilitata a pretendere dallo Stato un bilancio che sia conforme alle regole, alle esigenze di equilibrio economico pluriennale, alle richieste dell'UE di adeguamento al Patto di Stabilità e Crescita europeo, alla corrispondenza del mandato affidato ai rappresentanti eletti. Ciò messo in relazione con gli eventuali maggiori oneri per fare fronte alla sua sostenibilità che, in quanto gravanti sulla ricchezza e sul patrimonio dei cittadini, in capo ad essi il diritto ad essere previsti nella legge di formazione del bilancio.

[4] E. Cavasino, *La dimensione costituzionale del "diritto del bilancio". Un itinerario di giurisprudenza costituzionale: dalla sentenza n. 196 del 2018 alle nn. 18 e 105 del 2019*, in *Diritto & Conti*, n. 1, 2019, 7-9, nel quale l'A. esamina e commenta tre importanti pronunce della Consulta sul tema, conseguenti ad altrettanti specifici impulsi della Corte dei conti. Più esattamente, ad ordinanze adottate dalle Sezioni regionali di controllo della Liguria (n. 34/2018, formulata nel corso del giudizio di parificazione del rendiconto regionale, cui ha fatto seguito la sentenza n. 196/2018), della Campania (n. 70/2018, formulata in relazione alla legislazione statale con la quale si interveniva nella disciplina dei predissesti comunali, cui ha fatto seguito la sentenza n. 18/2019) e della Sicilia (n. 132/2018, formulata in relazione alla proroga dei termini inibitori dell'applicazione dell'art. 243-*quater*, comma 7, del Tuel, afferente alla dichiarazione di dissesto, cui ha fatto seguito la sentenza n. 105/201).

[5] F. Sucameli, *Il giudice del bilancio nella costituzione italiana*, Collana nuove autonomie, monografia 25, Napoli. 2022, 115-122, ove l'A. passa in rassegna i *dicta* delle Sezioni riunite in speciale composizione, affermativi della certezza del diritto del bilancio, un tema che il medesimo approfondisce, sia sul piano interno che su quello europeo, dedicando al tema, rispettivamente due capitoli, V e il VI

[6] Da ultimo: Corte dei Conti, SS.RR in sede giurisdizionale, sentenza n. 16/2022; Corte dei Conti, Sez. regionale di controllo per la Campania, deliberazione n. 97/2022.

errate ovvero rese obsolete da eventi sopravvenuti ovvero sulla base di presunzioni *iure et de iure,* finalizzate a rendere i crediti relativi non verosimilmente riscuotibili. Ciò allo scopo di garantire una formulazione del bilancio attendibile e attualizzata nei valori.

Al fine di rendere la sua rappresentazione riconducibile alla realtà economico-patrimoniale, il bilancio dovrà essere, pertanto:

1) emblematico di una valorizzazione aggiornata al mercato dei cespiti immobiliari produttivi, ancorché se pervenuti con metodologie contrattuali diverse dalla tradizionale e ricorrente compravendita, con valori patrimoniali commerciali attualizzati del bene in godimento e non già (nell'ipotesi, per esempio, del *leasing*) di quelli meramente previsti per il riscatto finale[7];
2) sfrondato delle leve finanziarie, rappresentative della situazione di indebitamento contratto per investimenti ovvero per ammortamento di debitorie pregresse e/o per restituzioni delle più attuali anticipazioni di liquidità, non necessariamente ispirati alla generazione di incrementi di patrimonio immobiliare e, comunque, fisso;
3) depurato delle relative quote di ammortamento funzionali a determinare ribassi contabili virtuali di reddito;
4) sterilizzato, infine, delle componenti straordinarie attive e passive, rispettivamente, propedeutiche a formare componenti positive di profitto ovvero a concretizzarne di negative, tanto da pervenire ad un più corretto risultato di esercizio, non inciso dalla regolarizzazione di poste pregresse non propriamente corrette.

---

[7] E. Caterini, *Il sistema giuridico del bilancio nella legalità costituzionale*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, Napoli, 2021, 155-164, ove l'A., in relazione alla diversa valutazione di appostazione contabile dei cespiti immobiliari ammortizzabili, sottolinea due possibili metodiche eventualmente riferibili, solo che si faccia divenire applicabile nell'ordinario la disciplina eccezionale riservata ai prodotti finanziari. Una, fondata sul costo storico tratto dall'atto negoziale di provenienza ovvero dalla somma dei costi affrontati per realizzarlo, l'altra, che invero sta assumendo prevalenza, del *fair value*, inteso come valore equo derivante da una stima potenziale ricavabile dal mercato, ritenuto applicabile tuttavia per la rideterminazione dei *quantum* finanziari appostati, in quanto tale da ritenersi disposizione di carattere eccezionale. Nell'approfondire un siffatto dualismo di tipo valorizzativo, l'A. afferma che il riferimento: al costo storico «tende a limitare la discrezionalità estimativa e ad assimilare la tecnica di appostazione a quella che riguarda le poste meramente numeriche, ossia prive di attività valutativa»; quello al *fair value*, di contro, «accentua la discrezionalità del redattore degli atti di bilancio e tende a rispettare la supposta realtà "di mercato", a prescindere dalla sua veridicità», attestata tuttavia da atti giurati di natura peritale. Il problema che viene posto dall'A. – che sul piano sostanziale potrebbe essere riconsiderato per la valutazione attualizzata dei netti patrimoniali ascrivibili alla PA, così come avviene per quelli afferenti all'impresa, specie nelle ipotesi di valorizzazioni di modifica formale dei loro assetti giuridici, ivi compresa la scissione di rami aziendali – è quello se e fino a quando il ricorso al valore attualizzato al mercato, piuttosto che quello riferibile al costo storico, possa essere considerato eccezionale. Ciò in relazione alla necessaria aderenza alle clausole generali della correttezza, veridicità e prudenza, inevitabili per determinare lo stato e la consistenza oggettiva dei valori patrimoniali goduti dal sistema Repubblica, tanto da attualizzare a realtà le sue ricchezze attraverso una corretta determinazione dei netti e non già degli avanzi/disavanzi di amministrazione non più rispettosi della verità contabile assoluta.

Tutto questo allo scopo di rimediare alle lacune valutative determinate dal tradizionale estimo patrimoniale, fondato sui valori di libro e non su quelli di mercato. Così facendo, soprattutto consentendo alla disposizione recante la *fair value*, da considerarsi eccezionale, di assumere una applicabilità ordinaria anche sulla valorizzazione in bilancio dei cespiti immobiliari, si contribuirà notevolmente a rappresentare coerentemente l'esistente e i valori dal medesimo espressi al massimo della loro oggettività valorizzativa.

Da qui, l'importanza dello studio e approfondimento del diritto del bilancio che accentua la sua centralità in costanza di un abnorme debito pubblico, che genera insostenibili oneri finanziari anche per il sistema produttivo, e che è da ricondurre ad una rinnovata legislazione ordinaria attuativa degli artt. 81, 97, co.1, e 119, co. 1, della Costituzione.[8]

Pubblico e privato sono da considerarsi pertanto, in relazione al principio di legalità costituzionale, concomitanti e interdipendenti nel garantire la sostenibilità reciproca dei loro bilanci, funzionale a contribuire al ripiano del debito pubblico e, attraverso la leva monetaria e quella produttiva, a realizzare la pari dignità sociale dei cittadini e le condizioni favorevoli alle imprese[9].

Una costruttiva interazione tra gli attori istituzionali è tutta da concepire, nella misura in cui la stessa si renda garante di finalità non disgiunte da quelle sociali e solidaristiche, volte ad assicurare i servizi necessari e le prestazioni indispensabili alla persona, esigibili nella misura fissata dai livelli essenziali *standard* dei diritti civili e sociali, di cui all'art. 117, co. 2, della Costituzione. Un insieme di azioni convergenti, ove: il comparto pubblico assicura la sostenibilità del siste-

[8] E. Cavasino, *op. cit.*, in *Diritto & Conti*, n. 1, 2019, 12 ss., ove l'A. sottolinea come la giurisprudenza costituzionale abbia ben affrontato il nodo interpretativo degli anzidetti artt. 81, 97, comma 1, e 119 della Costituzione orientandosi nel dare «piena effettività ai principi costituzionali sul bilancio». Di conseguenza, ha ritenuto dare risalto alla volontà del legislatore costituzionale di collocare il Magistrato contabile, «oggi definita(o) come organo dello Stato-ordinamento, in una posizione centrale nella garanzia dei vincoli costituzionali ed europei di bilancio e sostenibilità del debito pubblico (Corte cost. n. 60 del 2013)».

[9] A. Brancasi, *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, *Forum Quaderni Costituzionali*, 10 gennaio 2012, 2, ove l'A. sottolineava l'assoluta non funzionalità della prescrizione costituzionale ad incidere, se non nel (molto) lungo termine, sul rientro del debito pubblico e, dunque, a tutela della fase emergenziale di risanamento della finanza pubblica, bensì a perseguire l'equilibrio economico e a limitare segnatamente il ricorso all'indebitamento, attraverso i quali assicurare, mediante una maggiore cura da preservare alla formazione dei conti economici, l'equità e l'uniformità nella esigibilità dei diritti fondamentali dei cittadini e una condizione finanziaria più favorevole all'iniziativa economica privata; E. Furno, *Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili*, in *Nomos*, 2017, n. 1, 3, ove l'A. – a proposito della legge rinforzata n. 243/2012, ampliativa dei principi sanciti dalla legge costituzionale n. 1/2012 «all'intero comparto delle Pubbliche amministrazioni fino a comprendervi anche gli enti non territoriali, in modo da integrare quanto stabilito dal riformulato art. 97 Cost.» – ha sottolineato la *ratio* legislativa di volere contenere drasticamente la spesa pubblica «in coerenza con i vincoli imposti dall'Unione Europea agli Stati membri», anche al fine di liberare risorse dall'impiego corrente per destinarle allo sviluppo e alla produttività economica, oltre che ad una migliore erogazione delle prestazioni afferenti ai diritti sociali.

ma istituzionale a mezzo del conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica italo-europei; il settore privato si impegna per lo sviluppo sostenibile in un auspicato conseguibile equilibrio tra occupazione, utili d'impresa e corretta contribuzione al gettito fiscale.

Il disequilibrio nell'agire concomitante delle componenti pubbliche e private causa un pericoloso effetto domino, con ricadute negative sia nell'efficienza della pubblica amministrazione che nella permanenza *in bonis* delle imprese.

Di conseguenza, il diritto oggettivo del bilancio si pone come regola fondamentale dell'organo preposto, funzionale all'effettivo monitoraggio e controllo dell'andamento economico-finanziario e dell'assetto patrimoniale. Di tal che, esso è il *medium* dell'attuazione della legalità costituzionale (artt. 81, 97.1, 119,1, Cost.), tanto da obbligare l'interprete ad una rilettura sistemica dei princìpi degli artt. 81, 97.1, 114 e 119.6 della Costituzione. Una opzione interpretativa sistemica intesa a ben sequenziare il bilancio pubblico e quello privato, ambedue strumenti progressivi di controllo democratico della finanza pubblica, di breve e lungo periodo, e dei fini sociali attribuiti alle attività economiche pubbliche e private.

1. *Il bilancio è bene pubblico*

Il bilancio pubblico è divenuto sempre più simile, alla luce della disciplina dettata dal vigente d.lgs. n. 118/2011, a quello privato a seguito della introduzione, quanto alle autonomie territoriali e loro enti partecipati compresi quelli del servizio sanitario nazionale, del criterio redazionale di tipo economico-patrimoniale. In una tale dimensione ha oramai assunto, anche attraverso la sua forma consolidata, la prerogativa e i connotati del bene pubblico[10], nel senso soprattutto di essere ritenuto un complesso organico delle informazioni alfa-valoriali, rappresentative della costruzione progressiva dei saldi riguardanti la provenienza e l'impiego delle risorse assunte a diverso titolo nella disponibilità del decisore pubblico interessato. Quest'ultimo tenuto alla sua puntuale redazione e modifica "manutentiva" da esercitarsi – relativamente alla sua funzione istituzionale di elaborazione dello strumento previsionale, anch'esso accompagnato da quello consolidato – attraverso le apposite variazioni infra-annuali di bilancio, anch'esso consolidato, ma – anche in sede rendicontativa – la rappresentazione del risultato gestorio delle proprie partecipate, con l'obbligo di ripianare le eventuali perdite prodotte

[10] Corte costituzionale, sentenza 20 luglio 2016, n. 184 (red. Carosi); Corte costituzionale, sentenza 17 aprile 2019 n. 89 (red. Sciarra); Corte costituzionale, sentenza 14 febbraio 2019 n. 19 (red. Morelli); Corte dei conti, SS.RR. in sede giurisdizionale, in speciale composizione *ex* art. 6, c. 6, lett. a), CGC: sentenza 12 novembre 2020 n. 32, sentenza 5 ottobre 2020 n. 21 e sentenza 3 ottobre 2020 n. 20.

dalle stesse. In quanto tale è da considerarsi bene pubblico avente ad oggetto un complesso di situazioni e rapporti giuridici, cui la normativa assegna il ruolo di strumento di informazione corretta, esaustiva, veritiera, tempestiva, rispondente agli scopi dell'ente, cui il bilancio fa riferimento, rendendone accessibili i conti nonché di esaustiva interpretazione. Tutto questo gli attribuisce il ruolo di essere l'espressione fedele dell'esercizio della democrazia istituzionale e il requisito di porsi come mezzo conservativo della formazione valoriale delle ricchezze pubbliche, perché rappresentativo dei dati contabili reali e della coerenza tra le risorse ivi allocate e le politiche pubbliche prodotte istituzionalmente in linea con gli obiettivi di interesse pubblico. Conseguentemente, il bilancio facilita il controllo degli enti preposti e della cittadinanza per conto della quale viene correttamente e tecnicamente «nutrito» nel rispetto delle cause e dei rapporti giuridici che determinano le scritture contabili. Esso recita una importante funzione di stabilizzazione dei conti della Repubblica e, di guisa, di esercizio delle politiche riguardanti il prelievo fiscale. In quanto tale è un bene pubblico che incide direttamente nella qualità della vita delle collettività e del funzionamento del sistema istituzionale pubblico, così come di quello imprenditoriale, e quindi è da considerarsi espressione del diritto del cittadino alla consultazione e alla conoscenza della formazione progressiva dei saldi. Pertanto, ben lungi dall'essere esclusivamente un esercizio periodico di tipo altamente tecnico-contabile, è da considerarsi il riferimento direzionale che determina il buon andamento quali-quantitativo sia della istituzione Repubblica, nel suo complesso, che del sistema produttivo, con naturali ricadute su quello della ricerca/innovazione[11].

A ben vedere, è un bene pubblico naturalmente inteso come strumento a formazione ricorrente e periodica, perché si ripete ciclicamente e si rinnova ad intervalli di tempo costanti, annuali e riferiti al successivo biennio, ma con valori suscettibili anche di una consistente mutevolezza, specie a seguito di appostazioni di componenti economiche straordinarie[12]. In quanto tale è determinato e caratterizzato dalla imprescindibile continuità delle obbligazioni via via in essere generative delle movimentazioni dei conti e della loro esecuzione progressiva delle scritture contabili e dagli effetti della programmazione definita dagli organi di governo, da misurarsi – quanto alle realizzazioni preventivate – con una progressiva e puntuale rendicontazione, nonché dalla obbligatoria regolarizzazione dei

[11] M. Degni, P. De Ioanna, *Il bilancio è un bene pubblico*, *potenzialità e criticità delle nuove regole del bilancio dello Stato*, Roma, 2017. G. Colombini, *Buon andamento ed equilibrio finanziario nella nuova formulazione dell'art. 97 Cost.*, in *Il Diritto del bilancio e il sindacato sugli atti di natura finanziaria*, Atti del Convegno 16-17 marzo 2017, dedicato alla magistratura contabile, Milano, 2019, 381-388.

[12] L. Antonini, *La Corte costituzionale a difesa dell'autonomia finanziaria: il bilancio è un bene pubblico e l'equilibrio di bilancio non si persegue con tecnicismi contabili espropriativi*, in *Rivista Associazione Italiana Costituzionalisti*, 31 gennaio 2018, n. 1, 15 ss.

valori patrimoniali iscritti in bilancio ma non corrispondenti a veridicità, certezza e attualità, pretese dalla vigente disciplina di armonizzazione delle contabilità, riferita agli artt. 1 e 2 della legge delega 5 maggio 2009, n. 42, attuativa dell'art. 119 della Costituzione[13].

Dal che la sua anzidetta definizione di bene pubblico, dal momento che costituisce uno strumento/documento obbligatorio da perfezionare da parte di chi assume la responsabilità di amministrare la collettività che lo ha preposto, elettoralmente o meno, alla carica istituzionale tenuta all'adempimento, cui è imposta la sua redazione e approvazione annuale. In tale senso il bilancio è pertanto regolato in modo tale da assicurare il corretto utilizzo delle risorse, sino a richiedere un giudizio sulla sua formazione progressiva, di diritto e di merito, da parte del magistrato contabile territorialmente competente in sede di controllo (di parificazione per le Regioni), e una valutazione di tipo politico messo in condizione di confrontare il preventivato/programmato con quanto rendicontato/realizzato.

Una specificità definitoria del bilancio, quella di bene pubblico[14], cui è oramai pervenuta sia la giurisprudenza costituzionale che contabile espressasi nel suo massimo grado, sulla quale si è pronunciata ampiamente la dottrina economica[15]. Ciò in considerazione del suo obiettivo primario di essere testimone documentale di un processo finalizzato al perseguimento dell'equilibrio economico come obiettivo politico-programmatico dei decisori. Di conseguenza, esso assume una funzionalità di scopo, strumentale a generare e assicurare la stabilità economica attraverso l'applicazione sostanziale delle regole generali di finanza pubblica finalizzate al perseguimento dell'equilibrio economico, in una metodologia tale da consentire il confronto e la comparabilità nel tempo e nello spazio tra i settori, i livelli territoriali e tra i diversi valori riportati nei documenti contabili. Dunque,

[13] Corte dei conti, Sezioni Riunite in sede giurisdizionale, in speciale composizione, sentenza 29 luglio 2019, n. 23 (est. Sucameli), nella quale il massimo giudice contabile assume che il bilancio pubblico finanziario è rappresentativo di un processo nel quale un siffatto istituto giuridico, in quanto atto conchiuso rappresentativo di fatti previsti in un dato tempo, si sviluppa in modo ciclico e senza soluzione di continuità. Il tutto, non tenendo conseguentemente conto di un inizio e una fine, tra previsione e rendicontazione, bensì tra programmazione e il verificarsi di fatti determinanti man mano che gli stessi si svolgono. Ciò allo scopo di garantire l'«inderogabile principio di continuità tra gli esercizi finanziari», sancito dalla Corte costituzionale nelle sentenze nn. 274/2017 e 105/2019, e tenuto conto al riguardo degli obblighi costituzionali e legislativi dettati in materia di programmazione e tutela degli equilibri economico-finanziari.

[14] A. Carosi, *La Corte costituzionale tra autonomie territoriali, coordinamento finanziario e garanzie dei diritti*, *Rivista AIC*, 2017, n. 4, 18, ove l'A. giustifica il ricorso alla definizione del bilancio come "bene pubblico", in quanto inteso «come documento capace di informare il cittadino sulle obiettive possibilità di realizzazione dei programmi e sull'effettivo mantenimento delle promesse elettorali».

[15] M. Degni, *Il bilancio è un bene pubblico*, Menabò di *Etica&Economia*, 4 luglio 2017, n. 67, nel quale evidenzia tre ragioni che giustificano la definizione di bene pubblico del bilancio. Più esattamente, che esso è: 1) il punto di equilibrio di un processo politico avente lo scopo di soddisfare interessi di una comunità sociale, anch'essa per natura complessa, spesso contrapposti e confliggenti; 2) un manufatto complesso funzionale alla stabilità e a dimostrare la propria sostenibilità; 3) sostanza, nel senso di essere assistito da giustificazioni giuridiche ed economiche nonché redatto secondo le migliori ragioni tecniche e contabili.

il bilancio si caratterizza come istituto giuridico che nella sua formazione continuativa realizza le aspettative pubbliche, attraverso il corretto esercizio e contenimento della spesa, ricorrendo ad autonome scelte allocative delle risorse disponibili, strumentali ad assicurare: 1) i livelli essenziali delle prestazioni, riferiti ai diritti civili e sociali; 2) le funzioni fondamentali (ma anche quelle che fondamentali non sono) del sistema autonomistico, nella sua totalità, quelle assegnate ai Comuni (11), alle Province (6)e alle Città metropolitane (ulteriori 6 che vanno ad aggiungersi a quelle assegnare alle Province), da assicurare alle rispettive popolazioni; 3) le funzioni utili che fondamentali non sono considerate dal legislatore (d.lgs. n. 56/2014 successivamente modificato e integrato); 4) gli interventi intesi a generare sviluppo, miglioramento del tessuto produttivo e condizioni di prosperità alle iniziative economiche[16].

2. *La rappresentazione di quanto previsto e compiuto*

Pertanto, la sua riconosciuta funzionalità è quella di rappresentare fedelmente un'accurata scansione del prodotto contabile, espressione della sintesi delle obbligazioni persistenti, generative di rapporti giuridici economico-patrimoniali, e della verosimiglianza dei valori programmati – caratterizzanti, per l'appunto i bilanci di previsione – autorizzativi delle scelte effettuate dai preposti politici (e da quelle manageriali, per quanto riguarda le partecipate in senso lato), di vertice approvati definitivamente dai rispettivi massimi consessi rappresentativi della intera comunità amministrata. Scelte e obiettivi da conseguire attraverso le disponibilità finanziarie da acquisire autonomamente (entrate) e la realizzazione con gli interventi attuativi delle politiche pubbliche. In una tale logica, i bilanci sono da considerare – nella loro evoluzione pluriennale della normativa (legge di bilancio, già legge finanziaria e di stabilità nonché delle riattivate post-Covid leggi di stabilità e sviluppo) che fissa annualmente con chiarezza i modi e i contenuti della programmazione economica di medio periodo – una sorta di sequenza del medesimo atto giuridico[17]. In quanto tale, per sua specificità, è naturalmente suscettibile di una lettura e valutazione segnatamente dinamica. Di conseguenza, il bilancio è rappresentativo, attraverso la generazione dei saldi cui perviene, della capacità del decisore di garantire, se afferente ad istituzione pubblica, la sua sostenibilità in rapporto all'efficienza erogativa di servizi/prestazioni essenziali offerti alla collettività secondo principio di economicità, se privato, di stare convenientemente sul mercato.

[16] Corte costituzionale 29 gennaio 2016, n. 10 (red. Carosi)

[17] P. De Ioanna, *Programmazione economica, organizzativa e finanziaria: un quadro in evoluzione*, in *Rivista della Corte dei conti*, 2017, 3-4, 592.

Conseguentemente, al bilancio dello Stato e delle istituzioni territoriali, componenti infra-statali della Repubblica, e comunque di tutte le pubbliche amministrazioni del Paese va indiscutibilmente riconosciuta la specificità di strumento governativo e sociale, così considerato in quanto vocato a rappresentare alla collettività in termini alfa-numerici le opzioni effettuate *in progress* dalla *governance* dell'ente di riferimento (sia statale che facente parte del sistema autonomistico), a mezzo di un linguaggio comprensibile e progressivamente comparabile (secondo i princìpi contabili generali di unità, veridicità, correttezza, chiarezza, coerenza e certezza)[18].

La sua puntuale redazione costituisce un ineludibile dovere politico-programmatico, sanzionato in difetto del rispetto delle scadenze fissate annualmente, dei decisori che generano comunque economia, e pedissequamente un obbligo di tipo giuridico e finanche computistico della dirigenza preposta alla gestione dei relativi enti, il cui risultato è destinato ad avere una diretta ricaduta sulla corrispondente comunità sociale destinataria degli interventi finanziari. Uno strumento giuridico, strumentale a un percorso economico-patrimoniale, che costituisce una chiara espressione di sintesi della volontà attuativa delle politiche pubbliche, centrali e territoriali, decise dalle istituzioni coinvolte, avente la caratteristica della naturale ciclicità connessa alla loro obbligatoria periodicità temporale che esigono i principi della competenza finanziaria ed economica. Una definizione che, quindi, gli spetta per la stabilità delle qualificazioni cognitive, conformative e strumentali che esso possiede, funzionali ad assicurare la tutela e l'implementazione dell'esercizio concreto della democrazia rappresentativa nonché ad assicurare la controllabilità delle scelte, effettuate secondo le regole dell'economia innovativa, equa e sostenibile in linea con i vincoli imposti a livello europeo, tra i quali l'equilibrio economico preteso dall'art. 81 della Costituzione[19].

L'elemento costitutivo imposto dal ricorso al modello redazionale standardizzato dei bilanci soccorre ed esaudisce la irrinunciabile esigenza della omogeneità degli schemi, indispensabile al consolidamento dei conti della Repubblica e della loro reciproca confrontabilità, strettamente funzionali ai controlli di finanza pubblica. Una pretesa legislativa – quella della decifrabilità e della facile com-

[18] E. Caterini, *op. cit.*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, Napoli, 2021, 15 ss., ove l'A., oltre a riconoscere al bilancio il possesso dell'indispensabile requisito della chiarezza e comprensibile rappresentatività economica-finanziaria destinata alla collettività, attribuisce allo stesso il ruolo del «diaframma attraverso il quale si coopera a dare effettività alle scelte valoriali di un sistema giuridico ed – in quanto tale – esso non è lo strumento della mera rappresentazione economico-finanziaria dei fenomeni» trattati, bensì «ne è primariamente una rappresentazione giuridica» ove «i numeri dei bilanci sono uno dei linguaggi adoperati dalle regole giuridiche». Con questo «la matematica dei bilanci è una scienza diaconale, una modalità espressiva, sintetica e di secondo livello, che consente una rappresentazione criptata di un insieme complesso di fatti e vicende giuridiche che sono il «prima» e il «dopo» dell'atto di bilancio».

[19] M. Degni, P. De Ioanna, *op. cit.*, Roma, 2017, 18-19.

parabilità tra esercizi diversi dello stesso ente e/o con quelli prodotti da organismi omologhi – che assume rilevanza sociale, dal momento che è utile a rendere comprensibile lo strumento contabile «al cittadino di media diligenza»[20], un obiettivo ovviamente difficile da realizzarsi stante la difficoltà oggettiva della materia non diffusamente affrontata con dimestichezza. Una aspettativa, comunque, sottolineata dalla Consulta come la ineludibile esigenza per concretizzare una diffusa informazione pubblica, difficile a realizzarsi per due ordini di motivi: la naturale astrusità della materia e la mancanza di cura nella redazione degli atti intesi a glossare i valori economico-finanziari di periodo, differenziati tra iniziali e finali.

In favore di una tale primaria esigenza di comprensione sociale dell'attività economica svolta avrebbero dovuto soccorrere, quanto agli enti territoriali, le relazioni di mandato, iniziale e finale, dei sindaci e presidenti di provincia nonché quella riferita all'abrogata relazione finale dei Presidenti di Regione. I modelli standardizzati dei primi e una sorta di più generale incompletezza della modulistica hanno impedito l'esatto svolgimento del preteso impegno informativo della collettività, tanto da fare sperare che gli enti territoriali, nell'esercizio della loro autonomia, non decidano liberamente di perfezionare redazioni intermedie e finali anche in assenza di uno specifico disposto in tal senso sancito dalla legislazione statale.

Del resto, il rispetto delle rigide vigenti regole computistiche e di quelle riferite alla partecipazione e al controllo democratico ha assunto doverosamente concretezza dopo la legge delega 5 maggio 2009 n. 42, attuativa dell'art. 119 della Costituzione, e la successiva introduzione del principio del «pareggio di bilancio», di cui all'art. 81 della Carta, a cura della legge costituzionale n. 1/2012, impositiva dell'adozione della legge rinforzata 24 dicembre 2012 n. 243. Una regolazione di alto rango che sfociò nel d.lgs. 26 giugno 2011, n. 118, recante "Disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle Regioni, degli enti locali e dei loro organismi, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 5 maggio 2009, n. 42", integrato e corretto dal d.lgs. 10 agosto 2014, n. 126.

3. *Qualità, definizione e strumentalità*

Tutto questo porta il bilancio ad essere divenuto l'atto tecnico-politico di indiretta emanazione della collettività amministrata perché concepito e approvato nei massimi consessi delle istituzioni interessate attraverso il conseguimento dei *quorum* richiesti. Un istituto giuridico-economico con il quale è dato riconoscere – nella sua complessità preventiva e rendicontativa – la corrisponden-

[20] Corte costituzionale, 20 luglio 2016 n. 184, punto 3 (red. Carosi) e Corte costituzionale, 29 novembre 2017 n. 247, punto 10 (red. Carosi) così definiscono il destinatario tipico cui assicurare la comprensibilità del bilancio, sia nei contenuti/saldi parziali che nel suo indirizzo complessivo.

za o meno tra quanto programmato dal decisore nel triennio, anche in relazione all'autonomia finanziaria esercitata di entrata e di spesa, e quanto complessivamente realizzato dal sistema Stato e da quello autonomistico territoriale nell'arco di un esercizio finanziario di competenza e, via via, di quelli successivi. Ciò con la chiara emersione della verosimilmente corretta esecuzione del mandato elettorale svolto nel corso della legislatura o della consiliatura e delle responsabilità sull'attuazione delle politiche di bilancio della Repubblica: nelle sue componenti di cui all'art. 114 della Costituzione, incluse le società partecipate e degli enti facenti parte del servizio sanitario nazionale.

Ad una siffatta funzionalità del bilancio di assicurare l'equilibrio economico – indispensabile per garantire il buon andamento della PA, nel rispetto dei doveri posti alla stessa dall'art. 97, comma primo, della Costituzione, e il concorso nel salvaguardare i vincoli dell'UE, *ex* art. 119, comma primo – lo stesso vi perviene sulla base delle decisioni assunte nel rispetto delle risorse pubbliche rese alla medesima pubblica amministrazione sistematicamente disponibili[21]. Risorse prevalentemente ovvero quasi totalmente elargite da parte dello Stato secondo le metodologie fondate prioritariamente sul criterio della quota capitaria passata, nel tempo, dalla tipologia secca a quella ponderata sull'anzianità dei cittadini, rapportata pertanto all'entità e alla qualità demografica del diverso ente territoriale destinatario. Una metodologia che, se riferita all'esercizio delle funzioni fondamentali degli enti locali e al funzionamento di quelli che compongono il servizio sanitario nazionale, è stata incentrata sui costi e fabbisogni *standard*, perequati a tal punto da rendere l'entità del finanziamento in godimento garante, ovunque, dell'esigibilità dei livelli essenziali delle prestazioni e delle funzioni fondamentali di comuni, province e città metropolitane[22].

[21] P. Maddalena, *Le prospettive del controllo e della giurisdizione della Corte dei conti alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale e nel contesto dell'attuale crisi economico-finanziaria*, in *Cerimonia per il 150° anniversario della Corte dei conti*, Bologna, 15 novembre 2012, 1-3., nel quale l'A. mette in evidenza la conclusione cui è pervenuta la Corte costituzionale, in relazione all'art. 100 della Carta, nel senso di ritenere una «stretta complementarietà tra il controllo sulla gestione amministrativa e quello sulla gestione finanziaria, ponendo in evidenza l'unitarietà dei fini dei due tipi di controllo. Infatti, considerato che ambedue i tipi di controllo inducono la Corte dei conti a sollecitare "misure correttive", e ad intervenire così in modo indiretto sull'attività amministrativa, è stato agevole concludere che il controllo, a campione, sull'economicità, efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa è venuto concettualmente ad unificarsi, nelle sue finalità, al controllo sulla legalità e regolarità del bilancio». Al riguardo, per corretta attività amministrativa deve intendersi quella ispirata: ad una sana gestione del bilancio; al perseguimento dell'equilibrio economico del bilancio; al rispetto del vincolo di indebitamento; al coordinamento della finanza pubblica; all'unità economica della Repubblica; al rispetto dei vincoli dell'UE.

[22] Una metodologia, quella fondata sui costi e fabbisogni *standard* collaborata dalla perequazione, recata dalla legge delega n. 42/2009, attuativa del novellato art. 119 della Costituzione. Più precisamente: dal d.lgs. n. 216/2010 per la determinazione valoriale dei fabbisogni standard (quantitativi) degli enti locali; dal d.lgs. 23/2011 introduttivo (sino ad oggi per lo più in via teorica) del cosiddetto federalismo municipale; dal d.lgs. 68/2011 riferito al nuovo ordinamento di Regioni e province e della sanità (anche essi sino ad oggi teorici). L. Antonini, *Federalismo all'italiana, Dietro le quinte della grande incompiuta*, Venezia, 2013, 139 ss., ove l'A., a proposito di livelli essenziali di assistenza, riassume con una inimitabile sintesi il meccanismo di determina-

Una metodologia, questa, correttamente funzionante e garante dell'esigibilità sociale a condizione della capacità espressa da ogni singola Regione di far proprio un gettito fondato su un esauriente accertamento della propria pretesa tributaria e su una efficace riscossione delle imposte di competenza e delle tariffe proprie.

In buona sostanza, la funzionalità dei bilanci di previsione e rendicontativi – questi ultimi successivi e confrontabili con i primi sotto il profilo della realizzazione di quanto dagli stessi programmato, cui l'ordinamento sancisce, in caso di mancata approvazione, «il venir meno del consenso della rappresentanza democratica» – impone inscindibilmente la prova del possesso di alcuni importanti requisiti e la precisazione delle modalità esplicative e dei risultati, totali e parziali, rispettivamente programmati e conseguiti. Quanto ai primi, devono corrispondere ai criteri di verità, chiarezza, significatività, attendibilità e ragionevolezza, supportati – in ogni allibramento – da motivazioni soddisfacenti che ne giustifichino, al tempo della loro individuazione, una ragionevole previsione rispetto ai secondi. In quanto tali devono essere chiaramente dimostrativi di una esauriente specificazione del se, come e quando sono state attuate complessivamente le politiche pubbliche, espresse in valori consuntivi, in rapporto agli impegni economico-finanziari preventivati nell'arco del triennio e relazionati alle cause giuridiche che li hanno determinati.

Il tutto, con l'ineludibile dovere di renderli generalmente comprensibili, aggregabili e comparabili, come detto, attraverso il sopravvenuto obbligo di armonizzazione alle introdotte regole contabili di cui al vigente testo del d.lgs. 118/2011. Ciò allo scopo di soddisfare la ineludibile esigenza di una corretta informazione collettiva in ragione della programmazione economico-finanziaria e del coordinamento della finanza pubblica. Il tutto in vista dell'applicazione del cosiddetto «federalismo fiscale» il quale è in coerenza con il rispetto delle regole dell'Unione Europea e dell'equilibrio di bilancio della Repubblica, federalismo, invero, in ritardo applicativo di oltre dieci anni.

In buona sostanza, nel valutare la strumentalità del bilancio pubblico in senso lato, potrebbero ad esso essere rimesse le funzioni (in parallelo a quello del bilancio dello Stato):

1) contabile, dal momento che in un siffatto strumento devono essere rappresentate *ex ante* la condizione economico-finanziaria e patrimoniale dell'istituzione cui si riferisce, in vista della gestione futura;
2) di certezza e garanzia per i preposti alla gestione e per i destinatari degli effetti;

---

zione dei relativi *benchmark*: suddivisi per segmenti assistenziali chiarisce che il sistema «si fonda sull'identificazione di cinque regioni in sostanziale equilibrio economico tra cui ne verranno scelte dalla conferenza Stato-regioni tre che faranno (per l'appunto) da *benchmark* per le altre, determinandone il livello di finanziamento su parametri analoghi»;

3) politica, atteso che interessa la competenza degli organi gestori e istituzionali rappresentativi dei conferenti i poteri;
4) di vincolo giuridico nella definizione del bilancio consolidato dello Stato ai fini del perseguimento dell'equilibrio, della sostenibilità del debito pubblico (art. 97, comma primo, della Costituzione), e del concorso all'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'UE (art. 119, comma primo, della Costituzione),
5) economica, perché definisce la programmazione di breve e medio periodo;
6) autorizzatoria, in quanto fissa gli stanziamenti, l'imposizione tributaria, le entrate proprie – indispensabili all'attuazione delle politiche istituzionali -, e le spese effettuabili durante l'esercizio finanziario di riferimento.

Quest'ultima funzione è preposta anche a dimostrare la coerenza delle entrate previste con le spese sostenibili che, in questo senso, è strumento di *governance* e di predittività dell'andamento degli esercizi futuri, quindi, degli sviluppi socio-economici[23].

Dunque, il bilancio determina l'esercizio delle politiche territoriali, nel triennio, nell'assoluto rispetto del dettato costituzionale e secondo i principi generali o postulati contabili dell'ordinamento aggiornati al D.M. 1 settembre 2021, nel rispetto delle pretese e dei limiti posti a livello unionale, così come, sul versante privato, l'esercizio delle politiche produttive, siano esse industriali, commerciali e del terziario, avanzato e no.

4. *Funzione e opportunità, reali e mancate*

La funzione del bilancio come bene pubblico sarebbe da considerarsi funzionale al perfezionamento della relazione di fine mandato dei sindaci dei comuni e dei presidenti di province, nonché dei primi cittadini delle Città metropolitane – cui fu successivamente aggiunta quella di inizio, ancorché meno strutturata come modello e da perfezionarsi con procedure meno articolate[24] -, nonché lo sarebbe stato alla relazione di fine legislatura a suo tempo prevista per i Presiden-

[23] P. Laband, *Il diritto del bilancio*, traduzione a cura di C. Forte, Milano, 2007, 190 ss. L'A, nel definire l'essenzialità del diritto del bilancio analizzato nelle diverse esperienze europee con particolare riferimento alla Carta costituzionale prussiana alla luce della Costituzione della Germania del nord, opera un'interessante distinzione, in riferimento al diritto di preventiva autorizzazione delle spese, tra quelle giuridicamente «obbligatorie», perché riconosciute come tali per legge, e quelle «discrezionali», per le quali non esiste alcun obbligo giuridico ad effettuarle e, in quanto tali, bisognevoli di un preventivo provvedimento autorizzatorio.

[24] Tale strumento è stato introdotto nell'ordinamento dal D.L. 174/2012, convertito nella legge 7 dicembre 2012 n. 213, nella parte che ha modificato il d.lgs. 149/2011 con la previsione e l'insediamento nell'apposito art. 4-*bis*.

ti delle Regioni, ritenuta successivamente contraria dalla Consulta a principi della Costituzione, posti soprattutto a tutela e a garanzia dell'autonomia regionale[25].

Un siffatto strumento di misurazione comparata, tra l'inizio e il termine di una carica istituzionale monocratica, ebbe a rintracciare la sua ratio introduttiva nell'ordinamento in due nobili scopi:

a) quello di rendere conto, attraverso una compilazione razionalizzata e schematizzata, degli atti conclusivi della legislatura regionale dimostrativi della qualità della gestione trascorsa e, dunque, formativi di un chiaro convincimento collettivo sull'operato istituzionale trascorso;
b) quello di rappresentare fedelmente a fine legislatura quanto sarà lasciato in eredità giuridico-economica, ancorché se il firmatario sia ricandidato al ruolo, al Presidente di Regione subentrante dall'omologo decisore pubblico del quinquennio precedente.

Con la sentenza 19 luglio 2013, n. 219[26], la Corte costituzionale ha in un certo senso demolito, nella pratica, un utile pilastro del sistema delle garanzie demo-

---

[25] Interessante, al riguardo, è la sentenza della Corte costituzionale 19 luglio 2013, n. 219 (red. Lattanzi) nella parte in cui mette, comunque, in diretta comparazione la strumentalità delle relazioni di fine mandato dei sindaci con quella di fine legislatura dei presidenti delle Regioni, sottolineandone le rispettive peculiarità e la corrispondenza dei primi ai principi costituzionali a dispetto della seconda.

[26] Il Giudice delle leggi, con la sentenza *de qua*, è intervenuto estromettendo dall'ordinamento un così importante strumento rendicontativo posto a carico dei presidenti di Regioni: la relazione da redigersi a cura del servizio bilancio e finanze regionale e dell'organo di vertice dell'amministrazione regionale, per come modificato dal D.L. n. 174/2012, convertito nella legge n. 213/2012. Un compito che doveva essere necessariamente perfezionato con la formale certificazione da parte degli organi di controllo interno regionale, da rilasciarsi nel termine dei dieci giorni successivi alla intervenuta sottoscrizione del Presidente della Regione. Nello stesso termine di dieci giorni dalla sua sottoscrizione l'anzidetta relazione si sarebbe dovuta inviare al Tavolo tecnico interistituzionale, se istituito presso la Conferenza Permanente per il coordinamento della finanza pubblica, composto, pariteticamente, da rappresentanti ministeriali e regionali. Tale organismo avrebbe, a sua volta, avuto l'obbligo di trasmettere ad ogni Presidente di Regione adempiente un dettagliato rapporto sul contenuto della relazione ricevuta, con la dichiarazione di conformità dei dati in essa contenuti con quelli posseduti e con quelli presenti nella banca dati di cui all'art 13 del d.lgs. 196/2009. Siffatta relazione la si sarebbe dovuta anche trasmettere alla Sezione regionale di controllo della Corte dei Conti, obbligata ad esprimere il proprio parere entro i successivi trenta giorni. In via generale, la Consulta ha stigmatizzato e, di conseguenza, deciso l'incostituzionalità, in particolare dell'art. 1 e dell'art. 13 del d.lgs. n. 149/2011, in relazione all'art. 76 della Carta, atteso il rinvenimento di un eccessivo esercizio del relativo potere da parte del legislatore delegato, ritenuto in carenza di delega e, addirittura, in contrasto con la legge di delegazione n. 42/2009, introduttiva del cosiddetto federalismo fiscale, nonché lesiva dell'autonomia regionale e delle disposizioni in materia di legislazione concorrente. Ciò in quanto la Corte ha sostenuto che, a fronte di un'assoluta ampiezza e genericità della delega, il legislatore delegato ha troppo "specializzato" lo strumento (relazione di fine legislatura) tanto da renderlo rispondente "ad una finalità di verifica e pubblicità sull'intera gamma delle attività regionali, di carattere normativo e amministrativo". Lo ha fatto così eccessivamente "da coinvolgere e potenzialmente incidere l'intero fascio delle competenze costituzionali delle Regioni, il cui esercizio, nella maggior parte dei casi, è inevitabilmente connesso ad impegni di spesa". Di conseguenza, ha concluso che l'obiettivo di "trasparenza" dell'intera attività della Regione, connesso all'opzione cui era pervenuto il legislatore delegato, contravvenisse con la copertura sancita dall'art. 76 della Carta tanto da rendere l'assunto palesemente incompatibile con la Costituzione e, quindi, illegittimo. In buona sostanza, la Corte ha evidenziato, nel caso di specie, essersi verificato un palese corto circuito tra quanto deciso, a suo tempo, dal legislatore delegante e quanto invece esercitato, fuori misura, da quello delegato.

cratico-informative dovute alle collettività governate regionalmente, ideato legislativamente per assicurare una minuziosa conoscenza sugli accaduti istituzionali della relativa legislatura. Un chiaro strumento attraverso il quale potere esercitare una verifica sulla gestione delle entrate e spese pubbliche nonché sul perfezionamento degli atti, amministrativi e normativi, intervenuti nel corso della legislatura regionale in imminente scadenza, così come ordinariamente avviene negli enti locali a cura dei sindaci e dei presidenti delle province. Un modo per favorire una maggiore consapevolezza dei cittadini, indispensabile ai medesimi per meglio esercitare la democrazia rappresentativa, specie in relazione ai necessari controlli *ex post* dell'elettorato attivo, tenuto a verificare, nel suo interesse, il prodotto della politica in riferimento ai risultati promessi dalla stessa e spesso non conseguiti, oramai causa di una imposizione fiscale aggiuntiva di carattere "sanzionatorio". Il tutto, nel più corretto esercizio del percorso democratico, selettivo della classe dirigente da giudicare – quanto a quella uscente – attraverso un atto di natura confessoria.

L'intervenuta espulsione dall'ordinamento della relazione di fine legislatura delle Regioni è stata, tuttavia, la conseguenza di una lettura non del tutto condividibile da parte della Consulta, tra quanto previsto nella delega parlamentare – più specificatamente negli artt. 2, 17 e 26, con particolare riferimento a quanto disposto nel comma 2 dell'art. 2 alle lettere *h*) e *i*) della legge n. 42/2009 – e il contenuto/obiettivo della relazione di fine legislatura, così come definita nell'art. 1 del d.lgs. n. 149/2011. Quest'ultima, infatti, non aveva nulla a che vedere con l'individuazione dei principi di armonizzazione dei bilanci pubblici del sistema autonomistico, di cui si è occupato il d.lgs. n. 118/2011, peraltro sensibilmente modificato e implementato, come detto, dal d.lgs. 10 agosto 2014, n. 126, dunque successivo all'intervenuto *dictum* costituzionale. Ciò in quanto era funzionale al conseguimento del superamento sostanziale dell'allora disorganicità del sistema di contabilità che, così com'era frammentato, dava spazio ad una libera interpretazione degli obblighi redazionali e ad una pessima "manutenzione" dei bilanci, tanto da renderli non affatto facilmente espressivi della veridicità e della certezza. Un limite, questo, che li rendeva difficilmente comparabili e, di conseguenza, non facilmente aggregabili, né tampoco consolidabili per come è indispensabile per concretizzare correttamente il bilancio consolidato dello Stato. L'ambito nel quale si muoveva l'individuazione dello strumento della relazione di fine legislatura era, infatti, tutt'altro che contabile, un aspetto al quale il legislatore delegato aveva destinato una attenzione quasi marginale, ponendo più l'accento sull'intervento quali-quantitativo del sistema dei controlli, sulla capacità di rimediare alle contestazioni mosse dalla magistratura contabile e agli eccessi di spesa sanitaria, sulla attività di convergenza ai costi *standard* e, quindi, di adeguamento all'introdotto sistema di finanziamento alternativo alla spesa storica, sulle politiche di

rientro dell'indebitamento e, infine, sulla capacità di individuare atti legislativi, regolamentari e amministrativi finalizzati a rendere compatibile la gestione con gli obiettivi e i vincoli di bilancio.

Il tutto, ovviamente, assistito dalle situazioni patrimoniali ed economico-finanziarie cristallizzate dalla Regione nei suoi strumenti contabili rendicondativi definitivi. Dunque, uno strumento – quello della relazione di fine legislatura – tipicamente ed esclusivamente ricognitivo, perfettamente funzionale al conseguimento dell'obiettivo generale della delega contenuta in materia di definizione dei principi e dei relativi strumenti applicativi del coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario, dal momento che avrebbe riassunto in essa ogni informazione utile su quanto di giuridico-economico rilevante fosse stato desumibile dall'ordinario esercizio delle funzioni istituzionali già svolte dalla Regione nei precedenti cinque anni. In quanto tale la si sarebbe potuta considerare, a ragione, la mera traduzione organicamente descrittiva di quanto semplicemente accaduto nel quinquennio di trascorsa legislatura, esclusivamente finalizzata a rendere edotti sull'argomento i cittadini interessati, proprio per questo priva di sanzioni a carico del presidente della Regione inadempiente, anche se utile a generare come conclusione sociale la formazione progressiva di una specie di bilancio consolidato inter-esercizi e anche infra-mandato, nonché equivalente al bilancio sociale.

Una considerazione, quest'ultima, che fa sorgere l'utilità di supporre una reintroduzione di un simile strumento, interpretandolo, così come era naturale che fosse stato considerato *ab initio*, una mera sintesi ragionata dell'impatto sociale sulle azioni compiute. In buona sostanza, una sorta di autentica pedissequa riproposizione glossata del bilancio finale della Regione messo in relazione con quello di inizio legislatura, avente lo scopo di soddisfare l'esigenza irrinunciabile di rendere facile la lettura ai cittadini dell'operato del loro Presidente in termini di gestione dell'entrata goduta e della spesa effettuata nonché dei risultati conseguiti in relazione all'equilibrio di bilancio preteso dalla Costituzione. Adoperarsi legislativamente in tale senso, costituirebbe l'occasione di soddisfare il monito chiaramente sottolineato, in favore dell'irrinunciabile partecipazione democratica alla costruzione delle finalità pubbliche ribadite dalla Corte costituzionale in tal senso, dal Capo dello Stato[27]. Un'esigenza, questa, che il Presidente

[27] «La Corte costituzionale, con la sentenza 20 luglio 2016, n. 184 (red. Carosi) ha ricordato che il bilancio è un bene pubblico nel senso che è funzionale a sintetizzare e rendere certe le scelte dell'ente pubblico, sia in ordine all'acquisizione delle entrate, sia alla individuazione degli interventi attuativi delle politiche pubbliche". In una siffatta ottica, il Presidente della Repubblica – nel corso dell'occasione cerimoniale – ha continuato dichiarando che "ogni amministratore (ivi comprendendo i presidenti di Regione), a conclusione del mandato, è sottoposto a giudizio del corpo elettorale che valuta le scelte politiche, tradotte in concrete azioni di governo attraverso le decisioni di bilancio". A conclusione del suo intervento, Sergio Mattarella, parlando ai magistrati di nuova nomina alla Corte dei conti nel 2018, ha detto che "dopo la revisione, costituzionale del 2012 e la modifica dell'art. 81 della Costituzione, l'equilibrio di bilancio implica in prospettiva dinamica la

della Repubblica ha ritenuto di raccomandare. Ovverosia di ritenere obbligato, a conclusione di ogni rispettivo mandato elettivo, il preposto al governo dell'istituzione regionale alla sottoposizione del giudizio della collettività, tenuta a valutare le scelte politiche effettuate e la loro traduzione in atti sostanziali di governo della *res pubblica* territoriale affidatagli, da dover provare «attraverso le decisioni di bilancio» perfezionate nel quinquennio.

Fatte queste premesse, potrebbe essere interessante (ri)prospettare il bisogno della relazione anche di fine legislatura. Non solo per un'esigenza di trasparenza bensì per comprendere la intervenuta dinamicità gestoria nel corso della legislatura, per come condizionata, tra l'altro: da cicli economico-finanziari più o meno favorevoli, determinati da maggiori o minori disponibilità di risorse unionali e dal corretto uso che si è fatto delle stesse; da eventuali percorsi di *spendig review* utili ad assicurare una maggiore sostenibilità del bilancio di esercizio ovvero a garantire una sensibile diminuzione del *deficit* patrimoniale; da investimenti dedicati alla formazione del personale, tanto da incrementare il suo risultato performativo; da migliorare i risultati di partecipate ed enti strumentali della Regione; da avere incrementato la qualità dei cespiti.

5. *Caratteristiche e peculiarità*

Il bilancio, in senso proprio, rappresenta lo strumento giuridico-economico – dalla caratteristica certificatoria e, quanto a quello di previsione, dalla sua natura ed efficacia autorizzatoria – che si frappone tra il complessivo sviluppo delle politiche di bilancio, le responsabilità di esercizio politico (e non solo) del mandato elettorale, direttamente commisurato alla qualità e alla proporzionalità dell'impiego delle risorse pubbliche e, infine, l'accesso e la comprensibilità delle sue rappresentazioni tecniche, di tipo alfanumerico, da parte della comunità destinataria.

Relativamente alle responsabilità di mandato locale elettivo e ai doveri conseguenti è intervenuta la Corte costituzionale che, nel triennio 2016-2019, ha fissato importanti principi ispiratori dell'attività esercitata dalle pubbliche amministrazione che deve essere, comunque, vocata allo sviluppo concreto ed esauriente del circuito democratico, con l'attribuzione di una specifica funzione del bilancio preventivo e del rendiconto alla informazione in relazione al perseguimento e al conseguimento dei risultati con le risorse pubbliche godute e impiegate nelle autonomie locali[28]. Tenuto conto di quanto già sottolineato in tema di assegnazione al bilan-

continua ricerca di un armonico e simmetrico bilanciamento tra risorse disponibili e spese necessarie per il perseguimento delle finalità pubbliche».

[28] Corte costituzionale, sentenza 25 ottobre 2012, n. 228 (red. Carosi).

cio dell'attributo di «bene pubblico», è appena il caso di delineare che esso è rappresentativo di quattro utilità: quella del decisore eletto che lo genera, sulla base delle proprie considerazioni politico-programmatiche; del dirigente che lo redige sulle indicazioni del primo; dell'economista estraneo alla pubblica amministrazione che lo analizza tecnicamente sottolineandone i pregi e i difetti; infine, dell'insieme dei cittadini di riferimento che ne subiscono gli effetti e le ricadute, siano essi positivi che pregiudizievoli. Quella del politico, di fatto, corrisponde all'espressione materializzata della determinazione delle scelte operate con «la tensione, profonda e disinteressata, per costruire condizioni di libertà e benessere collettivo». Quella del dirigente è corrispondente ai suoi doveri d'ufficio fissati dall'art. 4 del d.lgs. 165/2001. Quella dell'economista la si concretizza «nella comprensione e spiegazione delle condizioni di struttura che creano lavoro, crescita e benessere»[29]. Quella, infine, della collettività destinataria utile a tradurre l'esito economico-patrimoniale dello strumento giuridico-economico in futuro consenso o dissenso, quale apprezzamento o meno degli effetti sociali ed economici da esso derivanti, nei confronti del decisore agente. Un consenso/dissenso da concretizzarsi sulla base delle scelte gestorie del bilancio eventualmente discriminanti, assunte ovviamente al netto di quelle indisponibili perché afferenti a spese vincolate[30].

Una specificazione che – ad implementazione delle comuni rappresentazioni del bilancio di previsione e delle successive rendicontazioni espresse nell'ambito delle politiche di bilancio esercitate dai rispettivi decisori del sistema autonomistico – comporta per il sistema degli enti infra-statali, per l'esattezza di quelli locali, precisi obblighi e responsabilità assunte nell'esercizio dei rispettivi mandati politici, ovvero di legislature, se legislativamente riproposto quello dei Presidenti delle Regioni, ovviamente sotto diversa forma rispetto a quella non condivisa a suo tempo dalla Consulta. Ciò in relazione all'impiego delle risorse pubbliche e all'obbligo informativo dell'uso delle stesse alla relativa collettività, diretta destinataria delle risorse, siano esse proprie, nel senso dell'art. 119, commi secondo e terzo, della Costituzione, che unionali, se trasferite dall'Unione Europea e dallo Stato attraverso il sistema delle compartecipazioni, oggi, direttamente alla residenzialità e, come sarebbe meglio con il cosiddetto federalismo a regime, attraverso la metodologia dei costi e fabbisogni *standard* perequati al punto da garantire l'esigibilità dei livelli essenziali delle prestazioni e dell'erogazione del prodotto delle funzioni fondamentali esercitate dagli enti territoriali[31]. Una considerazione fondata sull'ineludibile dovere di favorire il corretto esercizio del circuito

[29] M. Degni, P. De Ioanna *Il bilancio è un bene pubblico*, Roma, 2017, 39.

[30] G. Rebora, *Proposte di modelli di riferimento e linee guida per lo sviluppo del ciclo della performance*, *www.contabilita-pubblica.it*, 19 settembre 2021, 121.

[31] D. Butturini, *I livelli essenziali delle prestazioni: problemi di definizione e di finanziamento*, in F. Palermo, M. Nicolini (a cura di), *ibidem*, Napoli, 2012, 254-264.

democratico[32] preteso dalla Corte costituzionale in importanti sentenze. Con siffatti *dicta* la stessa è, invero, arrivata ad affidare la funzione, sia al bilancio che al rendiconto, di assicurare ai membri della collettività locale la cognizione, preventiva e consuntiva, rispettivamente, della progettualità e della modalità di impiego delle risorse e, con questo, dei risultati conseguiti da chi è titolare del mandato elettorale. Diversamente è stato ritenuto dalla Consulta in relazione agli adempimenti spettanti alle Regioni, cui la Costituzione affida una particolare insindacabile autonomia, e ai loro Presidenti relativamente alle legislature cui sono stati elettoralmente preposti. La permanenza nell'ordinamento avrebbe, altresì, offerto l'occasione per comprendere il raggiungimento o meno delle condizioni di esigibilità dei livelli essenziali delle prestazioni, prioritariamente di quelli riferibili a sanità, sociale e trasporti pubblici locali, tale da costituire la prova dell'inadempimento risarcibile, riconducibile all'art. 117, comma secondo, lett. m), della Costituzione, per mancato raggiungimento erogativo di diritti fondamentali, con conseguente ipotizzabile illecito extracontrattuale dello Stato e delle Regioni, ma anche degli enti locali nello specifico delle loro funzioni fondamentali, verso i cittadini[33]. Una situazione, questa, generativa di un illecito, per l'appunto, extracontrattuale la lascerebbe desumere una omologa configurazione nella responsabilità assunta da uno Stato verso l'Unione Europea nell'ipotesi di mancato recepimento delle norme di quest'ultima, una sorta di responsabilità assimilabile a quella dello Stato che disapplichi la Costituzione, allorquando vengano lesi diritti indispensabili alla vita delle persone ovvero di tutela dei diritti prioritariamente fondamentali per l'esistenza delle comunità.

Fatte queste considerazioni, il bilancio è da ritenersi il punto di riferimento in cui vengono a confluire gli effetti degli esercizi, annuali e del triennio, previsti e, quanto ai primi, consuntivati, delle complessive relative politiche, che ad esso fanno specifico riferimento (le cosiddette politiche di bilancio, appunto), nonché le responsabilità per l'esecuzione del mandato, sia di consiliatura che di legislatura, quest'ultima riferita alle Regioni e alle Province Autonome. Ciò in riferimento alla dimostrazione palese sull'impiego delle risorse, trasferite e/o percepite a seguito di imposizione tributaria e di erogazioni di servizi, con conseguente accessi-

[32] Corte costituzionale, sentenza 14 febbraio 2019, n. 18 (red. Carosi).

[33] Corte costituzionale, sentenza 19 luglio 2013, n. 219 (red. Lattanzi) nella quale il Giudice delle leggi se, da un versante, sottolinea la necessità di preservare l'autonomia costituzionale e politica delle Regioni, poste a fondamento dell'ordinamento del sistema autonomistico territoriale autonomie, «che questa Corte ha già ritenuto caratterizzare la stessa forma di Stato italiana come "Stato regionale"» (sentenza n. 229 del 1989), dall'altro, precisa che «tale autonomia si inserisce pur sempre nella cornice imposta dal principio fondamentale di unità ed indivisibilità della Repubblica (art. 5 Cost.)». Al riguardo, la Consulta ha precisato tuttavia che «Autonomia non significa (….) potestà di deviare rispetto al comune percorso definito dalla Costituzione, sulla base della condivisione di valori e principi insensibili alla dimensione territoriale, tra i quali spicca l'adempimento da parte di tutti dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale (art. 2 Cost.).

bilità, da rendersi massimamente facilitata in termini di lettura, della comunità locale amministrata e, per quanto riguarda le Regioni, della collettività sottoposta alle proprie leggi, anche di carattere impositivo di oneri diversi. A ben vedere, la corretta formazione del bilancio va ricondotta al rispetto del principio democratico, la cui violazione arriva a determinare la privazione dei diritti fondamentali dei cittadini, cui materializza una responsabilità riconducile a quella conseguente alla *malagestio,* posti a tutela del socio che apparrebbe ingiusto e diseguale se non riconosciuto alla persona umana destinataria del danno relativo.

Ad una lettura della sua strumentalità riconduce la Corte costituzionale che riconosce al bilancio l'essere presupposto fondamentale del circuito democratico, al cui omonimo principio riconduce, se disatteso, la violazione dei diritti fondamentali, con conseguente responsabilità non solo politica, comportante la privazione di diritti fondamentali. Il tutto con il cittadino tutelabile dalla cattiva amministrazione alla stregua del socio danneggiato, con la conseguenza di rivendicare, così come consentito al socio di farlo nei confronti dell'amministratore, strumenti di tutela diretta dei propri diritti fondamentali. Ciò è rintracciabile nel riconoscimento del «carattere funzionale del bilancio preventivo e di quello successivo, alla cui mancata approvazione, non a caso, l'ordinamento collega il venir meno del consenso della rappresentanza democratica, presuppone quali caratteri inscindibili la chiarezza, la significatività, la specificazione degli interventi attuativi delle politiche pubbliche»[34], con il risultato di assicurare ai membri della collettività la cognizione delle modalità di impiego delle risorse e i risultati conseguiti da chi è stato titolare del mandato elettorale[35].

Una definizione che offre la Consulta, che ha valorizzato, in più occasioni, la funzione del bilancio preventivo e del rendiconto, nel senso di ritenerli strumenti indispensabili per assicurare alle rispettive cittadinanze la consapevolezza delle modalità di impiego delle risorse, rese disponibili alle relative istituzioni, e dei risultati conseguiti da chi è titolare del mandato elettorale, sia esso di consiliatura negli enti locali che di legislatura regionale.

Concludendo, quanto alla riconduzione del bilancio alla indiscutibile stregua di bene pubblico, è appena il caso di sottolineare come la privazione dei diritti fondamentali costituisce una chiara violazione del principio democratico. Un

[34] Corte costituzionale, sentenza 20 luglio 2016 n. 184 (red. Carosi).

[35] E. Cavasino, *op. cit.*, in *Diritto & Conti*, n. 1, 2019, 20-21, ove l'A. mette in evidenza l'impegno della Corte costituzionale ad offrire una interpretazione della revisione costituzionale intervenuta nel 2012 accentuando l'esistenza del dovere di solidarietà, da concretizzare attraverso una corretta proporzione fra le funzioni pubbliche strumentali alla tutela dei diritti costituzionali e le economie ad esse destinate, con la conseguenza del consolidarsi dell'esistenza del diritto del bilancio e della contabilità pubblica. Con questo ha elaborato una giurisprudenza sulla contabilità di mandato (sentenza n. 18/2019) quale «precipitato di una interpretazione costituzionale attenta ai principi di struttura dell'ordinamento costituzionale e alla crasi fra questi e quelli introdotti con le revisioni del 2001 e 2012».

assunto che porterebbe a considerare la responsabilità del decisore pubblico alla stregua dell'amministratore che risponde al socio per *malagestio* e non già liquidabile come mera responsabilità politica.

In una siffatta logica, dal momento che lo Stato risponde, come detto, nei confronti dell'Unione Europea per mancato adempimento delle direttive, dovrebbe evidenziarsi un genere di responsabilità dell'attore pubblico, tenuto alla corretta gestione e redazione del bilancio, nei confronti dei cittadini destinatari per il differenziato adempimento degli obblighi costituzionali, specie di quelli che impongono l'uniformità incondizionata delle prestazioni e servizi indispensabili alla vita delle persone. Ciò in quanto i livelli prestazionali essenziali individuati nella Costituzione, a tutela dell'esigibilità dei diritti civili e sociali, non sono affatto comprimibili, con la conseguenza che dovrebbero trovare comunque allocazione nelle disponibilità del bilancio pubblico in generale, a discapito di altre previsioni dedicate alla non essenzialità, specie allorquando trattasi della tutela della salute dei cittadini integrata con quella della assistenza sociale. A fronte di un tale disimpegno potrebbe essere ravvisata la responsabilità del decisore in presenza di un nesso causale tra le azioni di bilancio e il difetto dei livelli essenziali dell'assistenza alla persona umana, tale da fare venir meno l'auspicata infrastruttura sociale pretesa dalla Costituzione per garantire il benessere salutare della collettività.

6. *Il contributo della Consulta in materia di bilancio e sue garanzie*

Concludendo, diventa indispensabile analizzare il contesto del contributo della Corte Costituzionale in tema di bilancio, distinguendo tuttavia gli orientamenti giurisprudenziali espressi per materia, in modo da renderli riconducibili al tema trattato nello specifico.

Al riguardo, è da rilevare come la giurisprudenza costituzionale abbia ben affrontato il nodo interpretativo degli anzidetti articoli orientandosi nel dare «piena effettività ai principi costituzionali sul bilancio». Con questo ha ritenuto dare risalto alla volontà di collocare, tra l'altro, il Magistrato contabile, «oggi definita(o) come organo dello Stato-ordinamento, in una posizione centrale nella garanzia dei vincoli costituzionali ed europei di bilancio e sostenibilità del debito pubblico (Corte cost. n. 60 del 2013)»[36].

[36] A. Carosi, *Il sindacato sugli atti di natura finanziaria tra Corte costituzionale e magistrature superiori*, in *Il Diritto del bilancio e il sindacato sugli atti di natura finanziaria*, Atti del Convegno 16-17 marzo 2017, dedicato alla magistratura contabile, Milano, 2019, 65 e ss.

6.1. *Bilanci e sistemi contabili armonizzati*

Per completezza argomentativa del trattamento riservato dalla Consulta alle singole tematiche affrontate sul bilancio, è appena il caso di fare riferimento a quei *dicta* che si sono occupati dell'armonizzazione dei bilanci e dei sistemi contabili, ispirata al ripiano del debito pubblico, al risanamento della finanza pubblica e al perseguimento dell'equilibrio economico[37].

Quanto all'esigenza di rendere i bilanci pubblici comparabili e, nell'insieme, consolidabili in quello della Repubblica, riconducibile nello specifico alla revisione costituzionale del 2012 e messa in relazione con il novellato art. 119 della Carta, è appena il caso di ricordare la sentenza della Corte costituzionale del 20 luglio 2016, n. 184 (red. Carosi). Nella stessa è così ribadita – oltre al riconoscimento dell'importanza delle procedure e dei progetti attraverso i quali il bilancio prende concretamente corpo nell'attuazione del programma che ha concorso a fare ottenere al decisore pubblico l'investitura democratica – l'ineludibilità dell'armonizzazione dei bilanci del sistema autonomistico territoriale. Con essa assume rilievo la modalità di rendicontazione e, soprattutto «il carattere funzionale del bilancio preventivo e di quello successivo, alla cui mancata approvazione, non a caso, l'ordinamento collega il venir meno del consenso della rappresentanza democratica, presuppone quali caratteri inscindibili la chiarezza, la significatività, la specificazione degli interventi attuativi delle politiche pubbliche». Il Giudice costituzionale in tale siffatta importante pronuncia – imponendo una esaustiva implementazione dei manufatti contabili, sia preventivi che consultivi, con le previste esaurienti note integrative ove mai accompagnate da ampie relazioni espositive rese ampiamente comprensibili – ha affermato con forza, assumendo a propria ragione la regolazione attuativa del cosiddetto federalismo fiscale (vigente d.lgs. 118/2011) che «i moduli standardizzati dell'armonizzazione dei bilanci *omissis* devono innanzitutto servire a rendere omogenee, ai fini del consolidamento dei conti e della loro reciproca confrontabilità, le contabilità dell'universo delle pubbliche amministrazioni, così articolato e variegato in relazione alle missioni perseguite», ancorché non idonei, di per sé, «ad illustrare le peculiarità dei programmi, delle loro procedure attuative, dell'organizzazione con cui vengono perseguiti, della rendicontazione di quanto realizzato». In quanto tali «Le sofisticate tecniche di standardizzazione, indispensabili per i controlli della finanza pubblica ma caratterizzate dalla difficile accessibilità informativa per il cittadino di media diligenza, devono essere pertanto integrate da esposizioni incisive e divulgative circa il rapporto tra il mandato elettorale e la gestione delle risorse destinate alle pubbliche finalità».

[37] A. Brancasi, *op. cit.*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 10 gennaio 2012, 2 e ss.

6.2. *Equilibrio di bilancio e suo significato*

Relativamente al principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio, preteso nei bilanci pubblici, è da ritenersi che le rappresentazioni numeriche devono essere suffragate da una stima accurata e attendibile, resa nell'assoluta coerenza con i presupposti giuridico-economici della loro determinazione quantitativa. Di conseguenza, nel concetto di copertura giuridica, i decisori sono chiamati ad intervenire sinergicamente sia sull'individuazione dei mezzi finanziari che sulla ragione di diritto sottesa al loro impiego. Sul tema, è intervenuta la Consulta che, con la sentenza 24 luglio 2019 n. 197 (red. Carosi), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge regionale della Regione Abruzzo per violazione dell'art. 81 Cost., ritenendo che la stessa esprimesse una mera ipotesi politica, priva di ogni supporto di natura tecnica – sotto il profilo giuridico-economico – a fronte di evidente necessità economica di copertura delle innovazioni ivi programmate e previste, comportanti consistenti oneri finanziari. I relativi stanziamenti della spesa individuati per "L'Aquila capoluogo", palesemente del tutto privi del presupposto giuridico, erano pertanto da ritenersi da espungere dal bilancio dell'esercizio di riferimento per effetto della sopravvenuta inesistenza delle ragioni del loro mantenimento. Ciò in conformità del principio generale del diritto contabile inerente alle condizioni di conservazione delle poste contabili di spesa, atteso che – per come più volte riaffermato dalla Corte – la copertura finanziaria di una spesa e l'equilibrio del bilancio non possono essere assicurati solamente dall'armonia numerica degli stanziamenti in parte entrata e spesa, ma devono fondarsi anche sulla ragionevolezza dei presupposti giuridici ed economici che ne sorreggono l'iscrizione in bilancio, essendo la copertura economica delle spese e l'equilibrio del bilancio due facce della stessa medaglia. «La forza espansiva dell'art. 81, terzo comma, Cost. si sostanzia in una vera e propria clausola generale, in grado di colpire tutti gli enunciati normativi causa di effetti perturbanti la sana gestione finanziaria e contabile». Conseguentemente, il principio dell'equilibrio di bilancio – così come sottolineato – non è assolutamente da considerare corrispondente al formale pareggio contabile del medesimo, essendo intrinsecamente collegato alla continua ricerca di una stabilità economica di media e lunga durata, nell'ambito della quale la responsabilità politica del mandato elettorale si esercita, non solo attraverso il rendiconto del realizzato, ma anche in relazione al consumo delle risorse impiegate.

6.3. *Il tema della responsabilizzazione dei decisori eletti*

Un altro tema affrontato dal Giudice delle Leggi è stato quello delle responsabilità in relazione alla rappresentanza democratica. La Corte costituzionale fa assumere al tema del bilancio una importanza vitale per la società civile, atteso che la stessa deve essere garantita dalla correttezza del suo esercizio e dal rispetto delle regole che gli assicurano anche una corretta continuità nei tempi. Con la sentenza 2 maggio 2019 n. 105 (red. Carosi) viene ribadito – unitamente all'equità intergenerazionale[38], al rispetto della trasparenza dei conti correlazionati alla responsabilizzazione degli amministratori pubblici – l'inderogabile principio della continuità. «Di qui la necessità di una chiarezza tassonomica del legislatore poiché «l'assenza di un risultato univoco di amministrazione, l'incongruità degli elementi aggregati per il suo calcolo e l'inderogabile principio di continuità tra gli esercizi finanziari […] non essendo utilmente scindibili gli elementi che ne compongono la struttura […], pregiudicano irrimediabilmente l'armonia logica e matematica che caratterizza funzionalmente il perseguimento dell'equilibrio del bilancio» (sentenza n. 274 del 2017; in tal senso, sentenza n. 49 del 2018).

A proposito di responsabilità rappresentativa la Corte costituzionale, sentenza 25 ottobre 2012, n. 228 (red. Carosi), insinua il criterio generale che ogni vizio riscontrabile nella approvazione dei bilanci, ivi comprese sia la loro mancata e formale condivisione che l'incuria del loro equilibrio strutturale, violano il legame fiduciario che caratterizza il mandato elettorale e la rappresentanza degli eletti verso gli elettori, anche potenziali. Ciò in quanto la peculiarità di anzidetto legame trova la ragione della sua esistenza nel principio costituente il presupposto del mandato elettivo posto a salvaguardia, statica e dinamica, degli equilibri finanziari. Da qui, il limite alla «autonomia della Regione in questo settore normativo (che) trova il suo limite esterno nelle disposizioni poste dallo Stato nell'ambito della salvaguardia degli interessi finanziari riconducibili ai parametri richiamati» (nella sentenza n. 184/2016).

Tant'è che nel TUOEL, il mandato elettorale e il sistema sanzionatorio del mancato perseguimento degli equilibri di bilancio sono strettamente collegati, sotto il profilo statico e dinamico, e quindi sorretti «da elementi sistemici di razionalità intrinseca prima ancora che logico-giuridici: un bilancio non in equi-

[38] 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, 2021, 491 ss., ove l'A. sottolinea la tutela delle generazioni future insita nella Costituzione a partire dalla salvaguardia dell'ambiente, nella sua «rinnovata visione, globale e dinamica», sottolineando con questo quanto la Consulta imponga ai decisori pubblici di intervenire, sempre e comunque, nell'interesse delle generazioni che verranno. Un concetto ripreso da F. Lillo, D. Siclari, *Prolegomeni sul ruolo della sostenibilità e dell'equilibrio di bilancio in chiave intergenerazionale, alla luce delle pronunce della Corte costituzionale*, in G. Colombini (a cura di), *ibidem*, Napoli, 2021, 540-543.

librio e l'assenza di bilancio costituiscono analoghi vulnera alla programmazione delle politiche pubbliche, in relazione alle quali è svolto il mandato elettorale. Quest'ultimo, indipendentemente dalle scelte di cui è espressione, ha quale presupposto indefettibile la puntuale e corretta redazione e gestione del bilancio secondo i canoni dell'art. 97, primo comma, Cost.».

Un argomento, questo, affrontato e approfondito anche con la sentenza del 14 febbraio 2019, n. 18 (red. Carosi), nella quale la Consulta, assumendo l'esame di una fattispecie, afferente ad un ente locale coinvolto in una procedura di predissesto, eccepita come elusiva degli artt. 81 e 97 della Costituzione, sancisce due importantissimi principi sui bilanci della pubblica amministrazione. Il primo riguarda la definizione sulle responsabilità dei preposti in relazione alla insostenibilità del bilancio dell'ente compromesso sottolineando che «nessuno degli amministratori eletti o eligendi sarà nelle condizioni di presentarsi al giudizio degli elettori separando i risultati direttamente raggiunti dalle conseguenze imputabili alle gestioni pregresse. Lo stesso principio di rendicontazione, presupposto fondamentale del circuito democratico rappresentativo, ne risulta quindi gravemente compromesso». Il secondo afferisce ad una precisa definizione della funzionalità del bilancio preventivo e del rendiconto, assumendo, come detto, che «il carattere funzionale del bilancio preventivo e di quello successivo, alla cui mancata approvazione, non a caso, l'ordinamento collega il venir meno del consenso della rappresentanza democratica» risiede essenzialmente nell'assicurare alla comunità di riferimento la consapevolezza sull'impiego delle risorse e l'ottenimento dei risultati raggiunti da chi ha amministrato l'istituzione interessata. Ciò con pedissequo riferimento alle proprie sentenze n. 184/2016, già commentata in nota, e n. 228/2017, ove viene sottolineato – tra l'altro – il legame fiduciario che caratterizza il mandato elettorale e la rappresentanza democratica degli eletti.

7. *L'abuso di bilancio*

Concludendo, diventa oltremodo interessante l'approfondimento della specificità giuridica di bene pubblico attribuita al bilancio[39], quale strumento garante della doverosa certezza contabile, considerate le sue caratteristiche *routinariamente* dinamiche e, in quanto tali, soggette a trasformazioni quantitative dei suoi

[39] E. Talarico, *Dal "pareggio tendenziale" all'equilibrio dinamico del bilancio nelle parole della Corte costituzionale*, in G. Colombini (a cura di*) ibidem*, Napoli, 2021, 948-951; E. Cavasino, *op. cit.*, in *Diritto & Conti*, n. 1, 2019, 21 ss., interessante la sintesi espressiva che fa l'A. del bilancio come bene pubblico ricavabile dall'insieme dei principi dell'equilibrio dinamico (e non già di pareggio formale di bilancio), posto a tutela di quello supremo dell'ineludibile uguaglianza, e di quello della rappresentanza politica, attribuita ai titolari delle cariche elettive.

saldi, parziali e totali, dovute ad appostazioni di tipo straordinario, di recente anche pretese dal legislatore che ha imposto, altresì, più severi atti di accertamento *una tantum* dei residui. Un evento registratosi con maggiori consistenze finali di segno quasi sempre negativo, dovute ad un sensibile cambiamento valoriale delle poste iscritte nei precedenti bilanci scaduti, dimostrativo delle naturali dinamiche sia di finanziamento che di gestione. Dati valoriali, questi, spesso pregiudizievoli emersi a seguito – dell'obbligo giuridico di mettere a registro, nel senso di allibrare – di appostazioni di componenti straordinarie (sopravvenienze passive e insussistenze dell'attivo), prevalentemente peggiorative dei risultati economico-patrimoniali già definiti (avanzo/disavanzo e netto/*deficit* patrimoniale), riconducibili per lo più a crediti non più esigibili, lasciati dimorare per anni nei bilanci nell'assoluta ignoranza del problema e delle conseguenze, che potrebbe essere addirittura ricondotta alla configurazione dell'abuso di bilancio[40], spesso consapevole, dal quale sarebbe non difficile concepire la concretizzazione di una responsabilità civile (e non solo) con conseguente obbligo del risarcimento del danno direttamente prodotto[41].

Nell'ottica definitoria del più generale abuso di diritto – meglio dell'abuso delle situazioni giuridiche ovverosia di quelle che hanno consentito per decenni e consentono, salvo gli obblighi di una loro rideterminazione straordinaria, il protrarsi del mantenimento in bilancio di appostazioni, soprattutto di credito, non propriamente attuali se non addirittura inesigibili – potrebbe individuarsi una figura sintomatica di un neo individuato specifico vizio riconducibile all'uso distorto che si possa fare degli strumenti di programmazione e rendicontazione finanziaria[42]. Un vizio da eccepire non solo in via amministrativa sotto le diver-

---

[40] P. Rescigno, *L'abuso di diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 1965, I, 205 ss.; Messina M., *L'abuso del diritto*, Napoli, 2003, 79-85, in cui la A. tratta l'abuso di diritto secondo il criterio della funzione sociale; G. Pino, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in G. Maniaci (a cura di), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Milano, 2006, 115 ss. ove, piace sottolinearlo, l'A. stigmatizza la possibilità che l'esercizio del diritto possa essere «piegato al "capriccio" (di fornire, per esempio, immeritata prova di capacità gestoria del chiamato all'obbligo di redazione del bilancio pubblico) e agli scopi egoistici» dell'ente a scapito del doveroso «sentimento di solidarietà e della funzione sociale che permeano l'esercizio di un diritto» in godimento collettivo; A. Astone, *Il divieto di abuso del diritto*, Milano, 2017, 135-136, ove la A. assume, ed è rilevante in tema di individuazione dell'abuso di bilancio, che «la disamina dei casi in cui il legislatore ha disciplinato specifiche e diverse ipotesi di esercizio abusivo di un proprio diritto … hanno evidenziato il rilievo indiscutibile che il divieto di abuso del diritto assume negli ordinamenti contemporanei, non solo all'interno dei singoli diritti nazionali ma, più in generale, anche in quello europeo» che pongono sempre più giustificata attenzione alla veridicità e trasparenza agli istituti (bilanci pubblici e non solo) a fronte dei quali si desumono le condizioni di salubrità delle economie nazionali; A. Papa, G. Palombino, in Carpentieri L. (a cura di), *L'abuso del diritto*, Milano, 2018, 244 ss.

[41] C. Siciliotti, *Dare e avere, Dall'analisi dei conti pubblici, una nuova stagione dei diritti e dei doveri*, Milano, 2010, 55 ss.

[42] L. Antonini, *ibidem* , in *Rivista Associazione Italiana Costituzionalisti*, n. 1, 31 gennaio 2018, 15 ss., ove l'A. – nel commentare la sentenza della Consulta 29 novembre 2017, n. 247 (red. Carosi) – ha evidenziato l'irrinunciabile dovere del legislatore di fare ricorso, in linea con quanto più volte ribadito dalla Corte costi-

se forme sintomatiche dell'eccesso di potere, ma rilevabile anche sul piano della responsabilità penale, nella logica del falso in bilancio funzionale a conseguire un ingiusto profitto "in modo concretamente idoneo ad indurre altri in errore" (art. 2621 C.C), spesso dolosamente perpetrato per guadagnare credibilità amministrativa, altrimenti irriconoscibile, ma prioritariamente politica, funzionale a mantenere il consenso precedentemente goduto all'atto dell'esito elettorale. La sua conformazione si materializzerebbe, infatti, nell'ipotesi in cui nel bilancio non venissero evidenziati sistematicamente – per strategia "difensiva" del risultato preteso, per esempio, nell'ipotesi di piani di rientro – i diversi accadimenti, incidenti negativamente, sul patrimonio e o sul disavanzo di amministrazione, derivanti dalla mancata ovvero negligente rilevazione della obsolescenza e/o dalla inesigibilità di crediti datati ovvero dal non valorizzato scientificamente contenzioso esistente. Non solo. Sarebbe non difficile non individuarlo nelle frequenti omissioni ovvero nelle non attualizzazioni dei bilanci delle partecipate e/o degli enti strumentali al perseguimento dell'interesse pubblico, spesso solo assicurato nominalisticamente, nel redigere i bilanci consolidati. Quegli strumenti che permettono di rappresentare fedelmente la realtà patrimoniale, finanziaria ed econo-

tuzionale nell'esaltare il principio democratico, ad un corpo legislativo funzionale ad impedire ogni abuso della «tecnica contabile» finalizzato ad eludere, direttamente ovvero indirettamente, i principi costituzionali di tutela della finanza pubblica. Con questo, l'A. ha sottolineato l'irrinunciabile esigenza del bilancio a porsi a concreta salvaguardia della corretta rappresentazione delle risorse godute nella disponibilità, nel caso di specie, delle autonomie territoriali e di spesa dalle stesse autonomamente effettuate, da testimoniare all'elettore, a dimostrazione – ad esigenza della massima trasparenza divulgativa – della corrispondenza di quanto programmato e successivamente realizzato dai rappresentanti dal medesimo eletti. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea insediata nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), all'articolo 54 sancisce il "Divieto dell'abuso di diritto" nel senso che nessuna disposizione unionale «deve essere interpretata allo scopo di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri a distruggere diritti o libertà riconosciuti» come tali o a imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste. Ciò in continuità con il preesistente art. 17 della CEDU, che vietava ogni interpretazione unionale ineludibile, che escluderebbe ogni intervento manipolativo sul bilancio pubblico, inteso ad eludere i criteri di certezza, veridicità e trasparenza, sulla rappresentazione dei dati sintomatici delle condizioni economico-patrimoniali di qualsivoglia pubblica amministrazione, obbligata – a Costituzione vigente – ad assicurare l'equilibrio dei rispettivi bilanci e la sostenibilità del debito pubblico (art. 91, comma primo, Cost.) e a concorrere a garantire l'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione Europea. Di conseguenza, ogni genere di "trascuratezza" redazionale e/o non specificazione compilativa, intesa a fornire una diversa rappresentazione di un bilancio pubblico con l'intento di guadagnare funzionalmente una sua diversa interpretazione da parte dei destinatari istituzionali, costituirebbe una specifica figura sintomatica dell'abuso di ufficio. Ciò in quanto rappresenterebbe il modo di consentire ad una istituzione pubblica di esercitare una attività ovvero di compiere un atto «che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti … o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste». Una regola che – se violata – nell'ambito della redazione degli atti propedeutici (bilancio degli enti infra-statali componenti il sistema Repubblica) alla definizione del bilancio consolidato dello Stato, materializzerebbe più specificatamente, per ogni sua trasgressione alla disciplina interna ed europea, un chiaro abuso di bilancio. È da concepire, quindi, l'esistenza di una teoria giuscomunitaria intesa ad impedire il concretizzarsi di abusi di bilancio pubblico, senza tuttavia individuare una specifica disciplina in tal senso se non come principio interpretativo del più generale divieto di abuso, da intendersi quasi come modello di un principio generale posto a tutela della veridicità dei bilanci degli Stati membri e, dunque, della loro ricaduta in termini di salvaguardia dei vincoli europei e degli obblighi internazionali.

mica dell'ente, ricorrendo ad una corretta eliminazione dei rapporti interagenti tra l'ente consolidante e quelli partecipati dal medesimo. In siffatte occasioni, non è infrequente rilevare nei bilanci, specie degli enti territoriali, comportamenti artatamente elusivi, oltre che delle regole e dei principi recentemente in frequente evoluzione normativa, degli *standard*, del tipo quelli afferenti al principio di correttezza e buona fede in materia di rapporti obbligatori, all'esaustività dei controlli di merito, ma anche alla riconciliazione delle partite infra-enti, alla circolazione delle poste debitorie, alla corretta valorizzazione del contenzioso e della verifica giuridica dell'esistenza e attualità dei crediti. Un modo per affievolire la tutela della collettività e dei suoi corpi intermedi, ivi compreso il mercato, abusando dello strumento patrimoniale ed economico-finanziario nei confronti del quale i medesimi hanno il diritto di pretendere affidabilità. Un fenomeno, questo, che si è e si sta ancora manifestando con una certa frequenza a seguito dell'approvazione della disciplina di armonizzazione dei bilanci pubblici – attuativa della legge delega n. 42/2009, recata dal decreto delegato apposito (d.lgs. 118/2011 e s.m.i.) – impositivo delle verifiche straordinarie dei residui attivi e passivi incautamente cristallizzati per decenni nel sistema dei bilanci degli enti territoriali, partecipate ed enti del servizio sanitario nazionale, verifiche che hanno determinato, prevalentemente, l'appostazione di insussistenze dell'attivo di rilevanti entità. Ciò è avvenuto nel tempo a causa delle debolezze organizzative e di trascuratezze tecniche, registrate in quegli enti, soprattutto locali, che hanno sottaciuto, più o meno consapevolmente, per anni la situazione di precarietà assoluta dei loro bilanci con un indebito mantenimento di residui attivi inesigibili, e da diversi sistemi sanitari regionali, dei quali dieci sono stati costretti a ricorrere a piani di rientro con annesso commissariamento *ad acta*, *ex* art. 120, comma 2, della Costituzione, che ha interessato cinque Regioni[43].

Quanto alle Regioni (ma anche a diversi comuni), soprattutto a quelle meno attente ad adeguarsi alle nuove esigenze e agli obblighi, sanzionati in difetto, di veridicità contabile e di tempestiva attualizzazione dei saldi, un problema a parte lo evidenziano i loro bilanci consolidati, molti dei quali verosimilmente contaminati dalle situazioni patrimoniali instabili delle società partecipate e dei loro enti strumentali, nei confronti delle quali non si è precedentemente pretesa la dovuta veridicità computistica[44].

[43] Ad esse residua la Regione Calabria, ove potrebbe individuarsi, in dodici anni di commissariamento *ex* art. 120, comma 2, della Costituzione senza soluzione di continuità, anche un abuso reiterato di bilancio perpetrato dai titolari che si sono succeduti nel ruolo di commissari *ad acta*, considerata anche la mancata rendicontazione del deficit patrimoniale e della redazione di un bilancio consolidato caratteristico.

[44] E. Caterini, *op cit.*, Napoli, 2021, 140 ss., ove l'A. afferma che «il valore primario a cui attentano dette regole è la veridicità (o attendibilità) dei conti», senza la quale «non avrebbe alcun significato pratico e teorico. È con essa che il bilancio rappresenta una realtà consentendone la intelligibilità universale. Quest'ultima esigenza, l'universalità, è altrettanto importante e fondativa, al pari della veridicità, e si pone rispetto a questa,

Fatte le anzidette considerazioni, il bilancio è da intendersi non già come atto meramente rappresentativo dei fatti previsti ovvero intervenuti in un dato momento storico bensì come un processo ciclico-dinamico caratterizzato dal più severo principio della continuità. Una definizione che porta a considerarlo – così come viene riconosciuto dalla Corte costituzionale e dalle Sezioni Riunite della Corte dei conti in speciale composizione, già riportate in note – come un istituto giuridico ineludibilmente «ciclico», caratterizzato dall'essere condizionato dall'evoluzione temporale e quindi prodotto senza interruzione alcuna e discontinuità nella generazione dei valori, tra lo strumento previsionale e quello rendicontativo[45]. Non solo, riferibili allo stesso periodo, ma anche messi in relazione, quanto al bilancio consuntivo, con quelli afferenti agli esercizi precedenti, in corretto ossequio dell'ineludibile postulato del principio di continuità.

Allorquando, si ponga il problema di procedere, così come avvenuto a seguito delle revisioni straordinarie dei residui, specie se perfezionate con intempestività, a riedificazioni contabili necessarie per l'adeguamento a certezza e veridicità

---

in rapporto di contenente a contenuto.». E qui, giunge ad una interpretazione innovativa dell'anzidetto requisito dell'universalità ritenendolo «il trasmettitore del contenuto veridico. Il linguaggio trasmette un contenuto veridico e diviene esso stesso essenziale giacché la carenza di esso non consentirebbe al veridico un accesso al potere di controllo proprio degli *shareholder* e *stakeholder*. Il linguaggio è più congruo ed universale quanto più è tipizzato dalla prassi e nelle regole. Tuttavia, in quanto strumento tipizzato, funzionale allo scopo di consentire il più congruo accesso al veridico, non può imporsi su questo. È quest'ultimo che condiziona lo strumento e conforma le tipizzazioni. In tale convinzione agisce lo stesso ordinamento lì dove rende derogabili le norme sul bilancio, sebbene "eccezionalmente"». Dallo specifico primo vigente Allegato al d.lgs. 118/2011: a) postulato n. 3. Il principio dell'*universalità*, ribadito dall'A. e ritenuto dal medesimo al pari di quello della veridicità, riguarda l'obbligo del sistema di bilancio di comprendere tutte le finalità e gli obiettivi di gestione nessuno escluso. Una onnicomprensività riguardante tutti i valori presi a riferimento: finanziari, economici e patrimoniali riconducibili a ciascun atto di previsione, al fine di fornire una rappresentazione reale, veritiera e corretta della complessa attività amministrativa svolta dell'esercizio di riferimento. Sono incompatibili con un tale principio, salve che non vengano appositamente consentiti e regolati dall'ordinamento, le gestioni fuori bilancio consistenti in operazioni contabili poste in essere dalla singola istituzione pubblica ovvero da sue articolazioni organizzative che non transitano nel bilancio, tipo gli enti strumentali.; b) postulato n. 4. A rafforzare il principio criterio dell'universalità, e il postulato dell'*integrità*, il quale richiede che tutte le entrate del bilancio, sia in fase di previsione che di rendicontazione, vengano iscritte al valore lordo delle spese sostenute per la riscossione e di altre spese connesse e inerenti. Allo stesso modo, le spese debbano essere iscritte integralmente, senza riduzione alcuna. Di conseguenza, diventa incompatibile con l'anzidetto principio l'assegnazione di qualsivoglia provento per spese o erogazioni speciali, ad eccezione dei proventi e delle loro quote riscossi, le oblazioni e simili. Sono invece conformi le riassegnazioni alla spesa di particolari entrate, sia ai fini della gestione che della rendicontazione.

[45] Sentenza delle Sezioni Riunite della Corte dei conti, in speciale composizione, del 29 luglio 2019 n. 23, con la quale – oltre che riaffermare con un tale importante *dictum* la natura della giurisdizione di una siffatta *species* di Giudice contabile chiamato a giudicare sul tema in unico grado sulla conformità, di fatto e diritto, della situazione di bilancio accertata dalle Sezioni regionali di controllo e non già come giudice di impugnazione – afferma e definisce il «ciclo di bilancio». Ciò in quanto caratterizzato, in una visione dinamica, perché condizionato da «fatti di gestione sopravvenuti e di *ius superveniens* posteriori alla valutazione della Sezione di controllo (cfr. Sezioni riunite, sentenze nn. 58/2015/EL, 1/2017/EL, 3/2017/EL e 17/2017/EL)». Interessante la nota redazionale del 26 aprile 2020, in *Bilancio, Comunità Persona*, nella quale si afferma che «le pronunce regionali devono "attualizzare" i loro accertamenti al presente e, per tale ragione, gli effetti di tali pronunce sono sempre dinamicamente destinati a proiettarsi in avanti nel tempo, sul ciclo di bilancio in corso».

dei saldi più attuali, si dovrà avere cura di: a) lasciare così come sono i bilanci afferenti ai precedenti esercizi, indipendentemente se non condivisi nei diversi livelli di controllo, ivi compresa la sottoposizione dei medesimi all'esame del magistrato; b) appostare in quello contemporaneo le componenti straordinarie. Queste ultime da distinguersi in sopravvenienze e insussistenze, intendendo per tali le ricadute contabili derivanti da eventi imprevedibili e occasionali, causati rispettivamente da una insorgenza in aumento di attività (sopravvenienza attiva) o di passività (sopravvenienza passiva) ovvero dal venir meno di una attività (insussistenza passiva oppure dell'attivo) o di passività (insussistenza attiva o del passivo), entrambe correttive dei rispettivi mastri mantenuti in una consistenza quantitativa non rispettosa dei principi di veridicità, certezza e chiarezza. Il tutto, con ovvia incidenza sulla determinazione del risultato del coincidente conto economico.

Una regola generale ineludibile, sancita dalla Consulta secondo la quale «il principio di continuità del bilancio è una specificazione del più ampio principio dell'equilibrio tendenziale contenuto nell'art. 81 cost., in quanto "collega gli esercizi sopravvenienti nel tempo in modo ordinato e concatenato" (su tutte, sentenza n. 181 del 2015), consentendo di inquadrare in modo strutturale e pluriennale la stabilità dei bilanci preventivi e successivi». Un assunto chiaro e ineccepibile che riconosce all'inderogabile principio della continuità di bilancio e agli effetti della comprovata buona amministrazione, rispettivamente, la condizione giuridica e di merito per determinare l'equilibrio economico introdotto nella Costituzione nel 2012. Una siffatta modalità di adempimento è stata peraltro ribadita, da ultimo, dalla Corte di Cassazione con le sentenze della Prima Sezione nn. 4120 e 7586 del 2016, con le quali – richiamando quanto deciso con la sentenza n. 2379/1977 – ha definitivamente riaffermato l'assoluta ineludibile osservanza del ripetuto principio di continuità dei bilanci. Quest'ultimo, è bene ripetere, inteso a completamento di tutti gli altri postulati contabili per la corretta redazione del bilancio. Ciò nel senso che «la valutazione delle poste contabili di bilancio deve essere effettuata nella prospettiva della continuazione delle attività istituzionali per le quali l'amministrazione pubblica è costituita». Ma anche tenuto conto dell'assunto che «il principio della continuità introduce espressamente la dimensione diacronica che è inscindibilmente connessa ad ogni sistema aziendale, sia esso pubblico che privato, il quale deve rispondere alla preliminare caratteristica di essere atto a perdurare nel tempo. Pertanto, le valutazioni contabili finanziarie, economiche e patrimoniali dei bilanci devono essere fondate su criteri tecnici e di stima in grado di continuare ad essere validi nel tempo se le condizioni gestionali non saranno tali da evidenziare chiari e significativi cambiamenti.»

La Corte di Cassazione, con le summenzionate sentenze, lo ha chiaramente ribadito sottolineando che:

a) le risultanze di bilancio dell'esercizio trascorso devono essere assunte a fondamento dell'esercizio seguente anche se oggetto di contestazione giudiziale;
b) il bilancio di esercizio di una società per azioni (dunque, quello preteso dalla PA territoriale nell'evoluzione del d.lgs. 118/2011), in forza del principio della cosiddetta continuità, deve partire dai dati di chiusura del bilancio dell'anno precedente, anche nel caso in cui l'esattezza e la legittimità di questi ultimi siano state poste in discussione in sede contenziosa, e siano state negate con sentenza non passata in giudicato.

Da ciò viene pertanto a desumersi che solo il passaggio in giudicato della sentenza fa sorgere il dovere degli amministratori di apporre al bilancio contestato le variazioni imposte dal comando giudiziale, e, quindi, di modificare conseguenzialmente i dati di partenza del bilancio successivo[46].

[46] Corte costituzionale 20 dicembre 2017 n. 274 (red. Carosi), nella quale viene affermato che «Anche se accertato in un rendiconto approvato con legge regionale non impugnata dal Governo, un incongruo risultato di amministrazione non può costituire solida base di partenza per i successivi esercizi, perché ciò sarebbe in patente contrasto con il principio di continuità degli esercizi finanziari, per effetto del quale ogni determinazione infedele del risultato di amministrazione si riverbera a cascata sugli esercizi successivi, e coinvolgerebbe in modo durevole il principio di equilibrio dinamico del bilancio, il quale – consistendo nella continua ricerca di un armonico e simmetrico bilanciamento tra risorse disponibili e spese necessarie per il perseguimento delle finalità pubbliche – esige che la base di tale ricerca sia salda e non condizionata da perturbanti potenzialità di indeterminazione».

Federico Jorio - Abstract

Dal bilancio come «bene pubblico» all'abuso di bilancio

Il lavoro analizza il bilancio, quale complesso organico di valori e bene pubblico, nel quale si riassumono situazioni soggettive attive e passive finalizzate al soddisfacimento di interessi diffusi. Esso ha la capacità di valere sia come strumento di previsione che rendicontativo nella sua vocazione naturale, che è quella della rappresentazione dei valori alla collettività. La Consulta, nel perseguimento del principio del pareggio di bilancio, ha fornito importati contributi rispetto all'armonizzazione dei bilanci e dei sistemi contabili. Una valutazione del bilancio quale bene pubblico capace di assolvere a funzioni di garanzia e, al contempo, sfociare nell'abuso del diritto nel caso di non veritiera rappresentazione dei valori. La continuità che caratterizza il bilancio fa sì che lo stesso si traduca nella astratta sintesi degli effetti, anche essenziali, di tutte le dinamiche che lo determinano e ne influenzano la sua formazione attraverso un procedimento causale della rappresentazione contabile, cha dalla trasposizione ne acquisiscono efficacia.

From the balance public property budget abuse

The work analyzes the balance sheet, as an organic complex of values and public property,which summarizes active subjective situations and passive aimed at satisfying widespread interests. It has the ability to be valid both as a forecasting and reporting tool in its natural vocation, which is that of the representation of values to the community. The Consulta, in pursuit of the principle of the balanced budget, has provided important contributions compared to the harmonization of budgets and accounting systems. An evaluation of the budget as a public property capable of fulfilling functions guarantee and, at the same time, lead to the abuse of rights in the case of non-compliance representation of rightful values. The continuity that characterizes the budget ensures that it is translated into the abstract synthesis of effects, even essential ones, of all the dynamics that determine it and its consequences influence its formation through a causal process of accounting representation, which they acquire from the transposition effectiveness.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 69, n. 112 (3 2023), pp. 359-374

Articoli e saggi

Le proposte di riforma del patto di stabilità e crescita: il profilo della sostenibilità del debito pubblico

Antonella Sciortino

Sommario: 1. Premessa. – 2. Brevi cenni sulla sostenibilità del debito pubblico come percorso euro-nazionale. – 3. Le proposte di riforma del Patto di stabilità e crescita: il braccio preventivo. – 3.1. Il braccio correttivo. – 4. Luci e ombre della riforma proposta. – 5. Qualche considerazione di chiusura…

1. *Premessa*

Questo lavoro affronta il tema delle proposte di riforma del Patto di stabilità e crescita (d'ora innanzi: PSC) all'interno del quadro della governance economica europea sotto l'angolo visuale della sostenibilità del debito pubblico divenuto un principio costituzionale cruciale nella disciplina della finanza pubblica.

L'indagine, dopo brevi cenni sul principio di sostenibilità del debito pubblico nel percorso euro-nazionale, prende avvio dalle ragioni poste alla base della volontà di apportare delle modifiche sostanziali al PSC evidenziando le maggiori disfunzionalità applicative che si sono susseguite nel corso degli anni e che oggi rischiano di acuirsi anche in considerazione dei mutati scenari economici e geopolitici post-pandemia.

Per farlo si è dovuto prendere in considerazione l'intero pacchetto delle proposte legislative che contengono la riforma del quadro della politica di bilancio (quindi il PSC) sia relativamente al braccio preventivo[1] che a quello correttivo[2]

[1] Si tratta della proposta di regolamento (COM(2023)240), avente come base giuridica l'art. 121, paragrafo 6, del TFUE, che sostituisce e abroga il regolamento (CE) n. 1466/97 per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche (è il regolamento che istituisce il Semestre europeo e il cd. "braccio preventivo" del Patto di stabilità e crescita).

[2] V. la proposta di regolamento del Consiglio (COM(2023)241), con base giuridica nell'art. 126, paragrafo 14, comma 2, del TFUE, che modifica il regolamento (CE) n. 1467/97 per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi (il braccio correttivo del PSC).

nonché ai requisiti dei quadri nazionali di bilancio[3]. Infine, comparando l'attuale disciplina con quella che si vorrebbe introdurre, si intendono offrire al dibattito alcuni spunti di riflessione sulle ricadute in particolare per quei Paesi con un debito pubblico assai elevato come l'Italia. Il negoziato è ancora in corso e, già rispetto agli orientamenti di riforma della CE pubblicati a novembre scorso, vi sono state alcune significative novità sia per venire incontro alle richieste della Germania e dei Paesi c.d. frugali che vorrebbero regole più rigide ancorate a parametri numerici validi per tutti sia per quelli con un debito assai elevato che spingono per soluzioni più flessibili. Infine qualche nota sarà dedicata ad alcuni dei profili non affrontati dalla proposta di riforma, ma che rimangono in attesa di essere presi in considerazione per il processo di integrazione europea.

2. *Brevi cenni sulla sostenibilità del debito pubblico come percorso euro-nazionale*

Come è noto, il principio di sostenibilità del debito pubblico *ex professo* è entrato in Costituzione con la riforma costituzionale del 2012 (l. cost. 1/2012) che ha novellato, tra l'altro, l'art. 97 che, al comma 1, indica il suddetto principio, insieme all'equilibrio di bilancio, come obiettivi che tutte le pubbliche amministrazioni devono assicurare in coerenza con l'ordinamento UE. Nella razionalizzazione costituzionale delle procedure di finanza pubblica il principio si lega all'idea di tutelare non solo le generazioni presenti ma anche quelle future: nella stessa ontologia del principio vi è un nucleo concettuale implicante una proiezione temporale delle decisioni di finanza pubblica che vada oltre l'oggi. Lo stesso concetto di sostenibilità[4] (a prescindere dalla specificazione riferita al debito pubblico) implica una proiezione nei confronti del futuro, di azioni e misure ispirate alla

[3] Si tratta della proposta di direttiva (COM(2023)242), avente come base giuridica l'art. 126, paragrafo 14, comma 3, del TFUE, che modifica la direttiva 2011/85/UE relativa ai requisiti per i quadri nazionali di bilancio.

[4] Il concetto di sostenibilità, nato in ambito filosofico, è poi stato preso in considerazione in molteplici atti e documenti internazionali per poi essere inserito nelle Costituzioni di svariati Stati. V.T. Groppi, *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2016, 1, 70 ss.; riferito all'ordinamento giuridico tedesco v. M. Atripaldi, *Il principio di sostenibilità nelle Costituzioni: la disciplina dell'ordinamento tedesco,* in *Nomos. Le attualità del diritto*, 2022, 1. Sulla sostenibilità come uno dei concetti emergenti del costituzionalismo contemporaneo v. pure il contributo di D. Porena, *Il principio della sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale,* Torino, 2017; sulla sostenibilità del debito pubblico in Costituzione v. L. Bartolucci, *La sostenibilità del debito pubblico in Costituzione*, Padova, 2021. La sostenibilità può riguardare molteplici ambiti (sviluppo, ambiente, finanza ecc.). Sullo sviluppo sostenibile v. la definizione contenuta in un *Report Our common Future* della Commissione Brundtland del 1987 allegato al documento dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite A/42/427, *Development and International Cooperation: Environment*, 2 agosto 1987, 8.

prudenza al fine di preservare i diritti delle generazioni future[5]. Le novelle costituzionali relative agli articoli 81 e 97 inducono a ritenere il principio di sostenibilità del debito pubblico inclusivo di una preferenza per il ricorso all'indebitamento per spese destinate ad investimenti e riforme che stimolino crescita e sviluppo. Il Next generation EU (NGEU)[6] rappresenta un indubbio cambio di paradigma in ordine alla qualità della spesa. I PNRR che gli Stati hanno predisposto sulla base del Dispositivo per la ripresa e la resilienza (RFF)[7] contengono riforme e investimenti che possono imprimere una svolta epocale alla qualità della spesa pubblica e una proiezione verso la tutela delle generazioni future.

Il concetto di sostenibilità si lega quindi all'idea di non compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri bisogni e questo crea una sorta di responsabilità in capo alle generazioni presenti il cui agire, nel soddisfacimento dei propri bisogni, deve essere ispirato a questa consapevolezza come risulta dalla stessa Costituzione. Al suo interno vi è la questione intergenerazionale[8] come «questione di giustizia sociale intertemporale» dove la qualità dell'indebitamento pubblico fa la differenza[9]. I termini del dibatto rimandano al diverso approccio alla questione del debito pubblico sulle generazioni future di Jefferson e Madison in cui il primo dubitava che i padri potessero contrarre debiti da far

[5] R. Bifulco, *Diritto e generazioni future, Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008; F. Fracchia, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. Quadr. Dir. Amb*., 2010, 13 ss.; L. Bartolucci, *Il più recente cammino delle generazioni future nel diritto costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, 2021, 4; M. Luciani, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, a cura di R. Bifulco, A. D'Aloia, Napoli, 2008, 423 ss.; N. Lupo, *Costituzione europea, pareggio di bilancio ed equità tra le generazioni. Notazioni sparse*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, 25 ottobre, 2015; I. Ciolli, *Diritti delle generazioni future, equità intergenerazionale e sostenibilità del debito. Riflessioni sul tema*, in *Bilancio Comunità Persona,* 2021, 1, 51 ss.; C. Bergonzini, *Equità intergenerazionale e giurisprudenza costituzionale: le ricadute di sistema delle decisioni in materia contabile. Riflessioni a ritroso a partire dalla sentenza n. 235 del 2021*, ivi, 2022, 1, 64 ss.; A. Morelli, *Ritorno al futuro. La prospettiva intergenerazionale come declinazione necessaria della responsabilità politica*, in *Costituzionalismo.it,* 2021, 3, 77 ss.; G. Palombino, *Il principio di equità generazionale. La tutela costituzionale del futuro*, Milano, 2022.

[6] Come è notissimo, il NGEU è integrativo del Quadro finanziario pluriennale 2021/2027 istituito con il regolamento (UE, Euratom) 2020/2093) e prevede risorse complessive pari a 1.085,3 miliardi di euro. La Commissione europea sarà autorizzata a contrarre prestiti, per conto dell'Unione, sui mercati dei capitali fino a un importo di 750 miliardi di euro (a prezzi 2018). L'attività di assunzione dei prestiti cesserà al più tardi alla fine del 2026, mentre il rimborso dei prestiti inizierà a partire dal 1° gennaio 2027 con termine fissato al 31 dicembre 2058. La Commissione si è impegnata ad emettere il 30% del totale delle obbligazioni nell'ambito di Next Generation EU sotto forma di obbligazioni verdi (*green bonds*).

[7] V. regolamento (UE) 2021/241 del 12 febbraio che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza.

[8] Sulle generazioni future come parti di un contratto sociale che si fanno carico del debito dei padri v. A. Morrone, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *Riv. AIC,* 2014, 1, 13 ss.

[9] La sostenibilità del debito pubblico è condizionata da fattori endogeni (l'ammontare, la composizione) ed esogeni (primo fra tutti la fiducia che i mercati ripongono sulla politica economica di uno Stato).

pagare ai figli, mentre il secondo era dell'opinione che vi fossero debiti contratti nell'interesse delle generazioni future perché in grado di migliorarne la vita[10].

Come è noto, con la novella dell'art. 9 Cost. (l. cost. 1/2022), il riferimento *expressis verbis,* alle generazioni future o più precisamente all'agire «nell'interesse delle generazioni future» ha fatto il suo ingresso in Costituzione in relazione alla tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi: tutto ciò sottende politiche pubbliche che non possono prescindere dal proteggere quell'«interesse». Ma a indipendentemente dal riferimento testuale la tensione al futuro e alla protezione delle generazioni future[11] in questa prospettiva la si rintraccia in molte disposizioni costituzionali a cominciare da quelle che si pongono obiettivi di promozione e sviluppo[12].

In ogni caso il principio si presta ad essere declinato in molteplici accezioni e tra queste, per quanto in questa sede rileva, a quella economico-finanziaria e ai vincoli che, in ragione dei criteri di sostenibilità, si possono porre al ricorso all'indebitamento pubblico affinché non si compromettano i diritti delle generazioni future.

3. *Le proposte di riforma del Patto di stabilità e crescita: il braccio preventivo*

Poco prima dello scoppio della pandemia già la Commissione europea iniziava a discutere di una possibile riforma della governance economica europea[13] e, per quanto qui interessa, della riforma del PSC. Non poche, infatti, erano le criticità che nel corso degli anni l'applicazione della relativa normativa aveva evidenziato, ma soprattutto il contesto macroeconomico e geopolitico assai mutato negli ultimi anni renderebbero, a parere di molti, assai problematica la resa dell'attuale disciplina. Per non parlare poi della transizione verde e digitale, politiche ineludibili per qualsiasi Stato membro che implicano investimenti di grande portata di cui tener conto nelle politiche di bilancio. Il dibattito, intenso e variegato sul punto, iniziato nel febbraio 2020 e sospeso per lo scoppio della pandemia, le

[10] V.R. Bifulco, *Diritto e generazioni future*, cit., 50 ss; Id., *Jefferson, Hamilton e il momento costituzionale dell'Unione. A proposito della riforma costituzionale dell'equilibri di bilancio*, in *Riv. AIC,* 2012, 2, 2 ss.

[11] Sulla considerazione che non siano necessari riferimenti testuali ai fini della tutela delle generazioni future v. P. Haberle, *Un derecho constitucional para las futuras generaciones. La otra forma de contrato social: el contrato generacional*, in *Lecciones y Ensayos*, 2009, 87, 17 ss.

[12] L. Cassetti, *Diritto costituzionale e teorie economiche: dal confronto dottrinale "a distanza" alla decisione interpretativa sulle clausole economiche e finanziarie*, in *Riv. AIC*, 2022, 3.

[13] Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, alla Banca centrale europea, al Comitato economico e sociale europeo, al Comitato delle regioni. Riesame della governance economica Relazione riguardante l'applicazione dei regolamenti (UE) n. 1173/2011, (UE) n. 1174/2011, (UE) n. 1175/2011, (UE) n. 1176/2011, (UE) n. 1177/2011, (UE) n. 472/2013 e (UE) n. 473/2013 e l'adeguatezza della direttiva 2011/85/UE.

cui conseguenze economiche hanno peraltro indotto all'attivazione della clausola di salvaguardia generale del Patto (estesa fino a tutto il 2023) e ad un allentamento delle regole sugli aiuti di Stato, è stato poi ripreso nell'ottobre 2021 in un contesto macroeconomico assai mutato. Peraltro la risposta dell'UE alla pandemia con il *Next Generation EU* finanziato con il debito comune e il suo principale programma – il Dispositivo – sulla cui base sono stati presentati i PNRR, stanno producendo delle importanti ricadute sulle economie nazionali. Dopo la Comunicazione relativa agli orientamenti[14] della riforma, su cui il Consiglio Ecofin ha presentato le proprie conclusioni[15] e dell'avallo del Consiglio europeo, la CE ha presentato un pacchetto di proposte legislative (due regolamenti e una direttiva) volto a introdurre significative modifiche all'attuale quadro di governance economica europea. Rispettivamente con le proposte di regolamento citate (COM (2023)240) e (COM (2023)241 si intendono modificare il «braccio preventivo» e quello «braccio correttivo del PSC e con la proposta di direttiva (COM(2023) 242) i requisiti dei quadri di bilancio nazionali[16].

Nell'ambito del braccio preventivo ogni Stato membro deve presentare un Piano strutturale di bilancio nazionale (unico, olistico e integrato, per mutuare gli stessi termini utilizzati in ambito europeo) a medio termine (4 anni salvo proroga di 3 anni) dal quale deve risultare il percorso di aggiustamento fiscale, le riforme e gli investimenti pubblici. Il Piano è unico[17] nel senso che sostituirà sia i Programmi nazionali di riforma (PNR)[18] che i Programmi nazionali di stabilità (PNS)[19]. Perché il piano possa risultare coerente con le raccomandazioni specifiche per Paese e con le ulteriori indicazioni contenute nel Semestre europeo, è previsto che lo Stato, nella fase di elaborazione del piano stesso, avvii un dialogo tecnico con la CE (art. 10 proposta di reg. 240). Ciascun piano traccia una traiettoria della spesa primaria netta con una proiezione temporale di 4 anni (che a certe condizioni può essere prorogata di altre 3) che possa garantire un percorso di riduzione del debito che plausibilmente possa mantenersi o avvicinarsi (entro

[14] V. COM(2022) 583 final, 11 settembre 2022, *Communication on orientations for a reform of the EU economic governance framework.*

[15] Il Consiglio (ECOFIN) ha adottato, il 14 marzo 2023, le conclusioni sugli orientamenti per una riforma del quadro di governance economica dell'UE, che sono state approvate dal Consiglio europeo il 23 e 24 marzo 2023.

[16] Sul punto v. tra gli altri A. Liscai*, Assessment of the Commission proposal for a reformed EU economic governance framework*, in *Astrid Rassegna*, 2022, 18; G. Lorenzoni, F. Giavazzi, V. Guerreri, L. D'Amico, *New EU fiscal rules and governance challenges*, VoxEU.org, 2 gennaio 2023; C. Wyplosz, *Reform of the Stability and Growth Pact: The Commission's proposal could be a missed opportunity*, VoxEU.org, 17 novembre 2022.

[17] Come è noto, nel nostro ordinamento il PNR e il PNS sono inseriti nel Documento di economia e finanza come prevede la legge di contabilità e finanza pubblica (l. 196/2009).

[18] Come è noto, entro il mese di aprile, ogni Stato membro deve presentare un PNR in cui sono indicate le strategie di bilancio e di promozione della crescita tenendo conto delle raccomandazioni specifiche per Paese.

[19] Il PNS indica la strategia di bilancio per raggiungere l'obiettivo di medio termine (OMT) fondato su una serie di parametri economici tra cui l'*output gap*.

la fine del periodo di aggiustamento) al di sotto del valore di riferimento del 3% del PIL a medio termine. Risulterebbe quindi superato il criterio dell'obiettivo di medio termine (OMT)[20] specifico per Paese il cui raggiungimento viene valutato all'interno del semestre europeo. Il principio ispiratore è quello di ritagliare in modo sartoriale il percorso di aggiustamento del debito che tenga conto delle peculiarità della situazione di ciascuno Stato, ma anche di renderlo responsabile di quanto tracciato nel Piano (traiettorie di bilancio specifiche per Paese). Ne risulterebbe un approccio specifico con l'innesto di conseguenti elementi di flessibilità volti a valorizzare la titolarità nazionale (*ownership*) del Piano.

Non viene introdotta alcuna modifica sottesa alle norme di sorveglianza preventiva (art. 121 TFUE) o a quelle dei meccanismi correttivi (art. 126 TFUE) e quindi rimangono invariati i valori di riferimento del 3 e del 60 per cento del PIL rispettivamente del disavanzo e del debito delle pubbliche amministrazioni come previsto dall'art. 126 TFUE[21] la cui modifica avrebbe peraltro comportato le lunghe e complesse procedure di revisione dei trattati. Per gli Stati membri con un debito superiore al 60% del PIL o un disavanzo superiore al 3% del PIL è la Commissione che elabora, all'interno di una relazione al Comitato economico-finanziario, una "traiettoria tecnica" (art. 5) della spesa netta basata sull'analisi di sostenibilità del debito (DSA). La definizione di un percorso pluriennale concordato si tradurrebbe quindi in massimali annui di spesa primaria finanziata a livello nazionale. Per garantire una maggiore semplificazione e trasparenza è stato prescelto un unico indicatore – la spesa primaria netta – vale a dire quella al netto della spesa per interessi, quella ciclica per la disoccupazione, le spese finanziate da sovvenzioni UE prendendo in considerazione l'impatto finanziario delle misure discrezionali relativamente alle entrate. Viene quindi abbandonata la regola dell'1/20[22] la cui applicazione sarebbe assai impegnativa per gli Stati con debito

[20] L'OMT consiste in un livello di saldo di bilancio netto strutturale al netto dell'influenza del ciclo economico e delle misure di bilancio temporanee e una tantum. Può divergere dal pareggio, ma deve essere tale da garantire, in presenza di normali fluttuazioni cicliche, un adeguato margine di sicurezza rispetto alla soglia del 3 % del disavanzo e il mantenimento di una situazione di sostenibilità delle finanze pubbliche. Esso è stabilito sulla base di una serie di parametri economici, tra cui il potenziale di crescita dell'economia. Va rivisto ogni tre anni o in occasione dell'attuazione di riforme strutturali di rilievo che incidono sul saldo di bilancio. Nell'ambito del semestre europeo viene valutato come gli Stati membri raggiungono l'OMT o intraprendono il percorso di aggiustamento verso di esso.

[21] V. l'art. 1 del Protocollo n. 12 sulla procedura per i disavanzi eccessivi il dettaglio di questi criteri: il 3% per il rapporto fra il disavanzo pubblico, previsto o effettivo, e il prodotto interno lordo ai prezzi di mercato; il 60 % per il rapporto fra il debito pubblico e il prodotto interno lordo a prezzi di mercato.

[22] La regola dell'1/20 è contenuta nel regolamento 1467/97 (così come modif. dal regolamento 1177/2011), la cui modifica dovrà essere dunque adottata con la procedura speciale che richiede una delibera all'unanimità del Consiglio (previa consultazione del Parlamento europeo e della Banca Centrale europea). Tuttavia l'art. 2 del Fiscal Compact prevede che le disposizioni ivi contenute vadano interpretate e applicate in conformità con il diritto dell'UE e quindi non occorrerà modificare il suddetto accordo internazionale che all'art. 4 contiene la regola dell'1/20.

pubblico molto elevato. Quali requisiti e quali criteri deve seguire la Commissione per tracciare questa traiettoria rappresentano, come è intuibile, un nodo cruciale e delicato dove i divergenti punti di vista dei Paesi con situazioni debitorie assai diverse tra loro si sono confrontati chiedendo una rimodulazione di alcuni orientamenti di riforma comunicati nel novembre scorso. I criteri e requisiti sono stati pensati per consentire che la traiettoria decennale del rapporto debito/PIL sia discendente o mantenuta a livelli prudenti; che il disavanzo sia mantenuto o portato al di sotto del 3% del PIL in un arco temporale di 10 anni; che le misure di maggiore sacrificio siano spalmate per l'intera durata del Piano e non rimandate alla fine del periodo di aggiustamento; che al termine della durata del piano il rapporto debito/Pil risulti sensibilmente migliorato rispetto alla fase di avvio del piano. Infine, nel corso del negoziato la Germania e i Paesi frugali hanno ottenuto (per i Paesi con un disavanzo superiore al 3%), tra le clausole di salvaguardia, anche quella che prevede che il percorso correttivo di spesa netta, debba corrispondere ad un aggiustamento annuo minimo pari almeno allo 0,5% del PIL[23]. La CE, quindi, entro l'1 marzo dell'anno in cui gli Stati membri devono presentare il Piano, pubblica la traiettoria tecnica e il corrispondente saldo primario strutturale, il quadro di proiezione del debito pubblico a medio termine e le previsioni macroeconomiche.

Per gli altri Stati con un debito o un disavanzo inferiore ai limiti indicati, la CE si limiterà solo a talune informazioni tecniche.

I piani strutturali sono valutati dalla Commissione sulla base della presenza di certe condizioni (art. 15): il processo valutativo prenderà in considerazione molteplici fattori tutti in qualche misura riconducibili ad uno sforzo di aggiustamento che ponga il debito su un percorso discendente e comunque nei casi più critici, quando il disavanzo superi il 3% del PIL, scatterà la regola dell'aggiustamento di bilancio pari almeno allo 0,5% annuo[24]. I Piani sono approvati dal Consiglio con una raccomandazione che definisce il percorso della spesa netta (art. 16). Nel caso di valutazione negativa lo Stato membro dovrà rivedere il Piano sulla scorta delle indicazioni ricevute. Se neppure il piano rivisto dovesse andar bene si applicherà il sentiero di spesa netta tracciato dalla Commissione. Questo rappresenta un punto che farà molto discutere su cui v. *infra.*

Vari sono gli elementi di flessibilità che possono essere rintracciati nella proposta della riforma che attivano un rapporto bilaterale tra CE e Stato membro: (art. 9.1 pr. Reg. 240), la possibilità di proroga (art. 13) e quella di presentare un

[23] V. Allegato I e art. 3, par. 4, della proposta di regolamento COM(2023) 241.

[24] Tale regola è già prevista dalla disciplina vigente, ma si applica solo a quegli Stati in cui viene attivata la procedura formale per disavanzo eccessivo.

piano riveduto prima della scadenza motivato dall'insorgenza di ragioni oggettive o se lo richiede un nuovo governo (art. 14.1).

È stata inoltre prevista una deviazione dal percorso di aggiustamento nel caso di grave recessione economica nella zona euro a condizione che non venga compromessa la sostenibilità di bilancio a medio termine. La adotta il Consiglio su raccomandazione della Commissione stabilendo un termine prorogabile più di una volta (art. 24).

Il disegno riformatore proposto riconosce alle istituzioni indipendenti di bilancio[25] (che già in sede nazionale esercitano un controllo sul bilancio dello Stato) un ruolo significativo nel quadro delle nuove regole: esse potranno fornire valutazioni sull'adeguatezza dei percorsi di aggiustamento del debito e contribuire al monitoraggio e al controllo del rispetto dei piani anche se i responsabili della sorveglianza rimangono le istituzioni europee competenti.

Da ultimo la CE ha rinunciato a classificare *ex ante* in tre fasce gli Stati membri secondo la situazione debitoria così come risultava dagli orientamenti sulla riforma su pressioni della Francia e ha deciso di mantenere un unico riferimento a seconda che i Paesi stiano al di sopra o al di sotto del 60% del rapporto debito/PIL.

3.1. *Il braccio correttivo*

La proposta di riforma introduce delle importanti novità anche alla disciplina della procedura sui disavanzi eccessivi (PDE).

La linea seguita è quella di far corrispondere ad una maggiore discrezionalità degli Stati nel configurare il proprio Piano strutturale un maggior rigore nel far rispettare le regole. La sorveglianza si concentrerà solamente sul rispetto del percorso di spesa netta fissata nel Piano strutturale nazionale e approvata dal Consiglio (come già detto verrebbe di conseguenza abbondonata la regola del 1/20). Rimarrebbe la medesima disciplina per disavanzi eccessivi (PDE) nel caso di inosservanza della soglia del 3% del disavanzo in rapporto al PIL, mentre invece quella basata sul livello di debito verrebbe rafforzata e fondata sulle deviazioni dal percorso concordato di spesa primaria netta con l'introduzione dell'avvio automatico della procedura per i Paesi con livelli di debito superiori al 60% del PIL. Tuttavia tali automatismi – è stato osservato[26] – non sarebbero coerenti con l'attua-

[25] In Italia si tratta dell'ufficio parlamentare di bilancio (UPB) istituito nel 2014 con la l. 243/2012. In sede UE l'omologo è l'*European Fiscal Board* previsto dalla Decisione della Commissione 2015/1937.

[26] V. Audizione di L. Cavallari, Presidente UPB, 1 marzo 2023, Commissione Bilancio Camera dei deputati, 32.

le disciplina del TFUE che prevede una serie di passaggi prima dell'apertura della suddetta procedura nonché la valutazione preliminare dei cosiddetti «fattori rilevanti» (art. 126.2 TFUE) da parte della Commissione.

I criteri per attivare la procedura cambiano rispetto a quelli attuali. In primo luogo vengono introdotte altre condizioni che non danno luogo all'apertura della procedura per disavanzi eccessivi dinanzi al superamento della soglia del disavanzo (3%) e del debito (60%): nel primo caso dinanzi a «circostanze eccezionali»[27] che si verificano in presenza di una grave recessione economica nella zona euro o «circostanze eccezionali»[28] riguardanti uno Stato membro al di fuori del controllo dello stesso accertate dal Consiglio, nel caso invece del superamento della soglia del 60% del debito non si fa luogo alla PDE qualora lo Stato membro interessato rispetti il suo percorso di spesa netta (approvato dal Consiglio ai sensi del nuovo braccio preventivo)[29].

Cambia anche l'*iter* di apertura della procedura in parola a cominciare dai contenuti della relazione che la Commissione è tenuta a preparare ai sensi dell'art. 126.3 TFUE. Più in particolare viene razionalizzato l'elenco dei «fattori significativi» (art. 2.3 prop. Reg.) al fine di decidere in merito all'esistenza di un disavanzo eccessivo. Fattore fondamentale per elaborare la relazione sarà il livello del debito[30]: un grave problema di debito pubblico, rilevato sulla base del più recente *Debt Sustainability Monitor*, è considerato un fattore fondamentale per l'avvio della PDE. Infine sono soppresse le disposizioni riguardanti l'introduzione di sistemi pensionistici multipilastro.

Quando il disavanzo pubblico supera il valore di riferimento scatta automaticamente la regola – voluta da Paesi frugali – consistente nell'aggiustamento annuo minino dell'0,5% del PIL del percorso correttivo di spesa netta.

A completare il quadro vi è la proposta di modifica (COM(2023)242 della direttiva 2011/85/UE relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri. Le novità maggiori riguardano la valorizzazione della titolarità nazionale anche

---

[27] Nell'art. 2 vigente si fa riferimento ad un "evento inconsueto". Ciò implica anche che un'inosservanza temporanea che resti vicina al valore di riferimento non dovrebbe comportare l'avvio di una procedura per i disavanzi eccessivi basata sul disavanzo se deriva da circostanze eccezionali al di fuori del controllo del governo con rilevanti ripercussioni sulle finanze pubbliche dello Stato membro interessato, come ad esempio nel caso di una grave recessione economica nello Stato membro interessato.

[28] Nella premessa della proposta sono definiti come eventi esogeni imprevedibili e inevitabili che richiedono misure di bilancio anticicliche.

[29] Viene abbondonata la vigente regola dell'1/20 in base alla quale il tasso di riduzione deve essere pari a 1/20 all'anno nella media dei tre precedenti esercizi.

[30] Tra i fattori che verranno presi in considerazione nella relazione è importante aver incluso «l'attuazione di riforme e investimenti, tra cui in particolare politiche per prevenire e correggere gli squilibri macroeconomici eccessivi, politiche per attuare la strategia comune dell'Unione per la crescita e l'occupazione, tra cui quelle promosse dal Next Generation EU, e la qualità complessiva delle finanze pubbliche, in particolar modo l'efficacia dei quadri di bilancio nazionali» (art. 3 lett. d).

attraverso l'attribuzione di un ruolo più stringente agli organismi nazionali indipendenti di bilancio (art. 8) che diverrebbero «responsabili della valutazione periodica, obiettiva e completa, compresa *ex post,* delle previsioni macroeconomiche e di bilancio»[31], l'orientamento a medio termine della programmazione di bilancio e la semplificazione della normativa vigente. Tra le attribuzioni più significative che l'art. 8 della proposta di direttiva introduce vi è l'elaborazione delle valutazioni della sostenibilità del debito nonché la formulazione di valutazioni dell'impatto delle politiche sulla sostenibilità di bilancio e sulla crescita sostenibile e inclusiva.

Quanto all'apparato sanzionatorio viene valorizzata la dimensione reputazionale e quella legata a meccanismi di condizionalità rispetto alle risorse RRF.

4. *Luci e ombre della riforma proposta*

Anche se il negoziato è in corso e il pacchetto di proposte legislative di riforma del quadro della governance economica europea non è stato ancora approvato, qualche considerazione sulle modifiche al braccio preventivo e correttivo del PSC, è possibile avanzarla anche per verificare se le proposte siano conducenti per il superamento delle disfunzionalità applicative del Patto attuale e per affrontare le sfide nuove (transizione digitale, transizione ecologica, autonomia energetica per esemplificare). In particolare, ci si chiede se la riforma proposta offra maggiori *chances* non solo per la sostenibilità del debito pubblico, ma anche per la crescita. Per farlo occorre brevemente ripercorrere le ragioni per cui è stato istituito il PSC e quali le maggiori difficoltà attuative incontrate nel corso degli anni. Come è noto, il PSC è stato introdotto nel 1997 per rafforzare il monitoraggio e il coordinamento delle politiche di bilancio nazionali con l'obiettivo di far rispettare i parametri relativamente al disavanzo e al debito stabiliti dal trattato di Maastricht: con il braccio preventivo si voleva evitare l'accumularsi dei disavanzi eccessivi e con quello correttivo introdurre misure per concretizzare il criterio del disavanzo indicato nel trattato. A ciò vanno aggiunte tutte quelle disposizioni che permettono di mantenere una disciplina di mercato, tra cui il «il principio del non salvataggio finanziario» (*no bail-out*) secondo cui i governi non possono mutualizzare i propri debiti, e il divieto di finanziamento monetario del debito pubblico da parte della BCE. Nel corso degli anni l'applicazione del Patto ha dato luogo ad eccessive rigidità, con scarsa flessibilità nelle politiche fiscali ed è stato modificato più volte: nel 2001 con l'introduzione della regola di aggiustamento del deficit strutturale e, tra il 2008 e il 2013, a seguito della crisi finanziaria, con

[31] Così, *Dossier Camera dei deputati*, 30 giugno 2023, 60.

l'introduzione del *Six Pack* (2011) e *Two Pack* (2013)[32]. Nonostante tali modifiche, le difficoltà per i Paesi della zona euro a uscire dalla crisi finanziaria sono state notevoli e non si è riusciti ad evitare le politiche di bilancio pro-cicliche (espansive nelle fasi di crescita e restrittive nelle fasi di rallentamento). Sulla scorta di questa esperienza, durante la crisi pandemica è stata attivata la *general escape clause* del PSC (e lo sarà fino a tutto il 2023) e, rispetto alla precedente crisi, la ripresa si sta rivelando più rapida[33].

Sotto il profilo metodologico la scelta è stata quella di non intervenire sulla disciplina dei parametri storici dei Trattati (del 3% e 60%) che implicherebbe l'attivazione della procedura di revisione, lunga e complessa, ma solo sulla normativa di diritto derivato.

Il disegno riformatore nel suo complesso può essere valutato positivamente anche se alcuni obiettivi (quello della semplificazione degli indicatori) potrebbero sollevare più problemi di quanti no ne risolvano. L'aver proiettato in un *range* temporale quadriennale (prorogabile di altri tre a certe condizioni) il percorso di sostenibilità del debito conferisce quella flessibilità che gli aggiustamenti annuali non consentirebbero. Infatti la pluriennalità per il rientro dal debito favorisce politiche economiche di più ampio respiro. Ma sotto il profilo della maggiore semplificazione si nutrono delle perplessità: se da un lato vengono meno i riferimenti a variabili non osservabili (la stima dell'*output gap*)[34] dall'altro l'aver introdotto, come unico indicatore della sorveglianza fiscale, la spesa primaria netta non è priva di rischi atteso che il suo calcolo non può prescindere da alcune variabili tra cui proprio il PIL potenziale (a sua volta soggetto a molteplici variabili). Comunque vi sono anche dei vantaggi nella scelta della spesa primaria netta come unico indicatore di *policy* e cioè quello di evitare la prociclicità della politica di bilancio: in presenza di una crescita del PIL più favorevole o meno favorevole di quanto inizialmente previsto, il livello della spesa primaria netta dovrà restare coerente con quanto concordato nel piano di aggiustamento. L'indicatore con-

[32] Sui nuovi strumenti di governance economica europea introdotti a causa delle crisi finanziaria del 2008 la letteratura è assai vasta. Qui è sufficiente rimandare a G. Pitruzzella, *Profili costituzionali dell'Unione europea. Processo costituente e governance europea,* a cura di in R. Bin, P. Caretti, G. Pitruzzella, Bologna, 2015; A. Sciortino, *Governance economica europea e Parlamenti nazionali*, in *Quaderni di Nomos. Le attualità del diritto*, 2015, 199 ss.; G. Rivosecchi, *Il governo europeo dei conti pubblici tra crisi economico-finanziaria e riflessi sul sistema delle fonti*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2011, 1; A. Ciancio, *I nodi della governance europea: euro, politica fiscale, bilancio unico dell'Unione. Per una nuova legittimazione democratica della BCE*, in *federalaismi.it,* 2015, 16; I. Ciolli, *The constitutional consequencies of financial crisis and the use of emergency powers: flexibility and emergency sources*, in *Riv. AIC,* 2015, 1; R. Dickmann, *Le regole della governance economica europea e il pareggio di bilancio in Costituzione*, in *federalismi.it,* 15 febbraio 2012; A. Morrone, *Pareggio di bilancio e stato costituzionale*, in *Riv. AIC,* 2014, 1; S. Staiano, *Diritti e confini nell'Europa della crisi*, in *federalismi.it,* 2015, 22.

[33] C. Altomonte, *Unione Europea: stabilità e crescita alla prova della riforma,* in *ISPI,* 15 giugno 2023.

[34] La Commissione utilizza le stime dell'*output gap* per definire l'entità dell'aggiustamento strutturale annuo richiesto: quanto più ampio è il divario positivo tra prodotto effettivo e potenziale, tanto maggiore sarà l'entità dell'aggiustamento richiesto, e viceversa.

sente la stabilizzazione macroeconomica, poiché non è influenzato dal funzionamento degli stabilizzatori automatici, tra cui le fluttuazioni delle entrate e delle spese al di fuori del controllo diretto del governo.

A ciò si aggiunge che alla base della valutazione della traiettoria calante del debito è posta l'analisi di sostenibilità del debito[35] (DSA): uno strumento utile, ma che implica una operazione tecnicamente molto complessa gravida di potenziali errori previsionali in cui alcune variabili macroeconomiche non osservabili giocano un ruolo molto importante[36]. L'utilizzo della (DSA) ha peraltro, in un primo momento, spinto la Commissione a proporre (v. gli orientamenti di riforma) una classificazione degli Stati membri in tre fasce a seconda della relativa situazione debitoria, ma già nelle proposte legislative (su indicate) si è preferito optare per la distinzione contenuta nei trattati tra quei Paesi che stanno dentro i parametri (3 per cento del PIL per il disavanzo e quello del 60 per cento per il debito) e quelli che li sforano.

Rimangono varie questioni aperte. Tra queste la metodologia da usare per definire la traiettoria di rientro del debito da parte della Commissione e le modalità di calcolo della spesa primaria netta. L'art. 23 di modifica del Reg. 1466 (cit.) introduce la nozione di «rischio significativo» di deviazione dal percorso di spesa netta, ma non vengono precisati i criteri in base ai quali valutare la «significatività» del rischio.

Un aspetto molto importante da chiarire riguarda la natura dell'atto con cui la CE traccia il percorso di aggiustamento del debito (per quei Paesi con un debito molto elevato) in quanto una sua vincolatività supererebbe i limiti posti dai trattati. Come è noto, infatti, la politica di bilancio e le decisioni ad essa connesse (il livello e il tipo di spesa, la politica fiscale, l'indebitamento e il debito pubblico) sono di competenza degli Stati membri. Il Trattato (art. 126 TFUE) attribuisce alla CE poteri di sorveglianza al fine di individuare «errori rilevanti» sulla base dei due criteri storici del 3% del disavanzo e del 60% del debito rispetto al PIL e, attraverso il braccio preventivo e correttivo del PSC, cercare di prevenire o correggere le esternalità negative sull'UE e sugli altri Stati membri. Sembra, invece, *prima facie*, che dalla proposta di riforma siano ricavabili non solo poteri di raccomandazione e/o indirizzo, ma invasioni di campo nelle politiche nazionali di bilancio (artt. 16-19). Tutto ciò rischia di attribuire poteri sia alla CE che al Consiglio che, allo stato, non hanno e che certamente non possono essere attribuiti

[35] Per la descrizione di tale metodologia v. Commissione europea (2022), "*Fiscal Sustainability Report 2021*", *Institutional Paper 171*, 25 aprile.

[36] Le decisioni sulla sostenibilità del debito hanno una grande componente discrezionale in quanto vengono utilizzate variabili non osservabili come le previsioni di crescita a lungo termine, la struttura dei tassi d'interesse e le proiezioni relative alle entrate e alle uscite di bilancio e il loro impatto sull'economia. I margini di errore possono essere significativi.

dalla normativa secondaria. Le istituzioni europee non possono vincolare i contenuti dei bilanci nazionali o imporre una traiettoria allo Stato in caso di mancato accordo, ma solo indirizzare, raccomandare, correggere.

A prescindere da queste ultime considerazioni la Commissione (e di conseguenza il Consiglio) risultano rafforzate[37] nel loro ruolo in ragione dell'approccio specifico per Paese: il PSC attuale stabilisce regole numeriche uguali per tutti, di contro, le proposte di riforma, in ragione dei diversi percorsi per Paese, introducono elementi valutativi discrezionali delle varie traiettorie di aggiustamento a cominciare dalla valutazione sulla bontà delle riforme e investimenti ivi contenuti. Da questo discenderebbe un'altra possibile criticità legata al fatto che nel disegno riformatore mancherebbe una visione di insieme che tenga conto dell'interdipendenza delle economie degli Stati membri e degli obiettivi di stabilità economica e finanziaria dell'UE nel suo complesso[38].

5. *Qualche considerazione di chiusura…*

Su un tema così complesso con tante questioni ancora aperte tentare di trarre delle conclusioni è quanto mai irrealistico e non solo perché si tratta di un disegno riformatore ancora *in itinere* dove i negoziati potrebbero riservare ulteriori novità, ma perché il vero banco di prova delle proposte di riforma sarà la loro resa applicativa[39].

Si preferisce quindi accennare ad alcuni profili non affrontati dalla proposta di riforma, ma che sarebbe stato auspicabile proporre. Ci si riferisce in primo luogo alla *central fiscal capacity* (d'ora innanzi CFC)[40] in ragione, in primo luogo, della funzione di stabilizzazione macroeconomica. Ma non solo. È appena il caso di evidenziare la complementarietà tra la CFC e le politiche di bilancio nazionali: queste ultime hanno bisogno di essere sostenute e integrate dalle politiche europee non solo in caso di gravi *shock*, ma anche per condurre quelle politiche che

[37] Sui profili di legittimità democratica nella determinazione delle politiche di bilancio nazionali v. S. Micossi, *Troppa Commissione nella riforma del Patto di stabilità*, in *lavoce.info,* 29 agosto 2023. Sulle cause del deficit di legittimità dell'UE v. D. Grimm, *The democratic Cost of Constitutionalisation: the European case*, in *European Law Juornal*, 2015, 460 ss. che evidenzia come i Trattati dovrebbero limitarsi a quelle disposizioni che riflettono le funzioni di una Costituzione e lasciare tutto il resto alla normativa di diritto derivato per evitare di sottrarre al processo decisionale politico importanti decisioni.

[38] V.G.L. Tosato, *Riflessioni sulla riforma della governance economica dell'UE*, Audizione V e XIV Commissione Camera dei deputati, 14 febbraio 2023.

[39] In questo senso si condivide la considerazione di Bini Smaghi «Una regola può sembrare migliore *ex-ante*, ma poi risultare meno efficiente *ex-post*, una volta che gli operatori vi si adeguino e ne sfruttino tutto il potenziale», *La riforma del Patto di stabilità e crescita: ce n'è veramente bisogno?*, LUISS, 24 febbraio 2022, 4.

[40] Sull'importanza di una capacità fiscale sovranazionale permanente per affrontare le sfide geopolitiche attuali v. F. Fabbrini*, EU Fiscal Capacity: Legal Integration after Covid-19 and the War in Ukraine*, OUP Oxford, 2022.

rappresentano delle formidabili sfide per uno sviluppo sostenibile di tutti i Paesi (ambiente, energia, difesa, transizione digitale). In assenza della CFC tutto il peso della stabilità del sistema si concentra sulle politiche di bilancio nazionali, con tutti i rischi che ne conseguono.

Le istituzioni europee sono consapevoli di questa carenza, ma ragioni politiche hanno indotto la Commissione europea a non proporla all'interno di questo disegno riformatore per evitare di compromettere l'esito del complesso della riforma. È infatti un tema controverso su cui vi sono varie divergenze a cominciare dal modo in cui finanziarla.

Le proposte di riforma non prevedono l'introduzione della *golden rule* che avrebbe consentito di escludere, dall'aggregato di spesa primaria netta, le spese per investimenti. Sarebbe stato più coerente con i principi ispiratori della riforma prevedere un trattamento differenziato per queste ultime e, per superare le critiche di chi paventa il rischio di una sua elusione, cercare di individuare il perimetro delle spese ammesse[41].

Nelle more della pubblicazione di questo scritto, in una riunione dell'Ecofin del 20 dicembre scorso è stato raggiunto l'accordo sulla riforma del Patto di stabilità e crescita[42] il cui testo definitivo verrà messo a punto nel trilogo con Commissione e Parlamento europeo. Pur nella conferma dell'impianto complessivo del patto contenuto nel pacchetto legislativo proposto dalla Commissione nell'aprile scorso, sono state introdotte alcune novità tra cui due parametri numerici di salvaguardia, uno relativo al debito e l'altro relativo al disavanzo. In particolare si tratta, nel primo caso, di un vincolo sul debito in base al quale già durante il percorso di aggiustamento (e non a valle come nella formulazione originaria proposta dalla Commissione) viene imposto una riduzione del rapporto debito/PIL almeno dell'1% annuo per quegli Stati in cui il rapporto debito/PIL sia superiore al 90% e dello 0,5% per quegli Stati il cui debito rientri nel *range* tra il 60 e il 90 % (art. 6-*bis*)[43]. Il secondo vincolo, relativo al disavanzo, impone che questo debba scendere al di sotto dell'1,5% del PIL per quei Paesi con debito maggiore del 90% su PIL. L'introduzione di questi indicatori numerici uguali per tutti, anche se applicati a Paesi con situazioni debitorie analoghe, potrebbe rivelarsi incoerente con altri obiettivi del piano innestando delle rigidità poco compatibili con per-

[41] Infatti alcune tipologie di spese correnti (sanità, istruzione) possono avere sul PIL un impatto uguale o maggiore degli investimenti pubblici in senso stretto.

[42] V. il comunicato stampa del Consiglio dell'UE del 21 dicembre 2023 "*Riesame della governance economica: il Consiglio raggiunge un accordo sulla riforma delle regole di bilancio"*

[43] V. Proposal for a *Regulation of the European Parliament and of the Council on the effective coordination of economic policies and multilateral budgetary surveillance and repealing Council Regulation* (*EC) No. 1466/97*.

corsi di aggiustamento ritagliati sulle specificità di ciascun Paese atte a valorizzarne la *national ownership*.

Inoltre, sempre su pressione della Germania e dei Paesi frugali, è stato introdotto un «margine di resilienza del disavanzo» comune (art. 6-*ter*) che impone agli Stati un obiettivo di disavanzo strutturale aggiuntivo dell'1,5% in modo da creare uno scudo protettivo ai fini del rispetto del parametro del 3% in caso di emergenze e crisi economiche. A tal fine viene fissato l'andamento di riduzione del deficit tra lo 0,25% e lo 0,4% del PIL all'anno. Nel caso in cui uno Stato venga sottoposto ad una procedura di deficit eccessivo (nel braccio correttivo del PSC) deve in primo luogo riportare il deficit al di sotto del 3% e solo dopo presentare il piano di aggiustamento strutturale di bilancio.

Accanto a questi elementi che innegabilmente rendono più complesso e rigido il sistema, ne sono previsti altri di segno diverso volti a rendere più agevole il percorso di rientro del deficit da parte degli Stati che si collocano nella fascia debitoria più elevata. Il riferimento riguarda lo "scomputo" della spesa per interessi dal deficit strutturale per un periodo transitorio (2025-2027), la possibilità per gli Stati di chiedere una proroga del periodo di aggiustamento di bilancio fino ad un massimo di 7 anni se ciò sia funzionale alla realizzazione di investimenti e riforme utili al miglioramento del potenziale di crescita e alla sostenibilità di bilancio.

Le proposte di riforma del patto di stabilità e crescita: il profilo della sostenibilità del debito pubblico

Il saggio affronta il tema delle proposte di riforma del Patto di stabilità e crescita (d'ora innanzi: PSC) all'interno del quadro della governance economica europea sotto l'angolo visuale della sostenibilità del debito pubblico divenuto un principio costituzionale cruciale nella disciplina della finanza pubblica.
L'indagine, dopo brevi cenni sul principio di sostenibilità del debito pubblico nel percorso euro-nazionale, prende avvio dalle ragioni poste alla base della volontà di apportare delle modifiche sostanziali al PSC evidenziando le maggiori disfunzionalità applicative che si sono susseguite nel corso degli anni e che oggi rischiano di acuirsi anche in considerazione dei mutati scenari economici e geopolitici post-pandemia.

The proposed reforms to the Stability and Growth Pact: the public debt sustainability profile

The essay addresses the issue of proposed reforms to the Stability and Growth Pact (henceforth: SGP) within the framework of European economic governance from the angle of public debt sustainability, which has become a crucial constitutional principle in the discipline of public finance.
The survey, after brief background on the principle of public debt sustainability in the Euro-national path, begins with the reasons behind the desire to make substantial changes to the SGP by highlighting the major application dysfunctionalities that have occurred over the years and that today are also likely to be exacerbated in view of the changed economic and geopolitical post-pandemic scenarios.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 69, n. 112 (3 2023) pp. 375-396

Articoli e saggi

Il diritto alla bellezza nel prisma della città: architettura e "moral equality"

Elena Tanzarella

Sommario: 1. Diritto alla "bellezza architettonica": ragioni di una ricerca. – 2. Architettura e dignità; bellezza architettonica e uguaglianza morale. – 3. Bellezza architettonica come declinazione della cultura nella città sostenibile. – 4. Bellezza architettonica e indifferenza del mercato: il ruolo del diritto. – 5. Bellezza architettonica nell'ordinamento vigente.

1. *Diritto alla "bellezza architettonica": ragioni di una ricerca*

In un recente scritto, P. Häberle e M. Kotzur[1] riflettono sulla stretta e indissolubile interconnessione tra arte e pubblico, dal che derivano conseguenze sull'ampiezza della tutela che dovrebbe essere accordata alla fruizione dell'arte anche in situazioni eccezionali, quale quella pandemica, che hanno determinato talune restrizioni dei diritti umani, tra cui il diritto alla cultura.

Un passaggio dell'articolo si presta a trascendere l'oggetto specifico di discussione, affermando un concetto di portata universale: «*La posibilidad activa o pasiva de la cultura tiene, por tanto, una relación con los derechos humanos, porque permite a cada ser humano vivir su vida*»[2].

Di essa viene in rilievo il richiamo al lato passivo del diritto alla cultura e la sua relazione con i diritti umani, che si estrinseca nel rapporto tra fruizione passiva della cultura e pienezza dello sviluppo della persona[3].

La relazione tra artista e pubblico, tra opera d'arte e fruitore, non è mai statica. Come osservato dagli Autori citati, «*el arte es comunicación y se construye con la comunicación*», l'opera artistica si perfeziona nell'interazione spirituale tra arti-

[1] P. Häberle, M. Kotzur, *El arte, la cultura y su público en tiempos de pandemia*, in *ReDCE*, 2022, 37.

[2] P. Häberle, M. Kotzur, cit., par. 5.

[3] «*Cultura* significa *humanidad; cada hombre y mujer es conformado por la cultura en que nace y se desarrolla*», J. Miranda, *Notas sobre cultura, Constitución y derechos culturales,* in *REdCE*, 2010, 13, 2.

sta/opera d'arte e pubblico, da qui la conseguente necessaria espansione dell'ambito di tutela della libertà artistica verso l'inclusione del soggetto passivo dell'espressione artistica quale destinatario del diritto alla fruizione passiva dell'arte (della cultura e della bellezza): «*Esto tiene una consecuencia clara para el* ámbito *de protección de la libertad artística. Si el arte debe protegerse en tanto que ámbito vital de comunicación, también ha de protegerse la obra de arte, el artista y el público*»[4].

Al pubblico va dunque garantita la fruizione dell'arte ovvero, più estensivamente, della bellezza – perché nel bello si riflette, verso il bello tende, attraverso il bello si completa l'essere umano. Si tratta della potenzialità epifanica dell'estetica: «*L'esthetique ouvre l'homme à l'homme. Elle ouvre chacun à soi*»[5].

Vi è una forma d'arte di cui tutti costituiamo, anche indipendentemente da uno specifico atto volitivo, il pubblico: si tratta dell'architettura.

La riflessione sulla collocazione dell'architettura tra le arti, stante la sua valenza funzionale, e sul rapporto tra etica ed estetica ha origini antiche ed è ancora molto attuale[6]. Non è questo il luogo per toccare tale amplissimo tema, ma l'operarne cenno serve a richiamare le due dimensioni ontologiche essenziali dell'essere umano interessate dall'architettura[7], entrambe le quali si riflettono nell'ordinamento giuridico ivi cercando soluzioni alle tensioni nella relazione tra persona e spazio urbano pur muovendo, si ritiene, da due presupposti metagiuridici differenti.

Innanzitutto, vi è la dimensione della spazio-temporalità: l'architettura è in costante interazione con la società, della quale costituisce espressione e che tuttavia è a sua volta in grado di influenzare[8].

Questa tensione tra architettura (sia degli spazi urbani che degli edifici) e società si evince in particolare modo dagli studi di carattere interdisciplinare[9] sugli effetti della globalizzazione sul modello di città[10].

---

[4] P. Häberle, M. Kotzur, cit. 7.

[5] C. Younes, T. Paquot, *Éthique, architecture, urbain*, Parigi, 2000, formato EPUB, pos. 330

[6] Per la ricostruzione della filosofia dell'architettura da Virgilio a Sullivan e Le Corbusier si veda S. Chiodo, *Estetica dell'architettura*, Roma, 2011

[7] S. Chiodo, *Giudicare il valore della bellezza: dall'estetica all'etica,* in *Valori e Valutazioni,* 2019, 23.

[8] L'ambiente urbano, in costante trasformazione, restituisce l'immagine della società che in esso vive: il livello di ricchezza, la stratificazione sociale, il multiculturalismo. Come osservato da H. Lefebvre, *Il diritto alla città*, Verona, 2014: «La città è la proiezione della società sul territorio».

[9] Le riflessioni sul diritto alla città, la giustizia spaziale, le città sostenibili e inclusive sono molto fervide e di carattere interdisciplinare. In quanto luogo dell'espressione della vita umana, la città interessa la sociologia, l'architettura e, ovviamente, il diritto, in particolar modo il diritto amministrativo e quello costituzionale. L'intreccio tra questi due rami si avverte con forza nella pianificazione urbanistica e nell'edilizia, giacché nella città convergono e convivono molteplici interessi privati e pubblici.

[10] Tra le riflessioni sociologiche, a partire dall'impatto del capitalismo sino a quello della globalizzazione, il richiamo è d'obbligo a H. Lefebvre, *Il diritto alla città,* cit. e a D. Harvey *Il capitalismo contro il diritto alla città*, Verona, 2012

Il fenomeno della globalizzazione, da un lato, si riflette nel deterioramento della qualità estetico-culturale di alcune porzioni del tessuto urbano[11]: sia sufficiente pensare alla standardizzazione su scala internazionale dell'offerta commerciale, che rende omogenei i centri delle città, spesso privandole di quei connotati identitari dati dalla presenza di botteghe uniche, non a caso oggetto di tutela specifica in varie esperienze normative di diverso livello,[12] ma anche all'omogeneizzazione della proposta architettonica che, calata dall'alto, rischia di rendere intere porzioni di tessuto urbano prive di identità culturale specifica e dunque spersonalizzanti.

Per altro verso, la globalizzazione ha significativamente contribuito a modificare la fisionomia delle città: si pensi ai distretti finanziari nelle grandi metropoli, allo svuotamento dei piccoli centri storici spesso abbandonati in condizioni di degrado per il poco interesse del mercato alla loro riqualificazione, alla gentrificazione dei quartieri ad antica vocazione proletaria quale conseguenza della finanziarizzazione dei centri città e alla polarizzazione della tensione tra inclusione ed esclusione che dà vita al fenomeno delle *gated communities*[13] (ascritto in letteratura alla «psicogeografia della paura[14]»), contrapposto alla sempre maggiore emarginazione delle vecchie e nuove periferie ove, in larga misura, si concentra il fenomeno migratorio[15].

Vengono qui in gioco entrambe le anime dell'architettura, la funzionale e l'estetica, convergenti sul piano dell'ordinamento giuridico nella tutela della dignità,[16] sia per quanto attiene alla funzione dell'architettura – nei termini di cit-

---

[11] In Italia e Spagna, due Paesi vicini anche per cultura giuridica, il tema è affrontato con toni simili in S. Settis, *Paesaggio, costituzione e cemento*. *La battaglia per l'ambiente contro il degrado civile*, Torino, 2010 e da A. Rubio, *España fea. El caos urbano, el mayor fracaso de la democracía*, Barcelona, 2022.

[12] Si vedano, ad esempio, in Italia la LR Lazio 10 febbraio 2022, n. 1, recante «Disciplina per la salvaguardia e la valorizzazione delle botteghe e attività storiche» e la LR Lombardia 4 marzo 2019, n. 5, per la «Valorizzazione delle attività storiche e di tradizione. Modifiche alla legge regionale 2 febbraio 2010, n. 6 (Testo unico delle leggi regionali in materia di commercio e fiere)», nonché le Delibere di Giunta di attuazione delle medesime. In Spagna si veda ad esempio la L. 18 giugno 2013, n, 3, intitolata «*Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid*» che, tra le novità, introduce la tutela del patrimonio culturale.

[13] I quartieri esclusivi recintati, molto diffusi nel Nord e Sud America ma non estranei allo sviluppo urbano anche in Europa, proiettano sul livello territoriale una delle grandi aporie della globalizzazione, che abbatte i confini per erigere muri, provocando la paradossale contestualità della modernità e del suo superamento: E. Sferrazza Papa, *Verso la paranoia globale*, in *Polemos*, 2021, 1, 143 ss.

[14] C. Danani, Sulla *giustizia spaziale*, in *Itinerari*, 2016, 148.

[15] M.V. Forns I. Fernandez, *L'immigrazione e la città: un approccio alla periferia sociale e territoriale*, in M. Immordino, G. De Cozzi, N. Gullo, M. Brocca (a cura di), *Periferie e diritti fondamentali,* Napoli, 2020, 281; G. Clément, *Manifesto del terzo paesaggio,* Macerata, 2016.

[16] La dignità è «il primo degli elementi ideali e reali che compongono lo Stato costituzionale», P. Häberle, voce *Stato costituzionale* I*) Principi generali*, in *Enc. giur. Trecc., Aggiornamento*, Vol. IX, Roma, 1; essa costituisce la «premessa culturale antropologica» dello Stato costituzionale (Id., *El Estado constitucional europeo*, in *REdCE*, 11, gennaio-giugno, 2019), contestualmente convertendosi nel «*fine cui tutte le libertà costituzionalmente protette dovrebbero tendere*» (D. Bifulco, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003, 128).

tà accessibili[17] e inclusive[18] – che per quanto concerne l'architettura quale espressione della cultura di un popolo riflessa nei luoghi (centri storici, borghi antichi, paesaggi naturali e culturali, tutela dei beni culturali[19]) e della nuova e necessaria multiculturalità[20].

L'architettura è un'arte funzionale alla soddisfazione dei bisogni essenziali (abitazioni, infrastrutture primarie e secondarie: necessità il cui appagamento è doveroso perché inerenti alla dignità umana) ed è anche arte da tutelare in quanto espressione di cultura, perché chi lo desideri possa fruire della bellezza.

Attraverso la tutela dei beni culturali, delle opere d'arte incluse quelle architettoniche, è garantita anche la possibilità, per chi lo desideri, di tendere verso la bellezza, di essere fine per sé stesso attraverso la propria aspirazione alla formazione.

È questa la seconda dimensione ontologica interessata dall'architettura: quella mentale o dimensione ontologica aspirativa essenziale all'evoluzione spirituale[21]: «L'identità di un essere umano eccede la sfera del necessario, cioè del bisogno, e include in modo costitutivo anche la sfera del superfluo, cioè dell'aspirazione e dell'evoluzione»[22].

Dell'architettura, tuttavia, non si gode solo volontariamente e occasionalmente nel momento in cui si sceglie di recarsi in un certo luogo o di soffermarsi sulla bellezza di un determinato edificio: essa infatti «è caratterizzata da una condivisibilità sociale maggiore della condivisibilità delle altre arti, alle quali, viceversa, succede di frequente di non poter essere fruite da individui non consapevoli e non volontari: esperisco un libro se ho la volontà di leggere un libro (se scelgo di entrare in una biblioteca, in una libreria, nella stanza dove ci sono i miei libri, e se scelgo poi un libro specifico, che prendo e che apro), ed esperisco una musica e un dipinto in modo analogo, ma esperisco un'architettura anche se non agisco con una consapevolezza e con una volontarietà comparabili, perché non devo fare

[17] Un peculiare profilo dell'accessibilità è quello della mobilità, analizzato sia nella prospettiva di diritto amministrativo che di diritto costituzionale in A. Boix Palop, R. Marzal Raga (a cura di), *Ciudad y movilidad*, Valencia, 2014, Si rinvia in particolare alle riflessioni di E. Guillén López, *Perspectiva constitucional de la movibilidad urbana,* ivi, 55-89.

[18] A. Gusmai, *Spazi urbani, spazi di inclusione,* in *Riv. Giur. Ambientediritto.it*, 2022, 2, 1 ss.

[19] P. Häberle, *La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un analisis comparativo*, in *REDC*, 1998, 54, 11 ss.

[20] Il fenomeno del multiculturalismo necessita innanzitutto di essere compreso dal punto di vista costituzionale; si rinvia alle riflessioni di G. Azzariti, *Multiculturalismo e costituzione*, in *federalismi.it*, 2015, 24, 2 ss. Il tema è di particolare interesse ove affrontato dalla visuale della tensione tra laicità e fondamentalismo (che può peraltro riflettersi anche nella pianificazione urbanistica). Per tale aspetto si rinvia a M. D'Amico, *Laicità costituzionale e fondamentalismi Tra Italia ed Europa: Considerazioni a partire da alcune decisioni giurisprudenziali*, in *Rivista AIC*, 2015, 2, 1 ss.

[21] S. Chiodo, *Estetica dell'architettura*, cit., 32

[22] S. Chiodo, *ult. cit*, 33.

altro che essere nello spazio, fisico e atmosferico, nel quale sono, cioè non devo fare altro che esistere tra stanze e città»[23].

Questa considerazione impone di ampliare il concetto di pubblico cui operano riferimento P. Häberle e M. Kotzur includendo, rispetto a quella particolare forma d'arte che è l'architettura, anche il pubblico ignaro, meramente passivo, ed esige di domandarsi se sia giusto che vi siano luoghi urbani in cui l'architettura assolve unicamente alla funzione, senza attenzione all'estetica (alla bellezza).

Il riferimento è in particolare alle "periferie sociali", che sono tali perché «prive di storia, di regole, di significato, di qualità o di identità»[24]; quartieri nei quali la complessità del fenomeno sociale si proietta sulla città secondo un paradigma che prevede una relazione di proporzionalità inversa tra livello del bisogno sociale e qualità dei luoghi[25].

Si tratta di aree di confine, non necessariamente e unicamente in senso spaziale, non intercettate dall'interesse del mercato e perciò marginalizzate e marginalizzanti, non solo perché carenti di servizi ma anche perché caratterizzate da una povertà estetica tale da assumere essa stessa autonoma significatività stigmatizzante.

Per rispettare la centralità della persona, il contesto urbano dovrebbe pertanto essere non solo funzionale, inclusivo e partecipato, ma anche connotato da qualità estetica[26] poiché, come osservato in dottrina, «[…] il rispetto del bello educa a rispettare l'altro. L'animo sensibile che riconosce e apprezza il bello lo rispetta e, quasi necessariamente, è portato a rispettare gli altri e l'altro, compreso l'ambiente. Ciò presuppone tuttavia che si acceda a un'idea di bello che non sia soggettiva, ma che possa essere ancorata a parametri oggettivi, il che è tanto più plausibile quando in nome del bello, si realizzano attività che, con risorse pubbliche, incidono sui cittadini e sulle loro finanze (e financo sulle loro libertà, come accade per le opere architettoniche, posto che l'architettura è arte legata a una funzione pratica). Ciò è immediatamente evidente ove si pensi a temi quali l'arredo urbano e l'estetica dei quartieri»[27].

Si vuole dunque esplorare la possibilità di ancorare il diritto alla bellezza[28], che già trova un suo autonomo riconoscimento nella tutela del paesaggio e dei

---

[23] S. Chiodo, *ult. cit.*, 140-141.

[24] V. Molaschi, *Periferie e diritto alla salute*, *prime riflessioni*, in M. Immordino, G. De Cozzi, N. Gullo, M. Brocca, cit., 518

[25] E. Olivito, *(Dis)eguaglianza, città e periferie sociali: la prospettiva costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2020, 1, 1 ss.

[26] T. Paquot, C. Younés, *Éthique, architecture, urbain*, Parigi, 2000.

[27] F. Fracchia, *Periferie e sostenibilità ambientale*, in *Periferie e diritti fondamentali*, cit., 277.

[28] G.P. Cirillo, *Il diritto al borgo come una delle declinazioni della bellezza e come luogo "dell'altrove"*, *www.giustizia-amminsitrativa.it*, 2023, osserva che «Il diritto alla *bellezza* compare già da qualche tempo nella letteratura giuridica, dove si tende ad aprire il discorso sulla base della premessa che la bellezza è un concetto non racchiudibile in una formula definitoria certa, al pari della definizione di cultura. In realtà ciascuno di

beni culturali, allo sviluppo architettonico della città, considerando la componente estetica quale elemento etico della pianificazione e della costruzione edilizia.

L'interrogativo che sorge è se il pubblico dell'architettura nelle città possa essere tutelato nel senso di essere tributario di un diritto all'estetica, e non solo alla funzione, dell'architettura; se esista, cioè, una pretesa giuridicamente tutelabile alla bellezza architettonica e, nel caso, quale sia il suo presupposto metagiuridico e il conseguente ancoraggio costituzionale.

2. *Architettura e dignità; bellezza architettonica e uguaglianza morale*

Il punto di partenza della riflessione qui proposta è la relazione tra cultura e dignità[29], che trova pieno appoggio in quelle norme, palesi o occulte, contenute in varie Costituzioni di Paesi sia europei che extraeuropei[30], che vengono identificate come "Costituzione culturale"[31] e che ben consentono di individuare nella cultura, insieme a popolo, territorio e sovranità[32] uno degli elementi essenziali dello Stato costituzionale, vale a dire di quella «comunità politica che trova il proprio fondamento costitutivo nella dignità dell'uomo, come diceva E. Kant, e trova nella democrazia pluralista la propria struttura organizzativa»[33].

Il riferimento è, nella Costituzione italiana, in particolare agli art. 2 – fondativo del principio di dignità e di solidarietà – e 9, comma 2 «norma costitutiva di interessi dei singoli e della collettività al godimento dei beni culturali e del paesaggio, interessi cioè aventi ad oggetto […] non i beni materiali in sé considerati ma i valori ad essi inerenti o, se si preferisce, non il valore di scambio ma il valore d'uso delle cose protette»[34]. In queste norme si annida la congiunzione tra dignità, cultura e ambiente in senso lato (paesaggio naturale, paesaggio antropico, beni

noi dentro di sé conosce gli effetti, definitivi o transeunti, dell'esperienza della bellezza, ma non sa dire cosa sia diritto alla bellezza».

[29] P. Häberle, Cultura *dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Milano, 2003; si rinvia in particolare alle riflessioni sul concetto di dignità, esaminato anche nella prospettiva comparatistica, cui è dedicato il primo capitolo del libro.

[30] Per una dettagliata ricognizione P. Häberle, *Costituzione e identità culturale*, Milano, 2006, 7 ss..

[31] G. Zagrebelsky, Fondata *sulla cultura, Arte, scienza e Costituzione*, Torino, 2014; P. Häberle, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, Roma, 2001.

[32] F. Balaguer Callejón (a cura di), *Derecho constitucional y cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle,* Madrid, 2003.

[33] P. Häberle, *La constitución como cultura*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia constitucional*, 2002, 6, 177 ss.

[34] A. Cabiddu, *Diritto alla bellezza*, in *Rivista AIC*, 2020, 4, 368. Il valore d'uso assume inoltre una particolare importanza in relazione agli elementi immateriali del patrimonio culturale, la considerazione dei quali viene in essere la possibilità del vincolo teleologico. Si veda in proposito N. Pecchioli, *Vincolo di destinazione d'uso e disciplina dei beni culturali*, in *Il diritto dell'economia,* 2023, 2, 151-173.

culturali) nel quale l'uomo vive e che sono meritevoli di tutela proprio in ragione della loro dimensione olistica.[35]

L'uomo infatti, come appena ricordato, interagisce con l'ambiente quale valore d'uso, non meramente di scambio[36].

Questa valorizzazione del rapporto di uso, dell'interazione spirituale tra beni culturali, paesaggio e uomo, sembra essere stato uno dei temi che hanno consentito, a partire dal livello sovranazionale tramite, ad esempio, la Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società", cosiddetta Convenzione di Faro del 27 ottobre 2005[37], la tutela (ma anche lo sfruttamento[38]) dei beni culturali e l'approdo al concetto di paesaggio culturale[39], vale a dire, secondo la celebre formula di C. Sauer, il risultato dell'interazione tra uomo e ambiente naturale: «*The cultural landscape is fashioned from a natural landscape by a cultural group. Culture is the agent, the natural area is the medium, the cultural landscape is the result*»[40].

L'ambiente antropico è di interesse per il diritto nella misura in cui in esso si riconosca quel valore epifanico dell'arte cui si faceva riferimento in precedenza; un paesaggio manipolato dall'uomo diviene oggetto di tutela perché manifestazione della cultura e, dunque, da proteggersi perché inerente alla dignità dell'uomo stesso[41].

---

[35] In particolare, sulla dimensione olistica del concetto di paesaggio espresso dalla Convenzione Europea sul Paesaggio si veda Cons. Stato, IV, 28.1.2022 n. 624, con nota di M.G. Della Scala, *La dimensione estetico identitaria del paesaggio e i suoi confini*, in *www.giustiziainsieme.it,* 20 aprile 2022 e di A.L. De Cesaris, *Sulla nozione di paesaggio e sul ruolo della commissione per il paesaggio*, in *www.rgaonline.it*, 1° aprile 2022.

[36] A. Cabiddu, *Diritto* alla *bellezza*, cit.

[37] In essa è operato espresso riferimento all'uso sostenibile del patrimonio culturale quale mezzo al fine di garantire lo sviluppo umano e perseguire l'obiettivo del miglioramento della qualità della vita. Sull'applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale nella gestione dei beni culturali, che costituisce uno dei principi della Convenzione di Faro, si rinvia a V. Di Capua, *La Convenzione di Faro. Verso la valorizzazione del patrimonio culturale come bene* comune*?* in *Aedon*, 2021, 3, 162 ss. Sulla disciplina del patrimonio culturale S. Amorosino, *Amministrare la bellezza. La gestione del patrimonio culturale*, Napoli, 2021.

[38] Sul patrimonio culturale quale valore di scambio per le molte città che fondano il proprio posizionamento nel mercato sulla propria capacità di attrazione culturale si vedano J. Musitelli, *World Heritage, between Universalism and Globalization*, in *International Journal of Cultural Property*, 2002, 323; S. Labadi, C. Long (eds.), *Heritage and Globalization*, Abingdon, 2010; L. Casini, *La globalizzazione dei beni culturali*, Bologna, 2010. Non si può inoltre non dare atto di un altro effetto perverso della globalizzazione dei beni culturali consistente nell'incremento della distanza tra Paesi ricchi, che dispongono di risorse per sfuttare i beni culturali e Paesi poveri, privi di tali risorse. Per queste riflessioni si rinvia a K. Lafrenz Somuel, *Material heritage and poverty reduction,* in S. Labadi, C. Long (eds), *Heritage and Globalisation*, New York, 2010

[39] Per i riferimenti normativi internazionali A. Cabiddu, cit. .

[40] C.O. Sauer. *The morphology of landscape*, in *Geography*, 1925, 2, 296-315.

[41] L'arte architettonica ha un'indubbia attitudine a mettere l'uomo in relazione con sé stesso: «*C'est au fond la première tâche, peut-être l'unique, d'une architecture, de constituer un espace* épiphanique*, auprès duquel tout le rest est conditionnement, fabrication de contenants par de contenus*», così T. Paquot, C. Younés, *op. cit.*, pos. 367

Questa relazione tra cultura e dignità si fonda su di una concezione dinamica della dignità[42], che «abbraccia una prospettiva generazionale superindividuale»[43]: perché l'uomo possa essere fine in sé[44] devono essergli garantite (è compito dello Stato) la libertà dal bisogno e la possibilità di evolversi. A sua volta, ogni cittadino deve rispettare l'eguale libertà degli altri concorrendo allo sviluppo socioeconomico e adempiendo a taluni doveri (lavoro, art. 4 Cost.; formazione obbligatoria, art. 31 Cost.)[45].

A detta duplicità – libertà dal bisogno, possibilità di evolversi per come lo si desidera – corrisponde la duplice concezione di dignità individuata in dottrina: la dignità attribuita o attribuibile, avente natura prescrittiva e che in ragione di ciò «propone doveri collettivi di rispetto della dignità in relazione ai parametri ai quali s'intenda riferirla, e al tempo stesso, in relazione ai medesimi parametri di riferimento adottati, propone doveri ai privati in nome di quei medesimi parametri, ai quali sovente si pretende di assegnare natura pubblica e/o collettiva […] e propone l'obbligo minimo del rispetto della dignità individuale» e la dignità percepita che, invece, «avanza sì la pretesa di essere rispettata in relazione ai parametri individuali adottati dal singolo individuo, ma non propone alcun dovere di comportamento ad altri individui […]. Dunque, in generale, il rispetto della dignità fissa limiti all'azione collettiva nei confronti del singolo individuo e all'azione del singolo individuo nei confronti degli altri singoli individui, proponendoli come «doveri pubblici», ma solo la dignità percepita può stabilire doveri per il singolo verso sé stesso»[46].

Il complesso sistema del diritto alla cultura e dei diritti culturali[47] raccoglie entrambe le dimensioni della dignità: vi è un diritto/dovere dello Stato di garantire sia la formazione che l'accesso (libero) alla cultura e vi è il diritto/dovere del cittadino di accedere alla formazione obbligatoria e di esprimere in totale libertà la propria tensione culturale[48].

Il diritto amministrativo, che è «diritto costituzionale concretizzato»[49], traduce questi principi in atti.

Il settore disciplinare dell'urbanistica e dell'edilizia ne è un preclaro esempio.

---

[42] F. Scamardella, *La dimensione relazionale della dignità umana*, *Riv. Fil. Dir.*, 2013, 2, 305-320. F. Viola, *I volti della dignità umana*, in *Colloqui sulla dignità umana*, Roma, 2008.

[43] P. Häberle, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, cit., 48.

[44] I. Kant, La metafisica dei *costumi* (1797), a cura di G. Vidari, Bari, 2009.

[45] M. Ruotolo, *Appunti sulla dignità umana*, in *Direitos fundamentais & Justiça*, 2010, n. 11, 123 ss.

[46] V. Pocar, *Dignità e non dignità dell'uomo*, in *Ragion Pratica*, 38 giugno 2012, 119 ss.

[47] P. Meyer-Bisch, *Les droits culturels dans la grammaire du dévelopemment*, in *Àgora,* 2014, 1, 47-68.

[48] Si veda per tutti F. Fracchia, *Il sistema educativo di istruzione e formazione*, Torino, 2008.

[49] P. Häberle, *ult. cit.,* 29.

Spetta così al governo del territorio garantire la prima dimensione della dignità attraverso, ad esempio il diritto all'abitazione, ai servizi sanitari, alla scuola, e la seconda dimensione, rendendo le città in senso lato accessibili[50].

Per quanto concerne il diritto alla cultura e i diritti culturali[51], le città in quanto luoghi del vivere devono consentire che la cultura sia alla portata di tutti, attraverso adeguate infrastrutture; al contempo devono essere teatro della cultura di tutti, recependo i bisogni e le istanze culturali che provengono dal territorio nell'ottica di città inclusive e partecipate.

Vengono così soddisfatte dalla funzione amministrativa della pianificazione e della costruzione del territorio tanto la dignità attribuita (diritto alla casa e all'istruzione) quanto quella percepita (partecipazione, accesso alla cultura e universalità della proposta culturale).

L'attenzione ad una bellezza architettonica "oggettiva e minima" non pare invece rientrare nell'ambito degli obiettivi descritti di concretizzazione della dignità in relazione al territorio ma, in effetti, può apparire forzato sostenere che vivere in ambienti urbani la cui architettura "comune" sia carente di qualità estetica (non si fa qui riferimento a quelle opere architettoniche il cui valore culturale è oggetto di apposita tutela e al cui godimento chiunque può decidere di accedere liberamente) privi gli abitanti della loro dignità, tanto attribuita quanto percepita.

Se è infatti da un lato vero che la relazione con l'architettura di tali contesti non consente certo alcuna evoluzione spirituale, poiché non vi è bellezza verso cui tendere e da cui attingere per ritrovare e accrescere una parte di sé, è non di meno affermabile che abitare in tali luoghi (quasi sempre periferici nel senso di «periferie sociali») non intacca la dignità nel momento in cui l'accesso all'abitazione e alle infrastrutture essenziali e culturali, nonché la partecipazione e l'integrazione, sono garantiti da adeguate politiche di pianificazione e di inclusione: la contingenza del luogo in cui si vive e financo la maggior difficoltà nell'accedere alla formazione e alla cultura non sminuiscono la dignità nel senso kantiano dell'essere ogni persona un fine in sé.

Non di meno, l'architettura di tali luoghi non cessa di essere arte e tale arte ha un pubblico passivo, irrimediabilmente costretto nel ruolo.

---

[50] Con doverosa attenzione, tuttavia, al limite intrinseco nell'obiettivo della città intelligente: F. Fracchia, P. Pantalone, *Smart city: condividere per innovare (e con il rischio di escludere?)*, in *federalismi.it*, 2015, 22.

[51] P. Meyer-Bisch, *La valorisation de la diversité et des droits culturels*, *Hermès*, 2008, 51, 59-64, osserva che le Convenzioni Unesco del 2001 e del 2005, rispettivamente sulla diversità culturale e sulla promozione delle espressioni culturali hanno determinato un mutamento di paradigma politico: «*Alors que la diversité culturelle était considérée comme un frein au développement, un obstacle au progrès de la modernité, de la science, de la démocratie et de la paix, elle est aujourd'hui de plus en plus comprise comme une ressource trop peu exploitée*» con la conseguenza, importante anche per la questione urbanistica, che «*La diversité culturelle ne peut être réduite aux marges d'interprétation, encore moins aux exceptions ; elle se trouve désormais au centre, dans la définition de la « mission » de chaque institution, et vise à favoriser la communication, la paix, la richesse, l'habitation des territoires et la gestion des temporalités*».

La considerazione per cui l'arte, e più precisamente ai fini che ne occupano, l'architettura è un mezzo di relazione dell'uomo con sé stesso non può valere solo per i prodotti dell'ingegno cui sia attribuibile un valore di interesse artistico alla luce di criteri normativi stabiliti da leggi di settore né è giusto, ove non si tratti di beni culturali e paesaggistici, che la cura nella qualità estetica dell'architettura dipenda dall'interesse economico dell'area.

L'architettura dà all'uomo una rappresentazione di sé, si tratta della sua intrinseca funzione etica che impone che la bellezza sia una componente dell'architettura e lo sia ovunque, indipendentemente dalla logica del mercato: «la bellezza non deve essere un lusso per lo spazio di pochi individui, ma la norma per lo spazio di qualsiasi individuo, perché è la messa in forma del fatto che io, voi, e qualsiasi altro individuo siamo esseri umani, cioè caratterizzati in modo costitutivo da bisogni spazio temporali precisi e da aspirazioni mentali all'evoluzione di sé altrettanto precisi che identificano chi l'essere umano (qualsiasi essere umano) è in essenza […] una città priva di bellezza […] non è etica perché è una città che ci rappresenta incapaci di evolvere»[52].

L'architettura priva di bellezza restituisce dunque al suo pubblico l'immagine di un sé incapace di evolvere, incidendo sull'integrità della percezione di sé stessi.

L'integrità del sé è strumentale all'apprezzamento «*of the most important goods in human life, those things we have most reason to value, such as knowledge, love, friendship, pleasure, the appreciation of beauty, the raising of children, accomplishments and skills*»[53]; ma è al contempo costitutiva di tale capacità di godimento dei valori della vita: «*An integral sense of self is, therefore, a constituent ingredient and structural element of a flourishing life; while it is extrinsic, it nonetheless plays an essential role in our enjoyment of the most important goods*» ciò perché «*In laboring with a fractured sense of self, we lose capacity to see ourselves in our pursuits, concerns and cares and so we cannot participate in the most important goals that those pursuits, concerns and cares make possible*[54] ».

L'integrità del sé costituisce dunque una sorta di punto di partenza di base che deve essere uguale per tutti, in quanto condizione minima dell'umanità di ciascuno.

Dalla piena integrità del sé deriva il libero sviluppo della persona tanto nella dimensione intima come in quella sociale: l'integrità del sé si pone quale condizione presupposta alla dignità nel senso di finalità ontologica.

---

[52] S. Chiodo,, cit., 35

[53] A. Sangiovanni, *Humanity without dignity. Moral equality, respect, and human rights,* Cambridge, Massachusetts, 2017, 81; enfasi aggiunta.

[54] A. Sangiovanni, cit., 82

Ed invero «la dignità è qualcosa che appartiene a tutti gli uomini, ma bisogna creare le condizioni in cui essa possa effettivamente dispiegarsi»[55].

Questa condizione di esercizio della dignità, che non può non essere obiettivo della funzione amministrativa, può essere individuata nell'uguaglianza morale: «*To treat as an equal is to recognize others as beings who have an interior life and a subjective perspective through which they present themselves to the world. It is to recognize the vulnerability to which such interiority exposes them, and hence to respect the social guise in which they present themselves to us*».

Perseguire l'obiettivo dell'uguaglianza morale «*is therefore a part of the broader virtue of treating others with humanity*»[56]e costituisce il presupposto metagiuridico di qualunque politica antidiscriminatoria, giacché, come osservato da A. Sangiovanni, la costante della discriminazione è il mancato riconoscimento dell'umanità, vale a dire dell'uguaglianza morale, di un gruppo di persone.

Da queste premesse si vuol derivare che la carenza di bellezza architettonica di determinati quartieri costituisce una forma di stigmatizzazione e, dunque, di discriminazione.

Chi vive in tali luoghi si pone in necessaria e costante relazione con essi, rischiando di uscirne sminuito nella percezione che ha di sé, poiché tali luoghi sono, per l'appunto, sovente stigmatizzanti.

Lo stigma sociale che deriva dal vivere in quelle che vengono definite periferie sociali è legato a una molteplicità di fattori socioeconomici che concorrono a determinare la percezione sociale del contesto e dei suoi abitanti, sia da parte della collettività che nella prospettiva soggettiva.

Il soggetto stigmatizzato non può non vivere il proprio stigma e ciò può determinare l'impossibilità di accedere a un senso integro del sé.

La bellezza ha un suo autonomo ruolo nella riduzione dello stigma sociale e della restituzione della pienezza del senso di sé poiché essa rientra nel «paniere di condizioni per la costruzione di una vita sensata»; la carenza di qualità estetica in un contesto esistenziale diviene conseguentemente una forma di «svantaggio corrosivo», di «deprivazione che ha gravi effetti in diverse sfere dell'esistenza»[57].

Questo livello essenziale di bellezza prima ancora di essere tratto distintivo della dignità è tratto costitutivo di umanità. Essa concorre, per l'appunto, all'integrità del sé (da cui dipenderà lo sviluppo della persona).

Si cela dunque dietro al bisogno di una bellezza oggettiva minima, che nel contesto urbano assume la veste di aspirazione alla bellezza architettonica anche

[55] M. Nussbaum, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Bologna, 2013.
[56] A. Sangiovanni, cit., 102
[57] C. Danani, cit., 145.

dell'architettura comune, prima ancora che una questione di dignità un tema di non discriminazione.

Imporre anche a livello di azione amministrativa (che deve svolgersi in accordo ai dettami dati dall'art. 97 Cost. e 41 Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea[58]) che la bellezza architettonica sia un criterio da rispettare nella costruzione della città in quanto espressione del principio di uguaglianza e non discriminazione sancito dall'art. 3 cost. e dagli artt. 20 e 21 della Carta di Nizza[59], significa mantenere l'umano al centro della disciplina urbanistica e edilizia e così deve essere perché «ignorare la centralità dell'uomo in un dato spazio geografico, è un'altra faccia della discriminazione»[60].

In tali termini, l'apprezzamento della pretesa giuridicamente tutelabile alla bellezza architettonica potrebbe entrare nel dibattito dottrinale intorno alla tematica di ampio respiro del "diritto alla città"[61] e della giustizia spaziale[62] e ivi nella peculiare prospettiva della riduzione della discriminazione.

3. *Bellezza architettonica come declinazione della cultura nella città sostenibile*

Città sostenibile è quella in cui i tre elementi centrali del principio dello sviluppo sostenibile[63], "*equity, environment, economy*", sono accolti nella pianificazione non come singoli elementi autonomamente considerati bensì in prospettiva sistemica, secondo l'approccio epistemologico proprio del diritto ambientale[64]. Assumere nella pianificazione urbanistica la visione prospettica profonda delle

[58] E. Guillén López, *Perspectiva* constitucional *de la movibilidad urbana,* cit. lega l'art. 41 della Carta di Nizza al tema della città sostenibile.

[59] A. Vespaziani, *La igualdad en Europa*, *RedCE*, 4/2005; J.M. Martínez Sierra, C. Ferrer Martín de Vidales, *La igualdad ante la ley en la doctrina del TJUE*, *Estudios de Deusto* 65, 2017, 2, 211-245; A. López Pina, *Derecho Europeo y principio constitucional de igualdad. El Tratado de la Unión ante la prueba de las tradiciones constitucionales*, in *REdCE*, 4/2005. Per uno studio approfondito sulla Carta di Nizza A. Aguilar Calahorro, *Naturaleza y eficacia de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021.

[60] C. Monge, *La città, realtà multiculturale*, in *Credere Oggi*, gen-feb. 2017, 11.

[61] J.B. Auby, *Droit de la Ville: du fonctionnement juridique des villes au droit à la Ville,* Lexis-Nexis, 2016; Id. *La città, nuova frontiera del diritto amministrativo*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2009, 1, p. 14; F. Saitta, *Il diritto alla città: l'attualità di una tesi antica, in Ordines*, 2020, 2, 53 ss.

[62] D. Harvey, *Social Justice and the City*, Baltimore, 1973, nuova ed., Oxford 1988, 110. E. Soja, *Seeking spatial justice*, Minneapolis-London, 2010.

[63] F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010.

[64] F. Fracchia, *Periferie e diritti fondamentali*, in M. Immordino, G. De Cozzi, N. Gullo, M. Brocca, *Periferie e diritti fondamentali*, cit., 270

generazioni future comporta una scelta valoriale etica che lega lo sviluppo del territorio allo sviluppo della persona: delle generazioni presenti e di quelle future[65].

La cultura partecipa al concetto di sostenibilità in quanto fattore di uguaglianza[66]. Non a caso, la preservazione del rapporto tra patrimonio culturale e territorio è uno dei contenuti dell'obiettivo 11 dell'Agenda 2030 intitolato «città e insediamenti umani e sostenibili», che si declina nell'aspirazione a «rendere le città e gli insediamenti umani inclusivi, sicuri, resilienti e sostenibili» (e dunque non discriminanti), anche attraverso il potenziamento degli «sforzi per proteggere e salvaguardare il patrimonio culturale e naturale del mondo»[67].

Si è osservata[68] l'assonanza tra l'obiettivo citato e taluni passaggi della *Enciclica Laudato si' del Santo Padre Francesco sulla cura della casa comune*[69].

Considera in effetti il Santo Padre come «Spesso si trova una città bella e piena di spazi verdi ben curati in alcune aree "sicure", ma non altrettanto in zone meno visibili, dove vivono gli scartati della società» (par. 45); o, ancora, «In alcuni Paesi ci sono esempi positivi di risultati nel migliorare l'ambiente, come […] progetti edilizi di grande valore estetico […]. Queste azioni non risolvono i problemi globali, ma confermano che l'essere umano è ancora capace di intervenire positivamente. Essendo stato creato per amare, in mezzo ai suoi limiti germogliano inevitabilmente gesti di generosità, solidarietà e cura» (par. 58). Infine, osserva a proposito del patrimonio culturale «Insieme al patrimonio naturale, vi è un patrimonio storico, artistico e culturale, ugualmente minacciato. È parte dell'identità comune di un luogo e base per costruire una città abitabile. Non si tratta di distruggere e di creare nuove città ipoteticamente più ecologiche, dove non sempre risulta desiderabile vivere. Bisogna integrare la storia, la cultura e l'architettura di un determinato luogo, salvaguardandone l'identità originale. […] È la cultura non solo intesa come i monumenti del passato, ma specialmente nel suo senso vivo, dinamico e partecipativo, che non si può escludere nel momento in cui si ripensa la relazione dell'essere umano con l'ambiente» (par. 143).

Cultura in senso vivo, dinamico e partecipativo è quella che dovrebbe confluire nella bellezza architettonica anche delle "*zone meno visibili*".

Sia la prospettiva laica che quella cristiana rivendicano dunque l'importanza della componente etica dell'architettura per rendere le città sostenibili nel senso più ampio di tensione verso l'inclusione, verso il superamento di ogni forma di

---

[65] A. Spadaro, *L'amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione*, in *Diritto e Società*, 2008, 2, 169 ss.

[66] P. Bilancia (a cura di), *Diritti culturali e nuovi modelli di sviluppo*, Napoli, 2016, 7.

[67] Agenda 2030, obiettivo 11.4.

[68] C. Videtta, *Il patrimonio culturale per le città sostenibili*, in L. Battaglini, I, Zuanazzi (dir.), *Religioni e sviluppo sostenibile*, Torino, 2021, 143 ss.

[69] Consultabile on line https://www.vatican.va/content/francesco/it/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html.

discriminazione (anche quella insita nella stigmatizzazione derivante dal vivere in certi luoghi) attraverso il richiamo alla cultura.

Il richiamo alla cultura è ciò che consente di determinare il criterio orientatore per dare contenuto al concetto di bellezza architettonica nei casi concreti.

Non è dato rinvenire una nozione univoca di bellezza architettonica al di là del contenuto minimo del «rapporto tra armonia, proporzione e funzione del luogo»[70], ma vi è una certa condivisione su cosa non sia bello nel senso sin qui delineato di idoneo a costituire un luogo che rispecchi l'umanità e che non sia pertanto stigmatizzante.

Non è bella «l'uniformità planetaria dell'estetica e dell'architettura»[71] «l'urbanizzazione diffusa e discontinua", tramite "prodotti urbani" che vanno a costituire enclave o parchi tematici consacrati al commercio oppure aree degradate o marginali»[72]. Non è bella l'omologazione illusoria e falsificante che finisce con il rendere ognuno di questi "prodotti urbani" un "non luogo" «confondibile, scambiabile, sostituibile con un numero infinito di altri spazi analoghi, quasi identici, cioè che non sono affatto specifici, a causa dell'obliterazione programmatica e sistematica della relazione dello spazio con la sua storia, con il tempo che ha attraversato»[73].

Questa proposta architettonica omologante non è bella perché tradisce del tutto il significato della bellezza, che si trova "nell'unità che contiene la differenza"[74].

Occorre dunque ritrovare la bellezza anche dell'architettura anonima, che è tale perché rappresenta l'umanità, la cultura, di quello specifico luogo: «come una volta i paesi, le cascine, le case più semplici, gli edifici anonimi che costellavano il nostro mondo e costituivano il tessuto reale del nostro vivere, erano una versione e una visione semplificata, ma non per questo meno interessante, dell'architettura cosiddetta colta, così oggi tutte le costruzioni che inondano la Terra (dalle villette a schiera ai grattacieli, ai centri commerciali) sono una versione impoverita dei dettami dell'architettura contemporanea. Per questo esiste una grande responsabilità. La differenza è che tutti concordano che il piccolo villaggio di pescatori arroccato vicino al mare sia bello e suggestivo altrettanto quanto concordano che le periferie delle città siano tristemente brutte»[75].

---

[70] R. Peregalli, *I luoghi e la polvere. Sulla bellezza dell'imperfezione*, Milano, 2010, 66.

[71] R. Peregalli, cit., 72.

[72] J. Borja, *Rivoluzione e contro-rivoluzione nella città globale – ovvero le aspettative frustrate dalla globalizzazione*, in *Metronomie* anno XIII Giugno-Dicembre 2006, 201.

[73] M. Augé, *Nonluoghi. Introduzione ad una antropologia della surmodernità*, trad. it. di D. Rolland, Milano, 1993, 73.

[74] F. Rella, *L'enigma della bellezza*, Milano, 1991. Si veda anche, per questa particolare impostazione filosofica sulla bellezza, Plotino, *La bellezza, l'anima e l'uno*, a cura di D. Susanetti, Milano, 2021.

[75] R. Peregalli, cit., 72.

4. *Bellezza architettonica e indifferenza del mercato: il ruolo del diritto*

La già citata Enciclica invita a una revisione dell'attuale antropocentrismo relativistico[76] poiché è tale atteggiamento culturale a consentire il radicarsi di un sistema sociale che nel dibattito dottrinale della filosofia del diritto è descritto quale «costituito da un insieme di "disuguaglianze uguali" e omologate, in cui la multiforme logica delle diversità viene a coincidere con la uniforme logica della identità, formalistica e adialettica. È questo l'esito necessario e ineluttabile della partecipazione al sistema liberista dell'economia di mercato, normativamente consentita dalla scelta politica, contingente e tutt'altro che ineluttabile, di salvaguardare la differenziazione sociale in termini di diversità di individui e sistemi, in una "inter-azione" senza "inter-relazione" l'uno rispetto all'altro, e in cui le differenti soggettività lasciano il posto a "diversi" individui e ruoli sistemici[77]».

Tradotto nel modello urbanistico, il risultato è la "città standardizzata" caratterizzata dalla «omogeneizzazione dei modelli culturali in cui l'"imitazione globale" diventa ostacolo all'integrazione locale»[78].

Una delle ragioni di questa distanza tra urbanistica e persone può dipendere dal fatto che la globalizzazione comporta l'esternalizzazione di molte decisioni dal territorio[79] quale effetto del predominio del mercato, che è in grado di affievolire la densità democratica degli Stati e delle amministrazioni.[80]

Ne consegue ciò che è sotto gli occhi di tutti e che già stato denunciato come fallimento dell'architettura nella costruzione della relazione tra uomo e territorio.

---

[76] «La cultura del relativismo è la logica di chi afferma: lasciamo che le forze invisibili del mercato regolino l'economia, perché i loro effetti sulla società e sulla natura sono danni inevitabili.» (par. 123).

[77] B. Troncarelli, *Logica della globalizzazione e diritto*, Milano, 2004, 55. Nella prospettiva sistemica il diritto, e con esso i diritti fondamentali, assolvono ad una precipua tensione funzionalistica (e non finalistica) che è quella del perseguimento ossessivo della ragione d'essere del sistema (ad esempio, dell'investimento di capitale sul territorio e della ricerca del miglior profitto) con la conseguenza che «la tutela della libertà individuale si risolve in un diritto di proprietà», ivi, 56, che, tuttavia, «non tutela la personalità e lo specifico bisogno materiale del singolo, non gli garantisce né sostentamento né protezione dalle intemperie e neanche una dotazione minima di simboli culturali, ma gli garantisce la possibilità di svolgere un ruolo nel sistema comunicativo dell'economia» N. Luhmann, *I diritti fondamentali come istituzione*, Bari, 2002, 187.

[78] J. Borja, cit., 197.

[79] La globalizzazione incide per vari profili sull'organizzazione e il funzionamento della pubblica amministrazione. Per approfondire sul punto si rinvia a F. Balaguer Callejón, M. Azpitarte Sánchez, *La dimensión de la administración pública en el contexto de la globalización*, Madrid, 2015; E. Sgroi, *I governi metropolitani tra localismi e globalizzazione*, in *Studi di Sociologia*, Anno 36, Fasc. 1; *La società della globalizzazione: regole sociali e soggettività,* (Gennaio-Marzo 1998), Vita e Pensiero, Milano, 55 ss.

[80] F. Balaguer Callejón, *Costituzione economica e globalizzazione*, cit.; la globalizzazione sta determinando una forte tensione a livello costituzionale, disvelando l'inadeguatezza della Costituzione normativa a far fronte alle sfide, che si concretano in violazioni di diritti fondamentali, poste dai grandi attori globali che si muovono unicamente nella logica del mercato, avulsi da un quadro costituzionale di riferimento. Il tema è sviluppato dallo stesso Autore in *La constitución del algoritmo*, Zaragoza, 2022.

Pare dunque potersi ascrivere a questo modello concettuale la genesi delle periferie di cui qui si discute.

La "periferia" ha infatti, di per sé, un suo ruolo nell'economia (è una speranza che sconfina nell'utopia, quella di una società con uguale distribuzione di ricchezza e di ruoli), ma la "periferia sociale" cui si è fatto cenno, così come i luoghi così standardizzati da divenire "non-luoghi" deumanizzati (in quanto scollegati dalla matrice culturale che consentirebbe di definire l'appartenenza al contesto), sono il prodotto sgradito del ripiegamento del mercato su sé stesso (e dunque dell'ossessivo assolvimento allo scopo meramente funzionalistico).

La proposta del ritorno alla bellezza architettonica vorrebbe essere, con riferimento al limitato contesto della pianificazione urbanistica, uno degli strumenti a servizio del «giuridismo universalistico» atto a prevalere sull'«economicismo universalistico» e a favorire il ritorno a un modello di società «in grado di orientare una politica sociale e un'economia solidale, a misura di un uomo intersoggettivamente inteso, e di una globalizzazione concepita come unità organica di uomini, popoli e culture differenti»[81].

D'altro canto, «alla base di ogni Stato sociale risiede un compromesso, che consiste nella ricerca di un equilibrio tra lo sfruttamento della funzione allocativa intrinseca all'autoregolamentazione del mercato e la necessità di evitare disparità e costi sociali inconciliabili con i requisiti di integrazione di una società liberale e democratica»[82].

La assoluta carenza di qualità estetica di determinati luoghi è un costo sociale in termini di discriminazione che dipende dal disinteresse del mercato e dall'indifferenza della società a tale noncuranza, e che tocca allo Stato tentare di contenere tramite idonei interventi normativi e il conseguente esercizio della funzione amministrativa, nella prospettiva del ritorno ad una architettura non globalizzata, che tenga conto della specificità culturale del contesto.

Nella prospettiva sistemica qui adottata, è il sistema diritto ad apparire il più idoneo ad assolvere, mediante la propria evoluzione interna[83], al compito di accorciare la distanza tra architettura e uomo determinata dalla globalizzazione, e ciò proprio perché al diritto spetta l'esercizio della funzione amministrativa: «Pur se è plausibile che sussistano relazioni di indifferenza, il più delle volte il sistema sociale non tollera questo tipo di disordine normativo. La soluzione al problema

[81] B. Troncarelli, cit. 64.

[82] F. Biondi Dal Monte, *Lo Stato sociale di fronte alle migrazioni. Diritti sociali, appartenenza e dignità della persona,* in *gruppodipisa.it*, 3 settembre 2012.

[83] Il mercato segue la propria logica estranea a quella politica o a quella giuridica, ma l'accoppiamento strutturale dei sistemi comporta che ognuno di essi cerchi la soluzione alle irritazioni comunicative con gli altri sistemi attraverso una evoluzione (adattamento) interno (autopoietico). Sulla funzione della Costituzione nell'evoluzione del sistema diritto: N. Lumhann, *La costituzione come conquista evolutiva,* in G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Torino, 1996, 109-111.

non può che essere rimessa al sistema diritto, che ha appunto il monopolio della funzione e che è in grado di distribuire i valori della legalità e di elaborare una propria semantica. Spetta, dunque, al diritto definire i rapporti tra i vari ordinamenti, attribuendo prevalenza alle semantiche e, ancor prima, alle condizioni regolative del decidere del futuro decidere in modo corretto espresse da alcune organizzazioni rispetto alle altre»[84].

5. *Bellezza architettonica nell'ordinamento vigente*

La cultura si lega al territorio nella prospettiva della sostenibilità non come mero fattore di rilancio della città o nella limitata funzione di resa di servizi fruibili individualmente, bensì nella più ampia prospettiva di interesse per la condizione sociale e la dimensione umana dei cittadini. Il pubblico passivo di quella particolare forma d'arte che è l'architettura ha diritto a godere di un intorno che non sia alienante o, ancor peggio, stigmatizzante. Ciò richiede il riconoscimento del diritto alla bellezza architettonica anche dell'architettura comune.

Si tratta di un diritto certamente individuale ma a fruizione collettiva, la cui attuazione richiede la necessaria intermediazione della Pubblica amministrazione, titolare della funzione di pianificazione urbanistica e di autorizzazione alla trasformazione edilizia del territorio. Esso si prospetta dunque come un diritto pieno di partecipazione, mentre la pretesa ad un certo risultato estetico degrada ad interesse legittimo al corretto esercizio della funzione, rimanendo ferma la discrezionalità dell'amministrazione nell'apprezzamento finale del progetto architettonico e nel bilanciamento tra interesse pubblico (alla trasformazione del territorio e del patrimonio edilizio anche nel rispetto del diritto alla bellezza architettonica) e privato all'esercizio dell'attività economica.

La centralità della partecipazione quale espressione del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 Cost.[85] e dunque quale veicolo di tutela dei diritti fondamentali a fronte dell'esercizio del potere amministrativo è d'altro canto già ampiamente oggetto di studio e, non a caso, è fortemente legata al tema della sostenibilità anche nel settore specifico del diritto dell'urbanistica e dell'edi-

[84] 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, 96.

[85] La sussidiarietà orizzontale costituisce la colonna vertebrale di tutta l'urbanistica contrattata, strumento di cooperazione di particolare importanza per rendere concretamente perseguibili gli obiettivi di governo del territorio ma che, non di meno, presenta varie problematicità, Per una disamina della tensione dialettica tra pubblico e privato nella gestione del territorio G.M. Caruso, E. Guarna Assanti, *Pubblico e privato nel diritto urbanistico. L'interesse pubblico tra dinamiche organizzative e profili consensuali*, in *Riv. Giur. Ambiente-diritto.it*, 2020, 3.

lizia[86] e ivi in particolare nelle micro – politiche locali[87] di rigenerazione urbana[88], che affondano le radici nella dimensione giuridica sovranazionale da cui attingono la direzione finalistica verso la sostenibilità[89].

Non a caso si è osservato che lo sviluppo sostenibile è il "cavallo di Troia" «per le iniziative comunitarie rispetto alle competenze ancora nelle mani degli Stati, in quanto legittima l'Europa a degli interventi che, una volta realizzati, escludono o condizionano ulteriori interventi degli Stati»[90].

Sviluppo sostenibile e solidarietà (che si esprime anche attraverso la coesione sociale) costituiscono dunque i pilastri dell'orientamento che l'Unione dà alla pianificazione territoriale che, per l'appunto, deve farsi sostenibile. Si è a proposito commentato che «Il lemma "sostenibilità", parola chiave dell'attuale stadio evolutivo del processo di integrazione europea, evoca un universo semantico polisenso, significa rispettare e amare l'ambiente, abbandonando la prospettiva antropocentrica che fino ad ora lo ha reso uno spazio ad uso e consumo dell'uomo, ma significa anche promuovere i diritti sociali e condizioni di vita dignitose per tutti, nonché contribuire alla realizzazione della coesione sociale negli Stati membri e nell'Unione»[91].

Che questi due principi/diritti siano la colonna vertebrale di ogni politica territoriale e sociale europea si evince dalla disamina dei principali strumenti normativi secondari non vincolanti elaborati nello spazio giuridico sovranazionale, tra i quali si ricorda in particolare la Dichiarazione di Toledo del 2010 sulla «rige-

[86] A. Gusmai, *Edilizia sostenibilie, urbanistica partecipata e (dis)ordine delle competenze costituzionali*, in *Riv. Giur. Ambientediritto*, 2021, 3.

[87] Si utilizza la locuzione micro-politiche per lasciare volutamente fuori dall'ambito dell'ipotesi le grandi politiche di rigenerazione urbana, finalizzate alla realizzazione di quartieri iconici ad elevato richiamo turistico e di cui si avvalgono i governi di molte città cosiddette globali per attirare investimenti da parte della classe capitalistica transnazionale. Si veda sul punto, in chiave critica, a F. Memo, *I grandi progetti di rinnovo urbano: genesi e impatti*, in *Quaderni di Sociologia*, 2010, 52, 79-95

[88] La rigenerazione urbana può essere descritta come «un processo ampio e complesso che ha ad oggetto la riduzione del consumo del suolo per mezzo del fare, ovvero attraverso la riorganizzazione del patrimonio edilizio esistente, la riqualificazione e recupero (anche funzionale) delle aree degradate e dismesse, la rivalutazione degli spazi pubblici e del verde urbano» F.F. Guzzi, *Rigenerazione urbana e valorizzazione dell'esistente*, in *Federalismi.it*, 16 novembre 2016, 3.

[89] L'influenza del diritto europeo sulle politiche interne degli Stati membri era stata preconizzata nel 1995 da J.B. Auby che aveva scritto che diritto comunitario e Carta Europea dei Diritti dell'Uomo «font des intrusions que le temps multiplie, même s'ils ne paraissent encore susceptible de le marquer d'une influence de fond, dépassant les contacts particuliers» J.B. Auby, Droit de l'urbanisme et droit européen, in *L'Actualité juridique*, Droit Administratif, 1995, 667. Può dirsi che, attraverso gli strumenti del diritto comunitario derivato, questa profezia si sia compiuta. Da un lato, si registra il perseguimento di politiche di coesione attraverso strumenti di *soft law* che approcciano il tema dell'ordinamento del territorio in maniera diretta, ancorché ovviamente non giuridicamente vincolante e, d'altro lato, l'obiettivo della pianificazione urbana sostenibile è indirettamente inseguito a livello comunitario attraverso le direttive in materia ambientale che, nel puntare allo scopo dello sviluppo sostenibile contribuiscono a determinare la direzione delle politiche territoriali.

[90] M.P. Chiti, *Il ruolo della comunità europea nel governo del territorio*, in *Riv. Giur. Ed*, 2003, II, 91.

[91] F. *Polacchini*, *Responsabilità sociale dell'impresa e solidarietà nella Carta di Nizza*, in *Rivista AIC*, 2021, n. 3.

nerazione urbana integrata e il suo potenziale strategico per uno sviluppo urbano più intelligente, sostenibile e inclusivo nelle città europee».

Questi impulsi derivanti dallo spazio giuridico europeo sono certamente stati colti e ampiamente elaborati dai legislatori e dagli amministratori regionali che, in talune esperienze normative così come di amministrazione applicata[92], hanno saputo cogliere lo spunto offerto dalla rigenerazione urbana per proporre e attuare politiche di governo del territorio orientate alla più ampia "sostenibilità sociale", termine con cui, sul fronte giuspubblicistico «comunemente si indica l'esigenza che l'azione integrata delle istituzioni (senza escludere la possibile collaborazione dei soggetti privati) persegua obiettivi di equità, puntando all'eliminazione delle diseguaglianze e delle discriminazioni nei confronti delle persone per vari motivi svantaggiate. L'idea di fondo, pertanto, è consentire a tutti di vivere in un contesto idoneo a permettere loro di esprimere pienamente le proprie potenzialità, con un'attenzione particolare rivolta alla salvaguardia degli interessi delle generazioni future»[93].

Questa nozione di sostenibilità sociale, che informa di sé le politiche di rigenerazione urbana, sembra condividere il presupposto di *moral equality* su cui si fonda la pretesa del diritto alla bellezza architettonica: si tratta, infatti, di mettere in atto politiche di governo del territorio che eliminino qualsivoglia forma di discriminazione, consentendo il pieno sviluppo della persona nell'interesse delle generazioni presenti e future.

Se così è, allora, l'ordinamento giuridico, per lo meno in alcune norme che ben possono fungere da modello per altre, offre già gli strumenti ad uso delle Amministrazioni per perseguire, attraverso la rigenerazione del tessuto urbano, l'obiettivo, comune e socialmente sostenibile in quanto orientato al superamento delle discriminazioni, della bellezza architettonica.

Da un punto di vista operativo, di esercizio della funzione, l'individuazione degli elementi che costituiscono tratti essenziali della peculiarità del luogo e che si ritiene possano divenire linee direttrici del genio architettonico spetta all'Amministrazione quale espressione della propria discrezionalità tecnica al momento dell'esercizio del potere pianificatorio.

Infatti, la bellezza architettonica è oggettiva (nel senso sopra espresso di rispetto di determinati rapporti) ma varia inevitabilmente in ragione del contesto e della cultura.

Se non è ipotizzabile una sua definizione a priori valida per l'intero territorio nazionale (equivarrebbe, in fin dei conti, all'omogeneizzazione che si subi-

---

[92] Per i riferimenti normativi A. Giusti, *La rigenerazione urbana. Temi, questioni e approcci nell'urbanistica di nuova generazione*, Napoli, 2018; P. Santaniello, *Consumo di suolo: la rigenerazione urbana come veicolo di sostenibilità*, in *Le Regioni*, 2022, 1-2, 105 ss.

[93] A. Simonati, cit., 48.

sce con la globalizzazione) essa è non di meno immaginabile caso per caso, non mancando nell'ordinamento idonei strumenti che possano, da un lato, aiutare a specificare il contenuto adattandolo alle effettive istanze dei destinatari della città (partecipazione)[94] e, dall'altro, tradurre il contenuto in fonte (regolamenti e atti interni)[95].

A ben vedere, esistono già nell'ordinamento strumenti di indirizzo del risultato architettonico, quali ad esempio i regolamenti edilizi o le norme tecniche di attuazione degli strumenti urbanistici o, ancora, le linee guida delle Commissioni del Paesaggio; tuttavia, se certamente l'indicazione dei tipi architettonici, dei limiti di altezza o dei colori delle edificazioni erigende in un determinato luogo vale di per sé a perseguire l'obiettivo del rispetto di una certa identità del luogo, ciò potrebbe non essere sufficiente a cogliere una dimensione più ampia della relazione tra comunità e territorio che comprende anche gli elementi temporali (la memoria del passato, la proiezione nel futuro) e più latamente culturali (non necessariamente ciò di cui una comunità ha bisogno è un centro commerciale).

La più puntuale ponderazione del corretto inserimento (della sostenibilità) di un intervento sul territorio che lo ospita può allora essere svolta caso per caso, attraverso l'uso degli strumenti di partecipazione che dovrebbero il più possibile essere vere e proprie arene di democrazia deliberativa[96] la cui istituzionalizzazione deve avvenire attraverso idonei strumenti normativi e con il rinvio agli strumenti convenzionali nonché, nel caso di realizzazione di concorsi di progettazione o di realizzazione di opere pubbliche, ai disciplinari per la definizione degli obiettivi dell'intervento, tra i quali ben può esservi la "bellezza architettonica" il cui contenuto rispetto al progetto specifico sarà stato definito dall'amministrazione competente, di concerto con gli aventi diritto alla partecipazione giuridicamente rilevante.

[94] Tra le istanze provenienti dal basso occorre rammentare il fenomeno spontaneo della gestione dei beni comuni vale a dire la riappropriazione di taluni spazi pubblici e la loro restituzione all'uso collettivo; un tema che «si lega a quello dei diritti fondamentali e della solidarietà sociale e intergenerazionale, anche perché, come sostenuto dagli studiosi, si tratta di beni «conservati e custoditi dalle comunità di generazione in generazione» V. Molaschi, *Economia collaborativa e beni comuni: analogie, differenze e intersezioni nella prospettiva di uno sviluppo urbano sostenibile*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, 2, 355, cui si rinvia anche e in particolare per l'individuazione dello statuto giuridico dei beni comuni nel quadro della teoria dei beni. Sul tema si rinvia anche a G. Vosa, *Autonomia territoriale e tutela dei beni comuni: riflessioni sulla potestà normativa comunale a partire dalla vicenda dell'(ex) Asilo Filangieri*, in *Nomos*, 2022, 1.

[95] Sulla collocazione degli atti interni nel sistema delle fonti si veda in particolare F. Fracchia, M. Occhiena, cit.

[96] V. Molaschi, *Le arene deliberative. Contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica,* cit, 33 ss.

Elena Tanzarella - Abstract

Il diritto alla bellezza nel prisma della città: architettura e "moral equality"

L'articolo prende in esame uno degli aspetti che caratterizzano le cosiddette periferie sociali, vale a dire la oggettiva carenza di bellezza nel contesto architettonico di alcuni quartieri. Esaminata l'origine del fenomeno, che può per vari aspetti ricondursi alla globalizzazione, si esplora la possibilità di affermare l'esistenza di un vero e proprio diritto alla bellezza architettonica. La soluzione affermativa postula l'adesione ad un concetto etico di architettura, il collegamento tra la bellezza architettonica e la concezione filosofica di *moral equality*, che oltrepassa i confini della dignità individuale per abbracciare un concetto più ampio del valore della persona anche in quanto proiettata socialmente, e l'inclusione della bellezza architettonica nel principio della sostenibilità. Così affermato il principio della bellezza architettonica, la sua traduzione pratica può trovare nella partecipazione e nei modelli normativi sulla rigenerazione urbana un utile strumento di attuazione.

The right to beauty in the prism of the city: architecture and "moral equality"

The article examines one of the aspects that characterize the so-called social peripheries, namely the objective lack of beauty in the architectural context of some neighborhoods. Having examined the origin of the phenomenon, which can in various ways be traced back to globalization, the article explores the possibility of affirming the existence of an actual "right to architectural beauty". The affirmative solution requires adherence to an ethical concept of architecture, the connection between architectural beauty and the philosophical conception of moral equality, which transcends the boundaries of individual dignity to embrace a broader concept of the value of the person as i socially projected, and the inclusion of architectural beauty in the principle of sustainability. Thus affirmed the principle of architectural beauty, its practical translation can find in the principle of participation and in the normative models on urban regeneration a useful tool of implementation.

Note sui collaboratori

Giovanni Cocco, già Professore ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università degli Studi di Milano-Bicocca (gcocco@studiopadovan.com)

Javier Belda Mercado, Professore ordinario di Diritto mercantile e Diritto Romano, Universidad de Granada (jbelda@ugr.es)

Antonella Sciortino, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Palermo (antonella.sciortino@unipa.it)

Michele Trimarchi, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Foggia, Dipartimento di giurisprudenza (michele.trimarchi@unifg.it)

Antonio Cassatella, Professore associato di Diritto amministrativo, Università di Trento (antonio.cassatella@unitn.it)

Federico Jorio, RTDA di Diritto Agrario, Università della Calabria, Dipartimento di giurisprudenza (federico.jorio@unical.it)

Benedetta Celati, Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo, Università di Bologna (benedetta.celati@unibo.it)

Elisabetta Codazzi, Ricercatrice, Professore aggregato di diritto commerciale, Università degli Studi dell'Insubria (elisabetta.codazzi@uninsubria.it)

Giovanni Consolo, Assegnista di ricerca in Diritto tributario, Università Bocconi (giovanni.consolo@unibocconi.it)

Alessio Martini, Dottore di ricerca in Diritto amministrativo europeo dell'ambiente, Sapienza Università di Roma (alessio.martini@uniroma1.it)

Pasquale La Selva, Dottorando di ricerca in Diritto amministrativo, Università degli Studi di Perugia (pasqualelaselva94@outlook.it)

Riccardo Stupazzini, Dottorando di ricerca in Diritto amministrativo europeo dell'ambiente, Sapienza Università di Roma (riccardo.stupazzini@uniroma1.it)

Elena Tanzarella, Avvocato, Dottoranda di ricerca in Scienze giuridiche, Universidad de Granada (elenatanzarella@studiotanzarella.it)

www.ildirittodelleconomia.it
www.mucchieditore.it