

Il diritto dell'economia

ISSN 1123-3036

rivista quadrimestrale
open access di dottrina,
giurisprudenza
e documentazione

maggio 2024

1

promossa da

Università degli Studi
"Mediterranea" di Reggio Calabria



Università degli Studi
Mediterranea
di Reggio Calabria

Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze umane



STEM Mucchi Editore

issn 1123-3036

d **e** Il diritto dell'economia

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

Promossa da



Università degli Studi
Mediterranea
di Reggio Calabria

Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze umane

anno 70, n. 113 (1 2024)



Mucchi Editore

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

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

issn 1123-3036

© STEM Mucchi Editore, via Jugoslavia, 14, 41122, Modena

info@mucchieditore.it

info@pec.mucchieditore.it

www.mucchieditore.it

facebook.com/mucchieditore

twitter.com/mucchieditore

instagram.com/mucchi_editore

www.ildirittodelleconomia.it



Creative Commons (CC BY-NC-ND 4.0 IT)

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

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

Publicato nel mese di maggio 2024

Comitato di direzione

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

Comitato scientifico

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

Comitato editoriale

Miriam Allena (pres.)	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	Silla 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 preconditione per assumere il compito di referaggio.
- I nomi dei revisori consultati per la valutazione dei lavori pubblicati dalla rivista nel corso dell'anno sono pubblicati in apposito elenco nell'ultimo fascicolo dell'annata senza riferimento ai lavori valutati.
- I revisori invieranno alla direzione (o al componente delegato), la proposta finale, che può essere di: accettazione dello scritto per la pubblicazione (eventualmente con un lavoro di editing); accettazione subordinata a modifiche migliorative, sommariamente indicate dal revisore (in questi casi lo scritto è restituito all'autore per le modifiche da apportare); non accettazione dello scritto per la pubblicazione.
- I revisori, nel pieno rispetto delle opinioni degli autori e a prescindere dalla condivisione del merito delle tesi da essi sostenute, dovranno tenere in specifica considerazione l'originalità e l'utilità pratica delle idee espresse nel lavoro, nonché la conoscenza delle fonti pertinenti, la consapevolezza culturale, la consistenza critica del percorso argomentativo e la correttezza formale.
- La direzione della Rivista o almeno quattro membri della stessa (compreso il Direttore responsabile) possono decidere la pubblicazione in deroga di contributi che non abbiano caratteristica di Saggio o con un numero di battute inferiore a 20.000 e, per alcuni lavori specifici (soprattutto considerando le caratteristiche dell'Autore o la loro natura), possono altresì decidere di non procedere alla valutazione anonima, effettuando essi stessi una motivata valutazione del contributo e fornendo apposita giustificazione della deroga. Quest'ultima tipologia di contributi non può superare complessivamente le 40 pagine per numero; i relativi lavori saranno contrassegnati nell'indice dell'annata con un asterisco. Non è sottoposto a referaggio l'eventuale "editoriale" all'inizio del fascicolo.
- Nel caso in cui uno dei componenti del Comitato di direzione intenda pubblicare un proprio lavoro nella Rivista, la procedura sarà gestita interamente da un altro componente delegato del Comitato di direzione, garantendo l'anonimato dei referees.

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

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

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

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

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

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

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

La correzione delle bozze avviene di norma in via redazionale.

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

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

Per le citazioni di dottrina:

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

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

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

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

Per le opere collettanee:

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

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

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

Per le citazioni di giurisprudenza:

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

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

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

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

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

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

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

Indice n. 113 (1-2024)

Editoriale

Gino Scaccia, Il riflesso del PNRR sui rapporti fra politica e amministrazione » I-IV

ARTICOLI E SAGGI

Gian Domenico Comporti, La rinegoziazione dei contratti pubblici: una via per il ripensamento di antichi paradigmi » 11

Fabrizio Fracchia, La società a partecipazione pubblica: un quadro di sintesi (dal t.u.s.p.p. alla disciplina sui servizi pubblici, per giungere al nuovo codice dei contratti pubblici) » 77

Pasquale Pantalone, Guardiani indipendenti “senza mercato”. Il modello dei Garantisti regionali per l’infanzia e l’adolescenza tra tutela effettiva di diritti e adempimento di doveri intragenerazionali di protezione » 97

Gaetano Armao, Luigi Einaudi e l’autonomia regionale: una predica (ancora) utile per il regionalismo differenziato » 111

Paolo Brambilla, Il Responsabile Unico del Progetto (RUP) quale paradigma per un ripensamento della figura del Responsabile del Procedimento » 137

Benedetta Ciferri, La nozione finanziaria di pubblica amministrazione. Funzione dell’elenco Istat e problemi di giurisdizione » 183

Piermaria Della Rocca, Questioni interpretative in ordine all’art. 125-*sexies* t.u.b. » 169

Daniele Diaco, La forma come garanzia di sostanza “umana”: l’impatto dell’automazione procedimentale sull’art. 21-*octies*, co. 2, della legge n. 241 del 1990 » 223

Giuseppe Maria Marsico, Sull’eventuale esigenza di una rimeditazione delle categorie dogmatiche dell’autonomia privata alla luce della tutela ambientale: la moderna concezione del contratto “ecologico” » 255

Eugenio Maria Mastropaolo, Economic Violence: which Economy Law instruments are more effective? Proposals for the foreseen future » 295

Manfredi Matassa, I *golden powers* italiani nel settore della difesa e sicurezza nazionale » 325

Annalisa Negrelli, Crisi economica e politiche della concorrenza: lo Stato “Manager” per un mercato sostenibile, *green e digital-tech* » 355

Umberto Nizza, Una mela acerba e ancora avvelenata: Il futuro della professione forense innanzi a ChatGPT » 393

<i>Giovanni Pennetta</i> , L'allargamento del c.d. <i>effects-based approach</i> ai rapporti di esclusiva. Il caso Unilever	»	411
<i>Giovanna Pileri</i> , Verificazione e consulenza tecnica d'ufficio: evoluzione e differenze	»	435
<i>Matteo Bursi</i> , <i>Simone Scagliarini</i> , Lo sceriffo euro-unitario nel "Crypto Far West" ...	»	455
<i>Marco Q. Silvi</i> , Disastri apparentemente ragionevoli della giurisprudenza	»	481

Il riflesso del PNRR sui rapporti fra politica e amministrazione

Gino Scaccia

Per quanto si attiene alla declinazione concreta dell'indirizzo politico nei confronti dell'attività amministrativa, cioè al versante dei rapporti fra politica e amministrazione, il Next Generation EU e gli atti che, dandovi attuazione, ne hanno articolato puntualmente le aree di intervento, segnano un cambio di paradigma visibile sotto due connessi profili: quello del processo di formazione dei fini dell'azione amministrativa; e quello della responsabilità politico-amministrativa.

Occorre muovere dalla constatazione che una distinzione netta e definitiva, sul piano teorico-generale, tra «l'attività formalmente politica degli organi politici e quella formalmente amministrativa degli organi amministrativi»¹ risulta oltremodo complessa. Non è riducibile, infatti, a una separazione rigida, categoriale fra attività ontologicamente disomogenee, come suggeriva la risalente definizione di Frank J. Goodnow il quale, in un saggio del 1900 ascriveva alla politica «the expression of the will of the state» e all'amministrazione «the execution of that will»². Questa stereotipata, ma ancora diffusa qualificazione, come colse efficacemente Carl Joachim Friedrich in un contributo del 1935 sul Public Service negli Stati Uniti, è costruita su un'idea metafisica e astratta della volontà dello Stato, che trascura l'esistenza di una stretta commistione tra funzione politica e funzione amministrativa, e disconosce che «*there is more politics in the formation of policy, more administration in the execution of it*». La distinzione ontologica fra attività politica e attività amministrativa trascolora e si risolve piuttosto in una differenza di grado, giacché vi è presenza *anche* di una componente di ammi-

¹ G. Fonderico, *Politici e burocrati nell'attuazione delle riforme amministrative*, in V. Antonelli, A. La Spina (a cura di), *I dirigenti pubblici e i nodi del cambiamento, scenari e prospettive in Italia e in Europa*, Roma, 2010, 55-56.

² F.J. Goodnow, *Politics and Administration. A Study on Government*, New York, 1900.

nistrazione nell'elaborazione delle politiche pubbliche e *anche* di una qualche discrezionalità politica nell'esecuzione di esse³.

Nella comune prassi ordinamentale, in effetti, è agevole constatare che il rapporto tra fini e mezzi non corrisponde a uno schema discendente di tipo aristotelico, di specificazione progressiva e lineare dal generale al particolare, ma piuttosto a un modello circolare nel quale i fini sono co-determinati dall'alta burocrazia, che detiene il monopolio della conoscenza dei 'mezzi', ossia delle risorse umane, organizzative e finanziarie indispensabili all'attuazione delle politiche pubbliche⁴.

Gli organi di direzione politica, più spesso di quanto si tenda a credere, lasciano l'elaborazione degli indirizzi e degli obiettivi strategici idonei a conformare le scelte gestionali di organizzazione a quegli stessi corpi tecnici che dovrebbero esserne indirizzati; e ciò sia per la svantaggiosa asimmetria informativa di cui soffrono rispetto ai *grand commis*, sia per schiette ragioni di convenienza politica, quando il costo della mediazione transattiva di interessi in sede politico-parlamentare è più alto di quello conseguente alla delega della decisione puntuale ai corpi tecnici dell'amministrazione⁵. Definire in sede politica gli obiettivi dell'amministrazione «*to the most minute degree that is technically feasible*» – come avrebbe desiderato Herman Finer⁶ – è, insomma, giuridicamente e talora anche politicamente oneroso. Accade così che gli apparati amministrativi, chiamati a tradurre indirizzi politici quanto mai generici in obiettivi puntuali di *micro-government*, tendano naturalmente a farlo nel modo più adatto ad evitare l'attivazione di responsabilità amministrativa per mancato raggiungimento dei risultati e a conservare loro il più ampio margine di scelta discrezionale in sede applicativa. Si aggiunga che la burocrazia, disponendo del controllo dei costi dei servizi da rendere, può concretamente incidere sulla velocità di attuazione degli indirizzi impartiti, e disporre così della risorsa più preziosa per le istituzioni politiche: il tempo. La somma di questi fattori, qui solo tratteggiati⁷, complica l'individuazione della linea che connette e al contempo separa la funzione di governo dall'attività amministrativa, e rende ardua l'attivazione della responsabilità amministrativa e della correlata responsabilità politica dei Ministri per gli atti dei loro dicasteri⁸.

³ C.J. Friedrich, *Responsible Government Service under the American Constitution*, in Aa.Vv., *Problems of the American Public Service*, New York-London, 1935.

⁴ W.A. Niskanen, *Bureaucracy and Representative Government*, Piscataway, 1971.

⁵ D. Epstein, S O'Halloran, *Delegating Powers*, Cambridge, 1999.

⁶ H. Finer, *Administrative Responsibility in Democratic Government*, in *Public Administration Review*, 1941, vol. I, n. 4, 335 ss., 336.

⁷ Per più ampi svolgimenti si consenta il rinvio a G. Scaccia, *Indirizzo politico e amministrazione*, *Lo Stato*, 2017, vol. IX, 97 ss.

⁸ Il problema della qualificazione formale degli atti di indirizzo governo e della, per le rilevate difficoltà di essere colto a livello concettuale, è stato accantonato e l'attenzione si è generalmente spostata sulle relazioni organizzative tra gli organi di vertice politico-amministrativo e le figure amministrative apicali. Il dibattito

Il PNRR muta e in qualche misura inverte i termini della relazione fra indirizzo politico e amministrazione, per come è stata finora schematicamente ricostruita. Viene meno, innanzitutto, in sede di attuazione del PNRR, quella indefinita e genericità della scelta politica di macro-organizzazione che si è sopra lamentata. Le missioni e le linee di azione nelle quali si declina il PNRR, espressive degli indirizzi politico-amministrativi definiti dalle alte burocrazie europee, non si risolvono in generiche *guidelines* o tonitruanti proclamazioni di obiettivi tanto commendevoli quanto evanescenti nei loro concreti contenuti amministrativi, ma prendono corpo in obiettivi intermedi e finali (*milestones* e *target*) precisamente cadenzati sul piano temporale e dettagliati al limite del parossismo, che non lasciano spazio alcuno alla flessibilità applicativa o alla discrezionalità interpretativa dei soggetti applicatori. Questi indirizzi strategici sfuggono quasi del tutto alla co-determinazione – e quindi al rimaneggiamento e adattamento strategico – dell'amministrazione chiamata ad eseguirli, che non è in condizione di tararli sulle proprie realistiche possibilità di azione, cioè sui costi di produzione e sulle risorse disponibili. Ne risulta una condizione di necessaria, benefica tensione dell'amministrazione verso l'incremento della produttività, solo in parte conseguibile attraverso gli innesti di personale e le procedure di accelerazione e semplificazione introdotte con i decreti-legge 'PNRR' (77/2021, 152/2021, 13/2023, 19/2024).

A vigilare sull'effettivo conseguimento degli obiettivi, inoltre, non sono le figure di vertice politico o amministrativo nazionali, che tendono a interpretarli in modo tendenzialmente elastico per non esporsi al boicottaggio dei corpi burocratici, ma le tecnostutture della Commissione europea, che con inflessibile rigore sono chiamate a irrogare la più temuta delle sanzioni: la mancata erogazione delle risorse economiche. L'assenza di un *assessment* positivo della Commissione per ciascuno dei molteplici *target* da raggiungere causa, difatti, la sospensione o la dilazione delle 'rate' di finanziamento. La responsabilità amministrativa – e in senso ascendente, la stessa responsabilità ministeriale – è rilevabile in questo caso in modo manifesto e oggettivo, assumendo le forme di una sanzione finanziaria; perde così i profili di flessibilità che la connotano sul piano interno.

Anche il governo dei tempi di attuazione dell'indirizzo, che tradizionalmente costituisce il terreno in cui più sotterraneo e intenso è l'esercizio del potere interdittivo della burocrazia, resta fuori dalla portata degli apparati amministrativi e semmai è oggetto di un negoziato con le istituzioni europee che si svolge al più alto livello politico. Da quanto per cenni estremi rilevato emerge, riassuntivamente, un quadro in cui, negli ambiti di attuazione in via amministrativa del PNRR, gli indirizzi politici, elaborati in asse con le istituzioni europee in relativa

è ruotato, così, prevalentemente attorno alla questione del rapporto organizzativo fra politici e burocrati e si è specificamente appuntato sulla legittimità costituzionale dei meccanismi di *spoils system*.

indipendenza dai condizionamenti normalmente imposti ai vertici politici nazionali dai corpi burocratici, sono più nettamente e chiaramente definiti e formano un parametro sulla cui base è possibile esercitare un effettivo, ficcante controllo politico-democratico sull'amministrazione. Controllo quanto mai necessario nelle forme di governo democratico-rappresentative, nelle quali all'amministrazione è richiesta non solo la capacità tecnica in sé, ma «*technical Capacity in the service of the Public Welfare as defined by the Public and its authorized representatives*»⁹.

⁹ H. Finer, *Administrative Responsibility in Democratic Government*, in *Public Administration Review*, vol. I, n. 4, 1941, 335 ss., 338.

La rinegoziazione dei contratti pubblici: una via per il ripensamento di antichi paradigmi

Gian Domenico Comporti

SOMMARIO: 1. – La strana voglia di confini. – 2. Il mondo dei contratti pubblici e la sindrome della terra di nessuno. – 3. Il principio realizzativo del risultato: un primo passo verso la relativizzazione della sirena dell'eterno ritorno dei poteri pubblicistici nel ciclo di vita dei contratti pubblici. – 4. Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale: fonti per una nuova prospettiva di analisi e di gestione delle sopravvenienze. – 5. Presupposti, contenuto ed effetti della rinegoziazione dei contratti pubblici: alla scoperta di un diritto soggettivo di nuovo conio, anche se operativamente e finanziariamente condizionato. – 6. Il procedimento di rinegoziazione e le sue evenienze patologiche. – 7. Il versante rimediale della rinegoziazione: giurisdizione, terzi e azioni esperibili. – 8. Conclusioni: la terra di nessuno come laboratorio di ibridazioni per la nascita di nuove categorie generali.

1. *La strana voglia di confini*

Parlando al Congresso degli scrittori cecoslovacchi del 1967 sul destino delle piccole (ma cruciali, perché oggetto di ricorrenti conflitti e tensioni) Nazioni dell'Europa centrale (Polonia, Ungheria, Cecoslovacchia), realtà connotate dal «massimo di diversità nel minimo spazio» e, dunque, dalla «non-certezza» delle loro condizioni storiche e politiche, Milan Kundera osservava che «c'è chi si ostina a considerare una virtù più la difesa delle frontiere che non il loro superamento»¹.

Ancora di recente l'autore scozzese James Crawford² ha ricordato che «oggi nel mondo esistono più confini di quanto ce ne siano mai stati nella storia umana» e che, pertanto, essi «possiedono un potere immenso»³.

¹ M. Kundera, *Un occidentale prigioniero o la tragedia dell'Europa centrale*, trad. it. di G. Pinotti, Milano, 2022, 31, 50, 61.

² J. Crawford, *Maledetti confini. Storie di linee tracciate sul mondo*, trad. it. di S. Placidi, Torino, 2023.

³ Sul tema si veda anche, in un'ottica interdisciplinare, Accademia Nazionale dei Lincei, *Frontiere* (Atti del Convegno del 29-30 gennaio 2015), Roma, 2017. L'argomento è stato toccato anche dal recente convegno annuale AIPDA, «Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere», Napoli, 20 e 30

Ciò è vero anche per la provincia del diritto amministrativo che, per quanto ripetutamente minacciata da crisi e tensioni⁴, appare ancora popolata da studiosi che investono gran parte delle loro energie nella difesa dei confini disciplinari piuttosto che nell'analisi dei problemi e nell'indagine di contenuti, tenuta e applicazione pratica degli istituti elaborati per la soluzione di bisogni collettivi⁵. Elaborando così proposte culturali e visioni epistemologiche incentrate sulla conoscenza «come rispecchiamento»⁶ del proprio statuto identitario, piuttosto che come processo evolutivo aperto di selezione/elaborazione di soluzioni adeguate a problemi effettivi.

2. *Il mondo dei contratti pubblici e la sindrome della terra di nessuno*

Emblematiche spinte alla «demarcazione sempre più salda e precisa dei caratteri speciali»⁷ delle forme di intervento dell'amministrazione compaiono nelle analisi correnti dedicate al tema dei contratti pubblici⁸.

Ben al di là dei pioneristici studi della giuspubblicistica della prima metà dell'Ottocento che, in una «terra senza codice» qual'era all'epoca quella amministrativa, riuscirono a elaborare lessici, figure e costruzioni dottrinali che «si alimentavano [...] di una estesa circolarità di parole d'ordine, di modelli argomentativi, di disegni politici»⁹, gli amministrativisti contemporanei immaginano sovente che

settembre 2023. Tra le relazioni, cfr. in particolare l'analisi in chiave sistemica di F. Fracchia, *Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere. Un quadro d'insieme*, ora pubblicata in *Dir. ec.*, 2023, 247.

⁴ Per una ragionata e aggiornata analisi delle quali si rinvia a S. Cassese, *Amministrare la nazione. La crisi della burocrazia e i suoi rimedi*, Milano, 2022.

⁵ Cfr. in argomento L. Torchia, *Il sistema amministrativo e le attività produttive: le barriere, gli ostacoli, i nodi. Studi di caso per uscire dal labirinto*, in Id., a cura di, *I nodi della pubblica amministrazione*, Napoli, 2016, 21; nonché, per l'invito a operare «nelle intersezioni» dei problemi, S. Cassese, *Una volta il futuro era migliore. Lezioni per invertire la rotta*, Milano, 2021, 98; e più in generale G.D. Comporti, *La strana metafora della «terra di nessuno»: le adiacenze possibili tra diritto pubblico e diritto privato alla luce dei problemi da risolvere*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 560.

⁶ R. Corvi, *Frontiere aperte. Verso un'epistemologia transdisciplinare*, Brescia, ed. Sholé, 2023, 103.

⁷ Le espressioni citate tra virgolette sono tratte da V.E. Orlando, *Nota dell'autore del 1925 all'autore del 1885* (Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Modena, 1925), poi in *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, 1940, 29. L'invito rivolto al diritto pubblico a «difendere le sue insidiate frontiere», con radicale cambiamento di vedute rispetto al passato, è stato oggetto di attenta analisi, in chiave diacronica, da parte di A. Sandulli, *Costruire lo Stato, La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009, 83.

⁸ Per una cui aggiornata analisi problematica, si rinvia a E. D'Alterio, *Riforme e nodi della contrattualistica pubblica*, in *Dir. amm.*, 2022, 667. Si vedano anche le recenti analisi di P. Lazzara, a cura di, *Il diritto dei contratti pubblici. Temi e questioni aggiornato al d.l. 77/2021*, Roma, 2021 e F. Mastragostino, a cura di, *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del codice, degli atti attuativi e dei decreti semplificazione 2020-2021*, Torino, 2021.

⁹ Così B. Sordi, *Le strade della comparazione tra pubblico e privato: uno sguardo alle origini*, in *Quad. fiorentini*, 2022, 23 e ss., ove, descrivendo un amministrativista alle prese con le prime grandi trattazioni sistematiche che «comparava, ma ancora di più dialogava, ibridava, recepiva, traduceva», si osserva conclusivamente che

fuori dal fronte presidiato dai formalismi della gara, ovvero sia quando il procedimento di evidenza pubblica che è sede di formazione delle decisioni fondamentali destinate ad essere condensate nel finale provvedimento di aggiudicazione lascia il posto al contratto, si estenda una desolata e pericolosa “terra di nessuno” che deve essere controllata e bonificata mediante l’estensione illimitata di poteri pubblicistici di conformazione e funzionalizzazione degli interessi in gioco.

Punto logico di partenza di simile prospettiva è la considerazione del contratto pubblico come «veicolo di governo (dal basso) della cosa pubblica [...] capace di creare valore (pubblico) aggiunto»¹⁰. Prendendo spunto dalla «torsione finalistica» che le direttive europee del 2004 e del 2014 hanno impresso a un mercato degli appalti pubblici immaginato come «opportunità per realizzare diversi obiettivi sociali attraverso una spesa intelligente»¹¹, si segnala da più parti il cambio di paradigma che si registrerebbe nel passaggio da un sistema basato sulla neutralità o «atipicità teleologica» dell’appalto a un sistema fondato, invece, «sulla funzionalizzazione dell’azione amministrativa negoziale rispetto ad una pluralità di interessi pubblici, che, al netto delle variabili, possono essere compendiate nel sostegno alle PMI e nello sviluppo sostenibile»¹².

Di questo passo, i pure apprezzabili sforzi compiuti nell’ottica del superamento della tradizionale scansione bifasica delle operazioni contrattuali, che vede le tecniche esecutive di tipo negoziale succedere a quelle valutative di tipo procedimentale all’esito della stipulazione del contratto, ovvero sia banalmente il momento pratico di realizzazione del risultato concordato alla decisione politica su cosa fare per soddisfare il problema sul tappeto, appaiono in realtà piegati al fine di estendere i confini dell’azione amministrativa anche alle propaggini esecutive del rapporto. L’opzione unitaria da chiave di lettura razionale dei pro-

«neppure i modelli ottocenteschi si sviluppano quindi per compartimenti stagni. Presentano al contrario confini assai porosi alla reciproca integrazione normativa» (*ibid.*, 27).

¹⁰ Secondo la definizione di S. Valaguzza, *Governare per contratto. Come creare valore attraverso i contratti pubblici*, Napoli, 2018, 19, cui si rinvia per ogni utile riferimento alla teoria in esame.

¹¹ Come si legge in Commissione europea, *Scheda tecnica per il semestre europeo: appalti pubblici*, 22 novembre 2017.

¹² Così E. Guarnieri, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, Bologna, 2022, 122. Nell’ambito di una letteratura diffusa, si consideri anche la voce recente di E. Caruso, *La Funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza?*, Napoli, 2021, 5 e ss., il quale sottolinea un «utilizzo cd. strategico del potere di acquisto delle pubbliche amministrazioni, finalizzato al sostegno di diverse politiche e di obiettivi sociali comuni»; arrivando – in chiave topografica – a collocare gli interessi sociali e ambientali non in posizione secondaria o residuale rispetto all’interesse realizzativo, che costituisce l’obiettivo primario verso cui muove la stazione appaltante, ma in posizione orizzontale o collaterale «di per sé tale da indicare come la loro integrazione vada correttamente bilanciata, non potendosi spingere al punto da compromettere l’interesse specifico del contratto» (*ibid.*, 46-47). Simile impostazione, analizzata nelle ricerche collettanee curate da C. Marzuoli e S. Torricelli, *La dimensione sociale della contrattazione pubblica*, Napoli, 2017, e A. Maltoni, *I contratti pubblici: la difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi*, Napoli, 2020, è in senso adesivo tra gli altri richiamata da F. Fracchia, P. Pantalone, *Verso una contrattazione pubblica sostenibile circolare secondo l’agenda ONU 2030*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2022, 244.

blemi che si accumulano nella vicenda diviene piuttosto il veicolo di affermazione di una tendenzialmente omologante «unitarietà dello statuto amministrativo», al cui supposto circolo virtuoso si guarda come salvifico rimedio «ai vuoti non colmati (e quindi alle patologie irrisolte) dal diritto positivo»¹³. La sirena della «persistente cura di un interesse pubblico altrui [...] al cui perseguimento l'amministrazione è funzionalmente vincolata» serve, così, a chiudere il cerchio, nel senso che «la possibilità di configurare fattispecie potenzialmente privatistiche alla stregua di poteri pubblicistici», di cui si immagina l'eterno ritorno sotto forma di poteri amministrativi (in genere di autotutela), diviene espediente per contenere gli immaginari rischi di una visione parcellizzata e tendenzialmente dominata da logiche egoistiche della fase esecutiva¹⁴.

Sui limiti di questi tentativi di riposizionamento dei termini di confine tra ambiti disciplinari, con tutto ciò che ne consegue in chiave di ipotetica scala di misurazione dell'ordine di importanza dei meccanismi ascrivibili ai diversi fronti e di ricerca di improbabili primati e gerarchie tra gli stessi, si è già avuto modo di richiamare l'attenzione in tempi recenti¹⁵. In particolare si è osservato che quando il complesso dei valori-interessi che si confrontano nella gara, per effetto del transito dell'operazione alla fase avanzata dell'attuazione della prestazione dedotta come oggetto del contratto, ha perduto il carattere astratto, irrelato e sfocato che è tipico delle fasi remote dell'azione selettiva per cristallizzarsi in uno specifico e differenziato regolamento contrattuale di prestazioni corrispettive, sembra poco razionale ed efficace immaginare che qualunque sopravvenienza patologica del rapporto debba essere sempre e necessariamente gestita, anziché attraverso il mobile e prospettico soccorso del sistema rimediabile negoziale, per mezzo dell'eterno ritorno dell'autotutela pubblicistica: tecnica che, in ragione della sua tipica natura retrospettiva, finisce per ricondurre alle origini e per dilatare nuovamente la scena, facendo riemergere figure generali e maschere stilizzate in luogo di quelle posizioni concrete, poste economiche e opzioni strategiche che, grazie all'antagonismo delle parti contraenti, rendono invece più chiara, precisa e circostanziata la gestione del tratto finale e realizzativo della prestazione pattuita¹⁶. Arrivando, più in generale, a ipotizzare che appare probabilmente più meritevole di attenzione il versante problematico di «come la necessità, svincolata di tutte le sovrastrutture ideologiche e concettuali, induca alla scoperta di evolutive combi-

¹³ Così ancora E. Guarnieri, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, cit., 256-257.

¹⁴ *Ibid.*, 289 ss., 315.

¹⁵ Cfr. in particolare G.D. Comporti, *Logiche di riparto per una rinnovata visione dei contratti pubblici*, in *Giur. it.*, 2018, 441; Id., *Il coraggio di amministrare*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, II, Napoli, 2020, 1139; Id., *La strana metafora della «terra di nessuno»*, cit., 559

¹⁶ G.D. Comporti, *La strana metafora della «terra di nessuno»*, cit., 559-560.

nazioni delle figure esistenti rivelando opportunità nuove e non immaginabili di impiego delle stesse»¹⁷.

In questa sede, senza entrare nei dettagli tecnici di pure raffinate analisi¹⁸ che, in chiave per lo più tipologica, scandagliano le varie fattispecie normative dedicate alla gestione delle sopravvenienze della fase di esecuzione dei contratti allo scopo di enucleare plausibili criteri di riparto del regime dei relativi atti e delle giurisdizioni competenti a risolvere le relative controversie¹⁹, oltre a denunciare di nuovo la difficoltà a vedere vuoti o terre di nessuno da popolare e anettere a fronte dell'ormai consolidata affermazione dei principi di ragionevolezza, giustizia e solidarietà²⁰ anche nella cittadella contrattuale che «non è un egualitario letto di Procuste che imponga l'assoluta parità tra le parti quanto a condizioni, termini e vantaggi contrattuali»²¹, o allo sviluppo del paradigma dell'impresa sostenibile e della finanza sostenibile nella stagione degli obblighi informativi sui rischi ESG (ambientali, sociali e di *governance*)²², o ancora al crescente impiego di presidi di vigilanza interni alle compagine sociali che accompagnano le opera-

¹⁷ G.D. Comporti, *La strana metafora della «terra di nessuno»*, cit., 535.

¹⁸ Come emblematicamente può considerarsi quella di G. Greco, *Poteri amministrativi ed esecuzione del contratto (tra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2022, 1.

¹⁹ *Ibid.*, 5 e ss., 29-30, ove (sulla scia anche di autori come S. Raimondi, *I poteri amministrativi nell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1970, 28 ss.) si enuncia la conclusione «di metodo» secondo cui «nei contratti di diritto privato dell'amministrazione [...] la presenza di poteri amministrativi in sede di esecuzione non può che costituire [...] una eccezione alla regola. In quanto tale, la loro individuazione deve essere rigorosamente provata sulla base di precisi indici di regime e non consente certo interpretazioni ampliative o generalizzanti».

²⁰ Sull'ampilissimo tema, che ha avuto riflessi anche nel diritto contrattuale europeo, grazie al manifesto sulla giustizia sociale che vide la luce a metà della prima decade del nuovo millennio (su cui si veda ora C. Castronovo, *Omnia tempus habent. Arriverà il tempo di un codice civile europeo*, in *Eur. e dir. priv.*, 2023, 271), si rinvia almeno al denso saggio di E. Navarretta, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale tra ideologie e principi*, in *Quad. fiorentini*, 2014, 620 e ss., nonché agli scritti recenti di G. D'Amico, *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir., I tematici*, I, *Contratto*, Milano, 2021, 583, e C. Salvi, *Il contratto ingiusto*, in *Foro it.*, 2022, V, 38; F. Piraino, *La meritevolezza degli interessi. Genesi, evoluzione, concetto e applicazioni*, in *Storia Metodo Cultura nella scienza giuridica*, 2022, 89.

²¹ Come chiosa, a margine di una complessa questione relativa alle clausole di rischio cambio con doppia indicizzazione del canone nei contratti di leasing, Cass., ss.uu., 23 febbraio 2023, n. 5657, in *Foro it.*, 2023, I, 1070.

²² R. Rolli, *L'impatto dei fattori ESG sull'impresa. Modelli di governance e nuove responsabilità*, Bologna, 2020; M. Libertini, *Gestione "sostenibile" delle imprese e limiti alla discrezionalità imprenditoriale*, in *Contratti e impresa*, 2023, 54; S. Pacchi, *Sostenibilità, fattori ESG e crisi d'impresa*, in *Studi Senesi*, 2023, 117. Al tema «La s.p.a. nell'epoca della sostenibilità e della transizione tecnologica» è stato dedicato il convegno per i sessant'anni della Rivista delle società, tenutosi a Venezia il 10-11 novembre 2023 (ne dà atto l'editoriale pubblicato in *Riv. soc.*, 2023, 6-7, in cui si legge che «irrompe l'ESG, vacilla lo scopo di lucro, l'intelligenza artificiale chiede posti nel board, l'assemblea diventa una delle tante riunioni da remoto [...] la platea degli azionisti si sfrangia o si compatta creando anche problemi concorrenziali. Tramonto del liberismo degli ultimi anni, addirittura della platea delle minoranze classiche, ovvero un aspetto del più generale problema del declino o della trasformazione della democrazia?»). Rileva come tutto ciò sia «indice di un mondo che sta cambiando, con lo spostamento del punto di equilibrio fra pubblico e privato, fra ruolo dello Stato e ruolo di enti che, in una logica tradizionale, dovremmo dire che occupano inopportuno uno spazio non proprio», M. Franzoni, *La responsabilità civile fra sostenibilità e controllo delle attività umane*, in *Danno e resp.*, 2022, 12.

zioni negoziali a parti correlate, tanto per citare alcuni esempi paradigmatici che dovrebbero essere sufficienti a dimostrare quanto lontane dalla realtà effettuale siano le rappresentazioni di un diritto privato come luogo di sterili antagonismi tra primordiali egoismi patrimoniali, si intende piuttosto prendere spunto dalla recente approvazione del nuovo codice dei contratti pubblici per segnalare alcune novità che possono utilmente contribuire a spostare il dibattito verso più razionali e funzionali mete.

In ciò condividendo la prospettiva metodologica di chi, in una materia attraversata da ricorrenti forme di manifestazione dell'eterogenesi dei fini²³, ha messo in guardia contro un eccesso di congetture teoriche e di sottigliezze ermeneutiche, richiamando l'esigenza di «ancorare i giudizi e gli sforzi di cambiamento [...] alla coscienziosa annotazione dei risultati via via ottenuti e alla misurazione della loro distanza dalle finalità perseguite»²⁴.

3. *Il principio realizzativo del risultato: un primo passo verso la relativizzazione della sirena dell'eterno ritorno dei poteri pubblicistici nel ciclo di vita dei contratti pubblici*

Nel contesto di una manovra legislativa caratterizzata da «un autonomo anelito riformatore»²⁵ per porre rimedio ai difetti delle precedenti codificazioni²⁶, senza i condizionamenti indotti dalla pressione di un nuovo pacchetto di regole europee da trasporre in sede nazionale, la prima novità di rilievo è rappresentata dall'affermazione del principio del risultato²⁷.

Con la sua enunciazione si apre, infatti, in modo significativo, il Titolo I del primo libro del codice dei contratti pubblici, dedicato appunto alla declinazione di «principi generali». Scelta che, nell'ambito di una delega²⁸ elastica e quasi in bianco che costituiva occasione per un'attuazione contenuta e finalmente

²³ Cfr. S. Vinti, *L'eterogenesi dei fini tradisce lo scopo ultimo e l'oggetto stesso della disciplina sui contratti pubblici*, in *federalismi.it.*, 29 aprile 2020.

²⁴ Si veda in tal senso la densa e propositiva analisi di M. Cafagno, *Committenza (servizi di)*, in *Enc dir., I tematici*, III, *Funzioni amministrative*, Milano, 2022, 251.

²⁵ G. Napolitano, *Buona l'ultima? La terza codificazione del diritto dei contratti pubblici alla prova dei risultati*, in *Giornale dir. amm.*, 2023, 285.

²⁶ Per un esame disincantato dei quali può rinviarsi alle efficaci analisi di M. Corradino, *L'Italia immobile. Appalti, burocrazia, corruzione, i rimedi per ripartire*, Milano, 2020; F. Cintioli, *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, Soveria Mannelli, 2020; A. Massera, F. Merloni, *L'eterno cantiere del Codice dei contratti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 587; A. Travi, *Pubblica amministrazione burocrazia o servizio al cittadino?*, Milano, 2022, 109-136.

²⁷ Art. 1 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36.

²⁸ Contenuta nell'art. 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78.

orientata a «dare certezza e stabilità alla disciplina»²⁹, esprime già un innovativo «segnale culturale», oltre che giuridico³⁰, nel senso che il plusvalore dei principi in termini di «prevalenza di contenuto deontologico in confronto con le singole norme», capace di rendere «intellegibile il disegno armonico, organico e unitario sotteso al codice», assolve una «funzione ordinante e nomofilattica» perché assicura «un contenuto concreto e operativo» a clausole altrimenti troppo elastiche, così orientando operatori e interpreti e contribuendo a risolvere incertezze applicative³¹. In simile prospettiva la *Relazione*, che com'è noto intende porsi come «vero e proprio manuale operativo per l'uso del nuovo codice, assorbendo anche la funzione di indirizzo attuativo» di un sistema che è stato concepito come «auto-esecutivo»³², ha cura di segnalare che si è in tal modo scommesso non tanto sull'ennesimo richiamo dei generalissimi enunciati dell'azione amministrativa già ricavabili dal tessuto costituzionale e dal corpo della legge n. 241/1990 quanto sull'evocazione di un orizzonte ermeneutico più ampio, alimentato e caratterizzato anche da significativi riferimenti a schemi, figure, concetti del diritto negoziabile comune³³ per «favorire una più ampia libertà di iniziativa e di auto-responsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità [...] in un settore in cui spesso la presenza di una disciplina rigida e dettagliata ha creato incertezze, ritardi, inefficienze»³⁴. Con il che si mette in discussione il dogma del-

²⁹ Come osservato da B.G. Mattarella, *La delega (in bianco) per la riforma dei contratti pubblici*, in *Giornale dir. amm.*, 2022, 589, 591.

³⁰ In tal senso L. Carbone, *La scommessa del "Codice dei contratti pubblici" e il suo futuro*, Relazione introduttiva al Convegno dell'Istituto Jemolo, Avvocatura dello Stato, 27 gennaio 2023, 12: «Quella di mettere i principi all'inizio è stata una scelta innovativa, forte, consapevole. Volevamo dare un segnale culturale ma anche giuridico, per spiegare dove volevamo andare con la riforma, e come doveva essere interpretata in caso di dubbio». Cfr. anche M. Procto, *Il (terzo) nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giur. it.*, 2023, 1949; R. Caranta, *I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, art. 1-12, *ibid.*, 1951 ss., il quale mette subito in evidenza la differenza rispetto a precedenti casi di uso di una «mera elencazione di principi, un po' a modo di litania» che «occultava la diversa rilevanza dei differenti principi». Sottolinea la novità e modernità di tale impostazione, che fornisce «una bussola inusuale nel panorama legislativo recente», anche P. Carbone, *Iniziativa e Autonomia decisionale del funzionario pubblico. I nuovi principi di fiducia e di risultato nel Codice dei Contratti Pubblici: la prospettiva di un comparatista*, in *Riv. dir. priv.*, 2023, 505.

³¹ In tal senso si legga la *Relazione agli articoli e agli allegati*, redatta dal Consiglio di Stato, Roma, 7 dicembre 2022, 10-11. Tra i principali commenti, si vedano: G. Montedoro, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Riv. trim app.*, 2023, 793 ss.; G. Rovelli, *Introduzione al nuovo codice dei contratti pubblici. I principi nel nuovo codice degli appalti pubblici e la loro funzione regolatoria*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2023; L.R. Perfetti, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. app.*, 2023, 6 ss.; G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giornale dir. amm.*, 2023, 287;

³² Sottolinea queste novità, tra gli altri, M.A. Sandulli, *Prime considerazioni sullo schema del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Riv. giur. ed.*, 2022, III, 72.

³³ A cominciare dall'iniziativa e dall'autonomia, cui fa riferimento il secondo comma dell'art. 2 sul principio della fiducia, e che evocano «termini tipici dell'attività imprenditoriale privata» come giustamente notato da G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, cit., 293.

³⁴ Consiglio di Stato, *Relazione agli articoli e agli allegati*, cit., 11. Valorizza la nuova prospettiva L.R. Perfetti, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, cit., 9, secondo cui simile scelta «colloca opportu-

la indefettibile «matrice procedimentale» di ogni decisione consensuale dell'amministrazione, rispetto alla quale l'esercizio della capacità di diritto privato sarebbe solo un momento accessorio e successivo, in qualche misura attuariale e «strumentale alla concretizzazione della volontà da essa prodotta»³⁵, e si gettano le basi per una riconsiderazione degli schemi portanti dei grandi dualismi che hanno dominato il campo delineando uno scenario in cui discrezionalità e autonomia negoziale, provvedimenti e contratti, buona amministrazione e buon contraente, regole di validità e regole di responsabilità, interessi legittimi e diritti soggettivi, tendono a combinarsi in modo variabile, dinamico e adattivo in funzione del grado di sviluppo della fattispecie e secondo il criterio micro-ordinante e ascendente della sostanza economica dell'operazione progettata e concretamente concordata dalle parti del rapporto contrattuale³⁶.

Esprime bene simile cambio di passo rispetto al passato il principio di risultato che apre la «triade di governo»³⁷ dell'intero sistema, in quanto, unitamente alla fiducia e all'accesso al mercato, delinea alcuni di quei principi-valori³⁸ che, essendo privi di fattispecie, non pongono specifiche regole comportamentali e hanno una «eccedenza di contenuto deontologico o assiologico» che vale a orientare l'interpretazione/applicazione delle altre disposizioni del codice al confronto con i casi concreti (art. 4 d.lgs. n. 36/2023).

Il risultato è definito dall'art. 1 del codice in termini di «affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza». Definizione anodina che, nel tentativo di tenere insieme tutto e di evocare un complesso panorama valoriale, che comprende anche il buon andamento, la triade efficienza-efficacia-economicità, e l'interesse della comunità,

namente il contratto pubblico nella teoria generale del contratto in generale, mettendo a disposizione dell'applicazione e dell'interpretazione sistematica altri sistemi di principi – quelli del contratto – destinati [...] a tracciare con ancora maggiore certezza le linee di un discorso sistematico.

³⁵ Tesi da ultimo sostenuta con dovizia di argomenti da F. Pubusa, *La rilevanza della funzione amministrativa sui contratti pubblici*, Torino, 2022, 10 ss., in ragione del vincolo di funzionalizzazione per l'ottimale cura dell'interesse pubblico che caratterizza la posizione dell'amministrazione nell'ambito del rapporto contrattuale, non diversamente da quanto succede nell'attività amministrativa di tipo provvedimentale (*ibid.*, 52-53).

³⁶ Per riferimenti in argomento, si vedano V. Ricciuto – A. Nervi, *Il contratto della pubblica amministrazione*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingeri, IV, 13, Napoli, 2009, 217-220. Torna da ultimo sulla funzione ordinante della categoria E. Gabrielli, *Operazione economica*, in *Enc. dir., I tematici*, I, *Contratto*, Milano, 2021, 741, osservando come essa sia volta «a mantenere [...] un costante adeguamento della realtà giuridica al dato sostanziale» e richieda «l'abbandono di un tipo di indagine fondata su premesse astratte e che proceda attraverso strumenti logici incapaci di cogliere la varietà e complessità con cui l'esperienza giuridica si esprime e concretizza nel contesto di un'operazione negoziale, dalla quale è dato cogliere, con una molteplicità di accenti e di sfumature sempre diverse, come la fantasia creatrice dei privati, dialetticamente, entri in simbiosi con l'ordinamento».

³⁷ G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, cit., 288.

³⁸ Così G. Morbidelli, *Introduzione a un dibattito sui principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Id.*, a cura di, *I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, Firenze, 2023, 10-11, 14.

unitamente agli obiettivi dell'Unione europea genericamente richiamati dal terzo comma³⁹, difficilmente parrebbe superare le critiche e difficoltà a suo tempo sollevate da attenta dottrina⁴⁰ in ordine alla portata di una formula tanto vaga quanto in voga⁴¹, se non fosse per il precipuo richiamo iniziale all'*affidamento* e all'*esecuzione* del contratto con il quale si è nella sostanza voluto segnalare «il necessario primato della funzione di committenza pubblica» su altri scopi delle gare⁴². Mettendo così in evidenza che le amministrazioni, dopo avere sciolto l'alternativa essenziale e strategica *to make or to buy*⁴³ «si rivolgono al mercato e stipulano contratti al fine di approvvigionarsi di beni, servizi e opere in tempi rapidi e a condizioni convenienti»⁴⁴. Ciò significa che «legalità e concorrenza da sole non bastano» e che, nella (riscoperta) prospettiva economico-aziendale di un risultato inteso come la «capacità dell'organizzazione pubblica di produrre qualcosa di utile all'individuo ed alla collettività ad un tempo, investendo le risorse che la collettività medesima ha messo a disposizione»⁴⁵, l'obiettivo primario delle gare torna ad essere la realizzazione della prestazione individuata e regolata nel contratto⁴⁶

³⁹ Profili da alcuni considerati «necessari temperamenti al criterio della rapidità» e, dunque, parte integrante del principio del risultato: cfr. M.A. Sandulli, *Prime considerazioni sullo schema*, cit., 72. Di «latente antagonismo» che il legislatore sembra percepire tra risultato e principi «limite», ha parlato anche M. Renna, *I principi*, in *Il nuovo corso dei contratti pubblici. Principi e regole in cerca di ordine* (d. leg. 31 marzo 2023 n. 36), in *Foro it.*, gli Speciali 1/2023, 10-11. «Tutte cose note» chiosa R. Caranta, *I principi*, cit., 1952, il quale liquida l'elenco parlando di una «tiritera che è entrata a far parte del diritto amministrativo italiano degli anni '90 su suggestioni [...] del *New Public Management*». Di necessario bilanciamento e adattamento dei valori coinvolti alle caratteristiche della transazione, ha parlato M. Cafagno, *Funzioni delle gare e principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici. Dalla giustapposizione al bilanciamento*, in *Giornale dir. amm.*, 2024, 103, chiarendo nello specifico che «dosare la concorrenza e strutturare le negoziazioni in funzione del raggiungimento del miglior rapporto tra prezzo e qualità [...] è [...] un compito assai più laborioso e audace che generalizzare vincoli stereotipati, secondo le antiche abitudini».

⁴⁰ Si leggano per tutti S. Cassese, *Che cosa vuol dire "amministrazione di risultati"?*, in *Giornale dir. amm.*, 2004, 9; G. Greco, *Amministrazione di risultati*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, 127.

⁴¹ Su cui si vedano almeno: A. Romano Tassone, *Analisi economica del diritto e «amministrazione di risultato»*, in *Dir. amm.*, 2007, 63; M.R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; F.G. Scoca, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir., Agg.*, VI, Milano, 2002, 99; M. Immordino, A. Police, a cura di, *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del Convegno (Palermo, 27-28 febbraio 2003)*, Torino, 2004. Di recente M.R. Spasiano, *Nuove riflessioni in tema di amministrazione di risultato*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, V, Napoli, 4846, ha osservato che la tematica è apparsa «ormai dequotata, scomparsa dall'orizzonte del dibattito scientifico, sopraffatta (o invero solo apparentemente superata) dalle diffuse ansie di «sburocratizzazione» e di semplificazione».

⁴² Analiticamente messi in evidenza da M. Cafagno, *Committenza (servizi di)*, cit., 222 e ss., il quale apre tuttavia la sua trattazione parlando delle gare pubbliche come di procedimenti «tramite cui il bisogno dell'amministrazione di assegnare commesse per ottenere o procurare alla collettività beni e servizi, si traduce in decisioni allocative di risorse e nella scelta di controparti contrattuali».

⁴³ Su cui si rinvia a G.D. Comporti, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, in *Dir. soc.*, 2017, 185.

⁴⁴ G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, cit., 289.

⁴⁵ R. Ursi, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Santarcangelo di Romagna, 2016, 339.

⁴⁶ Così si legge nella *Relazione agli articoli e agli allegati*, cit., 13, ove si precisa che «legalità e concorrenza da sole non bastano, perché l'obiettivo rimane la realizzazione delle opere pubbliche e la soddisfazione

perché essa rappresenta, nel contesto socio-economico dato, la migliore via per la soddisfazione del problema collettivo sul tappeto⁴⁷.

Si capisce allora che il principio “realizzativo finale”⁴⁸ diviene nuovo fattore sistematico di ordinazione e gerarchizzazione delle varie *policies*⁴⁹ che nel tempo hanno affollato⁵⁰ l’arena dell’evidenza pubblica, nel senso che esso contribuisce a sfoltire il quadro dei fini da perseguire e dei valori da considerare e, «promuovendo la finalizzazione concreta e se possibile rapida dei procedimenti realizzativi»⁵¹, guida le decisioni della stazione appaltante, come ha cura di precisare il più significativo richiamo del quarto comma al «criterio prioritario per l’esercizio del potere discrezionale e per l’individuazione della regola del caso concreto». Con più specifico riferimento alla fase di esecuzione del rapporto, poi, lo stesso principio rinvia a un dato eminentemente economico più che giuridico, qual è la realizzazione della specifica prestazione oggetto del contratto, che si traduce essenzialmente in attività d’impresa⁵².

Riflessi significativi di siffatto disegno di riorganizzazione dell’attività di committenza pubblica si reperiscono in due ulteriori e collegati versanti. Per un

dell’interesse della collettività».

⁴⁷ Come osservato dal Tar Sicilia, Catania, 12 dicembre 2023, n. 3738, «ogni stazione appaltante ha la responsabilità delle gare e deve svolgerle non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un’opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività».

⁴⁸ Così L.R. Perfetti, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, cit., 11. Si veda anche F. Cintioli, *Risultato amministrativo, PNRR e contratti pubblici*, in *Dir. e proc. amm.*, 2022, 542; Id., *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 21; M.R. Spasiano, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in *Codice dei contratti pubblici*, a cura di C. Contessa e P. Del Vecchio, I, Napoli, 2023, 49; P. Carbone, *Iniziativa e Autonomia decisionale del funzionario pubblico. I nuovi principi di fiducia e di risultato nel Codice dei Contratti Pubblici: la prospettiva di un comparatista*, cit., 510 ss., 514-515, 518.

⁴⁹ Come bene sottolinea L. Carbone, *La scommessa del “codice dei contratti pubblici”*, cit., 13, «scopo primario del codice è realizzare contratti pubblici con la massima celerità e il miglior rapporto qualità/prezzo e non perseguire altre *policies*, pure importanti, che rispetto ad esso sono funzionali e non finali». Fedele al teorema della funzionalizzazione rimane invece la lettura di E. Guarnieri, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, in *Dir. amm.*, 2023, 837 ss., il quale, preso atto che la positivizzazione del principio in parola non ha dato spazio al principio «altrettanto “finalistico” della sostenibilità», scolorendo così «quella multipolarità che il precedente codice aveva invece concorso a disegnare», ritiene tuttavia che lo sviluppo sostenibile, in quanto «interesse collettivo per antonomasia», non possa essere estromesso dall’impianto valoriale e finalistico della materia e che anzi lo stesso debba comprendersi nel pratico bilanciamento di tutti gli interessi in gioco a cui in sostanza si punta evocando «il ritorno ed il contestuale trionfo della discrezionalità amministrativa».

⁵⁰ Le conseguenze «ampiamente negative [...] derivanti dal sovraccarico di interessi (pubblici) altri rispetto a quello principale, con relativo blocco o rallentamento del procedimento», sono da ultimo sottolineate da M. Cammelli, *Conclusioni dei lavori della prima giornata*, in AIPDA, *Annuario 2022, Discrezionalità e amministrazione* (Atti del convegno annuale, Bologna, 7-8 ottobre 2022), Napoli, 2023, 347.

⁵¹ G.F. Ferrari, G. Morbidelli, *Sub art. 1*, in *Codice dei contratti pubblici. Il D.L.vo 31 marzo 2023, n. 36 commentato articolo per articolo*, a cura di G.F. Ferrari e G. Morbidelli, Piacenza, 2023, 41.

⁵² Cfr. per tali opportune precisazioni V. Cerulli Irelli, *Il principio della conservazione dell’equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, in *giustizia-amministrativa.it*, 11 marzo 2024, par. 3.

verso, nella ridefinizione della portata del R.U.P. (art. 15), acronimo che viene mantenuto inalterato nella forma ma che nella sostanza identifica la ben diversa figura del «responsabile unico del progetto», abbandonando il richiamo al procedimento⁵³ e agli impliciti schemi formali di riferimento per segnalare la peculiarità di una più complessa e articolata serie di compiti e attività che vengono traggiate sull'intera operazione, ovverosia sul complessivo «intervento pubblico» di cui deve essere assicurato il tempestivo «completamento» mediante l'esercizio di facoltà e iniziative anche innominate o implicite, in quanto «non di competenza di altri organi», che siano «comunque necessarie» al raggiungimento del risultato (art. 15, comma 5)⁵⁴. Come ha cura di segnalare la *Relazione*, si è voluto con ciò evidenziare che il responsabile delle commesse pubbliche «non è un doppione» del responsabile del procedimento amministrativo (disciplinato dagli artt. 4-6 della legge n. 241/1990), non è un ufficio il cui funzionamento è scandito da ben noti e verificabili rituali burocratici, ma è una sorta di *project manager* che mette la propria personale competenza, esperienza e professionalità al servizio della soluzione finale di un problema⁵⁵, e per questo opera trasversalmente lungo le varie fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione degli interventi pubblici, adottando non solo altrettanti provvedimenti amministrativi ma anche «comportamenti materiali e atti di diritto privato»: in una espressione di chiusura, allargando il proprio orizzonte operativo verso «qualsiasi spazio che presenti qualche utilità»⁵⁶. Per questa via il processo di decostruzione del sistema organizzativo classico chiuso intorno alla soggettività delle sue componenti fondamentali (persona giuridica e organi-uffici), già inesorabilmente avviato dall'introduzione della figura del responsabile del procedimento⁵⁷, quale protagonista

⁵³ La *Relazione agli articoli e agli allegati*, cit., 31, ha messo in evidenza la diversa portata lessicale della figura, essendo la nozione di procedimento definizione «forse viziata dal riferimento alla legge n. 241 del 1990, che non appare pienamente conferente: infatti, si tratta del responsabile di una serie di fasi preordinate alla realizzazione di un progetto, o un intervento pubblico».

⁵⁴ Sempre la citata *Relazione*, 32, chiarisce che il comma 5 «riformula le funzioni del RUP quale figura cruciale per assicurare il risultato finale nei termini stabiliti, in funzione del quale gli vengono attribuiti compiti e facoltà anche innominate. Conformemente alle linee preliminari tracciate, è stata valorizzata la differenza fra i poteri istruttori del RUP ai sensi della legge n. 241 del 1990 e i poteri istruttori del RUP nell'affidamento dei contratti pubblici». La specificazione (non tassativa, ma esemplificativa) dei compiti del RUP è demandata a un allegato al codice (Allegato I.2) di natura regolamentare che ha assorbito le Linee guida n. 3 dell'Anac.

⁵⁵ Come evidenziato da R. Ursi, *Le stagioni dell'efficienza*, cit., 314, «l'ingresso della prospettiva manageriale nel settore pubblico comporta che la capacità di adattamento dell'organizzazione costituisca attitudine privilegiata rispetto alla mera legalità dell'agire».

⁵⁶ G. Guarino, *L'uomo-istituzione*, Roma-Bari, 2005, 15.

⁵⁷ Cfr. in tal senso M. Bellavista, *La posizione organizzativa del responsabile del provvedimento e di quella del responsabile del procedimento*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 1/2019, 385. Sensibilità al modo in cui «gli enzimi personalisti» dell'ordinamento (così P. Forte, *Enzimi personalisti nel diritto amministrativo*, *ivi*, 1/2017, 63 ss.) tendono a reagire sulle dinamiche organizzative, è riscontrabile anche nelle ricerche di L.R. Perfetti, *Costruire e decostruire i concetti dell'organizzazione pubblica. Ragioni di un percorso e tracce per la sua prosecuzione*, *ivi*, 1/2021, 15 e ss., e di M. Monteduro, *Il funzionario persona e l'organo: nodi di un problema*, *ibid.*, 49.

della decentrata vicenda di conversione dell'assetto statico e astratto delle competenze amministrative in singolari e modulari adempimenti istruttori per la più completa trattazione dell'affare⁵⁸, conosce un'ulteriore e decisiva tappa evolutiva verso un sistema aperto, oggettivo, coordinato e integrato di organizzazione di «ogni misura»⁵⁹ disponibile per fare fronte «alle occorrenze del caso concreto»⁶⁰.

Per altro verso, viene in rilievo la disciplina del procedimento di localizzazione e approvazione del progetto delle opere pubbliche (art. 38), ove, pure con riferimento alla decisione pluristrutturata in ordine alla fattibilità tecnica ed economica nonché alla localizzazione dell'opera da prendere in una conferenza di servizi semplificata a cui partecipano tutte le amministrazioni interessate, comprese quelle preposte alla tutela ambientale, del patrimonio culturale, del paesaggio e della salute, compaiono significativi richiami a «*preminenti esigenze* di appaltabilità dell'opera e di certezza dei tempi di realizzazione» in ordine alla valutazione da compiere (comma 8), oltre che alle circostanze del caso concreto e ai profili finanziari quanto alla eventuale manifestazione di un dissenso o non completo assenso da parte delle amministrazioni che abbiano comunque partecipato alla conferenza (comma 11). Ancora una volta con ciò indicando, come precisato dalla *Relazione*, «una linea di indirizzo dell'attività istruttoria e decisoria della conferenza, in linea con il principio del risultato», rafforzata dalla previsione di «specifici oneri a pena di decadenza alle amministrazioni partecipanti [...], imponendo l'espressione di un dissenso qualificato e costruttivo attraverso prescrizioni adeguate ai fini del suo superamento e proporzionate all'intervento da realizzare, indicando le misure che rendano compatibile l'opera e possibile l'assenso»⁶¹. In questo modo, più che «spostare l'attenzione solo sul fare in fretta»⁶², si è cercato di finalizzare al contesto problematico specifico e ai rilevanti dati di fatto che connotano la fattispecie il dibattito spesso astratto e improduttivo che vede opposti i fautori del fare ai sostenitori del non fare⁶³, operando in tale ottica una «parificazione e amministra-

⁵⁸ Cfr. M. Ramajoli, *Il procedimento amministrativo*, in Aa.Vv., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2022, 292-293.

⁵⁹ Secondo la espressione di chiusura dei compiti del responsabile già impiegata nell'art. 6, comma 1, lett. b, della legge n. 241 del 1990.

⁶⁰ M. Bellavista, *La posizione organizzativa del responsabile del provvedimento e di quella del responsabile del procedimento*, cit., 386.

⁶¹ Cfr. *Relazione agli articoli e agli allegati*, cit., 56-57.

⁶² Come notato con accento critico dal Presidente dell'Anac Giuseppe Busia nel comunicato stampa del 29 marzo 2023, ricordando che non si può mai perdere di vista il «fare bene» e, più in generale, che «semplificazione e rapidità sono valori importanti, ma non possono andare a discapito di principi altrettanto importanti come trasparenza, controllabilità e libera concorrenza».

⁶³ Su queste categorie, con riferimento al campo problematico delle decisioni in materia di ambiente ed energia, sia consentito rinviare a G.D. Comporti, *Energia, ambiente e sviluppo sostenibile*, in *Riv. giur. amb.*, 2022, 643.

tivizzazione spolitizzante di tutti gli interessi pubblici: inclusi quelli sensibili»⁶⁴. Come dire, in definitiva, che anche il momento risalente di programmazione delle iniziative da assumere, per sua natura più aperto a valutazioni ampie e di spessore anche politico delle opzioni astrattamente percorribili e del peso dei diversi interessi in gioco, deve comunque fare i conti con la segnalata inclinazione proattiva⁶⁵ dell'intera operazione che, per quanto si manifesti con andamento graduale e progressivo, non risparmia ormai più nessuna fase⁶⁶.

La recuperata strumentalità⁶⁷ dei meccanismi di gara, questa volta depurati della originaria cifra finanziaria che li legava «intimamente» all'arida cittadella delle scritture e dei controlli contabili⁶⁸, consente di cogliere il loro dispiegamento nel circuito dinamico dell'attività tesa all'acquisto/realizzazione della migliore prestazione disponibile sul mercato senza gli eccessivi condizionamenti assiologici dovuti alla pressione dell'elemento teleologico.

In simile prospettiva la stessa discrezionalità, tanto spesso evocata nei dibattiti correnti quanto sempre connotata in termini quantitativi, ovvero sia in chiave binaria di maggiore o minore libertà di azione⁶⁹ concessa alla stazione appaltante nella gestione delle valutazioni insite nelle operazioni negoziali, appare in una luce nuova. Nel senso che tende a depurarsi del datato e genetico riferimento al mondo rarefatto, astratto e irrelato degli interessi⁷⁰, elaborato nei primi decenni del Novecento con l'obiettivo di affermare l'intrinseca politicità, autonomia e

⁶⁴ Così P.L. Portaluri, *Note sul procedimento di localizzazione e approvazione delle opere pubbliche nello schema di codice dei contratti dopo il parere della Conferenza unificata*, in *giustiziainsieme.it*, 1 marzo 2023.

⁶⁵ G.F. Ferrari, G. Morbidelli, *Sub art. 1*, cit., 40.

⁶⁶ Anche se assume uno «spazio applicativo più apprezzabile» soprattutto nella fase esecutiva del contratto, come messo in evidenza da D. Iaria, *I super principi generali: risultato, fiducia e accesso al mercato*, in *Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici*, a cura di G.F. Cartei e D. Iaria, Napoli, 2023, 16.

⁶⁷ Cfr. G.D. Comporti, *Lo stato in gara: note sui profili evolutivi di un modello*, in *Dir. ec.*, 2007, 234.

⁶⁸ Come messo in evidenza da C. Bentivenga, *Elementi di contabilità dello stato*, Milano, 1950, 48.

⁶⁹ Impostazione che risente del famoso *dictum* di Guido Zanobini (esplicitato nel noto saggio *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, 281), il quale, precisando il fondamento eteronomo dell'azione amministrativa, ha influenzato tutta la cultura amministrativa successiva, «creando un circolo vizioso nella propria capacità di ragionare in termini di risultati, privilegiando la produzione normativa» (S. Cassese, *Amministrare la nazione*, cit., 66). Lo stesso *dictum* ha incorporato nella nozione di discrezionalità il confronto con il quadro regolatorio piuttosto che con quello problematico riflesso dai fatti su cui intervenire.

⁷⁰ Per riferimenti sia consentito rinviare a G.D. Comporti, *Il coraggio di amministrare*, cit., 1110. Ribadisce ancora oggi che «la bussola della scelta discrezionale [...] è la ponderazione di tutti gli interessi in gioco che devono essere presi in considerazione», F. Roversi Monaco, *Discrezionalità amministrativa e utilità generale (breve considerazioni ordinamentali)*, in AIPDA, *Annuario 2022, Discrezionalità e amministrazione*, cit., X. Anche G. Morbidelli, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, in *Munus*, 2021, 2-3, ritiene che vi sia «una condivisione pressoché generalizzata» della tesi gianniniana della comparazione qualitativa e quantitativa degli interessi pubblici e privati coinvolti nella fattispecie oggetto di cura da parte dell'amministrazione. Un'aggiornata analisi critica del «travaglio esistente in seno alla cultura amministrativa» dedicatasi al tema, soprattutto dagli anni Ottanta, si deve a L. Benvenuti, *Postfazione*, in *La discrezionalità amministrativa*, nuova edizione, Pisa, 2023, 261 ss., il quale ribadisce l'utilità di fare riferimento alle categorie dell'esperienza ermeneutica (incentrate «sulla distanza temporale e sulla storicità del comprendere»: Id., *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2017, 1) per «graduare il momento della decisione senza frappon-

multifinalità della funzione amministrativa⁷¹, e diviene più prosaicamente neutrale e oggettiva (oltre che tecnicamente adeguata) capacità di «muoversi tra regole, condizionamenti e controllori»⁷² e di scegliere i mezzi e le alternative decisorie⁷³ più appropriate per «chiarire strada facendo la logica sfocata che si cela dietro le variabili»⁷⁴ del contesto e per conseguire l'obiettivo individuato.

Con l'ulteriore importante precisazione che, nel più specifico contesto dell'esecuzione del contratto di appalto, ormai divenuta «sinonimo di quella eterogenea galassia di comportamenti che le parti sono tenute ad adottare nella fase che precede l'attingimento [...] delle utilità attorno alle quali si agglutina il programma negoziale»⁷⁵, simile capacità di scelta si concreta nella combinazione inedita e operativa⁷⁶ di figure tipicamente amministrative con azioni più propriamente negoziali atte a governare, sul piano della responsabilità, possibili evenien-

re immaginari steccati» e, quindi, senza accedere a inutili complicazioni sul piano teorico, «per una ricostruzione non troppo formalistica della concreta dinamica ordinamentale».

⁷¹ Cfr. in tali termini l'ottima ricostruzione storica di M. Pastorelli, *L'opera giuridica di Massimo Severo Giannini*, I, (1939-1950), Milano, 2012, 89. Cfr. in argomento anche A. Sandulli, *Gli orizzonti della discrezionalità amministrativa dalla libertà discrezionale alla discrezionalità interstiziale*, in *Discrezionalità e amministrazione*, cit., 11-12.

⁷² Così S. Cassese, *La nuova discrezionalità*, in *Discrezionalità e amministrazione*, cit., 365, evocando quindi «un bilanciamento diverso dalla ponderazione di cui scriveva Giannini nel 1939», nella prospettiva della riscoperta della separazione dei poteri.

⁷³ Con recupero quindi della concezione strumentale ampiamente diffusa nella dottrina anteriore alla tesi gianniniana, ripercorsa di recente da S. Lucattini, *Le sanzioni a tutela del territorio*, Torino, 2022, 173. In argomento, si ricordi anche l'antiformalista prospettiva anglosassone palesata da D.J. Galligan, *La discrezionalità amministrativa*, trad. it., a cura e con la *Presentazione* di D. Sorace, Milano, 1999, 35 e ss., che pone l'accento sull'importanza della discrezionalità «come strumento atto a garantire che situazioni particolari siano trattate in base al merito dei problemi in modo tale da ottenere il miglior risultato nelle circostanze del caso, senza l'intralcio di regole rigide e vincolanti». Un recente tentativo di riconfigurazione della struttura della scelta discrezionale alla luce della teorica economica della scelta razionale, si deve a A. Zito, *Teoria della scelta razionale e teoria giuridica della discrezionalità amministrativa: prolegomeni per un inquadramento sistematico*, in *Nuove autonomie*, 2022, 102 ss.; Id., *La scelta discrezionale della P.A. tra principio di esauribilità del potere e controllo effettivo del suo esercizio: per una ridefinizione del concetto di discrezionalità*, in *Dir. amm.*, 50 ss., il quale, senza rinunciare completamente alla tralaticia idea della massimizzazione della cura dell'interesse pubblico tenendo conto dell'interdipendenza con gli altri interessi (nella dichiarata scia di N. Paolantonio, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 114), pone comunque l'accento sulla scelta (neutra rispetto ai fini) tra alternative decisionali, così confinando il momento del giudizio di valore «in un'area più circoscritta e soprattutto esterna alla scelta».

⁷⁴ G.D. Comporti, *Il coraggio di amministrare*, cit., 1114, con richiamo della teoria di F. Merusi, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011, 13.

⁷⁵ Così L. Nivarra, *Esecuzione del contratto*, in *Enc. dir.*, I, *tematici*, I, *Contratto*, Milano, 2021, 535 e ss., il quale, richiamando significativamente «l'insieme dei fenomeni, tra di loro qualitativamente eterogenei, che si dislocano nello spazio ricompreso tra la conclusione del contratto e il conseguimento del risultato pratico voluto dalle parti», sottolinea la connotazione funzionale del concetto di esecuzione, come «insieme di figure, tra di loro certamente eterogenee, ma tutte accomunate dalla loro proiezione verso il fine (e la fine) del contratto inteso come regolamento degli interessi delle parti».

⁷⁶ Per la precisazione del richiamo, sia consentito il rinvio al «processo di organizzazione adattiva dei rimedi» illustrato in altro ambito da G.D. Comporti, *Il danno rimediale e l'operazione rimediale*, in *Dir. amm.*, 2013, 136.

ze patrimoniali. Immaginare in questi frangenti l'eterno ritorno dell'autotutela pubblicistica per rimettere in gioco assetti di interessi asseritamente alterati da eventuali sopravvenienze diviene sempre più problematico⁷⁷, non tanto per raffinate quanto astratte ragioni sistematiche di tenuta dei vari dualismi attraverso cui si tende ancora a guardare le fattispecie⁷⁸, quanto per l'intrinseca tensione realizzativa che ormai avvolge le stesse e costituisce severo criterio di selezione anche degli strumenti più adatti al fine ultimo di «trasferire sul piano fattuale l'assetto di interessi programmato dalle parti»⁷⁹.

4. *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale: fonti per una nuova prospettiva di analisi e di gestione delle sopravvenienze*

In linea di ulteriore sviluppo delle considerazioni sin qui fatte si pone il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale affermato dall'art. 9 del codice.

Si tratta di una «significativa innovazione» dell'assetto disciplinare preesistente⁸⁰, ritenuta maggiormente conforme all'interesse dei contraenti «e dell'amministrazione in particolare – in considerazione dell'inadeguatezza della tutela meramente demolitoria» apprestata dall'ordinamento⁸¹, attraverso la quale si è voluto introdurre, a fronte di sopravvenienze straordinarie e imprevedibili che possono verificarsi nel corso dell'esecuzione del contratto e che siano tali da alterare in maniera rilevante il suo equilibrio originario, un «rimedio manutentivo» a carattere generale consistente nel «diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali» (così espressamente recita l'art. 9, comma 1, cit.).

Novità in effetti di non poco conto, se si considera che il principio di rinegoziabilità del contratto non era finora contemplato nella sua portata generale nel

⁷⁷ Giustamente A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016, 429, osserva che una volta conclusasi la procedura negoziale «non dovrebbe esservi più spazio per porre in essere interventi in autotutela incidenti sul regime amministrativo presupposto, posto che quest'ultimo ha esaurito la propria funzione nel momento in cui ha garantito la trasparenza e ha assicurato la giustiziabilità della scelta da parte dei concorrenti»; concludendo, pertanto, che una volta stipulato il negozio «si esaurisce la stessa *ratio* sottesa all'adozione dello statuto pubblicistico, dovendo le vicende del rapporto seguire necessariamente i principi, le regole e soprattutto la logica del diritto privato». Un accenno a tale prospettiva è leggibile anche in G. Napolitano, *Il diritto amministrativo dalla pandemia alla resilienza*, in *Giornale dir. amm.*, 2021, 149.

⁷⁸ Secondo A. Travi, *Esecuzione del contratto pubblico e debolezza del modello bifasico*, in *La nuova stagione dei contratti pubblici tra incertezza e responsabilità*, a cura di M. Cafagno, C. Leone, M. Barbera, M. Fazio, Milano, 2019, 54 la prospettiva di soluzioni più articolate e meditate è di fatto impedita proprio «dalla rigidità con cui viene praticato lo schema del modello bi-fasico».

⁷⁹ Così ancora L. Nivarra, *Esecuzione del contratto*, cit., 531.

⁸⁰ Così la *Relazione*, cit., 23.

⁸¹ *Ibid.*, 23, con specifico riferimento all'azione di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta di cui all'art. 1467 c.c.

codice dei contratti pubblici e non è previsto neppure nel codice civile, ove pure le parti della vicenda negoziale sono considerate in posizione di tendenziale parità e non vengono in rilievo limitazioni dettate dall'evidenza pubblica delle scelte e/o da vincoli di natura economico-finanziaria⁸².

Tra i due versanti⁸³, tuttavia, era proprio il primo a presentare – verrebbe da dire controintuitivamente – forme più elevate di manifestazione di flessibilità adattiva del regolamento contrattuale. Infatti, pur nella vigenza del principio di (tendenziale) immodificabilità soggettiva e oggettiva del contratto aggiudicato⁸⁴, e dunque in un ambiente di «tendenziale sfavore» verso variazioni contrattuali che possano condurre a eludere le garanzie dell'evidenza pubblica e a fare lievitare i prezzi della commessa⁸⁵, non mancavano strumenti volti ad adattare il programma negoziale agli eventi incidenti sulla corretta esecuzione del rapporto⁸⁶, in quanto, come è stato di recente affermato, «l'eccessivo “ingessamento” del contratto avente durata pluriennale può nuocere all'interesse delle parti, sia pubblica che privata, tenuto conto che è ragionevole ipotizzare che, nel lungo periodo, possono emergere circostanze sopravvenute, non prevedibili al momento dell'indizione della gara, tali da richiedere “aggiustamenti” in corso di esecuzione per garantire la migliore soddisfazione dell'interesse pubblico»⁸⁷. Tra essi, nell'ambito dell'onnicomprensiva strategia disciplinare perseguita dall'art. 106 del D.lgs. n. 50/2016, sulla scia dell'art. 72 della direttiva 24/2014/UE, si segnalavano il meccanismo compensativo della revisione dei prezzi, rispetto al quale recente giurisprudenza ha segnalato la spendita di una discrezionalità «affine a quella propria dei poteri civilistici del privato contraente», tanto che «lo schermo formale dell'atto si dequota ad elemento marginale poiché assume

⁸² Cfr. B. Marchetti, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale nel nuovo Codice dei contratti pubblici: prime osservazioni*, in *I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 79.

⁸³ Per un'analisi parallela dei quali si veda già il lavoro di V. Lopilato, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Foro amm., Tar*, 2006, 1911-1915.

⁸⁴ A. Crismani, *Il principio della tendenziale immodificabilità soggettiva dei contratti pubblici nella fase di esecuzione*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, II, 301; Id., *Le modifiche oggettive nei contratti pubblici e il diritto potestativo nel quinto d'obbligo*, ivi, 2019, II, 20.

⁸⁵ S. Fantini, H. Simonetti, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, 2 edizione, Milano, 2019, 116. Sulle diverse esigenze da fronteggiare e l'intreccio degli interessi da bilanciare, si vedano: R. Caranta, *I contratti pubblici*, 2 ed., Torino, 2012, 385; M.E. Comba, *L'esecuzione delle opere pubbliche con cenni di diritto comparato*, Torino, 2011, 166; Id., *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in *Giur. it.*, 2023, 1975-1979; M. Cozzio, *La disciplina dello ius variandi tra regole, eccezioni e nuove soluzioni. Sfide per l'Unione europea e l'Italia*, in *Riv. trim. app.*, 2023, 755.

⁸⁶ Cfr. F. Pubusa, *La rilevanza della funzione amministrativa sui contratti pubblici*, cit., 183 e ss.; F. Fracchia, W. Giulietti, *Aspetti problematici dell'esecuzione nei contratti nel prisma della nuova giurisprudenza sull'accesso civico*, in *Dir. ec.*, 2020, 208 e ss.; A. Giannelli, *Le modifiche oggettive del contenuto del contratto*, in *La nuova stagione dei contratti pubblici tra incertezza e responsabilità*, cit., 93 e seguenti.

⁸⁷ Cons. Stato, sez. III, 11 luglio 2023, n. 6797, con particolare riferimento alle varianti in corso d'opera di cui all'art. 106, comma 1, lett. c), del D.lgs. n. 50/2016.

preminente rilievo il tema della base fattuale e giuridica delle pretese revisionarie avanzate⁸⁸; il diritto potestativo di imporre, fino all'ultimazione dei lavori, modifiche della loro entità nei limiti del quinto (c.d. quinto d'obbligo) e, in particolare, le varianti in corso d'opera per fronteggiare sopravvenienze non sostanziali, imprevedute e imprevedibili e comunque tali da non alterare la naturale generale del contratto e non comportare un aumento del prezzo superiore al 50% del suo valore iniziale. Meccanismi modificativi di vario genere, di tipo qualitativo e quantitativo, consensuale e unilaterale, tutti comunque tipizzati nei presupposti e negli effetti e tendenti a limitare i margini di manovra delle parti nella gestione della vicenda e ad assicurare la continuità e funzionalità della prestazione⁸⁹. Ancora più significativa poi era la trama riflessa dalla disciplina dei rapporti concessori che, in ragione della loro lunga durata e del progressivo spostamento del baricentro «dall'attenzione pressoché ossessiva sul rischio operativo del concessionario, alla serietà dell'operazione»⁹⁰ e, quindi, alla stabilità e tenuta del rapporto, presentava già significativi dispositivi di adattamento⁹¹ a eventi in grado di alterare l'equilibrio delle prestazioni cristallizzato dal piano economico-finanziario⁹². Se si escludono le altrettanto tassative ipotesi di variante contemplate dall'art. 175 sulla falsariga di quanto veduto per i contratti di appalto⁹³, di notevole interesse per l'analisi che si va facendo appare la revisione⁹⁴ delle pattuizio-

⁸⁸ Cons. Stato, sez. III, 13 luglio 2023, n. 6847. In argomento si vedano di recente, e in diverse prospettive, che risentono delle letture dualistiche indotte anche dal problema del riparto delle giurisdizioni: R. Berloco, *Sopraavvenienze e appalti di lavori pubblici: la revisione dei prezzi tra interesse legittimo e diritto soggettivo*, in *Riv. trim. app.*, 2023, 77; P. Segalerba, *La revisione dei prezzi quale strumento di riequilibrio del sinallagma del contratto pubblico di appalto di servizi e forniture*, *ibid.*, 662; F. Goisis, P. Pantalone, *La revisione dei prezzi negli appalti pubblici come condizione per l'attuazione del PNRR, tra principi eurounitari e vischiosità normative nazionali*, in *Dir. amm.*, 2023, 97.

⁸⁹ F. Pubusa, *La rilevanza della funzione amministrativa sui contratti pubblici*, cit., 187.

⁹⁰ G. Greco, *Concessioni di lavori e servizi. Dalla direttiva 2014/23/UE alla parte terza del d.lgs. n. 50/2016*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, 505.

⁹¹ Cfr. in particolare E. Boscolo, *Stabilità nei rapporti concessori tra revisione e autotutela*, in *Riv. giur. ed.*, 2022, II, 286 ss.; S. Fantini, *Le sopraavvenienze nelle concessioni e contratti pubblici di durata nel diritto dell'emergenza*, in *Urb. app.*, 2020, 645; T.V. Russo, *La gestione delle sopraavvenienze nelle operazioni di project financing tra adeguamento e rinegoziazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, IV, 661.

⁹² Che secondo la giurisprudenza ha la funzione di «dimostrare la concreta capacità dell'operatore economico di eseguire correttamente le prestazioni per l'intero arco temporale prescelto, attraverso la prospettazione di un equilibrio economico e finanziario di investimenti e connessa gestione che consenta all'amministrazione concedente di valutare l'adeguatezza dell'offerta e l'effettiva realizzabilità dell'oggetto della concessione» (Cons. Stato, sez. V, 4 febbraio 2022, n. 795). Similmente è stato affermato che il PEF «è lo strumento mediante il quale si attua la concreta distribuzione del rischio tra le parti del rapporto, la cui adeguatezza e sostenibilità deve essere valutata dall'amministrazione concedente alla luce delle discipline tecniche ed economiche applicabili e sulla base delle eventuali prescrizioni che la stessa amministrazione ha dettato nella *lex specialis* della procedura per la selezione del concessionario» (Cons. Stato, sez. V, 30 gennaio 2023, n. 142).

⁹³ F. Pubusa, *La rilevanza della funzione amministrativa sui contratti pubblici*, cit., 201 e seguenti.

⁹⁴ Contemplata sin dalla legge Merloni 11 febbraio 1994, n. 109 (art. 19, comma 2-bis), poi ripresa dal codice De Lise (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 143, comma 8 bis) e quindi disciplinata dall'art. 165, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016 e dall'art. 182, comma 3, in relazione ai contratti di partenariato pubblico-privato.

ni originarie da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio al verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario, che dunque integrino eventi oggettivamente straordinari e imprevedibili non associabili a semplici fluttuazioni del mercato⁹⁵. Meccanismo che dà luogo a un percorso di vera e propria rinegoziazione del contratto, presidiato non solo dai generali principi di buona fede e correttezza ma anche da dettagliate istruzioni operative formulate da organismi tecnici e di vigilanza⁹⁶ al fine di scongiurare che il giusto obiettivo di neutralizzare gli effetti destabilizzanti che determinati eventi di disequilibrio possono avere sugli indicatori di redditività e di sostenibilità finanziaria dell'operazione finisca per indurre l'amministrazione a farsi carico di oneri eccessivi che potrebbero ridurre i rischi della parte privata. Con il risultato di consentire il recupero dell'investimento effettuato a presidio della continuità di rapporti naturalmente incompleti e trilaterali, e così scongiurare la diffusione «tipo domino» in danno dell'utenza destinataria del servizio delle conseguenze traumatiche che si associano all'intervento di decisioni risolutorie⁹⁷.

Sul versante privatistico, è noto che nella sistematica del codice civile il governo delle disfunzioni del sinallagma contrattuale⁹⁸ è essenzialmente ricondotto al rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (artt. 1467-1469 c.c.), che ha saputo bilanciare l'aurea regola *pacta sunt servanda* con la pragmatica clausola *rebus sic stantibus* attraverso una ragionevole ed equa distribuzione dei rischi eccentrici non integranti la normale alea del contratto, così «integrando una bilancia di prestazioni, individuate dalle parti secondo il loro contenuto, con una bilancia delle prestazioni, misurate secondo il loro mutevo-

⁹⁵ Come chiarito da Cons. Stato, sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3653.

⁹⁶ Si vedano in particolare le *Linee guida* n. 1/2022 del NARS (Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la Regolazione dei Servizi di pubblica utilità) e MEF-Ragioneria Generale dello Stato e ANAC, *Partenariato pubblico-privato: una proposta per il rilancio. Guida alle pubbliche amministrazioni per la redazione di un contratto di concessione per la progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche in partenariato pubblico privato*, 2021. Per una illustrazione dei quali atti, si vedano M. Tranquilli, P. Balzarini, *PPP e Concessioni: equilibrio del PEF e nuove Linee Guida del NARS*, in *Il Merito.org*, 4/2021. Cfr. anche E. Campagnano, *Gli strumenti per la gestione della fase esecutiva delle concessioni*, in *Contratto e impresa*, 2023, 582.

⁹⁷ Cfr. S. Fantini, *Le sopravvenienze nelle concessioni*, cit., 646, il quale opportunamente sottolinea come sia in proposito inadeguato lo strumento risolutorio, richiamando a conferma dell'assunto la previsione di un recesso oneroso per l'amministrazione «che spinge a perseguire l'obiettivo della revisione del P.E.F.». Si veda anche M. Zaccheo, *Concessioni pubbliche e sopravvenienze*, in *Costituzionalismo.it.*, 1/2021, 14.

⁹⁸ Tema «eterno» sui cui sviluppi, a partire dalle riflessioni teoriche fiorite nel secondo decennio del Novecento, si rinvia all'ampia analisi di G. Guizzi, *Sopravvenienze contrattuali, inesigibilità della prestazione rimedi: linee di una vicenda*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 884.

le valore»⁹⁹ nel tempo¹⁰⁰. Dispositivo sofferto¹⁰¹ e innovativo rispetto a quanto previsto nel codice abrogato e offerto da altri ordinamenti come quello francese (ove è sempre prevalsa l'idea dell'irrelevanza della *imprévision* nei rapporti contrattuali), anglosassone (nel quale l'obbligazione è vista come garanzia di un certo risultato, piuttosto che come dovere di tenere una certa condotta¹⁰²) e tedesco (ove invece l'adeguamento del contratto è stato a lungo dominato dalla sofisticata teoria ottocentesca della presupposizione e poi affidato alla giurisprudenza applicativa della clausola generale di buona fede), che è tuttavia sembrato espressivo di un sistema dogmaticamente ancora limitato¹⁰³ e connotato da «accentuata tipicità»¹⁰⁴. Infatti, ponendosi accanto agli altri rimedi risolutivi, nel testimoniare «un affinamento ulteriore della sensibilità dell'ordinamento rispetto ai fenomeni che interessano lo svolgimento del sinallagma»¹⁰⁵, si è però anche omologato a stringenti partizioni¹⁰⁶ e allo schema che lega al verificarsi di determinate condizioni ideal-tipiche la liberazione del debitore attraverso la soluzione del rapporto, per consentire solo in via secondaria al contraente avvantaggiato la *reductio ad equitatem* da formalizzare nel corso del processo in cui lo stesso sia stato convenu-

⁹⁹ Così R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, IV edizione, Torino, 2016, 1683. Cfr. anche G.B. Ferri, *Dalla clausola «rebus sic stantibus» alla risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Quadr.*, 1988, 54; C.G. Terranova, *L'eccessiva onerosità nei contratti. Artt. 1467-1469, in Il Codice Civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1995, 4-6, 25 e seguenti.

¹⁰⁰ Sul tema, e in prospettiva anche diacronica e comparata, M. Granieri, *Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007.

¹⁰¹ A fronte della generalmente avvertita preoccupazione di «minare tutto il sistema della certezza delle contrattazioni», come notato da P. Tartaglia, *Onerosità eccessiva*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 15.

¹⁰² Cfr. G. Gorla, *La teoria dell'oggetto del contratto nel diritto continentale*, in *Jus*, 1953, 300. Cfr. anche F.P. Traisci, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil law e di common law*, Napoli, 2003; E.C. Zaccaria, *L'adattamento dei contratti a lungo termine nell'esperienza giuridica statunitense: aspirazioni teoriche e prassi giurisprudenziale*, in *Contratto e impresa*, 2006, 478.

¹⁰³ G. Alpa, *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, in *Studi in onore di U. Majello*, a cura di M. Comporti e S. Monticelli, I, Napoli, 2005, 20.

¹⁰⁴ Così G. Sbisà, *La prima norma in tema di rinegoziazione nel contesto del dibattito sulle sopravvenienze*, in *Contratto e impresa*, 2022, 15.

¹⁰⁵ A. Boselli, *Eccessiva onerosità*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1960, 2, ha notato che «attraverso l'istituto dell'eccessiva onerosità si realizza un affinamento ulteriore della sensibilità dell'ordinamento rispetto ai fenomeni che interessano lo svolgimento del sinallagma, nel senso che, partendo dalla risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione, dove il difetto della esecuzione e quindi il pregiudizio del sinallagma assumono aspetti macroscopici essendo dovuti a cause, per così dire, naturalistiche, si passa alla risoluzione per inadempimento in cui il difetto dell'esecuzione consiste anch'esso nella mancanza della prestazione, ma questa volta oltre che con criteri materialistici è apprezzata anche con criteri nell'interesse del creditore, per giungere, infine, come ad ultima tappa, alla risoluzione per eccessiva onerosità in cui la prestazione non manca ma la sua è una prestazione solo apparente, in quanto essa è completamente svuotata di valore».

¹⁰⁶ Come è la dicotomia tra impossibilità sopravvenuta e eccessiva onerosità, da alcuni rappresentata in termini di sopravvenienze impeditive vs. sopravvenienze non impeditive (F. Delfini, *Dell'impossibilità sopravvenuta. Artt. 1463-1466, in Il Codice Civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 2003, 9), su cui si veda ora l'aggiornata analisi di D. Santaripa, *La sopravvenienza tra costruzione del regolamento contrattuale ed esecuzione del contratto*, Milano, 2023, 166 ss., 202 e seguenti.

to. Il singolare rovesciamento dei piani rispetto a quanto sembrerebbe più logico ed efficiente anche dal punto di vista economico, nel senso che la delineata partitura del «gioco dei poteri delle parti»¹⁰⁷ fa sì che l'obiettivo della conservazione del rapporto sia «relegato in un angolo, come opzione subordinata all'iniziativa della parte non onerata», mentre quella che ha principale interesse al riequilibrio non può che agire drasticamente per chiedere la caducazione¹⁰⁸, e la particolare ambientazione processuale di siffatta reazione all'inattuabilità del programma contrattuale, con ciò che ne consegue in termini di complessa interazione tra componenti sostanziali e giudiziali della fattispecie¹⁰⁹, hanno in qualche misura determinato un atteggiamento di «scarsa attenzione» verso il problema generale dell'ammissibilità della rinegoziazione (quale *species* del *genus* revisione)¹¹⁰ dei contratti di durata, indirizzando verso vie oblique e meno scontate la ricerca di tessere di un più ampio mosaico sistematico «caratterizzato dall'obbligo delle parti di cooperare, alla stregua dei canoni di correttezza e buona fede [...] a far sì che possa attuarsi il regolamento contrattuale»¹¹¹.

Per svelare una più generale tendenza dell'ordinamento a privilegiare la conservazione del programma negoziale mediante la modificazione delle sue condizioni, piuttosto che lo scioglimento del rapporto¹¹², è stato così necessario guardare anche alla disciplina di speciali tipi contrattuali (come per esempio: il contratto con obbligazioni di una sola parte, l'appalto, l'affitto, il mandato, l'assicurazione)¹¹³, o alle discipline di settore recanti disposizioni di *hard law* (come quelle in tema di subfornitura o di consumo) o di *soft law* (come l'art. 6.2.3 dei Principi *Unidroit*, e l'art. 6:111 dei *Principles of European Contract Law*) che contribuiscono ad arricchire le matrici di riferimento e offrono un senso di maggiore sviluppo e flessibilità del sistema¹¹⁴. O ancora alle riforme introdotte in

¹⁰⁷ R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, cit., 1702.

¹⁰⁸ Così F. Macario, *Contratti di durata*, in *Enc. dir., I tematici*, I, *Contratto*, Milano, 2021, 108.

¹⁰⁹ Per il cui esame si rinvia a C.G. Terranova, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., 186 e ss.; E. Gabrielli, *La risoluzione per eccessiva onerosità*, in Id. a cura di, *I contratti in generale*, II, Torino, 1999, 1582 e seguenti.

¹¹⁰ Così, in particolare, F. Macario, *Revisione del contratto*, in *Enc. dir., Annali*, II, t. 2, Milano, 2008, 1043.

¹¹¹ *Ibid.*, 1047 e seguenti.

¹¹² Come infatti affermato da R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, cit., 1709: «la risoluzione uccide il rapporto contrattuale. La rinegoziazione dovrebbe servire a curarlo [...] nell'interesse di entrambe le parti».

¹¹³ Per la cui analisi si rinvia a G. Sicchiero, *La rinegoziazione*, in *Contratto e impresa*, 2002, 277; F. Macario, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giust. civ.*, 2014, 825 ss.; G. Sbisà, *La prima norma in tema di rinegoziazione*, cit., 15; D. Santarpia, *La sopravvenienza tra costruzione del regolamento contrattuale ed esecuzione del contratto*, cit., 238 e seguenti. Cfr. anche la aggiornata panoramica offerta da G. Sicchiero, a cura di, *Le rinegoziazioni*, in *Giur. it.*, 2023, 209 e seguenti.

¹¹⁴ C. Castronovo, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, II, 404, ripreso da D. Santarpia, *La sopravvenienza tra costruzione del regolamento contrattuale ed esecuzione del contratto*, cit., 89 ss. e 256. Cfr. altresì F. Macario, *Dalla risoluzione all'adeguamento del contratto. Appunto sul progetto di riforma del codice civile in tema di sopravvenienza*, in *Foro it.*, 2020, V, 102, 107.

Germania e in Francia, che hanno segnalato due approcci differenti quali, rispettivamente: ai sensi del § 313 BGB riformato nel 2002¹¹⁵, la rinegoziazione in qualunque caso di mutamento oggettivo e serio delle circostanze di fatto poste a fondamento del contratto, compresa l'alterata conoscenza dei fatti, senza l'intervento del giudice e con la prospettiva dello scioglimento del rapporto in caso di insuccesso; ai sensi, invece, dell'art. 1195 del *code civil* riformato nel 2016¹¹⁶ un cambiamento di circostanze imprevedibile tale da rendere l'esecuzione eccessivamente onerosa per una parte, con conseguente legittimazione della stessa a sollecitare la rinegoziazione del contratto (*révision pur imprévision*) e, in caso di insuccesso di tale prospettiva, a chiedere l'intervento adeguatore del giudice. Per arrivare alle recenti sollecitazioni nate in risposta alle emergenze e crisi del momento, tra le quali meritano particolare menzione: a) il disegno di legge n. 1151/2019 presentato dal Governo Conte nel corso della XVIII Legislatura¹¹⁷, recante delega ad una incisiva revisione di parti essenziali del codice civile e volto a introdurre (*ex art. 1, lett. i*) il «diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede o, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenute dalle parti»; b) il d.l. 24 agosto 2021, n. 118, convertito in legge 21 ottobre 2021, n. 147, che ha introdotto uno straordinario procedimento di natura negoziale a mezzo del quale, nel caso in cui la prestazione fosse divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia da SARS-CoV-2, un esperto indipendente poteva agevolare le trattative tra l'imprenditore e i suoi creditori per il superamento delle condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario, con possibilità in caso di esito negativo di ricorrere al giudice al quale, quasi a compensazione dell'unica e contingente sopravvenienza presa in considerazione (cioè la pandemia), è stato riconosciuto l'ampio potere di «rideterminare equamente le condizioni del contratto»; c) il Codice della crisi d'impresa (D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, come modificato dall'art. 6 del D.Lgs. 17 giugno 2022, n. 83) il cui art. 17, comma 5, ha eliminato l'intervento del tribunale e, regolando nel dettaglio gli adempimenti dell'esperto nell'ambito della

¹¹⁵ Cfr. P. Rescigno, *La codificazione tedesca della Störung der Geschäftsgrundlage*, in *La riforma dello Schulrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, 10.

¹¹⁶ Cfr. il commentario *Réforme du droit des contrats, du régime générale et de la preuve des obligations*, a cura di Deshayes, Genicon e Laithier, 2 ed., Paris, 2019; Aa.Vv., *La riforma del code civil: una prospettiva italo-francese*, a cura di D. Valentino, Napoli, 2018; B. Fages, *Droit des obligations*, 10 ed., Paris, 2020-21, 301; F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson, *Il nuovo diritto francese dei contratti*, trad. it. a cura di C. Perfumi, Torino, 2020.

¹¹⁷ Iniziativa che è stata preceduta, accompagnata e seguita da una lunga ricerca svolta dall'associazione Civilisti Italiani negli anni tra il 2017 e il 2021, i cui esiti sono stati raccolti nei due volumi *Materiali per una revisione del codice civile*, a cura di V. Cuffaro e A. Gentili, Milano, 2021.

composizione negoziata della crisi, ha sottolineato che «le parti sono tenute a collaborare tra loro per rideterminare il contenuto del contratto o adeguare le prestazioni alle mutate condizioni», aprendo verso una più ampia applicazione del meccanismo laddove si comprende anche l'ipotesi in cui «una prestazione è divenuta eccessivamente onerosa o se è alterato l'equilibrio del rapporto in ragione di circostanze sopravvenute».

In mancanza di utili indicazioni dal fronte delle locazioni commerciali e degli affitti di rami d'azienda, che ha esibito un certo fermento soprattutto di tipo giurisprudenziale con indirizzi contrastanti¹¹⁸, se nessuna delle indicate ipotesi di amministrazione in itinere della vicenda negoziale è apparsa in grado di elevarsi a «prototipo utilizzabile per una disciplina generale della rinegoziazione»¹¹⁹, è tuttavia la visione d'insieme dalle stesse riflessa a denotare la stringente attualità dell'argomento¹²⁰ e la crescente consapevolezza maturata in seno all'ordinamento civile circa la necessità di disporre di una modellistica flessibile e connotata da una certa dose di pragmatismo adattivo per governare in modo più soddisfacente le sopravvenienze atipiche¹²¹ che rischino di vanificare l'assetto di interessi programmato ingenerando «nel traffico contrattuale esternalità negative e contrarie a razionalità»¹²². Prospettiva che induce a guardare, rispetto alla logica formale dello scambio istantaneo che è riflessa dalla fattispecie contrattuale ideal-tipica su cui ruota la sistematica codicistica, «alla più larga e comprensiva nozione di autonomia contrattuale»¹²³ che – soprattutto con riferimento al bacino degli scambi

¹¹⁸ Per la cui analisi si rinvia a M. Ticozzi, *Contratto di locazione: sopravvenienze e modificazione del canone*, in *Giur. it.*, 2023, 229.

¹¹⁹ G. Sbisà, *La prima norma in tema di rinegoziazione*, cit., 25. Cfr. anche E. Gabrielli, *Il diritto dei contratti a servizio della ristrutturazione d'impresa*, in *Riv. dir. priv.*, 2023, 337.

¹²⁰ Così E. Tuccari, *Contratti di durata (eccessiva onerosità sopravvenuta nei)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Agg.*, XII, Torino, 2019, 98.

¹²¹ Così R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, cit., 1708-1711, osservando che «non solo l'onerosità della prestazione in sé considerata, ma anche la sopravvenienza di esigenze nuove e di nuovi criteri di opportunità possono rendere pessimo un contratto ieri ottimo»; e arrivando a sostenere che «l'equità esige che nei contratti a durata particolarmente lunga, conformati a scelte operative condizionate dalla situazione dei luoghi, della tecnologia e del mercato, si sottenda una clausola di rinegoziazione, in virtù della quale il dato obsoleto o non più funzionale possa essere sostituito dal dato aggiornato e opportuno». Sul tema si legga ora l'ampia analisi di D. Santarpia, *La sopravvenienza tra costruzione del regolamento contrattuale ed esecuzione del contratto*, cit., 104 e ss., 224 e ss., ove si specifica che dal contenuto dell'art. 1467 c.c. non è possibile enucleare una definizione di sopravvenienza *tout court* perché «l'imprevedibilità e straordinarietà degli eventi [...] non rappresentano i cardini del sistema di distribuzione dei rischi che chiude l'area della sopravvenienza».

¹²² D. Santarpia, *La sopravvenienza*, cit., 148.

¹²³ E. Gabrielli, *La nozione di contratto e la sua funzione. Appunti sulla prospettiva di una nuova definizione di contratto*, in *Giust. civ.*, 2019, II, 312. Osserva F. Gambino, *Il rinegoziare delle parti e i poteri del giudice*, in *Materiali per una revisione del codice civile*, I, cit., 628, che «il potere autonomo – negoziale, mutevole e creativo – sciolto dal legame con l'atto in cui non si consuma né si esaurisce conserva un carattere pieno e incondizionato anche nell'attuazione del rapporto». Chiarisce bene, anche in prospettiva storica, l'importanza della messa a fuoco da parte della dottrina degli anni Sessanta della distinzione dei piani: «il primo attinente al rispetto delle strutture giuridico-formali (di norma individuate dalla fattispecie legalmente tipizzata), il secondo relativo

integrativi e relazionali, che sono tipici di una figura emblematicamente espressiva del modo di operare e di organizzarsi degli attori in un'economia di mercato qual è il contratto di appalto¹²⁴, e sono caratterizzati dalla «rilevante interferenza delle sfere patrimoniali dei contraenti» e dal «condizionamento reciproco della loro programmazione economica»¹²⁵, in ragione del carattere specialistico della prestazione offerta, delle peculiarità e rigidità del processo produttivo necessario a fornirla e della necessità di salvaguardare gli investimenti dedicati¹²⁶ – si dispiega nel corso delle complesse e durature vicende esecutive dell'operazione economica e offre principi e dispositivi atti a rimediare in modo più adeguato alle insorgenze perturbative¹²⁷ per una più efficiente allocazione dei rischi¹²⁸ e preservazione delle risorse coinvolte nell'attuazione del rapporto.

In tale ottica il principio di buona fede oggettiva ha assunto rinnovata centralità al fine di postulare «la rinegoziazione come cammino necessitato di adat-

alla valutazione dell'assetto degli interessi in concreto realizzato dall'atto di autonomia», F. Macario, *La civilistica e il contratto*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2022, numero speciale, *Il contributo della Sapienza alle codificazioni*, 359 e ss., il quale osserva anche come tale prospettiva di studi abbia consentito di «riconoscere una particolare rilevanza all'esecuzione del contratto, quale vicenda concettualmente indipendente, rispetto all'atto da cui trae origine e che ne costituisce la premessa programmatica» (*ibid.*, 364).

¹²⁴ Così F. Macario, *Revisione del contratto*, cit., 1081, osservando, con riferimento all'art. 1664 c.c. e all'elaborazione teorica nordamericana dei *relational contracts* ingiustamente relegata nel limbo del giuridicamente irrilevante per i suoi pretesi connotati socio-economici, che nella logica relazione appunto, «certamente più consona al contratto che prevede la realizzazione di un risultato ottenibile soltanto all'esito dell'esecuzione protratta nel tempo, il modello dello scambio, rappresentato dalle regole generali del codice civile in tema di contratto, si arricchisce degli elementi della condivisione e della cooperazione fra i contraenti, con un ruolo molto più rilevante, rispetto allo scambio istantaneo, delle clausole generali e dell'intervento correttivo-integrativo del giudice».

¹²⁵ Così soprattutto M. Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, 236 e seguenti, al quale si deve una stimolante analisi dei due differenti modelli economici di scambio sottesi alle tecniche di gestione del rischio enunciate dagli artt. 1467 e 1664 c.c.: rispettivamente, il «modello giuridico consensualistico» che è appropriato per gli scambi puntuali caratterizzati più che dalla ordinaria calcolabilità degli scenari futuri «dal carattere generalistico della prestazione e dalla flessibilità del processo produttivo da essa richiesto», e il «modello giuridico conservativo» adeguato agli scambi integrativi.

¹²⁶ L'interesse alla conservazione degli investimenti è colto come *ratio* specifica delle regole manutentive dell'appalto, che si lega «alle caratteristiche della prestazione dell'appaltatore – la quale in via tipica non è ricollocabile sul mercato, perché deputata a soddisfare, attraverso un sistema di regole di direzione, variazione e sorveglianza, le esigenze peculiari del committente», anche da U.A. Salanitro, *Rischio contrattuale*, cit., 1975, il quale tuttavia desume da ciò «una potenzialità espansiva molto ridotta» della relativa disciplina codicistica.

¹²⁷ Con riferimento al fronte delle crisi d'impresa, si vedano le utili indicazioni di metodo segnalate da E. Gabrielli, *Il diritto dei contratti a servizio della ristrutturazione d'impresa*, cit., 327 e ss., il quale mette in evidenza come il fine del risanamento dell'impresa sia una «manifestazione delle ampie e variegate potenzialità» del potere di autonomia privata, e come l'incontro tra diversi ambiti disciplinari (nel caso diritto civile e concorsuale) crei «ampiezza di prospettive che suggeriscono all'interprete di non indulgere a divagazioni ovvero ad indagini meramente classificatorie e descrittive della novità dei fenomeni oggetto di osservazione, ma invitano ad esaminare e a rinvenire, nel sistema positivo, nella giurisprudenza, nella dottrina, ogni frammento normativo utile per comporre un disegno coerente ed unitario di quello che sarà il nuovo diritto del concorso dei creditori».

¹²⁸ P. Trimarchi, *Il contratto. Inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 5, 229.

tamento del contratto alle circostanze ed esigenze sopravvenute»¹²⁹. L'importante apertura si deve all'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione che, con la *Relazione tematica* n. 56 dell'8 luglio 2020, ha affrontato *funditus* l'impegnativo tema, osservando che «la risposta all'esigenza manutentiva del contratto e di rinegoziazione necessaria del suo contenuto va ritrovata nell'attuale diritto dei contratti riletto al lume dei principio di solidarietà e rivitalizzato in un'ottica costituzionalmente orientata attraverso la clausola di buona fede che di quel principio è il portato codicistico»; immaginando anche un percorso di rinegoziazione che si snoda lungo nuove trattative che le parti – dietro domanda del contraente svantaggiato – devono avviare e condurre «in modo costruttivo» e corretto con lo scopo di introdurre «gli aggiustamenti necessari per superare i problemi e le difficoltà che si sono presentati», così evitando di incanalare il rapporto in «quell'imbuto esiziale» che è la sua risoluzione; ipotizzando l'eventuale inadempimento di chi «si oppone in maniera assoluta e ingiustificata o si limita ad intavolare delle trattative di mera facciata», in quanto l'inosservanza dell'obbligo in questione dimora «nel rifiuto di intraprendere il confronto oppure nel condurre trattative maliziose»¹³⁰; accennando infine al problematico fronte della possibilità di un intervento eteronomo del giudice per l'integrazione del rapporto divenuto iniquo, che viene ritenuto possibile nei limiti in cui «dal regolamento negoziale dovessero emergere i termini in cui le parti hanno inteso ripartire il rischio derivante dal contratto, fornendo al giudice (anche in chiave ermeneutica) i criteri atti a ristabilire l'equilibrio negoziale», con una ipotetica apertura anche all'esecuzione specifica *ex art.* 2932 c.c. dell'obbligo di rinegoziare il rapporto squilibrato – inteso come «obbligo di contrarre le modifiche del contratto primigenio suggerite da ragionevolezza e buona fede» – che attribuirebbe all'intervento giudiziario una doppia valenza: quella di tenere luogo della volontà non finalizzata delle parti e, nel contempo, di determinare «in maniera più larga e considerevole il contenuto, non mutuando un regolamento dettagliatamente precostituito», ma calibrandosi comunque su indicazioni «rigorosamente» tratte in via interpre-

¹²⁹ Così Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, *Relazione tematica* n. 56 dell'8 luglio 2020 dal titolo «Novità normative sostanziali del diritto emergenziale anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale». Per un'analisi critica della relazione e degli orientamenti giurisprudenziali successivi, si rinvia a S.P. Perrino, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali mediante gli obblighi di rinegoziare e di contrarre: un dibattito aperto*, in *Contratto e impresa*, 2023, 875 e seguenti.

¹³⁰ Affermazioni che echeggiano, con ogni evidenza, quella dottrina che nel teorizzare in forma più compiuta l'obbligo di rinegoziare, che vuol dire non limitarsi a un mero atto d'impulso della trattativa ma «essere obbligati a porre in essere tutti quegli atti che, in relazione alle circostanze, possono concretamente consentire alle parti di accordarsi sulle condizioni dell'adeguamento del contratto, alla luce delle modificazioni intervenute», aveva da tempo delineato due fattispecie d'inadempimento: il «rifiuto a trattare», che identifica l'atteggiamento della parte che non si attiva minimamente per assicurare la continuazione del rapporto, e la «trattativa maliziosa», che coglie invece il comportamento di chi si atteggia scorrettamente durante le trattative (cfr. F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1966, 343 e seguenti).

tativa dall'attività di contrattazione svolta dalle parti prima che il processo rinegoziativo si sia interrotto.

È proprio al fermento propositivo e all'intensità di sviluppo di questo filone interpretativo che ha guardato il Consiglio di Stato nell'elaborare il principio delineato ora dall'art. 9 del codice dei contratti pubblici, come evidenziato dal tenore della stessa *Relazione* che in apertura del relativo commento cita riferimenti tipici del mondo delle relazioni civilistiche, dagli stessi intendendo dunque ricavare «un chiaro segnale» per operatori e interpreti¹³¹.

Scelta epistemica che induce a una osservazione e stimola una indicazione metodica che appare utile esplicitare per una più ragionata analisi del testo normativo. L'osservazione attiene all'omessa enunciazione della *Relazione tematica* dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione: si citano, infatti, fonti più remote e meno impegnative, con particolare insistenza sui fenomeni della prassi e della regolazione dei rapporti privati internazionali, e si tralascia il termine di riferimento più ravvicinato della tematica. Scelta che non può passare inosservata se si tiene a mente, come detto, che il citato documento, che oltre tutto è espressivo di un intervento giudiziario *extra ordinem* in quanto volto a tracciare *ex ante* un orientamento interpretativo che neppure le sentenze possono normalmente avere¹³², rappresenta il tentativo più consapevole e coraggioso offerto dal diritto vivente per l'approfondimento in chiave generale delle diverse sfaccettature e implicazioni del problema della rinegoziazione a diritto vigente (invariato). Il che probabilmente si spiega con le difficoltà di approccio che si registrano ancora da ambo i lati delle giurisdizioni al sempre implicato, delicato e controverso versante delle regole di riparto e rinvia subito l'attenzione a quanto sarà in seguito osservato in ordine allo svolgimento del procedimento di rinegoziazione e alle possibili implicazioni sul piano della tutela giudiziaria. L'indicazione di metodo va oltre la pure giusta indicazione di una «tendenziale parificazione della posizione delle parti» e «una tutela rafforzata dell'esecutore» del contratto¹³³, perché riguarda il modo di porsi rispetto a una patologia negoziale «discreta»¹³⁴ che attiene – come veduto – alla dinamica evolutiva di rapporti complessi, per loro natura incompleti e destinati a perdurare nel tempo, non guarda ad una carenza strutturale dell'atto generativo della fattispecie ma al concreto sviluppo realizzativo del piano di azione concordato e, pertanto, richiama rimedi

¹³¹ Così B. Marchetti, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., 80.

¹³² A. Pisani Tedesco, *Appunti su sopravvenienze e obbligo di rinegoziazione: una nuova stagione per i principi*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, 4; ripreso da S.P. Perrino, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali*, cit., 877.

¹³³ G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, cit., 298.

¹³⁴ Secondo la felice definizione coniata, ad altri fini ma con stimolanti riflessioni, da U. Majello, *La patologia discreta del contratto annullabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 329.

di conservazione e di manutenzione dell'assetto di interessi in gioco che vadano oltre la caducazione dell'atto genetico dello stesso per il mero ripristino della legalità violata, che avrebbe l'effetto di introdurre una traumatica soluzione di continuità nell'evoluzione dell'operazione, facendo riemergere astratte, indifferenziate e irrelate figure e posizioni al posto di quegli specifici calcoli economici¹³⁵ che le distinte parti negoziali hanno incorporato nell'affare traducendoli «nel piano dei vantaggi e dei rischi oggettivamente espresso dallo scambio» ed elevandoli a «connotati del suo equilibrio»¹³⁶, a cui bisogna in sostanza guardare per l'attingimento del risultato finale programmato. Con l'ulteriore significativa apertura¹³⁷ verso un criterio di ricomposizione dell'unità dell'ordinamento che, superato il semplicistico dispositivo interpretativo regola/eccezione o generale/speciale¹³⁸, non guarda neppure al luogo in cui è collocata la disciplina positiva ma all'«ambito di complessità che essa è in grado di normare» e si sviluppa «attorno a tipi di problemi ed a rimedi adeguati»¹³⁹ per la più appropriata tutela degli interessi in gioco¹⁴⁰.

5. *Presupposti, contenuto ed effetti della rinegoziazione dei contratti pubblici: alla scoperta di un diritto soggettivo di nuovo conio, anche se operativamente e finanziariamente condizionato*

Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale poggia su un *corpus* normativo che è distribuito nel combinato disposto degli artt. 9, 60 e 120, unitamente all'allegato II.14, così come degli artt. 189 e 192 in tema di concessioni¹⁴¹.

¹³⁵ Il legame naturale tra i contratti di durata e la programmazione, organizzazione e lo svolgimento di attività economiche è ben messo in evidenza da F. Macario, *Contratti di durata*, cit., 120.

¹³⁶ Così in particolare C. Camardi, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997, 406-407, secondo cui il contenuto patrimoniale del contratto rappresenta dunque «la base a partire dalla quale è possibile valutare, misurare e quantificare – non arbitrariamente – il sopravvenuto carattere eccessivamente oneroso della prestazione».

¹³⁷ Giustamente segnalata da A. Bianchi, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in *Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici*, a cura di G.F. Cartei e D. Iaria, cit., 106.

¹³⁸ Per la definizione del problema, si veda G. Alpa, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, 109, cui *adde* almeno: G. De Nova, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contratto e impresa*, 1988, 327; G. Cian, *La figura generale dell'obbligazione nell'evoluzione giuridica contemporanea fra unitarietà e pluralità degli statuti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 497; N. Lipari, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, 1;

¹³⁹ Così M. Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., 237, e più in generale Id., *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Torino, 1996, 103 ss., 330.

¹⁴⁰ Cfr. ancora F. Macario, *Revisione del contratto*, cit., 1081.

¹⁴¹ Cfr. M.E. Comba, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., 1979; P. Patatini, *Rinegoziazione e rimedi manutentivi alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giustizia-amministrativa.it*, 27 ottobre 2023; G. Severini, *Sub art. 9*, in *Codice dei contratti pubblici. Il D.L.vo 31 marzo 2023, n. 36 commentato articolo per articolo*, cit., 63; M. Renna, *I principi*, cit., 17; A. Bianchi, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in *Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., 106; F. Tigano, *Il princi-*

Le coordinate generali sono dettate dall'art. 9, che lega il diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali a precise condizioni e limiti operativi. Presupposto fondamentale è il manifestarsi di sopravvenienze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea contrattuale, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato, e tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto. Mutuando consolidati schemi di allocazione dei rischi contrattuali non espressamente regolati e assunti dalle parti sembra che il codice si collochi sulla scia di sperimentate correnti interpretative che, fuori dall'insistita e rassicurante enfasi retorica poggiante sull'impiego di false coppie concettuali come straordinarietà e imprevedibilità, che in realtà fanno capo allo stesso elemento di giudizio¹⁴², ha elaborato una tecnica di controllo sulla compatibilità tra circostanze e adempimento che poggia sulla doppia valutazione e della prevedibilità degli eventi che hanno condotto allo squilibrio di valore tra le prestazioni (da riferirsi sincreticamente al rapporto tra le prestazioni nei due momenti storici della conclusione del contratto e della sua esecuzione) e – nella parte in cui si evoca, attraverso la nozione giuridica di alea normale, il calcolo economico in termini di costo-benefici che definisce «l'orbita delle oscillazioni di valore della prestazione»¹⁴³ – della prevedibilità della misura dello squilibrio occorso che opera indipendentemente dagli eventi causativi¹⁴⁴. In questo modo la fonte di turbamento dell'equilibrio contrattuale che legittima un intervento manutentivo dello stesso viene individuata in un disequilibrio apprezzabile secondo parametri di tipo qualitativi, quantitativi e temporali¹⁴⁵. Infatti, se di per sé l'eccessiva onerosità, così come l'alterazione rilevante dell'originario equi-

pio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, in Documento Gruppo di lavoro AIPDA, *La riforma dei contratti pubblici (D.Lgs. 36/2023)*, a cura di F. Manganaro, N. Paolantonio, F. Tigano, Messina University Press, 2024, 34; V. Cerulli Irelli, *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, cit., par. 1.

¹⁴² In generale sulla difficoltà di rinvenire criteri che consentano di individuare le note caratterizzanti i concetti di prevedibile e imprevedibile, nonché di precisare la nozione di avvenimento straordinario, si legga E. Gabrielli, *La risoluzione per eccessiva onerosità*, cit., 1579, il quale conclude nel senso che «le simmetrie logiche degli interpreti devono lasciare il passo alla fantasiosa varietà del caso concreto». In effetti, secondo autorevole dottrina la formula «avvenimenti straordinari e imprevedibili» impiegata dall'art. 1467 c.c. viene intesa nella prassi degli interpreti come un'endiadi nel senso che il carattere della straordinarietà non ha carattere autonomo ma viene assorbito nel principio dell'imprevedibilità (V. Roppo, *Il contratto*, Milano, 2001, 1025; F. Macario, *La risoluzione per eccessiva onerosità, Il Contratto in generale*, III, 2, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, Milano, 2009, 1209).

¹⁴³ Così A. Pino, *La eccessiva onerosità della prestazione*, Padova, 1952, 70. Cfr. anche Cass., 7 marzo 2002, n. 3296, in *Giust. civ.*, 2003, I, 196, secondo cui «l'alea normale del contratto è costituita dalle oscillazioni di valore delle prestazioni, originate dalle normali fluttuazioni del mercato, non potendosi mai escludere che costi e benefici realizzati siano diversi dalle originarie previsioni dei contraenti ed essendo la risoluzione ex art. 1467 c.c. giustificata solo da una sopravvenienza che alteri l'andamento normale dell'affare».

¹⁴⁴ Tale reale duplicità di requisiti, desunti dalla combinata lettura dei due primi commi dell'art. 1467 c.c. in luogo dell'endiadi enunciata nel primo comma, è messa in luce da F. Delfini, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999, 218-220.

¹⁴⁵ Così E. Gabrielli, *Sub art. 1467*, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale*, a cura di E. Navarretta e A. Orestano, *Artt. 1425-1469 bis*, Torino, 2011, 620.

librio contrattuale, sono concetti che evocano un criterio quantitativo, qual è la variazione di valore e/o di costo delle prestazioni, il superamento dell'alea normale rinvia invece a un criterio qualitativo e quantitativo insieme, in quanto attiene al «programma contrattuale nel suo complesso», così che l'interprete per accertare lo stesso deve «unitariamente tenere conto sia del tipo e del sottotipo contrattuale¹⁴⁶, sia del contratto in concreto, sia del mutato equilibrio del rapporto tra prestazione e controprestazione intervenuto tra il momento della conclusione del contratto e quello della sua esecuzione»¹⁴⁷. Le insorgenze perturbative che vengono in rilievo entro siffatte coordinate valutative si sostanziano in variazioni esogene¹⁴⁸ che, oltre ad essere eccezionali¹⁴⁹, ovverosia «fuori dall'ordinario corso delle cose»¹⁵⁰, nel senso che della loro eventualità non c'è ragione di credere, sulla base di un criterio di normalità e di regolarità causale¹⁵¹, che i contraenti abbiano potuto tenere conto¹⁵², devono anche essere di carattere generale, cioè non contingente e/o legate al singolo rapporto contrattuale e tali, quindi, da dovere essere sopportate in ogni caso anche se le parti si rivolgessero ad altri operatori¹⁵³.

¹⁴⁶ Così anche R. Nicolò, *Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 1026, avvertendo che: a) bisogna esaminare «se il tipo di contratto posto in essere, per il suo contenuto e per la sua funzione, non implichi di per sé che al momento del suo perfezionamento vi sia o vi debba essere la consapevolezza delle parti di affrontare necessariamente un certo margine di rischio, collegato appunto all'eventuale verificarsi di situazioni di fatto e di vicende, economiche o di altra natura, che normalmente, o per lo meno non eccezionalmente, incidono sullo svolgimento di quel singolo tipo di rapporto e influiscono sul risultato economico che le parti vogliono conseguire»; b) questa zona di rischio, «che in ultima analisi non manca mai quando vi è una apprezzabile soluzione di continuità tra il sorgere del rapporto contrattuale e la sua attuazione finale», è piuttosto rilevante in contratti come l'appalto, nei quali appunto l'autonomia di quella condizione che va sotto il nome di alea normale «appare, anche di fatto, innegabile».

¹⁴⁷ E. Gabrielli, *Sub art. 1467*, cit., 621.

¹⁴⁸ Di sopravvenienze che «devono essere estranee al normale ciclo economico, integrando uno *shock* esogeno eccezionale e imprevedibile», ha parlato in sede di commento il Consiglio di Stato, *Relazione*, cit., 24. Cfr. anche G. Severini, *Sub art. 9*, cit., 63.

¹⁴⁹ P. Gallo, *Soppravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, 209 e ss., sottolinea che «storicamente il criterio principe per la ripartizione del rischio in caso di sopravvenienza contrattuale è stato la prevedibilità dell'evento».

¹⁵⁰ Così chiaramente M. Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, 49, il quale chiarisce che devono assumersi «come indice della prevedibilità delle circostanze i criteri di valutazione dell'uomo medio, che prevede appunto solo quel che rientra nel normale succedersi degli avvenimenti».

¹⁵¹ M. Bessone, *Eventi prevedibili, limite del rischio assunto e risoluzione del contratto per inesigibilità dell'adempimento*, in G. Alpa, M. Bessone, E. Roppo, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, 1982, 389.

¹⁵² Così R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, cit., 1696, mettendo in evidenza che il criterio dell'imprevedibilità «è gemellare rispetto al criterio dell'accollo al debitore dell'alea normale» e che «la prevedibilità non va vista come qualità del fatto, ma non va vista nemmeno come concreta possibilità – del singolo contraente – di prevedere». Visione volontaristica cui allude in un certo senso la giurisprudenza che, «facendo riferimento alla fenomenologia della conoscenza» (E. Gabrielli, *Sub art. 1467*, cit., 642), evoca un giudizio di fatto sulle «capacità di previsione dell'uomo medio» (per esempio Cass, 15 dicembre 1984, n. 6574, in *Giur. it.*, 1986, I, 1706, con nota di E. Gabrielli, e in *Giust. civ.*, 1985, I, 2795, con nota di M. Lipari; cfr. anche Cass., 19 ottobre 2006, n. 22396; Cass., 25 maggio 2007, n. 12235).

¹⁵³ Così P. Gallo, *Soppravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, cit., 404, osservando che un regime di revisione del contratto non deve necessariamente condurre al trasferimento di tutti gli oneri aggiuntivi sulla controparte, con particolare riferimento a quelli dovuti a fenomeni meramente contingenti, legati al singo-

Il campionario di crisi globali (finanziarie, commerciali, sociali e umanitarie, sanitarie, belliche)¹⁵⁴ offerto dalla storia degli ultimi anni ha dato un contributo decisivo per il passaggio dal livello puramente speculativo e definitorio delle vedute categoriche verso una più pragmatica consapevolezza della possibile casistica applicativa e ha fatto capire l'importanza dell'implementazione degli ambiti operativi di meccanismi di reazione «capaci, a livello di sistema, di limitare i rischi di fuoriuscita di soggetti dal mercato e di contribuire a prevenire situazioni di patologie sociali»¹⁵⁵. Ciò è tanto vero che alla vigilia della nuova codificazione si sono registrati anche orientamenti giurisprudenziali inclini ad ammettere la rinegoziazione dell'offerta ancor prima della stipula del contratto di appalto per ovviare all'incremento del costo dei materiali per le lavorazioni nel frattempo intervenuto. Così riconoscendo, *ante litteram*, che costituisce principio generale dell'ordinamento dei contratti pubblici la «generale necessità di affidare un contratto in condizioni di equilibrio» a fronte di una congiuntura che «rende la realtà economico sociale molto più instabile»; e giudicando irragionevole la decisione della stazione appaltante che ha preferito dichiarare la decadenza dall'aggiudicazione dell'impresa che abbia osato chiedere la rinegoziazione, così azzerando gli esiti di una procedura di affidamento «in assenza di specifiche e sostanziali illegittimità che la affliggano»¹⁵⁶.

lo rapporto contrattuale (come il crollo dell'edificio nell'appalto, il naufragio della nave nel contratto di trasporto), che rientrano nell'alea normale del contratto. Nello stesso senso si veda anche U. Carnevali, *Risoluzione del contratto*, in *Istituzioni di diritto privato*, a cura di M. Bessone, Torino, 1994, 711, il quale cita come esempi di imprevedibilità di portata generale la svalutazione monetaria in seguito ad una inflazione, l'oscillazione dei cambi delle divise, le oscillazioni delle quotazioni delle materie prime nelle borse merci, e sottolinea che non possono invece essere presi in considerazione «eventi collegati alla sola impresa del contraente (come un aggravio economico derivante dal fatto che gli aumenti retributivi ottenuti dai dipendenti vengono ad incidere pesantemente sui costi di fabbricazione dei prodotti ordinati dall'altro contraente), perché eventi di questo genere rientrano tra i rischi tipici di qualunque operazione economica». In senso analogo, parlano di evento che altera il «valore di mercato della prestazione con riferimento agli operatori economici di un intero settore (una guerra, una svalutazione monetaria, un notevole aggravio degli oneri gravanti sulle esportazioni della merce e via dicendo)», L. Bigliazzi Geri, U. Breccia, F.D. Busnelli, U. Natoli, *Diritto civile*, 1, *Fatti e atti giuridici*, Torino, 1986, 883.

¹⁵⁴ N. Irti, *Il diritto e la crisi*, in *Riv. soc.*, 2022, V; A. Nigro, *Il diritto della crisi oggi fra tradizione e innovazione*, in *Riv. dir. comm.*, 2023, 185; S. Aceto di Capriglia, *Sopravvenienze contrattuali nel dinamismo della società globale: dalla crisi pandemica a quella energetica. La formazione internazionale e le diverse soluzioni nazionali*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2023, 762.

¹⁵⁵ Così E. Navarretta, *CoViD-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, III/Suppl., 90. Cfr. anche C. Scognamiglio, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali e la pandemia Covid-19*, in *Corr. giur.*, 2020, 581.

¹⁵⁶ Così Tar Piemonte, sez. II, 20 febbraio 2023, n. 180, in materia di affidamento di lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria delle opere elettromeccaniche di impianti depurativi, che, nell'annullare l'atto di decadenza adottato dalla stazione appaltante in quanto espressivo di un'opzione che, «oltre a non tutelare maggiormente l'interesse alla parità di trattamento degli altri operatori e, in generale, il regolare svolgersi del gioco concorrenziale, non garantisce neanche l'efficacia dell'azione amministrativa», ha anche affermato il seguente principio: «costituisce onere dell'amministrazione assicurarsi di giungere alla stipula di un contratto in condizioni di equilibrio, valutando ogni sopravvenienza segnalata dagli operatori economici partecipanti alla gara che, alla luce del quadro normativo vigente e del contesto socio economico, appaia in grado di alterare tali con-

Simili aperture verso il contesto socio-economico concreto in cui gli operatori si trovano ad agire induce naturalmente a spostare l'attenzione sull'evolutivo fronte delle clausole di rinegoziazione¹⁵⁷ – la cui diffusione è non a caso incentivata dal quarto comma dell'art. 9 – per avere un quadro più esaustivo di come l'autonomia negoziale (art. 8 del codice), rivitalizzata attraverso il combinato richiamo alla reciproca collaborazione (art. 1, comma 2-*bis*, legge n. 241/1990) e alla fiducia nell'azione legittima, corretta e in buona fede delle parti contraenti (artt. 2 e 5 del codice) nel corso dell'attuazione del rapporto, possa in concreto e duttilmente selezionare e gestire le disfunzioni sopravvenute fuori dai condizionamenti indotti dalle formule legali.

Il punto non è sfuggito all'Anac, che nel 2022 si è trovata ad affrontare le difficoltà riscontrate dalle imprese della filiera delle telecomunicazioni nell'ottemperare agli obblighi di fornitura di materiale informatico nell'ambito di contratti pubblici, a fronte di «circostanze imprevedibili ed estranee al controllo dei fornitori» rappresentate dal severo *lock-down* in atto in alcuni centri produttivi cinesi strategici per la produzione di componenti informatiche e dal conflitto ucraino che ha fatto venire meno la disponibilità di alcune materie prime necessarie (come il gas neon utilizzato per alimentare i laser che incidono i pattern nei chip per i processori dei computer). In quell'occasione, infatti, all'esito anche di un puntuale richiamo delle principali disposizioni normative applicabili, l'Autorità ha invitato le stazioni appaltanti a gestire la situazione tenendo in considerazione «tutte le circostanze del caso concreto» per valutare la possibilità di sospendere i contratti in corso per il tempo necessario (ai sensi dell'art. 107 del codice previgente) oppure rinegoziare i termini concordati per l'adempimento. Allo stesso tempo, per garantire la corretta gestione di situazioni analoghe in futuro e scon-

dizioni, adottando le misure necessarie a ristabilire l'originario equilibrio contrattuale». Nello stesso senso, in tema di appalti di fornitura (nella specie di sistemi di analisi di laboratorio in favore di una azienda sanitaria), si veda anche Tar Piemonte, sez. I, 20 luglio 2022, n. 681, secondo cui il bilanciamento di interessi sotteso all'allora vigente art. 106 del d.lgs. n. 50/2016 può essere ragionevolmente anticipato alla fase precedente alla stipulazione del contratto, allorquando intervengano sopravvenienze che mutano i termini dell'aggiudicazione (nel caso, criticità rilevate, anche per effetto della recrudescenza pandemica, in fase di attuazione del piano regionale di accorpamento dei sistemi diagnostici); con la conseguenza che la rinegoziazione appare legittima, «atteso che un eventuale cambiamento di contraente per l'affidamento di siffatte prestazioni avrebbe comportato l'impraticabilità della commessa per motivi tecnici dettati dall'impossibilità di procedere all'intercambiabilità delle apparecchiature fornite nell'ambito dell'appalto iniziale, nonché una duplicazione dei costi».

¹⁵⁷ Sulla cui rilevanza in quanto fonte prima e più naturale dell'obbligo di rinegoziazione si veda chiaramente F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 169 e ss., secondo cui si tratta di «una caratteristica ricorrente nei rapporti contrattuali di durata e sostanzialmente una costante nei contratti a lungo termine» che «si intensifica poi in considerazione della complessità del rapporto», la cui *ratio* risiede evidentemente nella «difficoltà di disciplinare il rischio contrattuale *a priori*, nonostante l'impegno che le parti possono devolvere nella fase delle trattative e della conclusione del contratto al fine di predisporre una formula di allocazione dell'alea degli sviluppi futuri il più possibile univoca e quindi sicura per i contraenti» (*ibid.*, 213). Sul fronte pubblicistico, si veda anche la posizione di V. Lopilato, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit., 1916, 1926.

giurare il rischio di contenzioso, avendo anche cura di raccomandare alle stesse amministrazioni di inserire nei nuovi contratti o nei contratti in corso «clausole elaborate *ad hoc* per la disciplina delle situazioni di forza maggiore» recanti la possibilità di sospensione dei termini per la durata dell'evento e di rinegoziazione delle condizioni contrattuali, nonché una dettagliata indicazione degli eventi riconducibili alle ipotesi di forza maggiore, gli obblighi di comunicazione a carico di chi voglia avvalersi della causa esimente, delle obbligazioni contrattuali a cui si applica la clausola¹⁵⁸.

Il precipitato normativo di tale prospettiva operativa può oggi cogliersi nell'art. 60, primo comma, che ha reso obbligatorio¹⁵⁹ l'inserimento delle clausole di revisione prezzi nei documenti di gara iniziali delle procedure di affidamento; e nell'art. 120, comma 8, che lega espressamente l'esercizio del diritto alla rinegoziazione al «rispetto delle clausole contenute nel contratto»¹⁶⁰. Si esprime in questi termini il passaggio della vicenda modulatoria del rapporto dalla astratta modellistica presidiata dalle categorie formali tipizzate dal legislatore e dall'eventuale e sussidiario intervento risolutore del giudice al fertilizzante attrito con le irripetibili e «particolari condizioni di natura oggettiva» (art. 60, comma 2) e «altre circostanze» specifiche che caratterizzano il «contesto economico di riferimento» del singolo contratto (art. 9, comma 4): rispetto alle insidiose fonti eteronome di integrazione del regolamento contrattuale (legge-sentenza) recuperando, dunque, al centro della scena la normatività sommersa ma decisiva, in quanto capace di imprimere l'autentica cifra distintiva della fattispecie, espressa dai «decentrati momenti regolativi» che sono frutto delle autonome determinazioni dei soggetti volta per volta coinvolti in determinati contesti relazionali¹⁶¹. Così, in definitiva, privilegiando pur sempre il contratto quale strumento naturale e primario di salvaguardia del sinallagma funzionale¹⁶².

¹⁵⁸ Cfr. la delibera Anac n. 227 dell'11 maggio 2022, avente ad oggetto «Indicazioni in merito all'incidenza delle misure di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica adottate in Cina e della situazione bellica in Ucraina sul regolare adempimento delle obbligazioni assunte nell'ambito di contratti pubblici».

¹⁵⁹ Dopo quanto in via emergenziale disposto dall'art. 29 del d.l. 27 gennaio 2022, n. 4, convertito in l. 28 marzo 2022, n. 25.

¹⁶⁰ M.E. Comba, *Il principio di conservazione*, cit., 1981, ritiene che si tratti di una disposizione di «non poca rilevanza perché mette in luce e sollecita il ricorso ad una tecnica» largamente praticata nelle prassi contrattuali private e «alla quale finora le stazioni appaltanti non sembrano aver fatto frequente ricorso (almeno a giudicare dalla giurisprudenza), che, se ben utilizzata, potrebbe consentire di superare molti problemi legati alla necessità di revisione dei contratti di lunga durata».

¹⁶¹ Per la migliore illustrazione dell'assunto sia consentito rinviare a G.D. Comperti, *La necessaria ragionevolezza del diritto amministrativo*, in *Dialoghi su ragionevolezza e proporzionalità*, a cura di A. Falchetti, Napoli, 2019, 137, 172.

¹⁶² Il «vasto margine di manovra» riservato ai patti che incidono sulla allocazione del rischio in ordine alla composizione qualitativa e quantitativa dei patrimoni è bene evidenziato da F. Delfini, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, cit., 372 e ss.; cfr. anche V.M. Cesàro, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, 58 ss., e 130 per la notazione che l'elaborazione di clausole con indicazioni

Si spiega probabilmente in questa ottica l'evaporare del requisito della imprevedibilità¹⁶³ della sopravvenienza nel meccanismo di revisione dei prezzi, così affidato a un modello di indicizzazione destinato a entrare in funzione al ricorrere, come detto sopra, di particolari condizioni oggettive che determinino una variazione dei costi superiore al 5% dell'importo complessivo dell'appalto. Allo stesso tempo, nuova luce acquisisce il rinvio a «clausole chiare, precise e inequivocabili», contenute nei documenti di gara iniziali, che condiziona la possibilità di introdurre modifiche qualitative, a prescindere dal loro valore monetario, nei contratti in corso di esecuzione (ex art. 120, comma 1, lett. a). Con il che il profilo della allocazione pattizia del rischio si lega a quello della trasparenza e corretta informazione, onde evitare l'abuso della asimmetria informativa di cui goda una parte rispetto all'altra¹⁶⁴.

Beninteso ciò non significa che il rinvio alla disciplina pattizia può essere utilizzato come comodo lasciapassare per qualunque modifica *in itinere* dei contratti pubblici, stante la necessità che sia comunque rispettata la doppia esigenza anticorruptiva e pro-concorrenziale¹⁶⁵ che è alla base del c.d. «*scope of the competition*

anche particolareggiate ha il positivo effetto di svolgere all'evenienza «una mera attività di ricognizione tra l'ipotesi tipizzata in astratto e quella realizzata»; F. Gambino, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004, 83 e ss.; E. del Prato, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 801; D. Santarpia, *La sopravvenienza*, cit., 368 e ss., la quale indica l'autonomia negoziale come «percorso naturale» per la gestione delle sopravvenienze e sostiene che la «rinegoziazione volontaria sia il più efficace strumento di composizione delle crisi sopravvenute del rapporto tra le parti» (*ibid.*, 378-379). In argomento, si veda anche la già citata sentenza Cass., ss.uu., 23 febbraio 2023, n. 5657, in *Foro it.*, 2023, I, 1070, che, nel ritenere che la clausola di un contratto di leasing con doppia indicizzazione del canone al tasso di cambio tra euro e valuta straniera e alla variazione di un indice finanziario (Libor CHF) non sia immeritevole di tutela ex art. 1322 c.c. né uno strumento finanziario derivato implicito, afferma che la libertà negoziale «è principio cardine del nostro ordinamento e del diritto dei contratti» e che quindi le parti, «nell'esercizio del loro potere di autonomia negoziale, ben possono prefigurarsi la possibilità di sopravvenienze che incidono o possono incidere sull'equilibrio delle prestazioni, ed assumerne [...] il rischio», rendendo per tale aspetto aleatorio il contratto ed escludendo l'operatività dei meccanismi prevalentemente demolitori previsti dagli artt. 1467 e 1664 c.c. Per quanto la decisione non affronti direttamente il tema della rinegoziazione, è utile sottolineare due implicazioni, che vanno anche in direzione diversa rispetto a quanto auspicato dalla *Relazione tematica* n. 56/2000 (come osservato da S.P. Perrino, *Il governo delle sopravvenienze*, cit., 890): i) è attraverso l'esercizio dell'autonomia negoziale che si possono prevedere clausole di gestione delle sopravvenienze, «così da determinare *in executivis* una modulazione conservativa del contenuto a seconda dello *shock* esogeno» (*ibid.*, 892); ii) l'intervento del giudice sul contratto non può che «essere limitato a casi eccezionali», pertanto «chi ha fatto un cattivo affare non può pretendere di sciogliersi dal contratto invocando lo «squilibrio delle prestazioni» tutte le volte che la differenza sia stata in piena libertà ed autonomia compresa ed accettata».

¹⁶³ La *Relazione*, cit., 96, avverte tuttavia che, in esecuzione dei criteri di delega, è stato previsto «che all'origine delle variazioni dei prezzi che renderanno in concreto attivabile il meccanismo della revisione siano *particolari condizioni di natura oggettiva, non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta*».

¹⁶⁴ Cfr. in tal senso già G. Alpa, *Rischio (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1158, ripreso da F. Delfini, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, cit., 390.

¹⁶⁵ Richiamata da M.E. Comba, *Il principio di conservazione*, cit., 1977, 1980.

test»¹⁶⁶ messo a punto nel paradigmatico caso *Succhi di Frutta* del 2004¹⁶⁷ e ora incorporato nella nozione unitaria¹⁶⁸ di modifica sostanziale, e pertanto snaturante e non ammessa, codificata dall'art. 120, comma 6, nei termini di modifica «che altera considerevolmente la struttura del contratto o dell'accordo quadro e l'operazione economica sottesa». I principi generali di non discriminazione, pubblicità e trasparenza che guidano le procedure di evidenza pubblica rappresentano infatti limiti esterni ai poteri negoziali delle parti, nel senso che le modifiche consensualmente apposte devono essere tali da non incidere sui termini essenziali della prestazione oggetto di affidamento, dovendosi presumere che se esse fossero state rese note al momento iniziale della gara avrebbero determinato offerte diverse da parte degli operatori economici o avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione. Con l'ulteriore precisazione, desumibile dal connesso fronte delle concessioni, che essendo contratti complessi di lunga durata¹⁶⁹ sono ugualmente soggette all'eventualità di modifiche durante il periodo di efficacia (art. 189), che il riequilibrio del piano economico-finanziario dell'operazione (previsto ora in termini più stringenti dall'art. 192¹⁷⁰) non deve risolversi in occasio-

¹⁶⁶ Cfr. A. Giannelli, *Le modifiche oggettive del contenuto del contratto*, cit., 305; B. Marchetti, *Il principio di conservazione*, cit., 83; G. Sferrazzo, *La revisione dei prezzi nel sistema dei contratti pubblici*, in *Giornale dir. amm.*, 2023, 796.

¹⁶⁷ Si tratta della nota decisione della Corte di Giustizia UE, *CAS Succhi di Frutta s.p.a.*, 22 aprile 2004, in causa C-496/99. Per un'analisi degli *arrêts* più significativi in tema, si rinvia a M. Cozzio, *La disciplina dello ius variandi*, cit., 762 e seguenti.

¹⁶⁸ Il Consiglio di Stato, nella *Relazione*, cit., 171-172, sottolinea che nella citata disposizione normativa si è inteso recepire la nozione della direttiva inserendo nei diversi commi interessati «una nozione unitaria di modifica “snaturante”, quindi trasponendo il concetto di “non alterazione” della “natura generale del contratto” di cui alla direttiva con la seguente dizione: “nonostante le modifiche, la struttura del contratto o dell'accordo quadro e l'operazione economica sottesa possono ritenersi inalterate”, utilizzata nei commi 1, 3 e 5». Cfr. anche V. Bontempi, *L'esecuzione del contratto*, in *Giornale dir. amm.*, 2023, 343.

¹⁶⁹ Come precisato dal considerando n. 68 della direttiva 2014/23/UE.

¹⁷⁰ A differenza del previgente art. 165, comma 6, del Codice del 2016, che prevedeva più genericamente che il verificarsi di sopravvenienze non riconducibili al concessionario «può comportare» la revisione del contratto, lasciando così intendere che al di là di un mero onere di avviare i percorsi di revisione del contratto l'ordinamento «non garantisce il diritto ad una revisione che riconosca le condizioni pretese dalla parte privata contraente» (come sostenuto da Cons. Stato, sez. VII, 24 luglio 2023, n. 7200, in *Urb. app.*, 2023, 751, con il commento di A.E. Basilico, *Rischio operativo e sopravvenienze nei contratti di concessione: quali spazi per riequilibrare il rapporto?*), l'art. 192, comma 1, prevede ora che il concessionario «può chiedere la revisione del contratto»; con ciò denotando una chiaro favore verso la manutenzione-conservazione del rapporto (così A.E. Basilico, *Rischio operativo e sopravvenienze nei contratti di concessione*, cit., 760), in linea con il principio generale dell'art. 9 che funge ormai da «canone interpretativo primario» alla cui luce si può parlare di «diritto di chiedere la rinegoziazione (non di conseguirla, e quindi ad effetti meramente procedurali...)» anche nel caso delle concessioni (come sottolineato da F. Pellizzer, *Sub art. 192*, in *Codice dei contratti pubblici*, cit., 890 ss., 904; nello stesso senso si esprime anche M.A. Quaglia, *Il partenariato pubblico privato: il rischio operativo e l'equilibrio del rapporto*, in *Riv. trim. app.*, 2023, 832-833). Con l'ulteriore precisazione che lo stesso principio non sembra ancorare la revisione contrattuale «a situazioni di estrema ed irreversibile gravità» (come precisato da G.F. Carrei, *La disciplina del partenariato pubblico-privato e il contratto di concessione*, in *Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., 913).

ne per alterare il rischio operativo d'impresa¹⁷¹ che deve rimanere sempre a totale carico del concessionario. La evolutiva giurisprudenza in tema di clausole estensive, particolarmente diffuse per ragioni di *spending review* nei contratti conclusi mediante forme di concentrazione o unificazione delle gare (centrali di committenza, accordi quadro), come nel settore sanitario¹⁷² che è responsabile di un terzo circa di tutta la spesa pubblica in beni e servizi, si è fatta poi carico di precisare il criterio orientativo secondo cui esse devono soddisfare i requisiti, oltre che di chiarezza e precisione, anche di determinatezza in ordine ai soggetti e all'oggetto della procedura cui accedono, di modo che la parti nel partecipare alla procedura competitiva «sanno ed accettano [...] che potrebbe essere loro richiesto di approntare beni, servizi o lavori ulteriori, rispetto a quelli espressamente richiesti dalla *lex specialis*, purché determinati o determinabili *a priori*, al momento dell'offerta, secondo requisiti né irragionevoli né arbitrari, tanto sul piano soggettivo – per caratteri-

¹⁷¹ Inteso come «esposizione dell'impresa all'alea del mercato, che può tradursi nel rischio della concorrenza da parte di altri operatori, nel rischio di uno squilibrio tra domanda e offerta di servizi, nel rischio d'insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, nel rischio della mancata copertura integrale delle spese di gestione mediante le entrate o ancora nel rischio di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio» (come precisato da Corte di Giustizia UE, 10 marzo 2011, causa n. 274/09, e ripetuto da ampia giurisprudenza domestica). Si legga in particolare Cons. Stato, sez. V, 30 gennaio 2023, n. 1042: «La concessione, sia di lavori pubblici che di servizi, si caratterizza pertanto per un dato: la remunerazione degli investimenti compiuti dall'operatore economico privato e delle prestazioni rese nell'esecuzione della concessione è costituita dal diritto di gestire funzionalmente ed economicamente il servizio (o i servizi) erogati attraverso le opere pubbliche realizzate. Il che significa [...] che i servizi in questione debbono avere una chiara natura imprenditoriale, nel senso che si rivolgono ad un mercato composto da una pluralità di utenti che ne domandano le prestazioni. Il rischio assunto dal concessionario si valuta proprio intorno alla aleatorietà della domanda di prestazioni poiché l'errore di valutazione del livello di domanda attendibile evidentemente condiziona la remuneratività dell'investimento e misura la validità imprenditoriale dell'iniziativa economica. Si tratta, come noto, di una tipologia di rischio imprenditoriale diversa da quella riscontrabile nel contratto di appalto (di lavori, servizi o forniture), proprio perché entra in gioco un elemento imponderabile (cioè la domanda di prestazioni per quel servizio pubblico, non determinabile a priori); elemento che nell'appalto non compare». Sul punto si concentrano anche le *Linee Guida* n. 9 dell'ANAC (adottate il 28 marzo 2018 e aggiornate al 25 gennaio 2023). Cfr. in dottrina l'ampia analisi di G. Cartei, *Rischio e disciplina negoziale dei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 599; e per l'illustrazione dei confini dell'area gravata dal rischio operativo, Id., *La disciplina del partenariato pubblico-privato e il contratto di concessione*, in *Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., 907 e ss., il quale suggerisce di leggere il richiamo all'eccezionalità contenuto nel terzo comma dell'art. 177 non in senso letterale, essendo le «condizioni operative normali» di cui al comma 2 il criterio di riferimento rilevante, ma in quanto riferito «alla frequenza e non già alla gravità dell'accadimento».

¹⁷² La normativa in materia di controllo e razionalizzazione della spesa sanitaria, con riferimento ai beni e servizi, è stata inizialmente prevista dal decreto legge n. 98/2011, che, all'articolo 17, comma 1, lettera a), ha disposto che l'Osservatorio dei contratti pubblici, presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione, fornisce alle regioni un'elaborazione dei prezzi di riferimento in ambito sanitario riferita a prestazioni e servizi sanitari e non sanitari individuati dall'Agenzia per i servizi sanitari regionali (Agenas) tra quelli di maggiore impatto in termini di costo a carico del SSN. Il decreto legge n. 95/2012 (art. 15, comma 13, lett. a) ha disposto la riduzione del 10 per cento dei corrispettivi per l'acquisto di beni e servizi (con esclusione dei farmaci ospedalieri) a partire dal 2013 e dei corrispondenti volumi d'acquisto per tutta la durata residua dei contratti, e l'obbligo per le aziende sanitarie di rinegoziare con i fornitori i contratti per l'acquisto di beni e servizi (con possibilità di recesso dagli stessi) qualora i prezzi unitari in essi previsti risultino superiori al 20 per cento rispetto ai prezzi di riferimento individuati dall'Osservatorio per i contratti pubblici.

stiche e numero delle Amministrazioni eventualmente richiedenti – che su quello oggettivo – per natura, tipologia e quantità dei beni o delle prestazioni aggiuntive eventualmente richieste entro un limite massimo»¹⁷³. Inoltre, dal formante giudiziario europeo è giunta l'ulteriore puntualizzazione che la mera indicazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice di un semplice ordine di grandezza del proprio fabbisogno, piuttosto che di una quantità e/o di un valore massimo stimato dei prodotti da fornire durante l'intero ciclo di durata di un accordo quadro, potrebbe non essere sufficiente a consentire una corretta formulazione dell'offerta da parte degli operatori economici¹⁷⁴.

Come si vede, dunque, il gioco dei rimandi tra principi, clausole generali e dettagli tecnico-economici dell'appalto volta per volta preso in considerazione opera complessivamente in un sistema multilivello, procedendo per gradi dall'esterno (cioè dal fronte eurounitario dell'ordinamento) verso la sfera interna del singolo rapporto negoziale, in modo tale che la conformazione dello stesso all'evoluto contesto di riferimento sia gestita soprattutto in via pattizia. Il tutto in un quadro denotato da una «certa flessibilità» operativa al fine di rispondere «in modo pragmatico» alle situazioni particolari¹⁷⁵, dedotte, fuori di metafore, dal variegato insieme delle circostanze¹⁷⁶ rivelatrici del sostrato economico dell'affare¹⁷⁷, che rendono la pretesa di adempiere priva di causa e di giustificazione, perché fare

¹⁷³ Così Cons. Stato, sez. III, 4 febbraio 2016, n. 442.

¹⁷⁴ Cfr. Corte di Giustizia UE, *Simonsen & Weel A/S*, 17 giugno 2021, in causa C-23/20, che, dopo avere sottolineato, con riferimento alla conclusione di accordi quadro, che «tanto i principi di parità di trattamento e di non discriminazione quanto il principio di trasparenza che ne deriva implicano che tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, così da permettere, da un lato, a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e d'interpretarle allo stesso modo e, dall'altro, all'autorità aggiudicatrice di essere in grado di verificare effettivamente se le offerte dei partecipanti rispondano ai criteri che disciplinano l'appalto in questione» (par. 61), ha precisato che «l'indicazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice della quantità e/o del valore stimato nonché di una quantità e/o di un valore massimo dei prodotti da fornire in forza di un accordo quadro riveste un'importanza considerevole per un offerente, poiché è sulla base di tale stima che questi sarà in grado di valutare la propria capacità di adempiere agli obblighi derivanti da tale accordo quadro» (par. 63).

¹⁷⁵ Simili affermazioni compaiono nella decisione Corte di Giustizia UE, *Advania Sverige AB*, 3 febbraio 2022, in causa C-461-20, relativa al subentro di un nuovo operatore economico a seguito di fallimento dell'aggiudicatario iniziale. Il problema è affrontato anche ai paragrafi 82-83 delle Conclusioni dell'Avvocato Generale Henrik Saugmandsgaard presentate il 9 settembre 2021.

¹⁷⁶ L'ampliamento della rilevanza delle circostanze del caso concreto e la riduzione dell'effetto «incatenante [...] del dato formale espresso dalla fattispecie legalmente tipizzata, con il recupero degli interessi concretamente valutati» sono aspetti attentamente colti da F. Macario, *La civilistica e il contratto*, cit., 369.

¹⁷⁷ Cfr. in questi termini già M. Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., 387, e in tempi più recenti M. Grondona, *Diritto dispositivo contrattuale. Funzioni, usi, problemi*, Torino, 2011, 73 e seguenti. Per significativi riferimenti alla «economia del contratto» nella Relazione del Guardasigilli al progetto preliminare del codice civile e nello spettro operativo del canone ermeneutico descritto dall'art. 1371 c.c., si legga anche D. Santaripa, *La sopravvenienza*, cit., 121.

il contrario significherebbe privare l'intera operazione del suo scopo e, quindi, «rinunciare a disciplinare il traffico contrattuale secondo principi razionali»¹⁷⁸.

Ben più stringente appare, in ultima analisi, il limite di carattere finanziario. Come infatti prevede l'art. 9, al secondo capoverso del primo comma, gli oneri per la rinegoziazione sono riconosciuti all'esecutore «a valere sulle somme a disposizione indicate nel quadro economico dell'intervento alle voci imprevidi e accantonamenti e, se necessario, anche utilizzando le economie da ribasso d'asta». Fa eco l'art. 60, comma 5, secondo cui per fare fronte ai maggiori oneri derivanti dalla revisione prezzi le stazioni appaltanti devono utilizzare, nel limite del 50 per cento, le risorse appositamente accantonate nel quadro economico di ogni intervento, e per il resto le somme derivanti da ribassi d'asta, se non ne è prevista una diversa destinazione, e quelle disponibili relative ad altri interventi ultimati per i quali siano stati eseguiti i relativi collaudi o emessi i certificati di regolare esecuzione nel rispetto delle procedure contabili di spesa. Si compendia in questi complessi termini una clausola normativa di necessaria copertura a bilancio¹⁷⁹ e di «invarianza finanziaria»¹⁸⁰ che si risolve in un limite quantitativo alla possibilità di apportare modifiche ai contratti pubblici in corso di esecuzione¹⁸¹ e che finisce per attribuire una particolare rilevanza esterna al quadro economico dell'operazione, che da atto contabile a rilevanza interna volto a delineare la latitudine del potere programmatico e decisionale della stazione appaltante diviene misura contingente di definizione dello spazio operativo offerto alle parti per la rinegoziazione in chiave manutentiva del rapporto. Si tratta di una soglia legale del margine di adeguamento tollerato che si risolve in un ampliamento del rischio contrattuale dell'impresa, nella misura in cui la stessa viene privata della possibilità di gestire in via negoziale le sopravvenienze per la parte eccedente la disponibilità del quadro economico: sacrificio variabile in ragione dell'andamento della contabilità dell'appalto e da ritenere ragionevole nel bilanciamento con gli interessi di rango costituzionale implicati (artt. 41, 81 e 97 cost.), anche perché lo stesso non preclude l'autonomo esperimento degli ordinari e concorrenti rimedi contrattuali di natura risolutoria e delle correlate azioni anche risarcitorie¹⁸².

¹⁷⁸ Così ancora E. Gabrielli, *Sub art. 1467*, cit., 623.

¹⁷⁹ Così G. Severini, *Sub art. 9*, 66, il quale nota che «questa nuova funzione di garanzia delle economie da ribassi d'asta [...] è di notevole impatto pratico e non facilita la realtà operativa dei contratti pubblici» finendo per contraddire anche la asserita priorità del principio del risultato.

¹⁸⁰ Così si legge nella *Relazione*, cit., 24 e 96. Ivi si segnala che «l'aspetto più delicato è quello del ricorso anche alle economie da ribasso d'asta» che «non si possono considerare definitivamente acquisite fino al collaudo dell'intervento o al certificato di regolare esecuzione; a vederla diversamente, il rischio di sopravvenienza di circostanze straordinarie e imprevedibili comporterebbe rischi ancora peggiori per il bilancio pubblico: la mancata esecuzione del contratto e la perdita dei fondi già spesi».

¹⁸¹ M.E. Comba, *Il principio di conservazione*, cit., 1983.

¹⁸² In questi termini si è pronunciata Corte cost., 27 maggio 2021, n. 109, in *Riv. giur. ed.*, 2021, I, 1121, ritenendo così non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 240-bis, comma 1, del d.lgs.

Quanto precede porta, in definitiva, a ritenere che il diritto alla rinegoziazione sia una situazione giuridica finanziariamente, oltre che operativamente, condizionata in quanto limitata dal principio contabile della necessaria copertura degli oneri delle iniziative pubbliche e teleologicamente volta al ripristino del rapporto di equivalenza fissato in un contratto minacciato da sopravvenienze incompatibili con il conseguimento del risultato programmato dalle parti. Come tale, la situazione di nuovo conio si manifesta entro l'orizzonte di senso espresso dalla sostanza economica dell'operazione sottesa al rapporto negoziale e, dovendo esplicarsi «avvalendosi il più possibile dell'autonomia delle parti»¹⁸³ e per l'attuazione di uno scopo che è «all'interno della ragionevole contemplazione delle parti»¹⁸⁴ sfugge alle correnti letture in termini di funzionalizzazione, che vedono nei menzionati limiti fattori esogeni di carattere vincolante rivelatori della inesauribile presenza del potere amministrativo¹⁸⁵, in quanto è legata a parametri, dati e circostanze che sono sempre ricavabili in via interpretativa dai valori e dagli interessi di cui il contratto in corso di esecuzione è obiettiva espressione¹⁸⁶.

n. 163/2006 in merito al limite del 20% dell'importo contrattuale alle riserve accoglibili tramite accordo bonario, e osservando che «l'adeguamento dell'importo contrattuale in ragione di sopravvenienze è affidato ad un quadro di strumenti complesso che comprende non solo le riserve, ma anche le varianti e le compensazioni» e le azioni risolutorie e quelle ad esse correlate.

¹⁸³ Come osservato, con estrema ma efficace sintesi, da P. Rescigno, *Presentazione*, in M. Montello, *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale*, Napoli, 2003, XVII.

¹⁸⁴ Cfr. S.J. Button, *L'esecuzione del contratto secondo buona fede*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, I, 18, opportunamente ripreso e valorizzato da D. Santarpià, *La sopravvenienza*, cit., 384, pure nella diversa prospettiva che fa della rinegoziazione volontaria «il più efficace strumento di composizione della crisi sopravvenuta del rapporto tra le parti», in quanto alternativa praticamente migliore (per i costi minori e la maggiore rapidità) alla concretizzazione giudiziale del principio di buona fede.

¹⁸⁵ Emblematica in tale senso, sia per l'impiego di note figure concettuali quanto per le catene argomentative che dalle stesse vengono ricavate, compresa l'immancabile sequenza triadica: potere di rinegoziazione della PA – interesse legittimo del privato contraente – giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, è l'analisi di G.F. Nicodemo, *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, in *Urb. app.*, 2023, 561 e ss., che infatti si conclude inneggiando alla inesauribilità del potere amministrativo «nonostante il contratto, con ogni intuibile implicazione, tanto in relazione alla qualificazione degli interessi, tanto in relazione ai rimedi azionabili della situazione soggettiva del privato» (*ibid.*, 571). Cfr. anche S. Spuntarelli, *La conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., 40 ss.; similmente, partendo dalla portata del principio del risultato per la riscoperta dell'unitarietà statutaria delle vicende contrattuali, ritiene che non appaia «più certo che al potere (di regola costretto nella sola fase di affidamento) non possa essere concesso terreno anche nella fase esecutiva», E. Guarnieri, *Il principio di risultato nei contratti pubblici*, cit., 831.

¹⁸⁶ Sulla centralità del momento dell'interpretazione nella risoluzione dei problemi di rilevanza dei presupposti in funzione della ricostruzione dell'obiettiva portata del regolamento contrattuale, si veda C. Scognamiglio, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, 246 e ss., il quale mette anche bene in evidenza che è solo raccordando l'operazione economica agli autori di essa che il concetto assume contorni «davvero precisi ed affidanti», e che il raccordo avviene sul piano «della ricostruzione dell'interesse, quale obiettivamente e consapevolmente strutturato e determinato dalle parti» (*ibid.*, 430). Il rilievo del procedimento interpretativo per mettere in relazione un dato enunciato alla specificità dei contesti è segnalato anche da N. Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 21.

6. *Il procedimento di rinegoziazione e le sue evenienze patologiche*

Il diritto alla rinegoziazione genera un'obbligazione di scopo che, per quanto unitaria dal punto di vista teleologico, appare composita sul piano del contenuto, in quanto si traduce nell'obbligo «a porre in essere tutti quegli atti che, in relazione alle circostanze, possono concretamente consentire alle parti di accordarsi sulle condizioni dell'adeguamento del contratto, alla luce delle modificazioni intervenute»¹⁸⁷. L'interesse della parte svantaggiata a mantenere in vita il rapporto contrattuale mediante l'adeguamento del suo contenuto può essere soddisfatto, in sostanza, attraverso una serie di prestazioni che rappresentano distinti ma correlati segmenti operativi di una vicenda negoziale articolata, successiva e accessoria a quella principale in cui prendono forma e si confrontano altrettante e progressive situazioni giuridiche (rispettivamente attive e passive) autonome e tra loro collegate in vista della realizzazione dello scopo ultimo perseguito¹⁸⁸. Scopo che, è bene subito chiarire¹⁸⁹ anche per la ricadute della questione sul piano delle tutele, non si esaurisce nella mera instaurazione e conduzione in buona fede delle trattative, a cui sembrerebbe alludere la stessa radice etimologica del termine *ri-negoziare* che connota in chiave iterativa l'attività delle parti che precede la conclusione del contratto¹⁹⁰, con esito applicativo tutto sommato modesto perché meramente riproduttivo dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nel corso delle trattative già sancito dall'art. 1337 c.c.¹⁹¹. Ma ingloba – come emerge dalla lettura del combinato disposto dell'art. 9, comma 2, e dell'art. 120, comma 8 – anche la conclusione di un accordo che, in via di progressiva attuazione della «serie teleologica che costituisce il contenuto dell'interesse primario del

¹⁸⁷ Così F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 343 e ss., il quale richiama la categoria delle obbligazioni di scopo individuata da A. di Majo, *Delle obbligazioni in generale. Art. 1173-1176*, in *Commentario del Codice Civile* Scialoja-Branca, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988, 127, il cui oggetto non può essere facilmente ricondotto alle consuete partizioni consistenti nel dare, fare o non fare, perché «si tratta di attribuire rilevanza ad interessi il cui oggetto non è tanto il conseguimento di cose o di utilità ma il raggiungimento di scopi o di obiettivi che possono avere anche una connotazione non patrimoniale».

¹⁸⁸ *Ibid.*, 344.

¹⁸⁹ A fronte dell'oscillazione degli interpreti tra la lettura dell'obbligazione in parola in termini di mezzi (cfr. per esempio G. Severini, *Sub art. 9*, cit., 64; S. Spuntarelli, *La conservazione dell'equilibrio contrattuale: questioni aperte*, in Documento Gruppo di lavoro AIPDA, *La riforma dei contratti pubblici*, cit., 40) o di risultato (così per esempio: V. Lopilato, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit., 1928-1929; B. Marchetti, *Il principio di conservazione*, cit., 89; P. Patatini, *Rinegoziazione e rimedi manutentivi*, cit., 14).

¹⁹⁰ Per opportuni richiami alla problematica, si rinvia a D. Santarpia, *La sopravvenienza*, cit., 302 e seguenti, la quale osserva anche che ridurre l'obbligo di rinegoziazione alla sola partecipazione alle trattative significherebbe confermare che l'unico arbitro del futuro assetto di interessi possa essere la parte avvantaggiata, così allineandosi al meccanismo già oggi offerto dall'art. 1467, comma 3, c.c., come si è già detto reputato rimedio che realizza «una tutela dalla dubbia effettività proprio nell'ottica della conservazione del contratto» (*ibid.*, 305).

¹⁹¹ *Ibid.*, 306.

creditore»¹⁹², costituisce ulteriore e finale strumento tecnico-giuridico che consente di raggiungere il risultato giuridicamente sanzionato del ripristino dell'originario equilibrio del contratto oggetto dell'affidamento.

In simile contesto relazionale, per quanto l'intesa formalizzata *ex ante* in apposite clausole di rinegoziazione possa fungere da quadro orientativo della condotta delle parti attraverso l'indicazione, con maggiore o minore precisione, di presupposti, tempi e modalità di svolgimento del relativo procedimento, eventualmente e simmetricamente integrata dall'individuazione anche delle fattispecie di inadempimento e dei correlati possibili apparati rimediali, regola di governo fondamentale del discrezionale dispiegarsi dei poteri negoziali che alimentano la trattativa rinegoziativa appare la buona fede (richiamata dall'art. 9, primo comma) *in executivis* di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.¹⁹³: clausola generale che, nel momento in cui opera avendo come parametro di riferimento un contratto già perfetto e in corso di esecuzione, assume una valenza esplicativa ancora più pregnante in quanto funge da «regola di comportamento»¹⁹⁴ che concorre «*naturaliter* ad integrare e a definire [...] lo spettro degli obblighi contrattuali su ciascuna parte incumbenti»¹⁹⁵.

Sulla scorta di siffatte premesse deve essere analizzato il procedimento di rinegoziazione, che ora l'art. 120, comma 8, delinea nelle sue linee essenziali¹⁹⁶ con una disposizione che, per quanto a valenza sussidiaria, perché esplicitamente destinata ad operare nel caso in cui non siano previste apposite clausole, assume con ogni evidenza un più generale valore orientativo e interpretativo nella misura in cui individua non solo il *quomodo* e il *quando* delle trattative, ma anche l'*esi-*

¹⁹² Nota affermazione della teoria di L. Mengoni, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 188.

¹⁹³ Cfr. F. Macario, *Revisione del contratto*, cit., 1059; F. Gambino, *Problemi del rinegoziare*, cit., 48; V.M. Cesàro, *Clausola di rinegoziazione*, cit., 165.

¹⁹⁴ E «direttiva di giudizio a maglie larghe» che è compito del giudice puntualizzare, come precisato da M. Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., 340, 398.

¹⁹⁵ Così Cass., 7 marzo 2022, n. 7358, inedita, citata da D. Santaripa, *La sopravvenienza*, cit., 381, nota 213. Cfr. anche A. di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 324 e ss.; M. Franzoni, *Degli effetti del contratto*, II, *Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori. Artt. 1374-1381*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1999, 198 e ss.; C.M. Bianca, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 209; L. Nivarra, «Dentro» e «fuori». *Lo strano caso delle clausole e dei principi generali*, in *Eur. dir. priv.*, 2022, I, 73; da ultimo L. Nivarra, *Esecuzione del contratto*, cit., 537 e ss., il quale, evidenziato lo spazio conquistato dalla buona fede «come regola di governo del rapporto», sottolinea come la stessa «operi, fondamentalmente, in vista del mantenimento di un quadro di circostanze fattuali in linea con il piano delineato dai contraenti» rispondendo alla «esigenza di accompagnare il contratto lungo la via, disseminata di insidie, della sua esecuzione, ovvero dell'inveramento del progetto attributivo che ne ha motivato il venire in essere».

¹⁹⁶ Rispondendo così a chi, in ambito civilistico, aveva segnalato la necessità di «strutturare una quanto più possibile precisa “procedimentalizzazione” dell'iter per la modifica (adeguamento) del contratto» (cfr. le proposte formulate dal gruppo di lavoro composto da F. Macario, E. Tuccari, M. Zaccheo, *Rinegoziazione*, in *Materiali per una revisione del codice civile*, cit., 205).

to delle stesse, nonché gli effetti del mancato raggiungimento dell'accordo, legando così alle possibili ipotesi di fallimento un corrispondente sistema rimediabile.

In linea con consuete scansioni elaborate dalla dogmatica pubblicistica, il procedimento in oggetto può essere suddiviso nelle fasi dell'iniziativa, della trattazione e della decisione. Con l'avvertenza che, per quanto anche la terminologia impiegata dal codice (richiesta, proposta, nuovo accordo) evochi categorie che caratterizzano e richiamano i normali modi di formazione del contratto e siano quindi riferibili alla teoria negoziale, la rilevanza ed importanza dei valori e interessi in gioco proietta nella fattispecie sensibili momenti di doverosità che valgono a delineare una vicenda «del tutto peculiare e dotata, comunque, di caratteri di assoluta originalità»¹⁹⁷. In effetti, l'attività rinegoziativa, «avendo un obiettivo circoscritto e successivo ad un accordo già conseguito e vincolante, della cui esistenza le parti contraenti avvertono il peso ed anche il beneficio [...] ha confini più definiti e vincolanti rispetto alle trattative precontrattuali», muovendosi nel solco del comune intento delle parti alla conservazione del rapporto¹⁹⁸.

L'iniziativa, anzitutto, si manifesta in una forma composita, nel senso che il procedimento si attiva con la richiesta di rinegoziazione avanzata dalla parte svantaggiata senza ritardo, in relazione alle circostanze del caso e alla natura dell'affare, a cui deve fare seguito, entro un termine non superiore a tre mesi, la proposta di un accordo modificativo formulata dal R.U.P. Si compendia in questi termini una prima fondamentale tappa del processo collaborativo delle parti che vede, per un verso, l'impresa appaltatrice promuovere le trattative formulando tempestivamente una richiesta/invito che, al fine di consentire alla parte avvantaggiata di verificare l'esistenza dei presupposti e le altre circostanze rilevanti, deve essere motivata, concreta e sufficientemente chiara e intellegibile per l'altro contraente¹⁹⁹; per altro verso, la stazione appaltante intervenire con altrettanta tempestività tramite il funzionario che, come si è visto, è responsabile della soluzione finale di ogni problema che possa intralciare la realizzazione del risultato programmato, il quale è appunto obbligato a valutare seriamente il contenuto della richiesta/invito e a formalizzare una propria decisione in merito. Con diversi possibili contenuti ed esiti. In via preliminare, infatti, il R.U.P. è tenuto a valutare se ricorrono i presupposti formali e sostanziali per promuovere la successiva fase di trattazione/definizione di un accordo modificativo, opponendo in caso di accertata carenza degli stessi e/o di mancata incidenza degli eventi sopravvenuti sull'equilibrio originario del contratto un rifiuto espresso e motivato alla rinegoziazione che, in caso di disaccordo tra le parti, perfeziona l'esistenza di una controversia che sposta la vicenda sul piano rimediabile.

¹⁹⁷ Così V.M. Cesàro, *Clausola di rinegoziazione*, cit., 164.

¹⁹⁸ *Ibid.*, 182.

¹⁹⁹ Così F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 347.

In via cautelare, lo stesso R.U.P. potrebbe altresì disporre la sospensione dell'esecuzione del contratto, eventualmente avvalendosi del parere del comitato consultivo tecnico, secondo quanto previsto dall'art. 121 del codice. Infine, una volta accertato in punto di rito il ricorrere dei presupposti, poiché l'obbligo di rinegoziare non si esaurisce nella mera adesione all'invito formulato dalla controparte, implicando anche l'obbligo di «instaurare e condurre correttamente la trattativa»²⁰⁰, il R.U.P. deve formalizzare la proposta di un nuovo accordo che sia adeguata, congrua e pertinente alle circostanze del caso e funzionale ad avviare e orientare in modo costruttivo la successiva fase di rinegoziazione²⁰¹.

Una volta transitata nella ridetta fase di trattazione la vicenda registra un affievolirsi delle indicazioni normative, che si limitano ad evocare la prospettiva del raggiungimento di un accordo «entro un termine ragionevole», e, per converso, l'espansione del valore precettivo del canone generale della buona fede che obbliga le parti ad assumere, nello specifico, ogni iniziativa istruttoria e a sperimentare ogni ipotesi negoziale utile alla definizione di un accordo riequilibrativo dell'originario assetto di interessi²⁰².

In questa sede, più che inseguire le infinite variabili contenutistiche di un accordo che, assumendo valore sostitutivo, parziale, costitutivo e modificativo *ex nunc* delle originarie pattuizioni²⁰³, definisca in termini soddisfattivi il procedimento di rinegoziazione, merita considerare i possibili esiti negativi dello stesso per identificare i rimedi conseguentemente attivabili.

Acclarato che di per sé l'esito infruttuoso non implica sempre inadempimento e che non possono in linea generale trasferirsi a carico del contraente avan-

²⁰⁰ Come opportunamente chiarito da F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 345.

²⁰¹ V.M. Cesàro, *Clausola di rinegoziazione*, cit., 163, 169; F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 349.

²⁰² Significative indicazioni in tale senso si traggono dal già citato caso oggetto della sentenza del Tar Piemonte, sez. II, 20 febbraio 2023, n. 180, che ha ritenuto illegittimo il rifiuto di dare seguito alla richiesta di rinegoziazione avanzata dall'impresa aggiudicataria (dei lavori di manutenzione delle opere elettromeccaniche di impianti depurativi) in termini di adeguamento compensativo del corrispettivo dell'appalto per tenere conto dell'incremento del costo dei materiali, nonché di rimodulazione dei tempi e del cronoprogramma delle prestazioni contrattuali, in quanto basato su una verifica di congruità delle condizioni economiche eseguita dal RUP «inadeguata a sostenere la non credibilità o la pretestuosità» della richiesta, perché riferita a prezziari impiegati per la progettazione della gara e, dunque, non più attuali al momento dell'avvio delle prestazioni contrattuali. Il che significa, come puntualizzato dal Tar, «che la stazione appaltante avrebbe dovuto prima istruire la richiesta di rinegoziazione delle condizioni contrattuali, e di conseguenza, assumere le decisioni del caso accettando o meno le condizioni proposte dalla aggiudicataria». Con l'ulteriore precisazione che «l'eventuale carenza documentale della richiesta non poteva portare *ex sé* ad un diniego, ma avrebbe postulato quantomeno l'esigenza di un supplemento istruttorio».

²⁰³ F. Macario, *Revisione*, cit., 1063; V.M. Cesàro, *Clausola di rinegoziazione*, cit., 204. Cfr. anche A. Gentili, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2003, 702, il quale precisa che «la rinegoziazione non è mai intesa a confermare, ma sempre e solo a modificare gli originari termini dell'accordo. Sicché le condizioni rinegoziate cessano di avere efficacia per effetto della rinegoziazione, che contiene concettualmente un elemento risolutorio, oltreché un elemento dispositivo espressivo di una diversa scelta negoziale».

taggiato le conseguenze dell'inadempimento della controparte svantaggiata dalla medesima circostanza, e procedendo necessariamente per grandi linee, si può osservare che gli obblighi fondamentali di tempestività, lealtà e serietà delle dichiarazioni e di completezza e genuinità delle informazioni²⁰⁴ delineano un percorso che vede ciascuna parte tenuta a partecipare in maniera costruttiva e collaborativa alle trattative finalizzate a ricostruire l'equilibrio dei valori economico-giuridici del contratto secondo il rapporto di proporzionalità tra costi e benefici fissato in sede di elaborazione del regolamento contrattuale²⁰⁵. In base a ciò, e fermo il limite vincolante costituito dalla possibilità delle prestazioni su cui dovrebbe incidere la rinegoziazione²⁰⁶, mentre appare lecito che la parte adempiente opponga un motivato rifiuto a trattare ex art. 1460 c.c. in considerazione della comprovata inaffidabilità della controparte inadempiente²⁰⁷, costituiscono senz'altro ipotesi paradigmatiche di inadempimento tanto il rifiuto «puro e semplice» a trattare, quanto la scorrettezza²⁰⁸ che è indice di una «trattativa maliziosa»²⁰⁹, e che può risolversi nella mancata comunicazione di informazioni necessarie o nello scambio di informazioni erranee o incomplete e, più in generale, in un contegno sleale, dilatorio e non di buona fede della parte avvantaggiata che abbia concorso alla rottura del rapporto e all'inadempimento dell'altra parte²¹⁰.

²⁰⁴ F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 400.

²⁰⁵ V.M. Cesàro, *Clausola di rinegoziazione*, cit., 173, 191.

²⁰⁶ Ricadendosi altrimenti nell'ipotesi dell'impossibilità sopravvenuta totale che determina, ai sensi dell'art. 1463 c.c., la risoluzione di diritto del contratto, come ricorda F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 397-398, ritenendo così che l'impossibilità parziale non possa esimere dall'adempimento dell'obbligo di rinegoziare. Per tale ipotesi peraltro sovviene il comma 3 dell'art. 9 che, sulla scorta dell'esperienza maturata in tempo di pandemia per le vicende commerciali, affronta la specifica ipotesi in cui le sopravvenienze incidano non sul generale equilibrio del contratto ma sull'utilità o utilizzabilità della prestazione per la parte creditrice prevedendo una riduzione proporzionale del corrispettivo secondo le regole dell'impossibilità sopravvenuta parziale di cui all'art. 1464 c.c. (cfr. la *Relazione*, cit., 24, che chiosa: «anche in tale ipotesi viene privilegiato il rimedio manutentivo su quello demolitorio»).

²⁰⁷ Così F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 395-397, ritenendo essenziale «l'attento bilanciamento degli interessi, quale regola generale di valutazione dell'eccezione in relazione al rapporto in divenire», e quindi (*ibid.*, nota 126) «che chi ricorre all'eccezione debba rendere subito esplicite le ragioni della sua scelta in chiave di autotutela [...] per dare modo così alla controparte di decidere tempestivamente se cercare di sanare l'inadempimento ovvero proseguire sulla via che condurrà verosimilmente alla risoluzione del contratto».

²⁰⁸ F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 395, 399.

²⁰⁹ E. Tuccari, *Contratti di durata*, cit., 99.

²¹⁰ Significativa è in tal senso Cass., 3 agosto 1995, n. 8501, in *Giust. civ.*, 1996, I, 119, secondo cui «allorquando le parti di un contratto già concluso abbiano avviato trattative, poi non giunte a buon fine, per modificarne il contenuto e la portata [...] il giudice chiamato a decidere sulle contrapposte domande di adempimento, risoluzione, risarcimento, per essere il contratto rimasto inadempito dopo il fallimento di dette trattative, non può esimersi dal valutare unitariamente e comparativamente il comportamento degli obbligati in questa fase, allo scopo di accertare se l'eventuale contegno sleale, dilatorio e non di buona fede di qualcuno di essi – a parte la configurabilità a suo carico della responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c. – abbia potuto dar luogo a responsabilità contrattuale, incidendo negativamente nella fase esecutiva del contratto alla cui modificazione le trattative tendevano, giustificando l'inadempimento dell'altra parte» (la sentenza è richiamata in senso adesivo da F. Macario, *Revisione*, cit., 1060, nota 174, e da D. Santarpià, *La sopravvenienza*, cit., 388, nota 241).

7. *Il versante rimediale della rinegoziazione: giurisdizione, terzi e azioni esperibili*

Il mancato raggiungimento del nuovo accordo per una delle indicate fattispecie patologiche legittima la parte svantaggiata ad agire in giudizio per «ottenere l'adeguamento del contratto all'equilibrio originario, salva la responsabilità per la violazione dell'obbligo di rinegoziazione» (art. 120, comma 8). Si compendia in questi termini il trapasso della vicenda in esame dal procedimento al processo, attraverso una previsione di chiusura del sistema che è estremamente significativa nella misura in cui getta piena luce sulla sua complessiva portata. Non solo perché rivela, finalmente, il senso ultimo della sanzione legale di un principio e del correlato obbligo che, se non è strettamente indispensabile per spingere le parti a tornare al tavolo delle trattative, appare in effetti necessaria «per superare la lite da trattativa fallita» attraverso «il potere eteronomo del giudice»²¹¹. Ma anche per altri aspetti che saranno a breve evidenziati, anche considerando il coro di dubbi, perplessità, quando non vere e proprie critiche²¹², che si è elevato al cospetto dell'apparizione sulla scena finale di un giudice che, oltre tutto, non potrebbe essere altro che quello civile.

L'analisi deve, a questo punto, ripartirsi su distinti piani. Per quanto riguarda il problema del riparto, che come si è detto si agita sempre sullo sfondo delle riflessioni dei giuspubblicisti, non sembra che la soluzione adottata susciti soverchie criticità tenuto conto dell'approdo della fattispecie in esame in una dimensione autenticamente negoziale e paritetica²¹³ e, quindi, dell'ormai chiara connotazione delle situazione giuridiche soggettive che ivi si manifestano in termini di diritti soggettivi, il cui giudice naturale non può che essere, alla luce di ben noti principi costituzionali, il giudice civile.

Né vale ad incrinare tale assunto la paventata possibile concorrenza della giurisdizione amministrativa evocata in «talune vicende esecutive di incerta

²¹¹ Cfr. S.P. Perrino, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali*, cit., 892-893, la quale osserva che «per rinegoziare le parti non abbisognano di un obbligo, per superare la lite da trattativa fallita, invece, sì»; chiarendo che, «per supportare la sequenza rinegoziazione-adeguamento giudiziale, né l'equità né la buona fede integrativa, pure alla luce di una interpretazione costituzionalmente orientata, giustificano il potere eteronomo del giudice, volto a modulare contenuto in conformità agli interessi delle parti».

²¹² Per un campionario delle voci perplesse e critiche si vedano: G. Sicchiero, *Rinegoziazione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Agg.*, II, Torino, 2003, 1212; F. Gambino, *Il rinegoziare delle parti e i poteri del giudice*, cit., 627 ss.; F. Mezzanotte, *Il diritto alla rinegoziazione*, cit., 218; E. Tuccari, *Contratti di durata*, cit., 101 e ss.; A. Gentili, *Le replica della stipula*, cit., 709, 713; S.P. Perrino, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali*, cit., 877, 881; D. Santarpia, *La sopravvenienza*, cit., 313, 394; B. Marchetti, *Il principio di conservazione*, cit., 89-90; G. Severini, *Sub art. 9*, cit., 64.

²¹³ Come sostenuto, tra gli altri, da B. Marchetti, *Il principio di conservazione*, cit., 85; P. Patatini, *Rinegoziazione e rimedi manutentivi*, cit., 14; e G. Severini, *Sub art. 9*, cit., 64.

collocazione»²¹⁴, in particolar modo per la tutela del terzo che si lamenta del superamento dei margini legali della rinegoziazione e, per tale via, dell'aggiramento delle garanzie dell'evidenza pubblica. La decisione delle Sezioni Unite n. 28211 del 2019 che viene sovente citata in proposito attiene, infatti, al caso particolare dell'affidamento diretto di un appalto per la fornitura di determinate tecnologie per l'archiviazione e la gestione delle immagini diagnostiche digitali (c.d. sistema PACS), operato con determinazione amministrativa²¹⁵ della stazione appaltante che ha deciso in via unilaterale di operare l'estensione delle originarie condizioni economiche di aggiudicazione in favore di ulteriori presidi ospedalieri. La fattispecie, riconducibile dunque alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti per l'affidamento dei contratti pubblici, non riguarda propriamente un'ipotesi di rinegoziazione di rapporti in corso di esecuzione in cui, come detto e come chiarito dalla stessa giurisprudenza del riparto, i contraenti si trovano ormai «in una situazione paritetica e le rispettive situazioni soggettive si connotano del carattere [...] di diritti soggettivi ed obblighi giuridici a seconda delle posizioni assunte in concreto»²¹⁶. Per tale motivo essa non può fungere da grimaldello ermeneutico

²¹⁴ Così B. Marchetti, *Il principio di conservazione*, cit., 95.

²¹⁵ Come notato da G. Severini, *Sub art. 9*, cit., 65.

²¹⁶ Come chiarisce la stessa ord. Cass., ss.uu., 31 ottobre 2019, n. 28211. In senso analogo, e sulla scorta di richiamati indirizzi consolidati, si veda anche Cass., ss.uu., 29 gennaio 2021, n. 2144, che, in tema di concessioni di servizi (nel caso di accertamento, liquidazione, riscossione volontaria e coatta, dell'imposta comunale sulla pubblicità, diritti sulle pubbliche affissioni e canone di occupazione di suolo pubblico), ha ricordato che «le controversie relative alla fase esecutiva del rapporto, successiva all'aggiudicazione [...] sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, al quale spetta di giudicare sugli adempimenti (e sui relativi effetti) con indagine diretta alla determinazione dei diritti e degli obblighi dell'amministrazione e del concessionario, nonché di valutare, in via incidentale, la legittimità degli atti amministrativi incidenti sulla determinazione del corrispettivo»; precisando anche che nella controversia promossa dal concessionario che si lamenta delle determinazioni del comune concedente che hanno definito forme di definizione agevolata delle imposte oggetto di riscossione, così incidendo in modo riduttivo sul corrispettivo sotto forma di aggio originariamente pattuito e parametrato in misura proporzionale a quella dei tributi riscossi, «non viene in alcun modo in discussione la legittimità degli atti amministrativi comunali incidenti sul contratto accessivo alla concessione del pubblico servizio di riscossione e l'esercizio del potere ad essi connesso, piuttosto contestandosi le ripercussioni negative di ordine patrimoniale dagli stessi prodotti sull'equilibrio dell'intesa ed il rispetto del canone della buona fede negoziale nell'esecuzione del rapporto. Ciò che pone il *petitum* sostanziale all'interno della fase attuativa del rapporto di concessione – riservato alla cognizione del giudice ordinario – implicando unicamente il coinvolgimento di posizioni riconducibili a diritti soggettivi» (punto n. 3.17 della motivazione). In senso diverso opina talvolta la giurisprudenza amministrativa. Cfr. per esempio Cons. stato, sez. V, 21 aprile 2023, n. 4086, che, in un caso di contestata risoluzione di un rapporto di concessione riguardante la gestione di una piscina comunale per inadempimento del concessionario che aveva chiuso l'impianto in conseguenza dell'emergenza epidemiologica nazionale (questione non a caso ritenuta di giurisdizione del giudice ordinario dal Tar Toscana, sez. I, 19 luglio 2022, n. 942, che, attraverso pertinenti richiami della più recente giurisprudenza delle Sezioni Unite, aveva ribadito «la necessità di leggere la riserva all'A.G.O. delle controversie “concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi” presente nel testo della previsione di cui all'art. 133, 1° comma lett. c) del c.p.a. [...] nei termini più ampi e comprensivi riferiti all'interessa delle controversie relative alla fase esecutiva della convenzione, comprese quelle relative alla risoluzione del rapporto, venendo in discussione il profilo paritario e meramente patrimoniale del rapporto concessorio e non già l'esercizio di poteri autoritativi della pubblica amministrazione»), adottan-

per leggere qualunque iniziativa intrapresa dall'amministrazione nel corso delle nuove trattative quale determinazione autoritativa da valutare alla luce delle regole di validità che presiedono alle preliminari scelte di aggiudicazione, perché nello stadio esecutivo-attuativo del rapporto, in cui come ripetutamente detto si confrontano situazioni specifiche e differenziate nella prospettiva dell'attingimento del risultato concordato, le stesse lasciano ormai il posto a regole di condotta e di responsabilità che evocano diversi modelli di inquadramento e di qualificazione delle posizioni coinvolte e dei corrispondenti apparati rimediali. Né cambia l'assetto sostanziale delle condotte e delle situazioni giuridiche soggettive in gioco a seconda della prospettiva da cui si guardi la medesima vicenda, non potendosi seriamente accedere all'idea²¹⁷ secondo cui dal punto di vista del terzo qualunque pretesa volta a contestare i modi di gestione del rapporto contrattuale in corso di esecuzione possa tornare a vestire i panni dell'interesse (strumentale) a fare valere in chiave generale e retrospettiva, cioè ora per allora, il rispetto delle presupposte regole di validità degli atti che integrano la sequenza dell'evidenza pubblica che ormai hanno esaurito la loro funzione.

Piuttosto, memori anche del più autentico insegnamento desumibile dalla complessa vicenda della Scia, e compendiabile nell'indicazione metodologica²¹⁸

do strumentalmente la risalente dialettica «posizione di supremazia» dell'amministrazione concedente – «soggezione del privato» concessionario al quale sarebbe riconosciuto soltanto l'interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri autoritativi spettanti alla prima, ha ritenuto che «l'adempimento della concessione è irriducibile agli aspetti di carattere meramente patrimoniale che fondano la giurisdizione ordinaria della materia. La corretta esecuzione del rapporto concessorio non è infatti indifferente rispetto alle ragioni di interesse pubblico che hanno a suo tempo indotto l'amministrazione ad affidare in uso speciale il bene pubblico, ma ne costituisce al contrario l'essenza sul piano causale. I rimedi spettanti all'autorità concedente per reagire all'inadempimento del privato concessionario non possono conseguentemente essere assimilabili a quelli spettanti alla parte di un contratto di diritto comune» (punto 8.4 della motivazione). Diffondendosi, di conseguenza, in un artificioso esercizio di ricerca negli atti impugnati di «valutazioni implicanti tipici poteri amministrativi discrezionali a tutela dell'interesse pubblico» (punto 8.9 della motivazione).

²¹⁷ Enunciata per esempio da A. Benedetti, *L'esecuzione del contratto*, in *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, cit., 246, nel senso che la lettura funzionale dell'esecuzione dei contratti consentirebbe di cogliere «la confluenza di quell'insieme di interessi «terzi» rispetto alle parti (concorrenti, operatori di settore, collettività), che in vario modo si compongono (a seconda dell'oggetto e dell'entità del contratto), rendendo le relative vicende irriducibili ad una mera dinamica intersoggettiva, qual è tipica dei contratti privati». Sulla rilevanza dei terzi in ordine all'accertamento dell'esatta o inesatta esecuzione del contratto, in base all'assunto secondo cui l'inadempimento può rilevare anche per i terzi «in tutti i casi in cui il comportamento scorretto si qualifichi come violazione della disciplina sulla concorrenza», si vedano R. Cavallo Perin, G.M. Racca, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 332.

²¹⁸ Con la solita chiarezza concettuale espressa da A. Travi, *La tutela del terzo nei confronti della d.i.a. (o della s.c.i.a.): il codice del processo amministrativo e la quadratura del cerchio*, in *Foro it.*, 2011, III, 518, il quale precisa: «Gli istituti di tutela giurisdizionale sono strettamente legati alla configurazione degli istituti nel diritto sostanziale [...]. Infatti la pretesa della parte che trova tutela nel processo è la pretesa configurata dal diritto sostanziale; il processo non può «inventare» figure o pretese giuridiche che non esistono nel diritto sostanziale». Cfr. anche Id., *La dia e la tutela del terzo: fra pronunce del g.a. e riforme legislative del 2005*, in *Urb. app.*, 2005, 1325. Diversa l'impostazione, tra gli altri, di M. Ramajoli, *La s.c.i.a. e la tutela del terzo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 348 e ss., la quale, partendo dalla notazione secondo cui la mancanza del provvedimento amministrati-

secondo cui la consistenza delle situazioni soggettive e l'enucleazione dei relativi tipi di tutela discendono dalla disciplina sostanziale delle fattispecie di riferimento e non dalla prospettiva processuale da cui le medesime siano osservate²¹⁹, è da chiedersi in primo luogo se alla luce del veduto nuovo quadro normativo dei contratti pubblici (principio del risultato che esprime un chiaro *favor* verso la stabilità del rapporto in corso di esecuzione²²⁰ e correlato principio di conservazione – per via di rinegoziazione – del suo equilibrio giuridico-economico²²¹), il terzo

vo non si traduce in un'assoluta mancanza di limiti normativi allo svolgimento delle attività private e quindi del potere amministrativo, giunge alla radicale affermazione che «in generale qualsiasi normativa pubblicistica che impone limiti all'attività dei privati in contesti in cui manca un provvedimento amministrativo autorizzatorio tutela direttamente la situazione giuridica soggettiva dei terzi». La problematica è stata di recente affrontata anche da Corte cost., 13 marzo 2019, n. 45, in *Foro it.*, 2019, I, 3466, che in punto di tutela offerta dal terzo, nel ribadire che non può essere tradita la scelta legislativa della liberalizzazione dell'attività oggetto di segnalazione, «cosicché la fase amministrativa che ad essa accede costituisce una [...] parentesi puntualmente delimitata nei modi e nei tempi», osserva come «decorsi questi termini, la situazione soggettiva del segnalante si consolida definitivamente nei confronti dell'amministrazione, ormai priva di poteri, e quindi anche del terzo. Questi, infatti, è titolare di un interesse legittimo pretensivo all'esercizio del controllo amministrativo, e quindi, venuta meno la possibilità di dialogo con il corrispondente potere, anche l'interesse si estingue. Questa conclusione, che, oltre che piana, è necessitata, non può essere messa in discussione dal timore del rimettente che ne derivi un *vulnus* alla situazione giuridica soggettiva del terzo». Sulle aporie palesate da tali affermazioni si vedano G. Mannucci, *I limiti alla tutela dei terzi in materia di Segnalazione certificata di inizio attività (Osservazione a Corte cost. 13 marzo 2019 n. 45)*, in *Giur. cost.*, 2019, 727; M. Magi, *SCIA e procedimentalizzazione della tutela dei terzi*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, 614; e, in generale, sulla tendenza giurisprudenziale a «snaturare il diritto sostanziale per adeguarlo a ciò che appare desiderabile sul piano processuale» N. Posteraro, *Alcune considerazioni critiche su due questioni inerenti la tutela del terzo leso da una SCIA a partire da una recente pronuncia del Consiglio di Stato*, *ivi*, 2022, 966, 971, 973.

²¹⁹ È sufficiente qui citare F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, 9 ed., Milano, 2017, 3-7, ove molto chiaramente si afferma che «occorre tener sempre presente che il punto di partenza, l'oggetto, e il punto di arrivo del meccanismo processuale sono pur sempre un pezzo di realtà sostanziale». Cfr. anche A. Proto Pisani, da *I rapporti fra diritto sostanziale e processo* (1978), poi in *Le tutele giurisdizionali dei diritti*. *Studi*, Napoli, 2003, 6 e ss., fino a Id., *In tema di situazioni soggettive fra diritto sostanziale, processi e giurisdizione*, in *Processo e valori. Giustizia amministrativa e altri studi*, Napoli, 2022, 231. In diversa prospettiva si pone da ultimo G. Verde, *Riflessioni di un anticoncettualista sulle parti del processo dinanzi al giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, 216 e 218 in nota, e Id., *Il riparto delle giurisdizioni fondato sulla contrapposizione diritti soggettivi – interessi legittimi (storia di concetti a cui si è data la sostanza di "cose")*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 358 e ss., il quale, nel tentativo di superare l'illusione ottica offerta dalla prospettiva dei diritti e interessi colti come entità esistenti in natura, chiarisce purtuttavia che si tratta di convenzioni linguistiche «di cui ci serviamo per evocare riassuntivamente una disciplina giuridica, ossia una tutela apprestata dall'ordinamento [...] di cui il soggetto è destinatario [...] per essere in una determinata relazione con un bene o con un altro soggetto» (*ibid.*, 360). Il problema, per il diritto amministrativo, deriva dalla nota circostanza che la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi è la risultante dell'evoluzione dei criteri che sono stati nel tempo sperimentati dal diritto vivente per risolvere il problema del dualismo dei giudici: «circostanza piuttosto curiosa se si considera che la distinzione tra situazioni soggettive dovrebbe essere la premessa e non la conseguenza del riparto di giurisdizione» (come osservato da L. Ferrara, *Lezioni di giustizia amministrativa. Il giudice speciale – La giurisdizione – Il processo amministrativo: i principi e le condizioni dell'azione*, 3^a ed., Torino, 2023, 100; ancor prima, si veda peraltro A. Romano Tassone, *Situazioni giuridiche soggettive (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir., Agg.*, II, Milano, 1998, 978).

²²⁰ Così F.G. Ferrari, G. Morbidelli, *Sub art. 1*, cit., 42.

²²¹ Cfr. G. Severini, *Sub art. 9*, cit., 65, per la notazione che detto principio fa sistema con quello del risultato e esprime «la virtù di salvaguardare valori aggiunti insiti nel fatto stesso dell'essere il contratto in fase esecutiva: valori certo significativi per le finalità generali dei contratti pubblici, che mai va dimenticato consistono nella realizzazione effettiva di opere o nell'approvvigionamento di forniture e di servizi».

in sede di esecuzione del contratto possa ancora considerarsi legittimato ad agire per fare valere il proprio interesse al rispetto delle scansioni tipiche dell'evidenza pubblica in un contesto specifico in cui non viene più in gioco – neppure surrettiziamente – una qualche ipotesi di «riapertura, economicamente attualizzata, della competizione»²²² ma soltanto un «ritorno delle parti su un precedente contratto»: vicenda in cui l'amministrazione interviene ormai nella veste di corretto contraente²²³ e che prelude a un intervento «necessariamente parziale» sul contenuto delle prestazioni contrattuali²²⁴. Se è vero, infatti, che il generale interesse ad agire in un mercato concorrenziale non è sufficiente a fondare una specifica e differenziata pretesa tutelabile in giudizio²²⁵ e che, in modo più specifico, solo chi partecipa avendone i requisiti a una procedura di evidenza pubblica vanta una situazione giuridicamente rilevante che lo legittima ad agire in giudizio per il rispetto delle relative regole²²⁶, non può apparire singolare che quanto più ci si allon-

²²² Come sembra ritenere G. Severini, *Sub art. 9*, cit., 65, accennando al problema della tutela dell'interesse delle imprese che a suo tempo avevano partecipato alla gara rimanendovi soccombenti.

²²³ Secondo la nota scansione immaginata da M. Nigro, *L'Amministrazione fra diritto pubblico e diritto privato: a proposito di condizioni legali*, in *Foro it.*, 1961, I, 462, ripresa per altri svolgimenti, utili a inquadrare le coordinate dell'analisi sviluppata nel testo, da G.D. Comporti, *Regole di comportamento per un ripensamento della responsabilità dell'amministrazione*, in *Giur. it.*, 2018, 1987.

²²⁴ Come specificato da A. Gentili, *La replica della stipula*, cit., 710, 703, che cita poi come esempi di una vera e propria rinegoziazione i casi in cui sia semplicemente rideterminato in diminuzione o in aumento il corrispettivo, ovvero soppressa o modificata una clausola che attribuisce ad una delle parti una facoltà, una garanzia, una limitazione di responsabilità o simili, accennando anche ai «più ambigui» casi in cui un corrispettivo sia sostituito da altro tipo di corrispettivo.

²²⁵ Secondo coordinate di teoria generale del processo ben compendiate da M. Clarich, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, 2021, 159, su cui si vedano anche F. Saitta, *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione?*, in *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso. Gli istituti processuali in evoluzione*, a cura di C. Cudia, Torino, 2020, 45; S. Torricelli, *I confini incerti e mutevoli dell'interesse a ricorrere*, *ibid.*, 79; I. Pagni, *L'evoluzione del processo amministrativo. Considerazioni di un processualcivile*, *ibid.*, 116; *I terzi nei processi nazionali e sovranazionali: poteri e tutele*, a cura di C. Amalfiano, Z. Crespi Reghizzi, S. Vincere, Torino, 2023.

²²⁶ Come giustamente osservato da G. Mannucci, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Rimini, 2016, 262, 274. Cfr. anche la rassegna dei non sempre lineari orientamenti seguiti dal giudice europeo e da quello interno offerta da L. Bertozzi, *La giurisprudenza europea in tema di ricorso incidentale escludente*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 521. In particolare, nel mentre sembra consolidarsi l'indirizzo del giudice comunitario secondo cui la mera possibilità che per effetto dell'accoglimento del ricorso l'amministrazione aggiudicatrice sia costretta a ripetere la gara sarebbe condizione sufficiente a giustificare un ricorso totalitario avverso l'aggiudicazione da parte di un soggetto escluso (cfr. Corte di Giustizia UE, grande sezione, 21 dicembre 2021, in causa C-497/20, *Randstad Italia*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, 131, con il commento di M. Verrengia, *Il caso Randstad Italia tra profili procedurali e sostanziali: la Corte di giustizia si pronuncia sui limiti del sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato e sulla tutelabilità dell'interesse strumentale secondo il diritto dell'Unione*), si consideri anche la recente presa di posizione dello stesso giudice europeo che, in relazione a un giudizio riguardante il diniego di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione di un appalto pubblico disposta a favore di un'impresa incorsa in un illecito anticoncorrenziale e per questo sanzionata dall'Agcm, promosso da un operatore escluso dalla procedura per mancanza dei requisiti di capacità professionale (e poi rimasto definitivamente soccombente nel giudizio amministrativo riguardante tale esclusione), ha ritenuto: a) che «la partecipazione a un procedimento di aggiudicazione di un appalto può, in linea di principio, validamente costituire una condizione da soddisfare per dimostrare che il soggetto coinvolto ha interesse a ottenere l'aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi o rischia di subire un danno a causa dell'asserita illegittimità della decisione di aggiu-

tana dalla gara tanto più si raffreddano le posizioni di coloro che siano interessati unicamente a rimettere in discussione il suo esito. Da questo punto di vista, la ri-negoziante rivela nel rapporto ulteriore materiale negoziale e pertanto rappresenta, nell'ambito del progressivo e articolato percorso di esecuzione del contratto, una cesura²²⁷ ancora più significativa rispetto alla matrice pubblicistica che connota il procedimento selettivo che culmina con l'aggiudicazione. Nel senso che al criterio cronologico rigidamente legato alla stipula del contratto, che appare sovente vulnerato dall'esercizio – in prossimità di un rito negoziale che ancora manifesta una certa «porosità» con la fase selettiva precedente²²⁸ – di poteri polimorfi e di incerta natura da parte della stazione appaltante²²⁹, tanto che la talvolta ammessa rinegoziante dell'offerta intervenuta tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto²³⁰ si è vista attrarre senza problemi nella non completamente chiusa orbita pubblicistica²³¹, attesa la presenza in tale frangente di penetranti poteri di

dicazione di detto appalto»; b) che pertanto, se «non ha presentato un'offerta, tale soggetto può difficilmente dimostrare di avere interesse a opporsi a detta decisione o di essere leso o rischiare di esserlo dall'aggiudicazione di cui trattasi»; c) che l'ipotesi di un operatore che non ha presentato un'offerta nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto per il motivo che egli non soddisfaceva un requisito di partecipazione previsto dalla gara d'appalto di cui trattasi e che ha potuto contestare l'inclusione di tale requisito, in tale gara d'appalto, mediante la presentazione di un ricorso contro la gara d'appalto medesima, ricorso che è stato respinto con una decisione che ha acquisito autorità di cosa giudicata, non rientra nella nozione di «chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione», ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665»; d) che è oltre tutto «irrillevante, al riguardo, il fatto che nel frattempo tale operatore abbia adottato le misure necessarie per soddisfare la condizione richiesta dal bando di gara di cui trattasi, cosicché, in caso di annullamento della procedura di aggiudicazione di appalto alla quale non ha potuto partecipare e di organizzazione di una nuova procedura sulla base delle stesse condizioni, egli potrebbe presentare un'offerta e ottenere l'appalto in questione» (cfr. Corte di Giustizia UE, Sez. X, 9 febbraio 2023, in causa C-53/22, in risposta al rinvio pregiudiziale del Tar Lombardia, sez. I, ord. 7 gennaio 2022, n. 25).

²²⁷ In quanto espressiva di un'attività che «rievoca una disciplina giuridica» diversa da quella che contrassegna l'evidenza pubblica, la rinegoziante marca con precisione il limite oltre il quale l'amministrazione «cessa di essere autorità», per seguire l'impostazione di G. Verde, *Il riparto delle giurisdizioni*, cit., 370 e 373.

²²⁸ Come evidenziato da S. Fantini, H. Simonetti, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, cit., 109.

²²⁹ Come messo in evidenza, tra gli altri, da G. Taglianetti, *Lo scioglimento unilaterale dei contratti di appalto e di concessione per motivi di interesse pubblico. Profili sostanziali e processuali*, in *Dir. amm.*, 2020, 625, 643.

²³⁰ Segnala l'esistenza di due distinti orientamenti giurisprudenziali sul tema M. Renna, *I principi*, cit., 17-18, ritenendo che l'art. 9 abbia perso l'occasione per risolvere la questione sottostimando «il rilievo, anche temporale, della parentesi che divide l'aggiudicazione della commessa dal perfezionamento del vincolo negoziale». Sul punto si veda anche S. Spuntarelli, *La conservazione dell'equilibrio contrattuale: questioni aperte*, cit., 39-40.

²³¹ Come accaduto nel citato caso deciso dal Tar Piemonte, sez. II, 20 febbraio 2023, n. 180, riguardante l'impugnazione della decadenza dall'aggiudicazione ex art. 103, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016 disposta dalla stazione appaltante che non ha voluto dare seguito alla richiesta di rinegoziante dell'offerta avanzata da parte dell'impresa aggiudicataria a seguito dell'intervenuto aumento dei costi dei materiali per le lavorazioni. Per quanto il problema della giurisdizione non sia stato espressamente affrontato, pare evidente dal tenore della motivazione che il Tar ha inteso dare continuità a un proprio orientamento volto a predicare l'esistenza – nell'intervallo temporale intercorrente tra la formulazione/presentazione dell'offerta e l'avvio delle prestazioni contrattuali – di «un legittimo margine di valutazione [...] in capo all'amministrazione tra l'alternativa di rifare appello al mercato [...] ovvero tentare [...] di ricondurre il contratto ad utilità» tramite una rinegoziante che, se fallita, avrebbe potuto aprire la via a una possibile revoca (così Tar Piemonte, sez. I, 28 giugno 2021, n.

controllo della stazione appaltante, si aggiunge un criterio di tipo spaziale e qualitativo che coglie nell'intensità di esercizio dei poteri negoziali per il governo delle sopravvenienze intervenute nel corso dell'attuazione del rapporto un decisivo fattore di trapasso dello stesso in una dimensione totalmente altra, di tipo appunto autenticamente paritetica e negoziale, con conseguente intestazione principalmente in capo ai contraenti delle situazioni giuridicamente rilevanti e differenziate da considerare e tutelare per la soddisfazione degli interessi in gioco attraverso il raggiungimento del risultato programmato.

Alla luce di tali nuove coordinate di sistema, pare dunque meritevole di riconsiderazione l'assunto secondo cui le varie ipotesi di anti-giuridicità della rinegoziazione che ridondano in pretesa elusione delle regole procedurali dettate a presidio dell'apertura e concorrenzialità del mercato delle commesse pubbliche e dell'imparzialità delle scelte che ivi si compiono²³², sarebbero sempre contestabili dal terzo che si assume privato della possibilità di partecipare alla gara, facendo valere la illegittimità sopravvenuta dei relativi atti con cui viene previsto il ricorso ad un regime di selezione non corrispondente al valore della commessa risultante dalle modifiche intervenute in fase di svolgimento del rapporto, oppure (come nel caso del rinnovo, o proroga o estensione delle prestazioni pattuite) denunciando l'illegittimità dell'atto implicito di aggiudicazione diretta di un'ulteriore commessa a cui viene assimilata la modifica con carattere additivo-estensivo dell'originario contratto²³³. Come detto, infatti, pare difficile scorgere nelle fattispecie modificative intervenute nel corso dell'esecuzione del rapporto qualcosa di diverso e di ulteriore rispetto a un puro e semplice e reiterato comportamento negoziale delle parti, come tale neppure mediatamente riconducibile al potere valutativo esercitato nel corso dello svolgimento della procedura selettiva, perché fondato unicamente sulla necessità di fare fronte alle sopravvenienze che minacciano l'attuazione del programma concordato e finalizzato al ripristino dell'originario equilibrio del contratto oggetto di affidamento. A fronte di siffatto contesto gli espedienti della illegittimità delle regole dell'evidenza pubblica che si manifesta *ex post* (cioè in sede di svolgimento-attuazione del rapporto) o dell'atto

667). In altra fattispecie, attinente alla pretesa proroga di un contratto di concessione avente ad oggetto l'uso di un immobile comunale per finalità socio-assistenziali, il Tar Sicilia ha affermato che «il bando di gara può essere definitivamente superato, per effetto dell'esaurimento della sua funzione, dal successivo accordo, in quanto nei contratti della Pubblica Amministrazione conclusi all'esito di procedimenti ad evidenza pubblica la stipulazione non costituisce una mera riproduzione o ripetizione del negozio già formatosi per effetto dell'aggiudicazione e può quindi introdurre indicazioni integrative, volte a precisare aspetti anche rilevanti del rapporto» (così Tar Sicilia, Catania, sez. II, 26 aprile 2023, n. 1366, in *Urb. app.*, 2023, 634, con il commento di F. Muzzati).

²³² Ipotesi di conflitto tra rinegoziazione e principi pubblicistici che governano le gare analiticamente ricondotte nei tre gruppi dello scrutinio sull'essenzialità procedimentale, sull'essenzialità discriminatoria e sull'essenzialità monopolista da A. Giannelli, *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici*, cit., 241 e seguenti.

²³³ Cfr. A. Giannelli, *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici*, cit., 250 ss. e 268 e seguenti.

implicito²³⁴, elaborati per creare obiettivi di un possibile ricorso di annullamento del terzo, si risolvono in meccanismi fittizi che stravolgono la sostanza dei fenomeni presi in considerazione in quanto servono soltanto ad attivare una giustizia correttiva dell'attività amministrativa a servizio di una «atipicità rimediale»²³⁵ che non appare meritevole di essere assecondata per più motivi. Anzitutto, perché l'esaltazione per tale via del «momento rimediale dell'azione rispetto a quello sistematico della situazione soggettiva in sé considerata»²³⁶ rischia di sovvertire un ordito costituzionale che poggia sulla dimensione individuale e soggettiva della tutela giurisdizionale e ha preso le distanze sin dal concordato giurisprudenziale degli Anni Trenta del Novecento dal criterio del *petitum* (che si basa sul tipo di azione scelta dalla parte)²³⁷, ruotando – pure se con non pochi elementi di instabilità e problemi di coerenza interna²³⁸ – sulla distinzione di due ordini di tutele che dipendono dalla particolare relazione tra potere e situazione giuridica concretamente rinvenibile nella fattispecie sostanziale produttiva dell'effetto giuridico²³⁹. Inoltre, perché tali meccanismi si risolvono nell'ammettere ora per

²³⁴ Figura di origine essenzialmente giurisprudenziale, che si afferma soprattutto con la pronuncia del Cons. Stato, sez. IV, 10 ottobre 2002, n. 5758, e si consolida con Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2019, n. 589, per ragioni dapprima legate all'esigenza di ampliare la tutela giurisdizionale del privato, al quale vengono così offerti atti impugnabili, e poi a quella di guadagnare spazi alla giurisdizione amministrativa rispetto a quella ordinaria (come risulta dall'ampia analisi di R. Musone, *Forme e limiti dell'atto amministrativo implicito nella recente evoluzione giurisprudenziale, in federalismi.it.*, 14 luglio 2021). Figura che tuttavia presuppone «la possibilità di desumere in modo non equivoco una specifica volontà provvedimentale» (Cons. Stato, ad. plen., 20 gennaio 2020, n. 3) da un previo atto esplicito o da un comportamento concludente, legati da una relazione di esclusività-bilateralità, che nel caso di specie come detto non è individuabile per la carenza di una manifestazione di potere in senso tecnico.

²³⁵ Così G. D'Amico, *La meritevolezza del contratto secondo il canone delle Sezioni Unite*, in *I Contratti*, 2023, 264, il quale, con riferimento all'estensione del sindacato del giudice ordinario sugli atti di autonomia privata sub specie di giudizio della «meritevolezza degli interessi», ritiene inaccettabile tale deriva perché «la giustizia del rimedio non è più quella che deriva dall'applicazione delle norme esistenti, ma piuttosto quella che il giudice ricava da bilanciamenti di interessi di lui effettuati sulla base di principi generalissimi e indeterminati. Una cosa è spingere al massimo le potenzialità di tutela che sono ricavabili dal sistema dei rimedi delineato dal legislatore [...], altra e ben diversa cosa è che il giudice si inventi [...] rimedi non previsti [...]».

²³⁶ Così programmaticamente concepisce il dialogo tra le giurisdizioni, con un «approccio meno dogmatico e meno schiavo di vecchie teorie [...] e più aperto a ipotesi di concorso di azioni», F. Patroni Griffi, *Per un franco dialogo tra giurisdizioni alla luce delle trasformazioni del potere pubblico*, intervento all'incontro sul «Dialogo tra le giurisdizioni», organizzato dall'Ufficio studi della giustizia amministrativa e dalla Scuola superiore della magistratura a Palazzo Spada il 15 novembre 2023, in *giustizia-amministrativa.it.*, 2023, par. 2.

²³⁷ Criterio che sembra affacciarsi dietro alle suggestioni di chi immagina un possibile concorso di giurisdizioni «a seconda di come il potere si sia concretizzato illegittimamente e sulla base dell'azione scelta dalla parte» (così F. Patroni Griffi, *Per un franco dialogo tra giurisdizioni alla luce delle trasformazioni del potere pubblico*, cit.).

²³⁸ Per l'esame dei quali si rinvia alle ricerche raccolte in G.D. Comporti, a cura di, *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, Firenze, 2016; e alle recenti analisi di M. Clarich, *Il dualismo giurisdizionale nel sistema della giustizia amministrativa: un equilibrio perennemente instabile*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 225; e di F.G. Scoca, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, 13 e seguenti.

²³⁹ Cfr. seppure con varietà di accenti: F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, 453 e ss.; Id., *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 1100 e ss.; Id., *La genesi del sistema delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Giustizia amministrativa*

allora un'azione di impugnazione che avrebbe l'effetto di rimettere in discussione la legittimità di atti afferenti alla sequenza procedimentale pregressa che hanno già completamente esaurito i loro effetti con l'aggiudicazione seguita dalla stipulazione del contratto: con conseguenze sul piano della certezza e conservazione dei rapporti giuridici in corso di svolgimento che vanno in direzione esattamente opposta a quanto prescritto ora dal combinato disposto dei principi del risultato e di conservazione dell'equilibrio contrattuale. Infine, perché lo stesso obiettivo della ricerca del rimedio più appropriato può essere più utilmente perseguito per altre vie, considerando oltre tutto che le stesse illegittimità implicate nelle ipotesi di antiggiuridicità indicate sarebbero per lo più riconducibili alle violazioni meno gravi delle regole procedurali di cui all'art. 122 c.p.a. le quali, tenuto conto anche dello stato di esecuzione del contratto, legittimano il giudice a salvaguardarne gli effetti disponendo in via sostitutiva il risarcimento per equivalente dei danni subiti e provati *ex art. 122 c.p.a.*

In effetti, proprio cogliendo la novità più significativa della prospettiva rimediale in ambito contrattuale, che pur nelle sue varie espressioni viene individuata nell'invariante «attitudine del contratto ad autoconservarsi»²⁴⁰, ovvero sia nella presenza di dispositivi capaci di affidare il rapporto, in luogo del rigido automatismo imperniato sulla scansione diacronica tra un prima (il contratto appunto) e un dopo (il rimedio, che segna l'ingresso in uno stato di irreversibile crisi) e sul connesso binomio caducazione/sostituzione, a un articolato sistema di incentivi volti a spingere le parti ad aggiustarne il contenuto per renderlo «il più possibile conforme al funzionamento ideale dei mercati volta per volta presi di mira dalle *policy* filo concorrenziali perseguite»²⁴¹, si può immaginare che il terzo che assuma di avere subito un pregiudizio personale della pretesa a concorrere ad armi pari sorta in virtù di un pregresso rapporto di particolare vicinanza / interferenza²⁴² avuto con la commessa pubblica su cui incide la rinegoziazione, perché ad

va, a cura di F.G. Scoca, V ed., Torino, 2013, 32; A. Zito, *L'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo*, *ibid.*, 67 e ss.; A. Romano Tassone, *Situazioni giuridiche soggettive*, cit., 981 e ss.; A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XIV ed., Torino, 2021, 101; M. Clarich, *Manuale di giustizia amministrativa*, cit., 54 e ss.; A. Proto Pisani, *Per un rinnovato discorso sulle controversie tra privati e pubblica amministrazione*, in *Processo e valori*, cit., 208; M. Ramajoli, *Pluralismo giurisdizionale e situazioni soggettive sostanziali*, in *Questione Giustizia*, 2021, 88.

²⁴⁰ Cfr. in via generale L. Nivarra, *Il diritto privato e il passaggio dai rimedi contrattuali al contratto/rimedio: primi spunti di riflessione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2023, 62 e ss., ove si chiarisce come il contratto catturi il rimedio per divenire una sola cosa con esso: «nel senso che il rimedio, appunto, attraverso la previsione legale viene incistato nel contratto, andando ad arricchire il ciclo degli effetti [...]. Volendosi affidare ad una formula semplificatrice, si potrebbe dire che [...] il contratto è il rimedio là dove esso viene strutturato dal legislatore alla stregua di un dispositivo capace di autocorreggersi e di neutralizzare [...] in anticipo i suoi possibili fallimenti».

²⁴¹ *Ibid.*, 76.

²⁴² Sulla *vicinitas* quale criterio di legittimazione ad agire in giudizio, anche nel diritto della concorrenza, si veda ancora G. Mannucci, *La tutela dei terzi*, cit., 291. Cons. stato, ad. plen., 9 dicembre 2021, n. 22, in *Urb. app.*, 2022, 166, con i commenti di B. Giliberti, B.G. Di Mauro, G. Franchina, ha parlato con riguardo

esempio la sua offerta è stata esclusa o postergata in sede di gara per motivi non più validi all'esito delle modifiche delle condizioni contrattuali, sia legittimato ad attivare dinanzi al giudice ordinario²⁴³ rimedi volti a neutralizzare il pregiudizio sofferto attraverso «una correzione del contratto»²⁴⁴. Attingendo dal bacino problematico degli illeciti antitrust che si realizzano a mezzo di contratti stipulati con i terzi a valle di un'intesa restrittiva della concorrenza²⁴⁵, tema che nel corso di più lustri ha alimentato una «sconcertante [...] disarmonia di vedute»²⁴⁶ in larga parte dipendente dal diverso retroterra culturale dei due formanti (pubblico

alle vicende edilizie di un «criterio flessibile, da misurare ogni volta sulla base della situazione di fatto, del tipo di provvedimento contestato e dei suoi concreti contenuti, dell'ampiezza e della rilevanza delle aree coinvolte, e che dunque poco si presta a teorizzazioni astratte e generali». Sulla sua scia Cons. Stato, sez. II, 6 dicembre 2023, n. 10589, ha opportunamente evidenziato come vadano abbandonati i tralatici riferimenti al terzo (che, oltre tutto, «riecheggia il principio di relatività degli effetti del contratto che, nel contesto dell'azione amministrativa, non riveste alcuna capacità esplicativa») quale «figura anomala» garantita non perché titolare di un interesse individuale protetto, bensì in quanto partecipe di una frazione dell'interesse pubblico; precisando che tale figura «va radicalmente distinta dai consociati che patiscono, sul piano del mero fatto, le 'esternalità negative' dell'azione amministrativa» e che «vanta una posizione qualificata nella misura in cui invoca l'osservanza di regole preordinate alla protezione (anche) della sua sfera giuridica. Ciò avviene quando, nel contesto di attività economiche e sociali regolate dal diritto pubblico per garantire lo sviluppo ordinato di una trama di rapporti reciprocamente interferenti, l'Amministrazione deve prendere decisioni che incidono, allo stesso tempo, sia sull'interesse di chi chiede il permesso di intraprendere una certa attività (come quella costruttiva), sia in ordine agli interessi contrapposti presi in considerazione dal medesimo assetto regolativo». L'interferenza del comportamento scorretto dell'amministrazione sulle scelte contrattuali dell'operatore economico è menzionata dal comma 3 dell'art. 5 come criterio di quantificazione del danno (cfr. la *Relazione*, cit., 16; Ufficio studi e formazione della Giustizia amministrativa, *Relazione sulle ricedute del nuovo codice dei contratti pubblici sul processo amministrativo*, 6 giugno 2023, 48), ma assume valenza generale per delimitare la legittimazione ad agire dei soggetti coinvolti appunto «nella procedura di gara» (*incipit* del primo comma dell'art. 5). Da ultimo, il collegamento tra la dimensione sostanziale e processuale del problema è stato evidenziato, in tema di *vicinitas* commerciale, da Cons. Stato, sez. IV, 29 dicembre 2023, n. 11367.

²⁴³ Giuste le condivisibili argomentazioni che hanno condotto L. Ferrara, G. Mannucci, I. Piazza, *Sui rapporti di vicinato in una giurisprudenza recente. Diritti soggettivi e interessi legittimi, diritti soggettivi trasformati in interessi legittimi o soltanto diritti soggettivi?*, in *Dir. pubbl.*, 2023, 317-319, a ritenere, con riferimento specifico alle liti tra confinanti, che «nelle ipotesi di concorrenza dei piani pubblico e privato, la tutela del terzo (da intendersi come estraneo al rapporto di base, ma titolare di una posizione giuridica che va rispettata) non può che essere garantita sul piano civilistico». Allo stesso esito conduce del resto un'interpretazione costituzionalmente orientata del novellato art. 124 c.p.a., che non può essere interpretato nel senso di ricondurre alla giurisdizione amministrativa liti sostanzialmente private come sarebbero quelle promosse dal terzo (come chiarisce S. Vaccari, *La risoluzione delle controversie in materia di contratti pubblici: tutela giurisdizionale e rimedi alternativi (Adr)*, in *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, cit., 276-279; Cfr. anche P. Patrito, *Il nuovo "rito appalti" e il parere di precontenzioso dell'Anac*, in *Giur. it.*, 2023, 1988).

²⁴⁴ Cfr. G. Guizzi, *I contratti a valle delle intese restrittive della concorrenza: qualche riflessione vintg ans après, aspettando le Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2021, 1178.

²⁴⁵ Il problema è stato rimesso alle Sezioni Unite da Cass., sez. I, ord. 30 aprile 2021, n. 11486, in *Corr. giur.*, 2021, 1181, con il commento di I. Ottobrina, chiamata a giudicare di un caso relativo all'incidenza su un contratto di fideiussione *omnibus*, stipulato in modo conforme allo schema elaborato dall'Abi insieme con le principali associazioni dei consumatori, di un provvedimento della Banca d'Italia che ha accertato che alcune delle condizioni contrattuali contenute nel predetto schema sono frutto di un'intesa restrittiva della concorrenza.

²⁴⁶ Così A. Palmieri, R. Pardolesi, *Le sezioni unite e la sorte dei contratti attuativi di intesa restrittiva della concorrenza: schegge di diritto disorientato*, in *Foro it.*, 2022, I, 514.

e privato) coinvolti nell'*enforcement* del diritto antitrust²⁴⁷, l'attenzione si orienta verso i rimedi volti a contrastare lo squilibrio contrattuale che porta a concentrare risorse pubbliche in eccesso in capo a qualcuno sottraendole ad altri²⁴⁸, precludendo la possibilità che sul mercato si diffondano condizioni economiche diverse e più efficienti²⁴⁹. Viene così in rilievo nella rilevata prospettiva riequilibratrice delle posizioni un novero di possibilità rimediali, che parte dalla nullità parziale ex art. 1419 c.c.²⁵⁰, che intercetta la vocazione conservatrice del rapporto propria delle nullità di protezione²⁵¹ ma sconta i problemi legati a uno statuto normativo incerto e cangiante, la cui «curvatura funzionalista» diviene sovente pretesto per disinvolute operazioni ortopediche di «costruzione mobile del regolamento contrattuale»²⁵²; per arrivare, soprattutto, all'azione inibitoria dell'applicazione delle clausole che integrano la violazione delle regole dell'evidenza pubblica, esercitabile ai sensi dell'art. 2599 c.c. o in forma atipica e fintanto che il contratto è ancora in essere e in corso di esecuzione²⁵³; e per finire con l'azione risarcitoria, all'evidenza esercitabile nel caso in cui il contratto abbia ormai esaurito i propri effetti, allo scopo di ripristinare per equivalente le fondate aspettative di aggiudicazione della commessa che, in uno scenario di mercato concorrenziale, l'operatore escluso o pretermesso avrebbe ragionevolmente avuto²⁵⁴.

²⁴⁷ Cfr. R. Pardolesi, *Il private enforcement del diritto antitrust: un animale fantastico, e dove trovarlo*, in *Il private enforcement antitrust dopo il d. leg. 19 gennaio 2017 n. 3*, a cura di B. Sassani, Pisa, 2017, 1. M. Ramajoli, *Concorrenza (tutela della)*, in *Enc. dir., I tematici*, III, *Funzioni amministrative*, Milano, 2022, 316, ricorda che il duplice binario di tutela «si giustifica in ragione del carattere plurioffensivo delle violazioni antitrust, in grado di ledere sia l'interesse generale alla concorrenza, sia le situazioni giuridiche soggettive di consumatori o altri imprenditori».

²⁴⁸ Giusta la notazione di F. Denozza, *I principi di effettività, proporzionalità ed efficacia dissuasiva nella disciplina dei contratti a valle di intese ed abusi*, in *Dir. ind.*, 2019, I, 363, secondo cui chi viola le regole del gioco «non è semplicemente uno che magari rallenta un po' lo sviluppo, ma è un ladro che si appropria di qualcosa che sottrae ad altri, e su cui non ha diritto».

²⁴⁹ G. Guizzi, *I contratti a valle delle intese restrittive della concorrenza*, cit., 1177-1178.

²⁵⁰ Soluzione valorizzata da Cass., ss.uu., 30 dicembre 2021, n. 41994, in *Foro it.*, 2022, I, 499, che, con riferimento al rilevato problema del regime dei contratti a valle riproduttivi delle clausole Abi oggetto di intesa anticoncorrenziale, ha sostenuto la tesi della nullità derivata e parziale quale sanzione speciale di portata più ampia di quelle codicistiche a presidio dell'interesse pubblico alla trasparenza e correttezza del mercato posto a fondamento della normativa antitrust.

²⁵¹ Sulla cui vocazione rimediale nel senso indicato nel testo si veda L. Nivarra, *Il diritto privato e il passaggio dai rimedi contrattuali al contratto/rimedio*, cit., 64; e in generale l'aggiornata analisi di M. Girolami, *Nullità di protezione*, in *Enc. dir., I tematici*, I, *Contratto*, Milano, 2021, 701.

²⁵² Giudizi ed espressioni tratte da S. Pagliantini, *Sulle nullità. Itinerari di uno studio*, Napoli, 2020, 17-25.

²⁵³ Cfr. in tale direzione G. Guizzi, *I contratti a valle delle intese restrittive della concorrenza*, cit., 1180, che richiama la tesi di I. Pagni, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano, 2004, 39, 205 e ss.; cfr. anche M. Libertini, *Contratto e concorrenza*, in *Enc. dir., I tematici*, I, *Contratto*, Milano, 2021, 265.

²⁵⁴ G. Guizzi, *I contratti a valle delle intese restrittive della concorrenza*, cit., 1180, e nota 23.

Liberata dall'ingombrante e fuorviante²⁵⁵ retorica del terzo l'esigenza di tutela del generale interesse al rispetto delle regole di evidenza pubblica dovrà rinunciare a quella sempre più scarsa risorsa che è il processo (amministrativo) e potrà finalmente essere affrontata attraverso altri e più appropriati strumenti. Vengono in rilievo, in proposito, la già richiamata responsabilità del R.U.P. e del personale che, a vario titolo, interviene nella fase esecutiva del contratto (cfr. l'art. 1, comma 4, lett. a). Così come i poteri di sanzione, vigilanza e controllo che l'Anac può esercitare ex art. 222 nei confronti della stazione appaltante, grazie anche agli oneri di comunicazione e trasmissione delle modifiche contrattuali previsti dall'All. II.14 e posti a carico del R.U.P.²⁵⁶.

In secondo luogo, è da chiedersi se non possano più in generale rivedersi alla luce delle coordinate normative sin qui analizzate le altre ipotesi particolari in cui si continuano a immaginare sporadici residui di potestà in momenti esecutivi del rapporto che invece andrebbero letti secondo più spiccate coordinate negoziali. A cominciare dalle vedute vicende di revisione dei prezzi che, pure appartenendo «per intero alla fase di esecuzione del contratto» e implicando «la necessità che la cognizione del giudice si estenda dall'atto al rapporto», perché ritenuto incongruo e inappropriato rispetto alla configurazione della *res litigiosa* «un approccio di tipo puramente impugnatorio incentrato sui vizi formali e procedurali dell'atto»²⁵⁷, vengono ancora tralaticciamente ricondotte alla giurisdizione amministrativa esclusiva per «l'inestricabile intreccio tra diritti soggettivi e interessi legittimi che caratterizza tale blocco di materia», nonostante si prenda ormai atto che la discrezionalità di cui si continua a predicare l'esistenza in capo alla stazione appaltante si avvicina in realtà «di più alla *discrezionalità* propria dei poteri civilistici del privato contraente nell'esercizio dei suoi diritti potestative e delle sue facoltà di scelta nell'ambito del rapporto obbligatorio sinallagmatico di durata che non alla comune *discrezionalità amministrativa* di cui l'amministrazione dispone nell'esercizio dei suoi ordinari poteri autoritativi di cura finale dei suoi compiti istituzionali»²⁵⁸. Ad uscire d'imbarazzo, e al fine di evitare situazioni paradossali di doppia tutela con azioni parallele dinanzi al giudice civile e amministrativo suscettibili di condurre a distinti giudicati di esiti difformi quanto ai profili di giurisdizione e di

²⁵⁵ Così A. Chizzini, *In tema di «processo civile e terzi: quale ruolo per i terzi in un processo di parti?»*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 846 e ss., il quale chiarisce bene le implicazioni ideologiche del tema, a cui si legano differenti concezioni della giurisdizione, e richiama «una tipica trappola concettuale per il processualista: il permanere apparente delle forme processuali, il perpetuarsi nei secoli [...] impedisce di vedere con chiarezza e lucidità la radicale trasformazione della sostanza delle cose, come su di una carta, che pur presenta una filigrana comune, si scrivano pagine ormai profondamente diverse» (*ibid.*, 850).

²⁵⁶ In tal senso si veda giustamente P. Patatini, *Rinegoziazione*, cit., 16.

²⁵⁷ Come di recente riconosciuto da Cons. Stato, sez. III, 13 luglio 2023, n. 6847, pure ritenendo «ormai incontrovertibile» l'ascrizione della lite alla giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133, lett. e), n. 2, c.p.a..

²⁵⁸ *Ibid.*, punto 2.2. della motivazione.

merito implicati²⁵⁹, sarebbe forse il caso di prendere sul serio l'impianto normativo di cui il nuovo art. 60 del codice è parte integrante, per riconoscere che l'obiettivo di «assicurare in fase esecutiva il mantenimento dell'equilibrio tra prestazioni concordato tra le parti in sede di stipula, per evitare che sopravvenuti mutamenti dei prezzi alterino il sinallagma in modo pregiudizievole per l'appaltatore» implica la conseguenza che la situazione giuridica fatta valere dalla parte svantaggiata è «configurabile come diritto soggettivo, e più precisamente come diritto di credito, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario»²⁶⁰.

Sgombrato il campo dai nodi del riparto e della tutela del terzo, l'interprete si trova di fronte al ventaglio dei rimedi disponibili e, quindi, al problema rappresentato soprattutto dalla tutela costitutiva, ovvero sia dal potere riconosciuto al giudice civile di disporre l'adeguamento del contratto in un campo presidiato dalla libertà negoziale²⁶¹ e, oltre tutto, in assenza di un regolamento preconstituito che sia sufficiente a individuare il risultato giuridico avuto di mira dai pacipienti e a cui dare efficacia reale con la sentenza²⁶². La consapevolezza circa i problemi determinati da una funzione giurisdizionale «arricchita di compiti inusuali» (almeno considerando la tradizione dogmatica franco-italiana)²⁶³, non deve

²⁵⁹ Si veda in proposito il caso deciso da Cons. Stato, sez. III, 13 aprile 2023, n. 3754.

²⁶⁰ Come di recente affermato, sulla base del previgente art. 115 del d.lgs. n. 163/2006, dal Tar Lazio, sez. IV, 16 febbraio 2023, n. 2791. Si veda anche Tar Lazio, sez. II S, 17 febbraio 2023, n. 2827, che ritiene sussistente la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle «sole ipotesi in cui vi sia una spendita di potere pubblico», richiamando altresì la più recente giurisprudenza delle Sezioni Unite secondo cui nel caso «in cui la clausola individui puntualmente e compiutamente un obbligo della parte pubblica del contratto, deve riconoscersi la corrispondenza di tale obbligo ad un diritto soggettivo dell'appaltatore, il quale fa valere una mera pretesa di adempimento contrattuale, come tale ricadente nell'ambito della giurisdizione ordinaria» (Cass., ss.uu., ord. 22 novembre 2021, n. 35952, seguita anche da Cass., ss.uu., ord. 8 febbraio 2022, n. 3935).

²⁶¹ L. Mengoni, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, 1; G.B. Ferri, *Autonomia privata e poteri del giudice*, in *Dir. e giur.*, 2004, 1; C. Granelli, *Autonomia privata e intervento del giudice*, in *www.iuscivile.it*, 2018, 396;

²⁶² Per la problematica riconducibilità della fattispecie in esame al modello dell'art. 2932 c.c. si vedano, tra gli altri, A. Gentili, *La replica della stipula*, cit., 714 e ss.; C. Consolo, *Obblighi a contrarre (ed anche solo a rinegoziare): gli artt. 2932, 2908 e 2090 c.c. e l'alternativa dell'art. 614-bis c.p.c. (ante e post riforma del 2015)*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, a cura di G. Grisi, Napoli, 2019, 79; I. Pagni, *Crisi d'impresa e crisi del contratto al tempo dell'emergenza sanitaria, tra autonomia negoziale e intervento del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 349 ss.; Id., *Autonomia contrattuale, rinegoziazione, solidarietà nei rapporti contrattuali: gli spazi dell'intervento del giudice*, in *Processo civile e costituzione. Omaggio a Nicolò Trocker*, a cura di A. Chizzini, D. Abraham, N. Andrews, C. Silvestri, R. Stüner, V. Varano, Milano, 2023, 576; F. Benatti, *Che ne è oggi del testo del contratto?*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2021, I, 16; A. Chianale, *Dell'esecuzione forzata in forma specifica. Artt. 2930-2933, in Il Codice Civile. Commentario*, fondato e già diretto da P. Schlesinger continuato da F.D. Busnelli e G. Ponzanelli, Milano, 2022, 117-120; S. Mazzamuto, *Esecuzione forzata*, in *Commentario del cod. civ.*, Scialoja, Branca e Galgano, a cura di G. De Nova, Milano, 2020, 867; D. Santaripa, *La sopravvenienza*, cit., 313 e ss., la quale ritiene inaccettabile la prospettiva dell'applicabilità dell'art. 2932 c.c. prescindendo totalmente dalla volontà dei contraenti, perché in tale modo «la sentenza costitutiva attuerebbe un regolamento d'interessi che non è stato dettato dalle parti, ma da un terzo, il giudice appunto, producendo effetti negoziali che non trovano fonte in un atto di autonomia privata» (*ibid.*, 318).

²⁶³ Così F. Macario, *Contratti di durata*, cit., 128.

peraltro indurre a conservare posizioni precostituite in forza di una generale idea di intangibilità del contratto, tanto più in una stagione che registra una significativa evoluzione dell'assetto dei contratti di durata²⁶⁴ ammettendo ampie possibilità di intervento del giudice nella dinamica esecutiva degli stessi per mantenere il rapporto «nei binari dell'equilibrio e della proporzione»²⁶⁵. Piuttosto, sembra più utile prendere atto che ogni dibattito in argomento deve abbandonare l'approccio ipotetico finora seguito per fare i conti con una previsione di legge che, in linea con quanto disposto in via generale dall'art. 2908 c.c., codifica ormai in modo espresso una tutela determinativa della frazione di regolamento su cui le parti non sono riuscite a trovare un accordo per rendere effettiva la prospettiva della rinegoziazione. Per poi subito riconoscere che la decisione sostitutiva del giudice è prevista come *extrema ratio* del sistema ed è, dunque, destinata ad operare in via sussidiaria e residuale nel caso di illecito fallimento delle trattative condotte dalle parti, trovando pertanto nelle stesse la fonte principale di legittimazione e di efficacia, nel senso che è dalla complessiva sequenza esecuzione del contratto-sopravvenienze-riapertura delle trattative e dall'intensità e qualità dell'interazione intervenuta tra i contraenti in tale ultima sede che il giudice potrà/dovrà ricavare in chiave ermeneutica ogni utile circostanza soggettiva e oggettiva per ristabilire

²⁶⁴ Cfr. C. Scognamiglio, *Sopravvenienze negative, rimedi demolitivi e rimedi conservativi*, in *Il diritto dei contratti e l'emergenza sanitaria*, Quaderno n. 13 della Scuola Superiore della Magistratura, a cura di L. Calcano, F. Di Marzio, S. Lembo, S. Leuzzi, Roma, 2022, 21 e 33; F. Macario, *La rinegoziazione: attualità e prospettive*, *ibid.*, 282 e ss.; Id., *La civilistica e il contratto*, cit., 383.

²⁶⁵ Le affermazioni sono tratte dal noto "caso Renault" deciso da Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, 85. Ma si veda già Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, *ivi*, 2000, I, 1929, in tema di riducibilità d'ufficio della penale. Sentenza indicata da F. Galgano, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contratto e impresa*, 2000, 925, come «un piccolo trattato di storia del contratto, di storia recente del contratto, dell'evoluzione del contratto dalle concezioni soggettivistiche, basate sul dogma della volontà, alle concezioni attuali, oggettivistiche, basate sulla congruità dello scambio contrattuale». Cfr. altresì M. Pennasilico, «*Menàge à trois*: la correzione giudiziale dei contratti», in *Rass. dir. civ.*, 2016, 179.

l'equilibrio contrattuale²⁶⁶. Approdo di limitata portata pratica si dirà²⁶⁷, ma che tuttavia mostra due pregi. Anzitutto, quello di ancorare l'intervento eteronomo del giudice alla pragmatica e obiettiva selezione e valutazione istruttoria dei fatti rilevanti, all'occorrenza servendosi anche dell'ausilio dei saperi specialistici offerti dai consulenti d'ufficio per dipanare gli elementi di complessità che caratterizzano i settori oggetto di gare pubbliche. Così allontanando gli scenari apocalittici evocati da chi teme un giudice che possa arrivare a confezionare di sua iniziativa i contratti o ricorre a «equità cerebrine»²⁶⁸; e allo stesso tempo scongiurando derive soggettive e arbitrarie che sarebbero foriere di risultati controproducenti nella misura in cui l'esito casuale del processo finirebbe per premiare gli azzardi degli operatori più pigri e meno previdenti limitando i loro investimenti nell'operazione in corso sotto il livello ottimale²⁶⁹. Inoltre, e in via strettamente discendente, quello di responsabilizzare ancor di più le parti che, per effetto dell'ipotizzato legame funzionale tra trattative e trattazione processuale dell'adeguamento, sarebbero probabilmente indotte a un più intenso sforzo collaborativo nel corso del procedimento di rinegoziazione onde lasciare tracce percepibili e logicamente spendibili in giudizio di adeguate proposte riequilibratrici.

In via generale, e dunque anche in caso di insuccesso della tutela costitutiva di cui si è discusso, è sempre ammessa la tutela risarcitoria dei danni subiti per effetto dell'ingiustificata rottura del procedimento di rinegoziazione. Siamo qui

²⁶⁶ In tale senso si era già espresso F. Macario, *Adempimento e rinegoziazione*, cit., 430 e ss., ove, preso atto che stabilire la regola del rapporto ad effetti obbligatori non presuppone «la presenza di elementi contenutistici minimi», si riconosce comunque che «il fatto che il rapporto su cui il giudice è chiamato ad intervenire sia già in fase di attuazione ed esecuzione può semplificare il suo compito: le trattative per la rinegoziazione, ove queste si siano in parte già svolte, così come l'esecuzione del contratto sino al momento [...] e le altre circostanze rilevanti (sia dal punto di vista, soggettivo, della ricerca della volontà comune dei contraenti, sia dal punto di vista, più oggettivo, della natura dell'affare), costituiscono materia di valutazione per il giudice, il quale non potrà dunque rigettare la domanda per l'incompletezza [...] del contenuto del contratto». Cfr. anche Id., *Contratti di durata*, cit., 129; Id., *Dalla risoluzione all'adeguamento del contratto*, cit., 116; V.M. Cesàro, *Clausola di rinegoziazione*, cit., 264-265. Nonché, su altro versante, V. Lopilato, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, 1930. Nello stesso senso si è espressa anche la citata *Relazione tematica* n. 56 dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione, affermando che «la decisione del giudice non può avvenire sulla scorta di un metro causale, soggettivo o arbitrario, dovendo calibrarsi su elementi rigorosamente espressi dal medesimo regolamento negoziale», e che all'uopo appare centrale «la valutazione dell'attività di contrattazione svolta dalle parti prima che il processo rinegoziativo si interrompa, potendo residuare da esso spiccati elementi per decidere». Conforme è Trib. Firenze, sez. III civ., 28 settembre 2022, in *Contratti*, 2023, 521, con nota di F.T. Vespasiani, *Domanda ex art. 2932 c.c. e "rideterminazione integrativa" del prezzo di vendita per sopravvenuta eccessiva onerosità da Covid*, che plaude la «rigorosità argomentativa [...] per la scelta di ricondurre la portata correttiva/integrativa del potere del Giudice di rinegoziazione del contratto, all'interno di un alveo molto più ristretto» (*ibid.*, 533, 535).

²⁶⁷ Cfr. infatti D. Santaripa, *La sopravvenienza*, 320, e gli autori ivi citati.

²⁶⁸ Drastico in proposito l'accento di A. Gentili, *Le proposte di revisione del codice civile*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2022, 577: «I giudici fanno i contratti peggio delle parti e sono da evitare equità cerebrine».

²⁶⁹ Così A. Gentili, *La replica della stipula*, cit., 710; S.P. Perrino, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali*, cit., 879-881.

in presenza di una responsabilità da trattative che, collocandosi a valle di un contratto già concluso, assume i connotati tipici della responsabilità contrattuale in quanto l'illecito consiste proprio nell'inadempimento di un obbligo di condotta che vincola le parti nel corso dell'attuazione del rapporto negoziale. In ragione della varietà degli scenari prospettabili a seconda del momento e del contesto in cui si consuma il comportamento lesivo, l'oggetto della tutela oscilla tra l'interesse negativo e quello positivo avendo di mira, piuttosto che partizioni teoriche, l'esigenza pratica di neutralizzare condotte predatorie di chi non negozi in buona fede²⁷⁰. Pertanto, se l'obbligo di rinegoziare si arresta nelle fasi preliminari dell'iniziativa per effetto del rifiuto a trattare della controparte, il risarcimento sarà verosimilmente commisurato alle spese e agli altri sacrifici economici che il danneggiato ha dovuto inutilmente sopportare, così come alle perdute opportunità più favorevoli legate allo stallo e all'impossibilità di dare puntuale attuazione ai rapporti negoziali assunti con i terzi in vista della complessiva operazione da realizzare. Nel caso invece di rottura di trattative giunte a uno stadio di avanzamento e maturazione tale da delineare con un certo margine di sicurezza, in ragione della serietà e conclusenza degli scambi di proposte intervenuti tra le parti, il contenuto dell'accordo modificativo non concluso così ingenerando un ragionevole affidamento sul riequilibrio del rapporto, allora l'oggetto del risarcimento si allargherà fino a comprendere il pregiudizio che la parte adempiente avrebbe subito in caso di inesecuzione del negozio modificativo²⁷¹. In tale ipotesi, infatti, il giudice è messo in condizione di rappresentarsi il contenuto dell'accordo a cui le parti sarebbero addivenute se il procedimento non si fosse interrotto e attraverso il risarcimento deve attribuire alla vittima l'equivalente dei profitti che sarebbero derivati dall'esecuzione del contratto rinegoziato. Senza però considerare nella posta anche la perdita delle occasioni mancate, in quanto le stesse non sarebbero state colte a fronte di un contratto che, per quanto perturbato, è ancora vincolante tra le parti²⁷²; né le spese sostenute, in quanto risolvendosi in costi tipici dell'operazione che sarebbero rimaste comunque a carico di ciascun contraente nel caso di esito positivo della trattative e, dunque, di realizzazione del risultato avuto di mira²⁷³.

²⁷⁰ In tale senso, superando la rigida partizione in parola e osservando che tale fattispecie designa una serie aperta di illeciti, si veda A. Luminoso, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, in *Contratto e impresa*, 1988, 792; adesivamente richiamato da D. Santarpià, *La sopravvenienza*, cit., 307 e ss.; V.M. Cesàro, *Clausola di rinegoziazione*, cit., 277; F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 402 e ss.; F. Piraino, *Osservazioni intorno a sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, II, 620; G. Marasco, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio contrattuale*, Padova, 2006, 174; S.P. Perrino, *Il governo delle sopravvenienze*, cit., 883.

²⁷¹ Cfr. F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 408.

²⁷² Così giustamente D. Santarpià, *La sopravvenienza*, cit., 311.

²⁷³ Cfr. V.M. Cesàro, *Clausola di rinegoziazione*, cit., 282.

Non vanno infine sottaciuti i problemi legati ad alcune «conseguenze indesiderabili»²⁷⁴ del sistema esaminato, quali: a) l'accrescimento del contenzioso civile, già in notevole sofferenza per l'arretrato e la lunghezza dei procedimenti; b) il rischio di decisioni inadeguate alle circostanze; c) il conseguente aumento del tasso di incertezza per gli operatori economici, al netto dei problemi di efficienza evidenziati con riferimento al fare sapere «agli imprevidenti e agli sfortunati che la legge li trarrà dai guai scaricando sulle controparti i sovracosti»²⁷⁵, assumendo com'è noto la calcolabilità-prevedibilità delle decisioni «un rilievo decisivo sul piano della razionale amministrazione dei rischi di qualsiasi iniziativa negoziale»²⁷⁶. Si tratta di fattori di criticità che in qualche misura accompagnano qualunque forma di interferenza esogena nella cittadella negoziale e che, pertanto, lungi da risolversi in elementi di un annunciato e possibile fallimento della soluzione legislativa, vanno comunque tenuti presenti e possono essere ragionevolmente fronteggiati attraverso la valorizzazione di metodi di risoluzione delle controversie (anche potenziali) alternativi ai rimedi giurisdizionali²⁷⁷. Tra essi spiccano, in modo particolare, l'accordo bonario (artt. 210 e 211), la transazione (art. 212), l'arbitrato (art. 213) e il collegio consultivo tecnico (art. 215)²⁷⁸, organo collegiale polifunzionale deputato a svolgere un compito di mediazione e conciliazione permanente tra le parti nel corso dell'esecuzione del contratto che, in analogia con il modello dei *dispute boards*²⁷⁹ diffuso in altri ordinamenti e sperimentato nelle prassi internazionali, sembra costituire un valido e tecnicamente attrezzato presidio per affrontare in

²⁷⁴ Puntualmente rilevate da Accademia Nazionale dei Lincei, *COVID e contratti*, Documento della Commissione Covid-19, 2 maggio 2020.

²⁷⁵ Ciò che «incentiva i loro azzardi e disincentiva i loro interlocutori», come notato da A. Gentili, *La replica della stipula*, cit., 710; cfr. anche S.P. Perrino, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali*, cit., 879-880.

²⁷⁶ Così C. Scognamiglio, *Sopravenienze negative, rimedi demolitivi e rimedi conservativi*, cit., 35.

²⁷⁷ Sui quali si rinvia alla panoramica offerta da S. Vaccari, *La risoluzione delle controversie in materia di contratti pubblici*, cit., 286 e seguenti. Cfr. anche di recente A. Cassatella, *I rimedi alternativi alla giurisdizione nell'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2023, 799. Da ultimo, con particolare riferimento ai rimedi che anticipano la controversia come l'accordo bonario e il collegio consultivo tecnico, si veda M. Macchia, *Alla ricerca di esperti... Rimedi alternativi ed esecuzione dell'appalto*, in *Giornale dir. amm.*, 2024, 19 ss., il quale sottolinea il rapporto tra principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale e ADR evidenziando il comune obiettivo di «assicurare la manutenzione costante dell'interesse di risultato» (*ibid.*, 20, nota 3).

²⁷⁸ Sul quale si vedano P. Patatini, *Rinegoziazione e rimedi manutentivi*, cit., 16; S. Vaccari, *La risoluzione delle controversie in materia di contratti pubblici*, cit., 302; M.E. Comba, *Il Collegio consultivo tecnico: risoluzione per inadempimento e appalto integrato*, in *Giur. it.*, 2023, 162; I. Marrone, *I rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale*, in *Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., 959; F. Francario, *Il Collegio consultivo tecnico, organismo atipico di mediazione e di conciliazione in ambito pubblicistico*, in *giustiziainsieme.it.*, 30 novembre 2023; N. dello Preite, *Il Collegio consultivo tecnico: la nuova disciplina tra conferme e novità*, in *Riv. trim. app.*, 2023, 883; P. Carbone, *La disciplina del Collegio consultivo tecnico tra vecchi e nuovi aspetti problematici*, *ibid.*, 899.

²⁷⁹ Su cui si rinvia a M. Nunziata, *Il dispute board nei contratti di appalto internazionali. Prospettive di prevenzione e di risoluzione delle controversie*, Torino, 2021; P. Otranto, *Dalla funzione amministrativa giustiziale alle ADR di diritto pubblico, L'esperienza dei dispute board e del collegio consultivo tecnico*, Napoli, 2023, 107 e ss., 306.

tempo reale²⁸⁰ le insorgenze problematiche che interferiscono sulla regolare realizzazione dell'opera e per individuare, in caso di mancato accordo tra le parti, le eventuali modifiche da apportare alle prestazioni (art. 216). Nella stessa direzione milita anche la proposta di includere i contratti di durata tra le materie oggetto di mediazione obbligatoria e negoziazione tramite professionisti²⁸¹.

8. *Conclusioni: la terra di nessuno come laboratorio di ibridazioni per la nascita di nuove categorie generali*

L'analisi che precede evidenzia come la rinegoziazione, quale precipitato operativo della combinata lettura dei principi del risultato e della conservazione dell'equilibrio contrattuale, costituisce prospettiva particolarmente fertile per una lettura aggiornata della contrattualistica pubblica.

Anzitutto, perché offre nuove indicazioni per la individuazione degli strumenti giuridici a servizio della realizzazione delle commesse. Nel senso che nella fase esecutiva del rapporto contrattuale la presenza di focolai pubblicistici²⁸², immaginata quale imprescindibile garanzia per la tutela degli interessi generali che si ritengono presenti con la stessa intensità e cogenza in ogni momento dell'evidenza pubblica, tende ad essere soppiantata dal rinnovato e modulare esercizio di prerogative negoziali che implicano una riapertura delle trattative per l'adeguamento del regolamento contrattuale alle sopravvenienze che potrebbero ostacolare il raggiungimento del risultato programmato.

Il rimedio alle insorgenze perturbative della funzionalità dell'accordo non è, dunque, più rintracciabile fuori dall'arena negoziale attraverso l'artificiosa riedizione o il «ritorno circolare»²⁸³, ora per allora, dei poteri pubblicistici che presidiano (la legittimità del)le scelte di gara, ma è rappresentato dal contratto stesso colto e valorizzato ora dall'ordinamento quale «dispositivo capace di autocorreggersi

²⁸⁰ Nella *Relazione* del Consiglio di Stato, cit., 251, si legge che l'istituto è individuato «come rimedio generale per dirimere sul nascere i possibili contenziosi tra committente e appaltatore che rischierebbero di pregiudicare l'esecuzione tempestiva e a regola d'arte del contratto di appalto».

²⁸¹ Così G. Alpa, *Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata*, in *Il diritto dei contratti e l'emergenza sanitaria*, cit., 304.

²⁸² La fortunata espressione coniata da F. Fracchia, W. Giulietti, *Aspetti problematici dell'esecuzione nei contratti*, cit., 223, è adesivamente ripresa, tra gli altri, da M. Mazzamuto, *Contratti pubblici di diritto privato*, in *Dir. ec.*, 2022, 72 ss., il quale parla di «pressione giuspubblicistica sulla fase di esecuzione».

²⁸³ Per usare l'espressione di R. Cavallo Perin, G.M. Racca, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, cit., 328, sulla base dell'esplicito assunto secondo cui la concorrenza ha ad oggetto «il dover essere dell'amministrazione a partire dall'indizione di un procedimento di scelta dell'imprenditore sino al compiuto adempimento del rapporto contrattuale dell'appaltatore».

e di neutralizzare [...] in anticipo i suoi stessi possibili fallimenti»²⁸⁴. Perduti per strada i figurini astratti e stilizzati rappresentativi delle voci generali che risuonano nell'affollata arena selettiva, la scena realizzativa della fattispecie appare più lineare e composta ed è dominata dal serrato confronto tra le parti del contratto, il valore economico delle cui prestazioni corrispettive riflette il calcolo delle utilità marginali che ciascuna ha ritenuto di poter ricavare dallo scambio. Il campo di osservazione si riduce e si fa più nitido, e il ritmo della partitura cresce sospinto da tecniche, dati, comportanti, fatti e circostanze concrete che esprimono il piano complessivo dei reciproci vantaggi e rischi in base al quale è possibile valutare e misurare non arbitrariamente²⁸⁵ l'incidenza perturbatrice di eventuali imprevisti e determinare il margine di adattamento dei ruoli per arrivare al gran finale.

Sembrano indici concordanti di simile operazione di pulizia concettuale guadagnata a livello dei principi il coordinamento operato dall'art. 120, comma 8, tra la richiesta di rinegoziazione e la sospensione dell'esecuzione del contratto (art. 121), istituito tipicamente preordinato a salvaguardare il risultato dell'operazione i cui coefficienti di autoritatività²⁸⁶ tradizionalmente associati alla connotazione unilaterale delle relative manifestazioni²⁸⁷ sembrano evaporare a fronte dell'ambientazione in un contesto autenticamente negoziale²⁸⁸; la rinnovata formulazione dell'art. 122 sulla risoluzione del contratto di appalto, il cui primo comma contiene ora un «inciso chiarificatore»²⁸⁹ alla mancanza di limiti temporali per l'esercizio del diritto che vale ad eliminare l'ambiguo riferimento contenuto nel previgente art. 108 al regime dell'annullamento d'ufficio; la riscrittura

²⁸⁴ Come suggestivamente sostenuto da L. Nivarra, *Il diritto privato e il passaggio dai rimedi contrattuali al contratto/rimedio*, cit., 63.

²⁸⁵ E, dunque, bucando il «comodo 'velo d'ignoranza' che avvolge la superficie formale delle cose» esibito allorché si creda «nella superiorità delle presunte forme ideali», come opinato, nell'ambito di un'analisi critica degli orientamenti interpretativi circa atti di natura complessa e ibrida afferenti alla fase esecutiva del rapporto, da P. Michiara, *La risoluzione in danno nel prisma del processo amministrativo. Considerazioni circa la necessità di una motivazione "rinforzata" nella valutazione in gara degli atti amministrativi negoziali estintivi*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 754 e 756.

²⁸⁶ Richiamati per esempio da A. Benedetti, *L'esecuzione del contratto*, cit., 257; G. Crepaldi, *L'esecuzione del contratto, in Autorità e consenso nei contratti pubblici*, a cura di C.E. Gallo, Torino, 2017, 158; S. Salvago, *Autotutela ed attività di diritto comune della pubblica amministrazione*, in *Giust. civ.*, 2007, 874.

²⁸⁷ Da alcuni autori più cautamente associate, piuttosto che a una situazione di privilegio, a un regime di specialità «diminutiva» delle prerogative del contraente pubblico a tutela dell'indisponibilità dei fini del proprio agire (cfr. A. Giannelli, *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici*, cit., 68-75, 155).

²⁸⁸ In cui, non a caso, sospensione, postergazione e riduzione delle obbligazioni contrattuali figurano come misure tipiche volte a fronteggiare le sopravvenienze legate alla congiuntura economica e alla fluttuazione del valore delle monete, come messo in evidenza da S. Leuzzi, *Considerazioni sistematiche sulla rinegoziazione dei contratti d'impresa*, in *Le crisi d'impresa e del consumatore dopo il d.l. 118/2021*, a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2021, 1077.

²⁸⁹ Così si legge, infatti, nella *Relazione*, cit., 174, ove si precisa appunto che «Si è ritenuto di introdurre al comma 1 l'inciso chiarificatore per il quale le stazioni appaltanti possono risolvere il contratto di appalto "senza limiti di tempo", in correlazione con la soppressione dell'attuale comma 1-bis dell'art. 108 (che esclude l'applicabilità alla risoluzione del termine di cui all'art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990, sull'autoannullamento)».

dell'art. 123 sul recesso, che risulta maggiormente allineato al dispositivo dell'art. 1671 c.c. sia nella parte in cui, in luogo del «previo pagamento» che compariva nel previgente art. 109, il primo comma riproduce ora la formulazione codicistica in tema di indennizzo dell'appaltatore («purché tenga indenne l'appaltatore mediante pagamento»), sia nella più lineare disciplina delle modalità di esercizio, chiarendosi ora al comma 2 che il recesso consiste nella comunicazione e che la stessa deve farsi per atto formale, laddove prima si faceva riferimento a una comunicazione preliminare che ricalcava in termini ambigui le modalità procedimentali tipiche degli atti amministrativi²⁹⁰; infine, e specularmente, la riformulazione dell'art. 190 che disciplina la risoluzione e il recesso delle concessioni, eliminando i riferimenti spuri alla revoca pubblicistica (prima contenuti nell'art. 176) per meglio «indicare l'atto con cui una parte (nella specie, l'ente concedente) può sciogliersi unilateralmente dal vincolo di un contratto»²⁹¹. Risulta così meglio illuminata, per così dire dal basso e per differenza, la *ratio* della previsione generale contenuta nel secondo comma dell'art. 18 che fa «salvo l'esercizio dei poteri di autotutela» nell'intervallo tra aggiudicazione e stipulazione del contratto²⁹². Mentre gli indubbi elementi di specialità²⁹³ che connotano l'assetto disciplinare emergente dalle citate disposizioni normative sono semplicemente il riflesso della particolarità della materia e, in un contesto generale peraltro segnato dallo spostamento dell'accento, già a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, dalla dimensione strutturale della completezza della fattispecie a quella funzionale della considerazione degli interessi in gioco e dal contestuale fiorire di statuti speciali di esercizio dei poteri negoziali²⁹⁴, non possono più essere interpretati quale riflesso di una particolare natura pubblicistica del potere in determinati ambiti esercitato dalla parte pubblica, perché in questione non è la salvaguardia dell'equilibrio

²⁹⁰ Il punto è chiarito dalla *Relazione*, cit., 175, ove si precisa che «si tratta di un atto negoziale non autoritativo, posto in essere *iure privatorum*».

²⁹¹ Così si legge nella *Relazione*, cit., 227 ove si aggiunge che «Anche nella legge n. 241 del 1990, la revoca è termine che attiene all'atto amministrativo (art. 21-*nonies*) e non al contratto, per il quale si parla di 'recesso' (art. 21-*sexies*)».

²⁹² Come si era cercato di opinare già in G.D. Comporti, *Logiche di riparto per una rinnovata visione dei contratti pubblici*, cit., 441.

²⁹³ Colti da A. Benedetti, *L'esecuzione del contratto*, cit., 258 e ss., con qualche nostalgia indulgenza di troppo all'equazione specialità = «coloritura pubblicistica» dell'istituto. Seppure incidentalmente rispetto all'esame della questione controversa, e richiamando Cons. Stato, ad. plen., n. 14/2014, chiarisce che nella fase esecutiva del contratto la pubblica amministrazione è parte di un rapporto paritetico «a specialità limitata», siccome «circoscritta dalle norme speciali di diritto pubblico che le conferiscono uno *status* differenziato», Tar Campania, Napoli, sez. IV, 5 gennaio 2024, n. 132.

²⁹⁴ Segnano la svolta i lavori di N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979, e di S. Rodotà, *Le difficili vie della ricerca civilistica*, in *Riv. crit., dir. priv.*, 1983, 7. Sul punto si legga ancora F. Macario, *La civilistica e il contratto*, cit., 373, cui *adde* E. Navarretta, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale tra ideologie e principi*, cit., 616.

generale del sistema²⁹⁵ ma la conservazione dell'equilibrio contrattuale che è funzionale alla realizzazione dello specifico risultato avuto di mira.

Tutto ciò, a livello più generale, dimostra che è proprio nella famigerata «terra di nessuno», in cui si fanno meno netti i confini delle aree di dominio delle grandi dicotomie e si delineano forme di intersezione tra saperi e discipline tradizionali²⁹⁶, che si manifestano in modo più chiaro e immediato i problemi che si agitano nei casi concreti della vita e si sviluppa la proficua ricerca delle relative soluzioni.

In effetti, la vicenda qui descritta si può riassumere nei seguenti termini essenziali: un problema di tenuta dell'equilibrio del contratto pubblico, colto nella fase esecutiva del rapporto caratterizzata dall'esaurimento dei presidi potestativi di controllo degli interessi in gioco e dalla mobilità degli assetti disciplinari, sollecita risposte che vengono colte allargando lo sguardo oltre ai propri ambiti identitari e viene risolta codificando per la prima volta in chiave generale una tecnica manutentiva (*sub specie* di rinegoziazione) delle condizioni contrattuali da tempo ampiamente dibattuta nel versante civilistico e ivi finora sperimentata solo in via giurisprudenziale e in situazioni speciali ed emergenziali. In un contesto sempre più caratterizzato dalla circolazione dei modelli e dalla «praticità funzionale»²⁹⁷ delle soluzioni che rendono ormai indifferente il luogo (e la fonte normativa) in cui, per accidente, si deposita la regola giuridica, se può avere ancora un senso parlare di primati non è certo per evocare la pretesa superiorità delle garanzie offerte da un ramo dell'ordinamento rispetto ad altri²⁹⁸ ma per segnalare come il diritto amministrativo, per sua natura particolarmente attrezzato a gestire le sfide proprie delle stagioni di transizione, si è dimostrato pronto a cogliere nella saldatura tra disciplina del contratto e dinamiche concorrenziali del mercato²⁹⁹ l'occasione per uno

²⁹⁵ Evocata in modo singolare dal Consiglio di Stato nella *Relazione*, cit., 228, ove, a chiusura del commento dell'art. 190, si osserva che «I mobili e (ancora) incerti confini tra i poteri privatistici di risoluzione e quelli pubblicistici di autotutela è rimesso al punto di equilibrio che sarà individuato, nell'esercizio delle rispettive funzioni nomofilattiche, dalla Corte di Cassazione e dal Consiglio di Stato». Così, sembra di capire, tenendo ancora aperta la questione ed evocando un nuovo concordato giurisprudenziale che non potrebbe non risentire dei condizionanti profili del riparto delle giurisdizioni.

²⁹⁶ Cfr. gli stimolanti spunti in proposito offerti da S. Cassese, *Varcare le frontiere*, cit., 1062.

²⁹⁷ Richiamata quale strategia essenziale di una comparazione incentrata sui problemi concreti piuttosto che sulle teorie astratte da B. Marquesinis, *Il metodo della comparazione. Il retaggio del passato e le sfide del futuro*, trad. it. di V. Levi e N. Pasquini, Milano, 2004, 49. La rilevanza culturale di «un metodo pragmatico che tende alla convergenza» e consente la «elaborazione di regole che si adattano alle esigenze concrete di una realtà in perpetuo cambiamento» è stata evidenziata da G. Alpa, *L'arcadia del comparatista. Un saggio di storia e di metodo*, *ibid.*, XVIII.

²⁹⁸ Come invece opinato da M. Mazzamuto, *Contratti pubblici di diritto privato*, cit., 20, 59, 108-109, il quale ritiene auspicabile, a fronte del «vuoto privatistico della libertà negoziale» e del «nucleo irriducibile di garanzie pubblicistiche» che determinerebbe «una costante tensione ordinamentale verso la qualificazione pubblicistica di momenti significativi dello svolgimento del rapporto contrattuale», la prospettiva di «riconducere l'intera vicenda contrattuale nell'alveo pubblicistico» secondo il modello francese dei *contrats administratifs*.

²⁹⁹ Ben colta da A. Nervi, *Diritto dei contratti e disciplina dell'economia*, in *Riv. dir. comm.*, 2023, 329, il quale sottolinea come il contratto «del mercato» si configura sempre più «come un'operazione economica che

slancio di «progettualità a livello sistematico»³⁰⁰ che appare suscettibile di importanti ricadute in una rinnovata prospettiva unitaria e generale del sapere giuridico.

Il che sollecita, in ultima analisi, l'affinamento di un atteggiamento culturale non appropriativo e manipolativo³⁰¹ di istituti e armamentari concettuali altrui per fini conservativi/difensivi³⁰² dell'alterità/specialità del proprio statuto professionale e disciplinare, ma aperto e sensibile alle contaminazioni³⁰³, oltre che incli-

si svolge, e deve svolgersi, in conformità ad una logica superiore, che è quella del mercato di riferimento e delle logiche ivi dominanti».

³⁰⁰ *Ibid.*, 344-345.

³⁰¹ Come quello esibito nell'esemplare caso delle abusive occupazioni di immobili da parte delle amministrazioni pubbliche, che ha visto il diritto vivente (a cominciare da Cass., ss.uu., 28 febbraio 1983, n. 1464, in *Foro it.*, 1983, I, 626) inventare (così G. Morbidelli, *L'acquisizione sanante tra consulta, Strasburgo, Palazzo Spada, Palazzaccio: fine (o quasi) degli incidenti di percorso?*, in *Giur. cost.*, 2016, 2319) l'istituto dell'occupazione appropriativa facendo applicazione in una prospettiva invertita dell'art. 938 c.c.: «totale ribaltamento di prospettiva» che sarebbe stato giustificato «in base al rilievo che nel caso il conflitto nasce tra un soggetto privato, titolare di un interesse individuale, e un ente pubblico il quale ha comunque agito per soddisfare un interesse della comunità dei cittadini cui l'opera pubblica è destinata; e nella valutazione della coscienza collettiva, interpretata dall'ordinamento nel momento attuale, la comparazione degli interessi in conflitto vede perdente il primo e vincente il secondo» (come sostenuto anni dopo dall'estensore del citato *leading case*, F. Bile, *Interpretare e giudicare: tecnica e valori in tre vicende esemplari*, in *Giust. civ.*, 2011, II, 126, parlando appunto di un meccanismo che è risultato «opposto nei risultati, ma [...] identico nella struttura rispetto a quello dell'accessione disciplinato dal codice civile per quanto riguarda i rapporti fra privati»). Come notato a caldo, tra gli altri da R. Oriani, nella nota redazionale in *Foro it.*, 1983, I, 628, il giudizio di valore sotteso a tale spericolata operazione giudiziaria ha condotto «alla ratifica di quanto compiuto *contra legem* dalla p.a. (la quale potrebbe sentirsi pericolosamente autorizzata a non rispettare la legge, tanto vale il fatto compiuto)». Anche secondo A. Travi, *Poteri del giudice ordinario e garanzia del diritto di proprietà nelle occupazioni senza titolo della pubblica amministrazione, dopo la legge 27 ottobre 1988, n. 458*, in *Scritti per Mario Nigro*, 3, *Giustizia amministrativa e giustizia civile*, Milano, 1991, 708 e ss., la collocazione dell'accessione invertita su un piano di puro diritto sostanziale come istituto autosufficiente comporta seri problemi di compatibilità costituzionale nella misura in cui l'ordinamento finisce per privilegiare l'interesse dell'amministrazione pubblica che pure ha agito «in un quadro determinato dalla mancanza di un titolo e dalla violazione del principio di legalità». Sugli ulteriori problemi di dialogo tra formanti diversi dell'ordinamento, con riferimento specifico alla rinuncia abdicativa e alla possibilità della tutela risarcitoria in un contesto di pure preteso riallineamento del diritto interno alle coordinate costituzionali di un sistema multilivello (su cui da ultimo si veda Corte EDU, sez. I, 5 dicembre 2023, *Domenica Sorasio e altri c. Italia*, di cui si dà notizia nelle *News* n. 5 dell'11 gennaio 2024, a cura dell'Ufficio del massimario della Giustizia amministrativa), sia consentito rinviare a G.D. Comporti, *La strana parabola delle forme di tutela della proprietà immobiliare abusivamente occupata dalla pubblica amministrazione*, in *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazzarolli*, a cura di F. Francario, M.A. Sandulli, Napoli, 2017, 199.

³⁰² L'accento è palesato da G. Clemente di San Luca, *Notazioni su potere amministrativo e 'attitudine negoziale'*, in *Liber amicorum per Marco D'Alberti*, Torino, 2022, 409, il quale evidenzia come il tema dei limiti dell'amministrazione consensuale finisce per avere ricadute «persino sul tema più generale della sopravvivenza del Diritto amministrativo come diritto speciale». Una efficace analisi della formazione per «separazione» (nell'esperienza continentale) del diritto amministrativo come diritto proprio dell'amministrazione, si deve a V. Cerulli Irelli, *Il diritto amministrativo e il codice civile*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2022, numero speciale, *Il contributo della Sapienza alle codificazioni*, 469 e ss., il quale evidenzia anche i fattori che alimentano un processo «dagli esiti ancora perplessi» che potrebbe condurre «ad un ribaltamento della posizione del diritto amministrativo negli affari di amministrazione [...]: da diritto comune ordinario di detti affari [...] a diritto derogatorio del diritto comune, che a detti rapporti si applicherebbe salve espresse disposizioni di legge in contrario» (*ibid.*, 478).

³⁰³ Richiamate sempre più spesso per rappresentare un quadro giuridico «vivificato e sottratto alla meccanica e piatta contrapposizione di leggi e istituzioni appartenenti a diverse tradizioni» (così B. Sordi, *Le strade della comparazione tra pubblico e privato*, cit., 11-12). Cfr. di recente almeno S. Cassese, *Diritto pubblico e dirit-*

ne a cogliere³⁰⁴ nel labirinto delle ibridazioni che caratterizza l'odierna fenomenologia socio-giuridica³⁰⁵ l'opportunità per la ricerca di nuove categorie capaci di riflettere la complessità del sistema e la razionalità intrinseca dei contesti e delle situazioni che connotano le dinamiche contrattuali intese ormai «come tassello di un più ampio contesto di riferimento»³⁰⁶.

to privato: gli incerti confini, in *Giornale di dir. amm.*, 2023, 433; G. Vettori, *Dovere di verità e pluralismo nel diritto civile*, in *Quad. fiorentini*, 2022, 473; A. di Majo, *Diritto civile e amministrativo, si contaminano a vicenda*, in *Eur. e dir. priv.*, 2021, 781, 789.

³⁰⁴ Cioè a vedere e immaginare «nello spazio e nel tempo sempre nuove connessioni tra unità e pluralità, tra esperienze e paradigmi di pluralismo giuridico», secondo l'invito di G. Cazzetta, *Pagina produttiva (Unità e pluralità: spazi e tempi del pluralismo giuridico moderno). Cinquant'anni di Quaderni fiorentini*, in *Quad. fiorentini*, 2021, 25.

³⁰⁵ P. Costa, *Il "pluralismo" politico-giuridico: una mappa storico-concettuale*, in *Quad. fiorentini*, 2021, 117-118.

³⁰⁶ A. Nervi, *Diritto dei contratti*, cit., 344.

La rinegoziazione dei contratti pubblici: una via per il ripensamento di antichi paradigmi

Il nuovo principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale è analizzato nella più ampia prospettiva della rivisitazione di antichi paradigmi dei contratti pubblici, arrivando a prefigurare un assetto che, anche sul piano della tutela giurisdizionale, appare più in linea con le esigenze di certezza e affidabilità che caratterizzano la realizzazione delle commesse pubbliche.

The renegotiation of public procurement: a way to rethink old paradigms

The new principle of the preservation of contractual balance is analyzed in the broader perspective of the revisitation of ancient paradigms of public contracts, coming to prefigure a structure which, also in terms of jurisdictional protection, appears more in line with the needs of certainty and reliability that characterize the realization of public contracts.

La società a partecipazione pubblica: un quadro di sintesi (dal t.u.s.p.p. alla disciplina sui servizi pubblici, per giungere al nuovo codice dei contratti pubblici)

Fabrizio Fracchia

SOMMARIO: 1. Premessa: la difficoltà di tratteggiare un “quadro” di sintesi unitario in presenza di una “composizione a più voci”; la metafora della fuga musicale. – 2. Esposizione: il soggetto, ricavabile dal diritto comune. – 3. La risposta del TUSPP; le società di diritto singolare. – 4. Il controsggetto: la pubblicità del socio e la sua disciplina in seno al TUSPP. – 5. Gli episodi o divertimenti: il controllo e l'eterodirezione. – 6. La responsabilità erariale. – 7. L'aggravamento: la concorrenza e la società pubblica siccome colta dalla disciplina sui servizi pubblici locali. – 8. Il moto contrario: il codice dei contratti. Un cenno alle società a strumentalità necessaria. – 9. Le società a partecipazione pubblica e a controllo pubblico. – 10. Le società in house, le società quotate e le società miste: cenni. – 11. Un sintetico riferimento alla disciplina del *golden power*. – 12. Una riflessione sulle nozioni cangianti. – 13. Spunti conclusivi.

1. *Premessa: la difficoltà di tratteggiare un “quadro” di sintesi unitario in presenza di una “composizione a più voci”; la metafora della fuga musicale*

Lo studio delle società a partecipazione pubblica intercetta un'ampia gamma di problematiche giuridiche. Basti citare¹ le questioni della capacità delle amministrazioni, della costituzione della società (in cui si intrecciano disciplina pubblicistica e regolamentazione codicistica) e della struttura e della tipologia delle società pubbliche; vanno poi menzionati i temi della disciplina applicabile, del possibile “disturbo” alla concorrenza che la loro presenza e la loro attività cagionano, dei rapporti con il buon uso delle risorse pubbliche, della competenza

¹ V. G. Morbidelli, *Le società a partecipazione pubblica e la disciplina dl d.lgs. n. 175/2016*, in R. Ursi, M. Perrino (a cura di), *Le società a controllo pubblico*, Torino, 2020, 1 e ss. Sia altresì consentito il rinvio a E. Casetta, F. Fracchia, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2023, 101 e ss.

legislativa a regolare la costituzione e attività, dei rapporti con l'art. 41, Cost., con il diritto dell'Unione europea e con la disciplina dei servizi pubblici.

Di estremo interesse è anche lo sguardo storico, impegnato a cogliere la linea di tendenza generale che ha caratterizzato il sistema delle imprese pubbliche. La presenza di organizzazioni volte alla cura di attività imprenditoriali e separate rispetto all'amministrazione territoriale deputata alla gestione delle funzioni amministrative più tradizionali ha nel tempo assunto un'articolazione tripartita: aziende municipalizzate e autonome (nei limiti in cui venisse svolta attività di impresa), enti pubblici economici e partecipazioni societarie². L'impiego dello strumento societario ha avuto uno sviluppo assai rilevante, in forza sia di scelte normative, sia di un diffuso favore a livello soprattutto locale, coinvolgendo numerosissimi settori: dai servizi pubblici locali alla gestione. Ridotto l'insieme degli enti pubblici e delle aziende, le società sono oggi prioritariamente chiamate a popolare l'orizzonte che integra il "sistema" dell'impresa pubblica, anche se non mancano eccezioni, talora vistose, nel contesto normativo e istituzionale più recente³.

In ogni caso, appare evidente che, al fine di comprendere nella sua interezza il fenomeno, così complesso, delle società pubbliche (e restando nel perimetro del diritto), non è sufficiente un unico punto di vista o il riferimento a un solo settore della scienza giuridica (diritto amministrativo, diritto commerciale, diritto della concorrenza).

Gli è, infatti, che la società pubblica è oggetto di una pluralità di "narrazioni" giuridiche diverse ed è al centro di una fitta trama di "comunicazioni giuridiche": vanno dunque considerati vari blocchi di norme che si intrecciano e che si accavallano.

Arduo, in ogni caso, è tratteggiare un quadro di sintesi in presenza di una "composizione a più voci".

L'accenno induce a utilizzare, quale metafora cui ispirarsi nel corso del presente lavoro, non già l'arte figurativa (evocata dal "quadro" di sintesi cui si riferisce il titolo), bensì l'arte dei suoni.

In particolare, pensando alla composizione a più voci, immediato è il richiamo alla fuga, che comporta la sovrapposizione di più linee melodiche che debbono però rispettare precise regole contrappuntistiche.

² Nei primi due casi abbiamo la gestione di un'impresa da parte di un ente o di un suo organo; nella terza un'influenza pubblica su società (onde pubblico è il soggetto che controlla).

³ Si v. art 14, d.lgs. 23 dicembre 2021, n. 201 che, limitatamente ai servizi diversi da quelli a rete, consente che il servizio sia organizzato mediante la gestione in economia o aziende speciali. Per altro verso, ai sensi dell'art. 33, «la gestione in economia o mediante aziende speciali, consentita nei casi di cui all'art. 14, comma 1, lettera d), è altresì ammessa in relazione alle gestioni in forma autonoma del servizio idrico integrato di cui all'art. 147, comma 2-bis, lettere a) e b), d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, conformi alla normativa vigente».

Proprio sulla falsariga della struttura della fuga (e attingendo alla stessa) si intende procedere nell'esame delle società pubbliche, con l'ovvia avvertenza che, in molti casi, ci si limiterà a fornire alcuni cenni (o ad analizzare profili assai peculiari), posto che un'analisi più distesa e approfondita è contenuta in altre relazioni tenute nel corso del Convegno.

2. *Esposizione: il soggetto, ricavabile dal diritto comune*

L'esposizione costituisce la base della fuga nel suo complesso e ne determina il tipo.

In particolare, in seno all'esposizione, il soggetto esprime l'idea tematica fondamentale che riappare nello svolgimento della fuga.

Indugiando sul nostro ambito di indagine, il "tipo", o meglio, i tipi societari in cui si può incarnare il "soggetto", sono definiti in linea con le indicazioni fornite dal Codice civile, come confermato dall'art. 3, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (TUSPP): «le amministrazioni pubbliche possono partecipare esclusivamente a società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa».

Invero, non si può non notare, come, ai sensi dell'art. 1, comma 4, lett. b), rimanga estranea al TUSPP un'area importante di forme organizzative impiegate anche per svolgere attività produttive (in particolare quella che si basa sullo strumento delle fondazioni: restano infatti ferme «le disposizioni di legge riguardanti la partecipazione di amministrazioni pubbliche a enti associativi diversi dalle società e a fondazioni»). Ad ogni buon conto, per ritornare al tema delle società, è sufficiente osservare come il codice civile delinea una disciplina (che non sarà qui esaminata, onde mantenere l'indagine entro limiti ragionevoli) differenziata a seconda che vengano in rilievo società "chiuse" o società "aperte". Si tratta di poche disposizioni le quali, a fronte dell'imponente diffusione del fenomeno, esprimono una scelta che non può non avere il significato di richiamare l'interprete al criterio in forza del quale, salvo deroghe, alle società (anche pubbliche) si applica il diritto comune⁴.

⁴ F. Galgano, *La società per azioni*, in F. Galgano, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, II, Padova, 1988, 454. V. altresì Aa.Vv., *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal Testo Unico*, a cura di C. Ibba, Milano, 2019; R. Ursi, *Società ad evidenza pubblica, La governance delle imprese partecipate da Regioni ed Enti locali*, Napoli, 2012; G. Grüner, *Enti pubblici a struttura di s.p.a.*, Torino, 2009; F. Goisis, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004 e, in giurisprudenza, Cass., sez. un., 9 agosto 2018, n. 20684.

3. *La risposta del TUSPP; le società di diritto singolare*

Nella fuga, la risposta è la trasposizione del soggetto nel tono della dominante: sovrapponendo le note del soggetto e della risposta, le prime diventano note del gruppo della dominante e viceversa (quelle della risposta, cioè, sono note anche della tonica); nella risposta, poi possono essere introdotte modificazioni negli intervalli, ma, comunque, al termine del suo sviluppo si torna su di una nota che sia coerente (si “incastrano”) con il soggetto.

L’art. 1, comma 3, TUSPP, traspone nel territorio di azione delle amministrazioni il tema principale, statuendo 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». Questo tessuto normativo, dunque, si integra con l’ordinamento civile in ragione della condivisione dei tratti essenziali di disciplina, senza introdurre disarmonie.

Il TUSPP, invero, fa riferimento anche a un altro blocco di norme (quelle che concernono le società di diritto singolare: «restano ferme le specifiche disposizioni, contenute in leggi o regolamenti governativi o ministeriali, che disciplinano società a partecipazione pubblica di diritto singolare costituite per l’esercizio della gestione di servizi di interesse generale o di interesse economico generale o per il perseguimento di una specifica missione di pubblico interesse», come disposto dall’art. 1, comma 4, lett. a). Anche queste disposizioni, pur esprimendo un’alterazione di alcuni “intervalli”, nel senso che esse danno corpo al ruolo dominante dello Stato, sono pur sempre integrate con la disciplina di diritto comune, al quale (come accade, nella fuga, per la tonalità di impianto) approdano.

4. *Il controsoggetto: la pubblicità del socio e la sua disciplina in seno al TUSPP*

Nella fuga, a chiusura dell’esposizione, il controsoggetto rappresenta e introduce un elemento tematico nuovo, più libero nella sua costruzione rispetto a soggetto e risposta, con i quali il controsoggetto stesso deve però non configgerne, posto che con essi è destinato a “suonare” contemporaneamente.

In seno al TUSPP, la stessa funzione è assolta dalla disciplina del socio pubblico, che si affianca al regime, costituito dalle regole comuni codicistiche (pur integrate dal testo unico medesimo con riferimento ad alcune categorie societarie), applicabile alla società.

Il d.lgs. 175/2016 costituisce appunto la sede in cui questo “controsoggetto” è ampiamente e distesamente sviluppato, assolvendo al contempo una funzione – per così dire di riferimento ordinamentale – analoga a quella che, in relazione all’istituto del procedimento amministrativo, svolge la l. 7 agosto 1990, n. 241, nel senso che le definizioni del Testo unico sono spesso richiamate da altre fonti.

Ciò facilita dunque l’interprete e le operazioni ermeneutiche che questi è chiamato a svolgere.

Il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (codice dei contratti pubblici), ad esempio, dispone all’art. 13 che «Restano ferme le disposizioni del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, di cui al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, in materia di scelta del socio privato e di cessione di quote o di azioni» e, all’art. 174, che «Il partenariato pubblico-privato di tipo istituzionale si realizza attraverso la creazione di un ente partecipato congiuntamente dalla parte privata e da quella pubblica ed è disciplinato dal testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, di cui al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, e dalle altre norme speciali di settore». Sviate disposizioni del d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201 (Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica) rinviano al TUSPP (in particolare, in tema di affidamento a società mista e a società in house). Un rinvio alla definizione di società in controllo pubblico fornita dal d.lgs. 175/2016 si rinviene poi nell’art. 2-*bis* d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 (riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni).

Più delicato, invece, è il discorso relativo al Codice della crisi di impresa e dell’insolvenza di cui al d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (così come successivamente integrato e modificato da ulteriori provvedimenti, tra cui il d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83), il quale, nel definire il proprio spettro applicativo, da un lato, precisa come lo stesso sia volto a disciplinare le situazioni di crisi o insolvenza del debitore⁵, comprese quelle delle società pubbliche (con esclusione dello Stato e degli enti pubblici: art. 1, comma 1), d’altro lato, conferma la salvezza delle disposizioni delle leggi speciali in materia di crisi di impresa delle società pubbliche (comma 3). Tra queste, dunque, va annoverato l’art. 14, TUSPP, ma, fermo restando il principio generale della soggezione delle società pubbliche a liquidazione giudi-

⁵ Su tale tematica, *ex multis*, v. F. Goisis, E. Codazzi, *Crisi d’impresa di società a partecipazione pubblica*, in F. Cerioni (a cura di), *Le società pubbliche*, Milano, 2023, 549 e ss.; G. Giabelli, *Crisi di impresa di società a partecipazione pubblica*, in R. Ursi, M. Perrino (a cura di), *Le società a controllo pubblico*, cit., 155 e 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 G. Capo, G.M. Esposito (a cura di), *Pubbliche amministrazioni e diritto della crisi d’impresa*, Padova, 2023, 313 e ss.; M. Cossu, *Le società “pubbliche”*, in *Trattato delle società*, diretto da V. Donativi, tomo IV, Torino, 2022, 681 e ss.; C. Ibba, 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 e ss.

ziale, concordato preventivo ed amministrazione straordinaria, nonché agli «strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza», con riferimento alle relazioni in house si pone il delicato problema dell'estromissione dei soci in materia di accesso agli strumenti di regolazione della crisi previsto dall'art. 120-*bis*, Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza.

La riserva di competenza «in via esclusiva» in capo agli amministratori (prevista da tale disposizione), infatti, stride con il ruolo rilevante che, in forza del controllo analogo, il TUSPP assegna (senza distinguere tra situazioni fisiologiche e situazioni patologiche) ai soci nel modello della società in house. Si pone dunque il problema di definire il limite entro il quale il socio o i soci pubblici potrebbero interferire con le strategie di risoluzione della crisi⁶.

Va ancora aggiunto che nello «spartito complessivo» dell'ordinamento generale, solo al TUSPP, appunto quale controsoggetto, è consentito derogare al soggetto e, cioè, alla disciplina dettata dal codice civile: ai sensi del già citato art. 1, comma 3, infatti, «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».

5. *Gli episodi o divertimenti: il controllo e l'eterodirezione*

Nella fuga, dopo soggetto, risposta e controsoggetto prendono avvio gli episodi o i divertimenti.

Queste parti della fuga valorizzano e utilizzano materiali dell'esposizione, arricchendo il contrappunto.

Applicando questo criterio di indagine, si può, ad esempio, mettere a tema i motivi del controllo e dell'eterodirezione, che nel nostro ordinamento sono oggetto, appunto, di uno specifico sviluppo normativo.

Ricordando la norma di interpretazione autentica di cui all'art. 19, comma 6, d.l. 1° luglio 2009, n. 78, conv. dalla l. 3 agosto 2009, n. 102 (esso 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»), qui viene in rilievo il profilo (non già della responsabilità verso l'erario, bensì) della responsabilità verso creditori e soci da parte di società sottoposte a direzione e coordinamento ai sensi dell'art. 2497, c.c.

⁶ V., in argomento, E. 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*, in www.ildirittoeconomieconomia.it, 2023, n. 3, 127 e ss.

L'ordinamento prevede dunque che pure l'ente socio che, nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria, ponga in essere un abuso di direzione e coordinamento (eterodirigendo la società, cioè, in contrasto con i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale), risponde nei confronti dei soci e dei creditori per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società dagli atti gestori dalla stessa compiuti, in un disegno di gruppo, in attuazione degli indirizzi dell'ente.

È evidente come, da questo punto di vista, ente e società partecipata (anche non *in house*) appaiano alla stregua di un unico soggetto, anche se questa disciplina non giustifica, né presuppone, affidamenti diretti, come invece accade nel caso del *in house*.

Numerosi problemi interpretativi restano sul tavolo (ad esempio la definizione dei confini dell'attività imprenditoriale di un ente, quale il Comune, oppure la conformità al diritto eurounitario dell'esclusione dello Stato da questa disciplina, nonché i rapporti tra eterodirezione e agire formalizzato degli enti pubblici). In ogni caso, ciò che allo studioso suggerisce la lettura di questa disciplina è la necessità, onde comprendere le effettive caratteristiche del fenomeno societario pubblico, di allargare il compasso dell'analisi oltre i confini della singola società per abbracciare la logica di gruppo⁷; dal punto di vista sistematico, invece, l'art. 2497, c.c., determina l'emersione normativa del concetto di attività di direzione e coordinamento (in sé non illecita) e, dunque, l'implicito riconoscimento del potere di eterodeterminazione gestoria della società, che si estrinseca in un'attività (integrata da «condotte continuative e sistematiche»⁸) distinta rispetto a quella che viene ordinariamente svolta attraverso l'esercizio dei comuni diritti che derivano ai soci (anche di maggioranza) dalla mera partecipazione al capitale sociale.

6. La responsabilità erariale

Altro aspetto specificamente disciplinato dall'ordinamento (un altro "episodio" cui viene dato sviluppo, questa volta, nel TUSPP) è quello della responsabilità erariale.

L'art. 12, d.lgs. 175/2016, fa salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società *in house*.

In questa sede ci si limita a sottolineare un possibile profilo di integrazione con la normativa di cui al codice dei contratti (nei limiti in cui questo si applichi alle società *in house*), in particolare in ordine alla tipizzazione della colpa grave di

⁷ R. Ursi, *Il governo del gruppo locale al tempo della spending review*, in *Munus*, 2014, 415 e ss.

⁸ Cass., sez. III, 1° gennaio 2016, n. 15276.

cui all'art. 2 comma 3, d.lgs. 36/2023 («non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti») e al principio di risultato, che, ai sensi dell'art. 1, è criterio prioritario anche per «valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti».

7. *L'aggravamento: la concorrenza e la società pubblica siccome colta dalla disciplina sui servizi pubblici locali*

Negli episodi che arricchiscono la fuga e che possono “portare” a tonalità vicine, talora, si fa uso di artifici contrappuntistici che modificano in qualche modo il soggetto, pur serbandone la completezza e la riconoscibilità.

Uno di questi artifici è l'aggravamento e, cioè, l'aumento dei valori delle note.

Applicando questa chiave di lettura al tessuto normativo relativo alle società pubbliche, quale esempio di “aggravamento”, emerge l'accentuazione del valore della concorrenza⁹, che – per così dire – conduce l'interprete verso una tonalità diversa.

Al riguardo, è di interesse richiamare il già citato d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201 (Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica), posto che esso è stato emanato esercitando la delega conferita dalla l. 5 agosto 2022, n. 118 (c.d. legge annuale per il mercato e la concorrenza).

Un dato particolarmente vistoso che, in relazione a servizi locali a rilevanza economica sopra soglia, conferma come la concorrenza determini l'aggravamento della disciplina (e una sorta di torsione degli istituti), è quello relativo alla possibilità di ricorrere al modello *in house*. Emerge una sorta di disfavore nei confron-

⁹ Incidentalmente, si consideri che essa compare nell'art. 1, comma 2, TUSPP, là dove si prevede che «le disposizioni contenute nel presente decreto sono applicate avendo riguardo all'efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche, alla tutela e promozione della concorrenza e del mercato, nonché alla razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica». La presenza delle società in quanto tale, peraltro, non necessariamente ostacola la concorrenza, dovendosi verificare caso per caso il regime a esse applicabile, né il diritto dell'Unione europea, sotto questo profilo indifferente, impone, in linea di principio, un'eliminazione delle imprese pubbliche a favore del mercato. Il vincolo è piuttosto quello che gli Stati non emanino né mantengano, “nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati”. L'intervento del legislatore volto a ridurre la possibilità di istituire le società pubbliche, dunque, esprime un atteggiamento di sfavore non imposto in generale dal diritto europeo, perseguendo una finalità più complessa, nel senso che emerge anche l'obiettivo di ridurre i costi degli apparati pubblici, non a caso richiamato dal citato art. 1. Piuttosto, atteso che i fini istituzionali sono pur sempre fissati dalla legge, qui può scorgersi anche un particolare vincolo legislativo che impedisce alle amministrazioni di gemmare società che non siano coerenti con quegli scopi, sicché la tematica deve essere inquadrata pure alla luce del principio di legalità.

ti di siffatto modello, considerato derogatorio rispetto al ricorso al mercato (atteggiamento che aveva originariamente trovato avallo nella sentenza della Corte cost. 17 novembre 2010, n. 325¹⁰, chiamata a scrutinare la legittimità costituzionale dell'art. 23-bis, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2008, n. 133). L'art. 17, d.lgs. 201/2022, infatti, nel caso dell'impiego del modello *in house*, impone che la deliberazione di affidamento sia corredata da una qualificata motivazione che dia espressamente conto delle «ragioni del mancato ricorso al mercato» ai fini di un'efficiente gestione del servizio. Va peraltro sottolineato (anche in parziale discontinuità rispetto al previgente art. 192, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) come la scelta di non rivolgersi al mercato dipenda non già dalla valutazione dell'incapacità del mercato di fare fronte alla soddisfazione del bisogno (onde, in senso proprio, non è condizionato dal fallimento del mercato), ma si giustifichi in ragione dei benefici per la collettività di riferimento di natura anche non economica (la norma, ad esempio, richiama ora la tutela dell'ambiente).

8. *Il moto contrario: il codice dei contratti. Un cenno alle società a strumentalità necessaria*

Un altro espediente compositivo che, per quanto riguarda la fuga, talora ricorre nei divertimenti è quello del moto contrario, che consiste nell'inversione della direzione degli intervalli.

Un “moto contrario” rispetto alla valorizzazione della concorrenza (che, in parte, aveva caratterizzato la disciplina più recente relativa all'attività contrattuale delle amministrazioni¹¹) si può rinvenire nei riferimenti normativi alla società pubblica contenuti nella più recente disciplina posta dal codice dei contratti.

¹⁰ «Tale scelta, proprio perché reca una disciplina pro concorrenziale più rigorosa rispetto a quanto richiesto dal diritto comunitario, non è da questo imposta – e, dunque, non è costituzionalmente obbligata, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost., come sostenuto dallo Stato –, ma neppure si pone in ... con la citata normativa comunitaria, che, in quanto diretta a favorire l'assetto concorrenziale del mercato, costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri. È infatti innegabile l'esistenza di un “margine di apprezzamento” del legislatore nazionale rispetto a principi di tutela, minimi ed indefettibili, stabiliti dall'ordinamento comunitario con riguardo ad un valore ritenuto meritevole di specifica protezione, quale la tutela della concorrenza “nel” mercato e “per” il mercato. Ne deriva, in particolare, che al legislatore italiano non è vietato adottare una disciplina che preveda regole concorrenziali – come sono quelle in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento di servizi pubblici – di applicazione più ampia rispetto a quella richiesta dal diritto comunitario. L'identità del “verso” delle discipline interna e comunitaria esclude, pertanto, ogni contrasto od incompatibilità anche per quanto riguarda la indicata terza differenza».

¹¹ Sia consentito rinviare a F. Fracchia, *I contratti pubblici come strumento di accentramento*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 6, 2015, 1529 ss., nonché a F. Fracchia, W. Giulietti, *Aspetti problematici dell'esecuzione nei contratti nel prisma della nuova giurisprudenza sull'accesso civico*, in *www.ildirittodelleconomia.it.*, 3, 2020, 203 ss.

Prima di scendere all'analisi specifica di questo aspetto, giova ribadire che, ai sensi dell'art. 13, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (relativo all'ambito di applicazione del codice), restano ferme le disposizioni del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica in materia di scelta del socio privato e di cessione di quote o di azioni¹²; per altro verso, pure l'art. 3, comma 1, lett. e) dell'allegato I.1 richiama il TUSPP al momento di definire l'affidamento *in house*¹³; infine, dalla lettura dell'art. 7 («principio di auto-organizzazione amministrativa»¹⁴), emerge che il codice dei contratti si interessa alla società pubblica non solo (in positivo, per reclamare l'applicazione delle proprie regole) ove essa sia coinvolta in una vicenda di affidamento di lavori, servizi e forniture¹⁵, ma anche (questa volta per escludere l'applicazione delle norme sulla gara) in quanto costituisca uno strumento di autoproduzione.

A tale ultimo riguardo (e per tornare all'asse principale dell'analisi qui condotta), il citato art. 7, a differenza dell'art. 192, comma 2, d.lgs. 50/2016 (ma anche della già analizzata disciplina di cui al d.lgs. 201/2022), non richiede che le stazioni appaltanti diano specifico conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato; esse, invece, debbono indicare, in positivo, i «vantaggi per la collettività» legati, tra l'altro, a «qualità della prestazione, celerità del procedimento e razionale impiego di risorse pubbliche».

Questa disciplina pare costituire un precipitato, in particolare, del principio del risultato (ancorché l'art. 7 richiami pure i principi di fiducia e di acces-

¹² Inoltre, «le disposizioni del codice non si applicano ai contratti di società e alle operazioni straordinarie che non comportino nuovi affidamenti di lavori, servizi e forniture». Ciò indica che la società non interessa in quanto tale, ma solo ove sia coinvolta in una vicenda di affidamento di lavori, servizi e forniture. V. anche *infra*, nel testo.

¹³ «Affidamento di un contratto di appalto o di concessione effettuato direttamente a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato definita dall'articolo 2, comma 1, lettera o), del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, di cui al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 e alle condizioni rispettivamente indicate dall'articolo 12, paragrafi 1, 2 e 3, della direttiva 24/2014/UE e dall'articolo 17, paragrafi 1, 2 e 3 della direttiva 23/2014/UE, nonché, per i settori speciali, dall'articolo 28, paragrafi 1, 2 e 3, della direttiva 24/2014/UE».

¹⁴ «1. Le pubbliche amministrazioni organizzano autonomamente l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso l'auto-produzione, l'esternalizzazione e la cooperazione nel rispetto della disciplina del codice e del diritto dell'Unione europea. 2. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono affidare direttamente a società in house lavori, servizi o forniture, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano per ciascun affidamento un provvedimento motivato in cui danno conto dei vantaggi per la collettività, delle connesse esternalità e della congruità economica della prestazione, anche in relazione al perseguimento di obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità della prestazione, celerità del procedimento e razionale impiego di risorse pubbliche. In caso di prestazioni strumentali, il provvedimento si intende sufficientemente motivato qualora dia conto dei vantaggi in termini di economicità, di celerità o di perseguimento di interessi strategici. I vantaggi di economicità possono emergere anche mediante la comparazione con gli standard di riferimento della società Consip S.p.a. e delle altre centrali di committenza, con i parametri ufficiali elaborati da altri enti regionali nazionali o esteri oppure, in mancanza, con gli standard di mercato».

¹⁵ V. *supra*, nt. 12.

so al mercato)¹⁶, appunto in controtendenza rispetto alla valorizzazione estrema della concorrenza.

La diversa *ratio* che ispira i vari “blocchi” normativi (o, per restare nel solco della metafora, i differenti episodi della fuga), si può cogliere anche sotto un profilo diverso, considerando cioè la disciplina di un istituto che si colloca, per così dire, sullo sfondo dell’azione amministrativa.

Ai sensi dell’art. 8, d.lgs. 36/2023 (codice dei contratti pubblici), «nel perseguire le proprie finalità istituzionali le pubbliche amministrazioni sono dotate di autonomia contrattuale e possono concludere qualsiasi contratto, anche gratuito, salvi i divieti espressamente previsti dal codice e da altre disposizioni di legge». Il motivo di fondo è dunque quello dell’atipicità, opposto alla tipicità dei poteri amministrativi, ancorché campeggi il condizionamento (e il vincolo) del perseguimento delle finalità pubbliche.

Se l’autonomia contrattuale dei privati, ai sensi dell’art. 1322, c.c., è libera nei fini («le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e dalle norme corporative»), per quanto più interessa in questa sede, fermo restando il vincolo finalistico, nel settore societario (ecco il moto contrario) sussiste invece il divieto generale per le amministrazioni di costituire società (come detto non solo non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, ma anche) che operino in settori diversi da quelli tipizzati (art. 4, d.lgs. 175/2016). Esiste tuttavia un elenco di società – quali Expo e numerose società finanziarie regionali – cui non si applica questo articolo (Tabella A); inoltre, l’art. 4, commi 6, 7, 8 e 9, e l’art. 22, commi 2, 6 e 7, fanno salve le società che svolgono attività specifiche, quali la gestione di spazi fieristici, la gestione di fondi europei, o che abbiano la caratteristica di spin off o di start up universitari): si è dunque qui al cospetto di società a strumentalità necessaria.

9. *Le società a partecipazione pubblica e a controllo pubblico*

In seno al TUSPP, come in una serie di cerchi concentrici, si assiste a una progressiva intensificazione del regime pubblicistico applicabile alle società pubbliche, che si sfrangia così in una pluralità di “episodi” normativi.

Infatti, partendo da una cornice minimale (quella relativa alle società quotate, cui il codice si applica solo nei casi espressamente previsti dal codice mede-

¹⁶ Nella stessa prospettiva può considerarsi anche la disciplina dell’*in house* convenzionale, che sarà trattata *infra*, par. 12.

simo¹⁷), si passa al regime delle società partecipate (ma non necessariamente controllate: in questo caso la disciplina si focalizza soprattutto sul socio pubblico e sulle sue “azioni/iniziativa”), per giungere alla disciplina delle società in controllo pubblico, destinatarie di un regime più invasivo, nonché alle società *in house*, per taluni aspetti accostate agli enti pubblici. In questi due ultimi casi, il Testo unico apporta modificazioni al regime codicistico o, comunque, incide più direttamente sulla fisionomia della società (analogo discorso, come si vedrà, può estendersi alle società miste).

Una riflessione specifica merita la figura, da ultimo menzionata, della società in controllo pubblico (al contempo destinataria, come detto, della disciplina dettata per le società a partecipazione pubblica cui si aggiungono regole più stringenti relative all’assetto societario, agli organi e al personale), per prospettare un problema interpretativo e una possibile soluzione (in controtendenza rispetto alla chiave ermeneutica più immediata e, probabilmente, destinata a prevalere).

Ai sensi dell’art. 1, TUSPP, le disposizioni del d.lgs. 175/2016 hanno a oggetto la «costituzione di società da parte di amministrazioni pubbliche, nonché l’acquisto, il mantenimento e la gestione di partecipazioni da parte di tali amministrazioni, in società a totale o parziale partecipazione pubblica, diretta o indiretta»; secondo quanto dispone l’art. 2, comma 1, lett. f), per «partecipazione indiretta» si intende la partecipazione in una società detenuta da un’amministrazione pubblica per il tramite di società o altri organismi soggetti a controllo da parte della medesima amministrazione pubblica¹⁸. L’art. 13 (relativo al controllo giudiziario sull’amministrazione di «società a controllo pubblico» *tout court*) prevede quanto segue: «nelle società a controllo pubblico, in deroga ai limiti minimi di partecipazione previsti dall’articolo 2409 c.c., ciascuna amministrazione pubblica socia, indipendentemente dall’entità della partecipazione di cui è titolare, è legittimata a presentare denuncia di gravi irregolarità al tribunale».

La prescrizione normativa da ultimo citata potrebbe implicare che il controllo sia sempre diretto: nelle ivi richiamate (senza ulteriori limitazioni¹⁹) società a controllo pubblico, infatti, l’amministrazione riveste il ruolo di socio, sicché sembrerebbe che il carattere di socio pubblico della società controllata indichi la

¹⁷ V., ad es., artt. 8 e 9 sull’acquisto e sulla gestione di partecipazioni in tali società; l’art. 18 si occupa delle modalità e del procedimento per la quotazione nei mercati regolamentati delle società a controllo pubblico. La ragione di questo regime risiede nel fatto che un certo tasso di concorrenza qui è assicurato, esprimendosi secondo la logica propria di questi mercati (v. anche *infra*, par. 10); per altro verso, sussistono pure l’esigenza della tutela del risparmio e il bisogno di non ostacolare la competizione con le società quotate private.

¹⁸ Per “controllo” s’intende la situazione descritta nell’art. 2359, c.c.; il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all’attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo.

¹⁹ Altro sarebbe stato impiegare formule quali: “nelle società a controllo pubblico diretto... l’amministrazione pubblica socia”; oppure, “nelle società a controllo pubblico... l’amministrazione che sia socia”.

qualità fisiologica e indispensabile che deve ricorrere affinché sia integrata la figura della società a controllo pubblico.

Seguendo questa interpretazione, ove il controllo sia indiretto, la società non potrebbe includersi nella categoria delle “società a controllo pubblico” ai sensi e per gli effetti del TUSPP (qualificandosi tale soggetto come società a partecipazione indiretta o come società in cui l’ente detiene un controllo indiretto senza, appunto, essere a controllo pubblico).

A tacere del carattere controintuitivo della soluzione testé riportata, va però segnalato che in altri “luoghi” il d.lgs. 175/2016 fa riferimento alla detenzione del controllo indiretto. È quanto accade nell’art. 11 (che disciplina gli organi amministrativi e di controllo nelle società «a controllo pubblico»), c. 11, là dove si prescrive che «nelle società di cui amministrazioni pubbliche detengono il controllo indiretto, non è consentito nominare, nei consigli di amministrazione o di gestione, amministratori della società controllante, a meno che siano attribuite ai medesimi deleghe gestionali a carattere continuativo ovvero che la nomina risponda all’esigenza di rendere disponibili alla società controllata particolari e comprovate competenze tecniche degli amministratori della società controllante o di favorire l’esercizio dell’attività di direzione e coordinamento».

Questa ipotesi potrebbe peraltro essere interpretata come punto di emersione della volontà di applicare eccezionalmente un tratto di disciplina – sui limiti ai poteri di nomina – anche a queste società, senza però volerle ricondurre in toto alla disciplina delle società a controllo pubblico.

10. *Le società in house, le società quotate e le società miste: cenni*

Vediamo ora ad alcuni modelli societari (“modi di essere”) di cui il Testo unico delinea in modo più marcato gli assetti organizzativi: essi non comportano un allontanamento dai “tipi” delineati dal codice civile e, come emerge indugiano sulla vicenda che ha condotto all’affinamento dei relativi caratteri, derivano soprattutto dalla “pressione” del diritto dell’Unione europea, che ha indicato i tratti che le società debbono necessariamente esibire per garantirne la compatibilità con l’ordinamento europeo²⁰.

In ordine alle società *in house*²¹, già si è indugiato sugli obblighi motivazionali aggravati introdotti dalla disciplina sui servizi pubblici. Per quanto qui mag-

²⁰ Per argomentazione più distese, sia consentito rinviare a F. Fracchia, *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, in *Dir. econ.*, 2004, 589 e ss.

²¹ La disciplina si rinviene oggi sia nel d.lgs. 175/2016, sia (in tema di servizi locali) nell’art. 17, d.lgs. 201/2022 (peraltro con un rinvio al d.lgs. 175/2016 e al codice dei contratti pubblici), sia nell’art. 7, d.lgs.

giormente interessa, la società può giovare di affidamenti diretti perché non è (e unicamente a condizione che non sia) rilevante per il mercato, secondo una prospettiva di autoproduzione connotata da tratti pubblicitici. Ciò spiega perché il meccanismo possa operare solo a patto che la società esibisca i tradizionali e stringenti caratteri dell'*in house*, rigidamente predeterminati e affinati nel corso del tempo sotto la “pressione” della logica del mercato, che mira a evitare aggiramenti dell’obbligo della gara. Qualcosa di simile accade (in maniera speculare) con riferimento alle società quotate, per le quali il TUSPP dispone che «le disposizioni del presente decreto si applicano, solo se espressamente previsto, alle società quotate, come definite dall’articolo 2, comma 1, lettera p)»: in un caso (società *in house*) si esasperano i profili pubblicitici per giustificare la sottrazione alle regola – volta a garantire la concorrenza sul mercato – dell’affidamento con gara; nell’altra ipotesi (società quotate), il diritto pubblico si ritira a fronte del funzionamento fisiologico della dinamica del mercato, che corrisponde al “bisogno” di concorrenza. La *ratio* è, però la stessa, caratterizzata dall’alternativa tra non esposizione o esposizione alla logica del mercato.

La medesima logica opera – “premendo” affinché la società esibisca alcuni caratteri – anche in ordine al modello della società mista, nel senso che, onde scongiurare l’elusione delle regole della gara ed evitare l’istituto favorisca il privato, il TUSPP prevede la gara per la scelta di tale socio²².

11. *Un sintetico riferimento alla disciplina del golden power*

Abbandonando ora la disciplina di cui al d.lgs. 175/2016, volgiamo l’attenzione all’istituto del c.d. *golden power*. Anche in tal caso, e in una prospettiva di estrema sintesi, è stata soprattutto la giurisprudenza comunitaria a definire progressivamente gli spazi di impiego e i criteri di esercizio dei poteri, misurando la specialità dell’istituto alla luce del principio di libera circolazione dei capitali garantita dai Trattati europei (*ex multis*, v. Corte giust., sent. 26 marzo 2009, causa C-326/07). Questa tipologia di società, proprio al fine di risultare compatibile con il formante eurounitario, si è così venuta configurando come un “modello” peculiare.

36/2022 (codice dei contratti pubblici), fonte, quest’ultima, che, rinviando al primo decreto (art. 3, all. I), esclude gli affidamenti *in house* dalla disciplina sulla gara.

²² L’art. 17, d.lgs. 175/2016, prevede che la quota di partecipazione del soggetto privato non può essere inferiore al trenta per cento e conferma che la selezione del medesimo si svolge con procedure di evidenza pubblica e ha a oggetto, al contempo, la sottoscrizione o l’acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e l’affidamento del contratto di appalto o di concessione. In questo caso, tale affidamento deve essere oggetto esclusivo dell’attività della società mista.

Va aggiunto che la disciplina vigente (d.l. 21/2012 conv. nella l. 56/2012, come modificato dagli artt. 24 e 28, d.l. 21/2022), nel quadro di una tendenza al “ritorno” sulla scena dello Stato a fronte delle recenti crisi²³, ha sancito il passaggio dalla “golden share” (v. art. 2, d.l. 332/1994, convertito nella l. 474/1994 e succ. modific.) al “golden power”, nel senso che l’esercizio di poteri speciali nei settori strategici non è più legato alla qualità di azionista né, necessariamente, alle vicende di privatizzazione, riguardando potenzialmente tutte le società²⁴. L’asse della disciplina, in ogni caso, si sposta decisamente verso il diritto amministrativo, essendo basata su prerogative dell’autorità pubblica governativa²⁵.

12. *Una riflessione sulle nozioni cangianti*

Nell’ambito del diritto amministrativo, assai nota è la tesi (spesso sintetizzata facendo riferimento all’espressione “nozione cangiante di ente pubblico”) secondo cui alcuni soggetti possano essere qualificati come enti pubblici a certi fini e a taluni istituti, conservando rispetto ad altri fini e istituti un regime normativo di natura privatistica (*ex multis*, v. Cons. Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660; Cons. Stato, sez. VI, 31 ottobre 2017, n. 5031). Potrebbe invero obiettarsi che, in tali casi, si faccia in realtà questione dell’esatta definizione del campo di applicazione di vari blocchi normativi (diritto di accesso, trasparenza, contratti pubblici), posto che dalla qualifica pubblicistica non si fanno poi discendere tutte le conseguenze della pubblicità definite dal regime amministrativo.

Tanto chiarito (e in disparte la fondatezza di questa convinzione), ciò che piuttosto in questa sede si intende sottolineare è che nozioni “cangianti” paiono comunque effettivamente configurabili nel settore delle società.

Si pensi al controllo pubblico: secondo l’art. 1, comma 2, lett. c), d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39, le società (in quanto parte della categoria più ampia di enti) in controllo pubblico sono quelle controllate da amministrazioni pubbliche, *ex art.* 2359 c.c.; tale definizione non coincide con quella offerta dal TUSPP. Il combinato disposto delle lett. b) ed m) dell’art. 2, d.lgs. 175/2016, infatti, configura il controllo da parte delle amministrazioni pubbliche oltre che nella «situazione descritta dall’art. 2359 c.c.», anche «quando in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategi-

²³ A. Sandulli, *Le relazioni tra Stato e Unione Europea nella pandemia, con particolare riferimento al golden power*, in *Dir. pubbl.*, 2020, 413 e ss.; Id., *La febbre del golden power*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 743 e ss.; S. De Nitto, *Il golden power nei settori rilevanti della difesa e della sicurezza nazionale: alla ricerca di un delicato equilibrio*, in *Dir. amm.*, 2022, 553 e ss.

²⁴ Da ultimo, v. L. Belviso, *Golden power. Profili di diritto amministrativo*, Milano, 2023.

²⁵ Sui margini del sindacato del giudice amministrativo, v. Cons. Stato, sez. IV, 9 gennaio 2023, n. 289.

che relative all'attività sociale, è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo».

Anche il più volte citato modello della società *in house* (alla luce degli orientamenti giurisprudenziali e con specifico riferimento i presupposti per istituirla) è, sotto un profilo differente, “cangiante”. Si consideri che dal formante eurounitario emerge la tendenza a sposare un'interpretazione restrittiva dei suoi presupposti²⁶, al fine di evitare che, allargando i confini dell'istituto e allentando la pregnanza dei requisiti, si possano eludere le regole sulla gara: la disattivazione della logica del mercato, cioè, si deve radicare su di una “autoproduzione” che sia davvero tale. Un'interpretazione meno restrittiva, invece, sembra, talora, emergere a livello nazionale con il risultato, in particolare, di estendere la giurisdizione della Corte dei conti (ancorata alla sussistenza della relazione *in house*), soprattutto nelle società pluripartecipate, dove dovrebbe essere rigidamente presente il controllo congiunto da parte di ciascun socio. Esattamente dal confronto di questi due orientamenti sembra profilarsi un istituto a geometria variabile, che assume caratteri diversi a seconda di quale sia l'interesse in rilievo: rigidamente definito allorché si faccia questione di tematiche ascrivibili alla concorrenza; in parte dilatabile per consentire al giudice contabile di attivare pretese risarcitorie (che dovrebbero allora lambire anche i soci pubblici²⁷).

Una fisionomia ancora diversa delle relazioni *in house* affiora dalla lettura della disciplina della governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza, atteso che l'art. 10, comma 1, d.l. 77/2021, conv. dalla l. 77/2021, ha introdotto il c.d. *in house* convenzionale (v. *infra*, ult. par.): le amministrazioni interessate, al fine di «sostenere la definizione e l'avvio delle procedure di affidamento ed accelerare l'attuazione degli investimenti pubblici, in particolare di quelli previsti dal PNRR e dai cicli di programmazione nazionale e dell'Unione europea 2014-2020 e 2021-2027», possono avvalersi, mediante apposite convenzioni, «del supporto tecnico-operativo di società *in house* qualificate», anche al di fuori di uno specifico rapporto per così dire interorganico.

²⁶ V., *ex multis*, sul piano nazionale, Cons. Stato, Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1, in cui si chiarisce che «i requisiti dell'*in house* providing, costituendo un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, vanno interpretati restrittivamente».

²⁷ Questa tendenza non pare emergere con frequenza dall'analisi delle sentenze, sicché si compone un quadro complessivo segnato dal seguente paradosso: i soci pubblici (anche nelle società non *in house*), ai sensi dell'art. 2497, c.c., vengono talora condannati a rispondere verso creditori e soci ove intacchino l'integrità del patrimonio sociale, mentre, nelle società *in house*, essi risultano estranei alle iniziative risarcitorie erariali.

13. Spunti conclusivi

Come nell'arte della fuga di Bach, ove (esclusi i canoni) sono esposti quattordici contrappunti, nel corso di questo lavoro sono stati offerti quattordici esempi, tra modi di essere e caratteristiche²⁸ delle società pubbliche²⁹ (la cifra 14 era usata da Bach per firmare le proprie opere, essendo il risultato della somma delle cifre corrispondenti alle lettere del cognome). Insistendo nel parallelismo, poi, come l'arte della fuga si sviluppa in una partitura, e, cioè, su vari pentagrammi, anche la disciplina sulle società pubbliche risulta dalla sovrapposizione di quattro orditi normativi principali: il codice civile (e l'ordinamento generale); il TUSPP, il codice dei contratti, la disciplina sui servizi pubblici.

Difficile, in questa cornice, indicare all'operatore un univoco criterio interpretativo o una sola chiave di ricostruzione complessiva degli istituti.

Alcuni spunti possono tuttavia essere offerti.

In primo luogo, il diritto amministrativo non può essere escluso dall'orizzonte di riferimento dell'interprete. È sufficiente qui ribadire che, in tema di *golden power*, il baricentro della disciplina, avendo a oggetto i poteri governativi, si sposta verso il diritto amministrativo, con il suo corredo semantico anche in ordine al profilo della tutela³⁰.

In secondo luogo, trova conferma il fatto che il diritto amministrativo, come del resto è naturale, si interessa soprattutto dell'attività, del ruolo e delle scelte del socio pubblico. Appunto in questi ambiti, per così dire esterni all'*hard core* e alla "struttura" della società, emergono pluralità di regimi e si colgono anche alcune divergenze rispetto a tratti della disciplina di diritto comune (si pensi alla diversa declinazione del principio di autonomia contrattuale siccome disciplinato dal TUSPP, per cui sussiste il divieto generale di costituire società non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali e che operino in settori diversi da quelli tipizzati).

Più in generale, l'interesse (concorrenza, risultato, PNRR) di volta in volta preso in considerazione da questi vari blocchi di disciplina (quasi agendo alla

²⁸ La società dell'ordinamento civile, la società a partecipazione pubblica nel TUSPP, le società di diritto singolare, le società a controllo pubblico, la società in relazione all'art. 2497, c.c., la società alla luce della disciplina della crisi di impresa, la società in relazione all'art. 12, TUSPP, la società nella disciplina sui servizi pubblici locali, la società nel codice dei contratti, le società a strumentalità necessaria; la società in house, la società mista, la società quotata, le società nella prospettiva della disciplina del golden power.

²⁹ Un'accurata contabilità è offerta da G. Morbidelli, *Le società a partecipazione pubblica e la disciplina dl d.lgs. n. 175/2016*, cit., 1 e ss.

³⁰ Si è in particolare deciso che la scelta governativa rifletta «un'ampia valutazione geopolitica proiettata a scenari futuri», «tesa, da un lato, a preservare il Paese da possibili fattori di rischio prospetticamente rilevanti, dall'altro, e contestualmente, ad arginare iniziative di Paesi terzi potenzialmente pericolosi»: Cons. Stato, sez. IV, 9 gennaio 2023, n. 289.

stessa strega dell'attrazione magnetica della tonalità nell'arte dei suoni) influenza e forgia i tratti della normativa.

L'interprete, di fronte alla pluralità delle fonti coinvolte nella tessitura della trama normativa complessiva, non può non svolgere alcune osservazioni critiche, condivise dall'operatore pratico.

Non giova, in particolare, la circostanza che norme relative allo stesso istituto siano distribuite in svariati luoghi ordinamentali, alimentando anche una rilevante produzione decisionale da parti di plessi giurisdizionali differenti.

È sufficiente citare gli istituti dell'incompatibilità e dell'inconferibilità, in ordine ai quali l'art. 11, c. 14, d.lgs. 175/2016, opera un opportuno rinvio al d.lgs. 39/2013, ma per i quali rileva anche l'art. 6, d.lgs. 201/2021, quando si faccia questione di società che gestiscono servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Pure il più volte citato tema dell'onere motivazionale richiesto per fare ricorso alla società *in house* impone all'interprete di faticosamente analizzare non solo il codice dei contratti³¹, ma anche, se rilevanti, di integrarlo con gli artt. 14 e 17, d.lgs. 201/2021 in tema di servizi pubblici. Non solo: sussiste comunque il dovere di rispettare il TUSPP che impone (in particolare all'art. 5) oneri motivazionali in ordine alla costituzione della società (anche *in house*)³².

Un ulteriore profilo problematico concerne l'eccessiva "pubblicizzazione" di alcuni istituti che intercettano il regime delle società pubbliche, determinando

³¹ Oltre alle norme già commentate, va aggiunto che, ai sensi dell'art. 7, comma 2, d.lgs. n. 36/2023, nell'ambito delle prestazioni oggetto di contratti pubblici occorre distinguere quelle che sono qualificabili come "strumentali" da quelle che non sono sussumibili in tale categoria. Nel primo caso, il ricorso all'affidamento *in house* è sufficientemente motivato qualora dia conto dei vantaggi in termini di economicità, di celerità o di perseguimento di interessi strategici.

³² Senza contare che, ove il parere delle sezioni riunite della Corte dei conti (nel caso di società a partecipazione statale) e della sezione regionale di controllo competente (nelle ipotesi di società a partecipazione regionale o locale) sia in tutto o in parte negativo, è richiesta un ulteriore passaggio motivazionale per discostarsi dal medesimo parere. Peraltro, secondo Corte dei conti, sez. controllo Emilia – Romagna, deliberazione 29 agosto 2023, n. 123, in materia di gestione del Servizio idrico integrato, «la norma di cui all'art. 5, c. 3, del D.Lgs. 175/2016 deve essere interpretata nel senso di ricondurre le relative prescrizioni in capo all'ente di governo d'ambito, il quale dovrà trasmettere l'atto deliberativo di assunzione di partecipazioni o di costituzione della nuova società alla competente Sezione della Corte dei conti. A supporto di tale interpretazione, sussistono anche ragioni di economia procedimentale. Difatti, in caso di costituzione o di assunzione di partecipazioni da parte di una pluralità di amministrazioni, dovrebbero essere sottoposte al vaglio della magistratura contabile le deliberazioni di ciascuno dei soggetti partecipanti alla compagine sociale, le quali, se trasmesse non contestualmente e/o con l'allegazione di differente documentazione, comporterebbero la necessità di altrettante istruttorie e di distinte pronunce per ciascuna di esse, con conseguente irragionevole aggravio dell'iter procedimentale»: l'atto deliberativo del singolo Comune, pertanto, non deve essere oggetto di vaglio da parte della Corte dei conti; deve esserlo unicamente quello dell'ente di governo d'ambito. Sull'interpretazione dell'espressione (art. 5, comma 1, d.lgs. 175/2016) «a eccezione dei casi in cui la costituzione di una società o l'acquisto di una partecipazione, anche attraverso aumento di capitale, avvenga in conformità a espresse previsioni legislative», v. Corte dei conti, sez. controllo Sicilia, 9 agosto 2023, n. 233, secondo cui il legislatore ha inteso qui fare primariamente riferimento alle ipotesi in cui la società è istituita direttamente e unilateralmente dalla legge e alle ipotesi di società a costituzione obbligatoria che si configurano quando la legge non istituisce direttamente la società, ma ne prevede la costituzione, stabilendo la denominazione, la sede, l'oggetto sociale e il capitale iniziale.

una sorta di duplicazione degli adempimenti che le stesse debbono porre in essere. Si pensi all'obbligo di predisporre il Piano di prevenzione della corruzione e della trasparenza ai sensi della l. 6 novembre 1990, n. 190³³, che deve integrarsi con i modelli adottati ex d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, dalle società a partecipazione pubblica. Viene poi in rilievo la disciplina delle segnalazioni (v., da ultimo, d.lgs. 10 marzo 2023, n. 24, recante Attuazione della direttiva UE 2019/1937 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2019, riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e recante disposizioni riguardanti la protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali) che si applica anche ai soggetti del settore pubblico e, tra questi, alle società a controllo pubblico o *in house*, prevedendo misure sanzionatorie in caso di inadempimento, nonché la soggezione a linee guida e la vigilanza dell'ANAC. Essa, per le società pubbliche che si dotano del modello ex d.lgs. 231/2001, in parte si sovrappone agli adempimenti previsti da tale ultima fonte.

In questo quadro, giova ribadire che la presenza del d.lgs. 175/2016, cui spesso fanno rinvio altre fonti, è certamente di aiuto, anche se sarebbe opportuno evitare la necessità di ricercare in altri blocchi normativi alcuni tratti della disciplina o, comunque, adottare (almeno per il futuro) il banale criterio in forza del quale l'inserimento di un onere amministrativo a carico della società o del socio pubblico può avvenire soltanto a condizione di eliminarne un altro.

In modo assai più radicale, riprendendo il motivo della significativa "pubblicizzazione" del soggetto societario e della sua attività, ci si potrebbe provocatoriamente chiedere se, ove ci si allontani troppo dal centro prototipico societario forgiato dal diritto comune, non si debba prendere atto del superamento di un confine ordinamentale che segna l'ingresso in un territorio in cui le figure soggettive votate alla soddisfazione di bisogni collettivi dovrebbero assumere la schietta fisionomia di enti pubblici o aziende pubbliche.

³³ Nel senso della razionalizzazione degli adempimenti si muove comunque il PNA 2022, Delibera ANAC 17 gennaio 2023, n. 7.

Fabrizio Fracchia - Abstract

La società a partecipazione pubblica: un quadro di sintesi (dal t.u.s.p.p. alla disciplina sui servizi pubblici, per giungere al nuovo codice dei contratti pubblici)

Utilizzando una metafora tratta dall'arte dei suoni, l'A. ripercorre e analizza la disciplina delle società a partecipazione pubblica attraverso un percorso interpretativo sistematico che valorizza i differenti luoghi ordinamentali in cui essa è presente e che, in conclusione, offre alcuni spunti critici.

State-owned companies: an overview (from the law of State-owned companies to the regulations on public services, to the new public procurement code)

Using a metaphor drawn from the art of sounds, the A. traces and analyzes the discipline of State-owned companies through a systematic interpretive path that enhances the different ordinal places in which it is present and, in conclusion, offers some critical insights.

Guardiani indipendenti “senza mercato”. Il modello dei Garanti regionali per l'infanzia e l'adolescenza tra tutela effettiva di diritti e adempimento di doveri intragenerazionali di protezione*

Pasquale Pantalone

SOMMARIO: 1. L'indipendenza quale attributo necessario dei Garanti per l'infanzia e l'adolescenza. – 2. La plausibilità del modello (*recte* dei modelli) delle Autorità indipendenti. – 3. I Garanti regionali quali tutori di diritti e “forme” di adempimento di doveri intragenerazionali di protezione. – 4. (*Segue*). I Garanti regionali quali “guardiani” dell'adempimento di doveri altrui. – 5. Osservazioni conclusive.

1. *L'indipendenza quale attributo necessario dei Garanti per l'infanzia e l'adolescenza*

I Garanti regionali (e il Garante nazionale) per l'infanzia e l'adolescenza trovano il loro originario fondamento giuridico nel diritto internazionale pattizio e, in particolare (ma non solo), nella Convenzione universale dei diritti del fanciullo sottoscritta a New York nel 1989 (ratificata in Italia con l. n. 176/1991), ove si stabilisce che «al fine di garantire e di promuovere i diritti enunciati nella presente Convenzione, gli Stati parti [...] provvedono alla creazione di istituzioni, istituti e servizi incaricati di vigilare sul benessere del fanciullo»¹.

* Il presente contributo (destinato al volume C. Acocella, F. Pinto (a cura di), *I garanti regionali dell'infanzia e dell'adolescenza tra sistema delle tutele e sistema dei poteri*, in corso di pubblicazione) riprende e sviluppa le riflessioni espresse nel corso del Convegno dal titolo «Il Garante regionale per l'infanzia e l'adolescenza nel quadro dei rapporti Stato/Regioni», tenutosi il 6 marzo 2023 presso il Consiglio Regionale della Campania e organizzato dal Garante per l'infanzia e l'adolescenza della Campania.

¹ Art. 18, c. 2 della Convenzione universale dei diritti del fanciullo del 1989. Per un inquadramento di queste particolari figure istituzionali, si v. *ex multis* A. Albanese, *I garanti per l'infanzia e l'adolescenza fra tutela dei diritti e gestione dei conflitti*, in *Le Regioni*, 4, 2014, 721 ss.; F. Ferzetti, *I Garanti regionali a difesa dell'infanzia e dell'adolescenza*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 1, 2014, 131 ss. Anche a livello locale sono fiorite

Già in quel formante normativo, il carattere dell'indipendenza di queste peculiari figure istituzionali è stato ripetutamente sottolineato e riaffermato.

Al riguardo, è sufficiente richiamare i commenti e le osservazioni formulati, nel corso degli ultimi due decenni, dal Comitato delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia sullo stato di attuazione della Convenzione: il commento generale n. 2 del 2003 («Il Comitato pubblica il presente Commento generale per incoraggiare gli Stati parti a dotarsi di una istituzione *indipendente*, incaricata di promuovere e monitorare l'applicazione della Convenzione»); le Osservazioni conclusive del 2011 al Terzo e al Quarto Rapporto periodico dell'Italia («13. Il Comitato raccomanda allo Stato parte di istituire rapidamente il nuovo ufficio del Garante nazionale per l'infanzia e l'adolescenza, dotandolo di risorse umane, tecniche e finanziarie sufficienti per assicurarne l'*indipendenza* e l'efficacia»); ancora, le Osservazioni conclusive del 2019 al Quinto e al Sesto Rapporto periodico dell'Italia («10. Richiamando le proprie precedenti raccomandazioni [...] il Comitato raccomanda allo Stato parte di: (a) assicurare piena *indipendenza* e autonomia all'Autorità nazionale garante per l'infanzia e l'adolescenza; (b) aumentare le risorse umane, tecniche e finanziarie dell'Autorità; (c) creare un'Istituzione nazionale per i diritti umani conforme ai Principi di Parigi»).

Anche nel diritto interno e, segnatamente, nelle fonti legislative istitutive del Garante nazionale e dei Garanti regionali per l'infanzia e l'adolescenza, l'indipendenza dovrebbe contraddistinguere la fisionomia strutturale di questi attori istituzionali. Basti sul punto osservare che l'Autorità garante nazionale esercita «poteri autonomi di organizzazione, con indipendenza amministrativa e senza vincoli di subordinazione gerarchica» (art. 1, l. n. 112/2011)². Un'analogia indipendenza è, poi, riconosciuta ai Garanti regionali: a titolo esemplificativo, l'art. 1, c. 2, l.r. Campania n. 17/2006 stabilisce che «(i)l Garante svolge la propria attività in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e valutazione e non è sottoposto ad alcuna forma di controllo gerarchico e funzionale».

L'indefettibilità del carattere di indipendenza del Garante nazionale e dei Garanti regionali per l'infanzia e l'adolescenza ha indotto una parte della dottrina a ricondurre tali soggetti al modello delle Autorità amministrative indipendenti³. Seppure con riferimento all'istituzione dell'«Autorità garante per la promozione e la protezione dei diritti umani», anche il recente d.d.l. n. 2303 presenta-

analoghe esperienze: in tema, si v. E. Lamarque, *I garanti comunali per l'infanzia e l'adolescenza*, in *Minorigiustizia*, 2018, 3, 117 ss.

² In ordine alla struttura e alle funzioni del Garante nazionale, invero non oggetto di specifica analisi in questa sede, cfr. F. Albano, *L'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza: una realtà in divenire*, in *Minorigiustizia*, 2018, 3, 98 ss.

³ Sul Garante nazionale, v. G. Ferrari, *Il proliferare del fenomeno delle Autorità amministrative indipendenti: verifica in ordine alla possibilità di riconoscere in via interpretativa tale qualificazione ad organismi pubblici di nuova istituzione*, in *Foro amm. CDS*, 2011, 9, 2935 ss.

to al Senato della Repubblica in data 22 settembre 2021 fa esplicito riferimento al «modello delle Autorità indipendenti». In altri ordinamenti (come quello francese, ad esempio), invece, questa figura istituzionale è espressamente qualificata come Autorità indipendente⁴.

In realtà, come spesso accade quando s'intende oltrepassare la soglia delle «semplificazioni unificanti»⁵, la riconducibilità a quel modello è tutt'altro che scontata.

In considerazione delle significative differenze strutturali e funzionali che le caratterizzano, infatti, non esiste un unico modello⁶, ma più modelli normativi di Autorità indipendenti. A meri fini classificatori e in estrema sintesi, secondo una parte della dottrina, ne possono essere individuati quattro⁷:

- a) le Autorità di garanzia che agiscono in modo trasversale per la protezione di un peculiare interesse (concorrenza, riservatezza, diritto di sciopero, trasparenza e prevenzione della corruzione) e che svolgono le loro funzioni con riguardo alla pluralità di soggetti operanti in un certo ambito. È il caso, ad esempio, dell'Autorità garante per la concorrenza e il mercato il cui spettro di azione include tutti i settori economici a tutela della concorrenza, oppure dell'Autorità nazionale anticorruzione, che agisce, tra l'altro, a protezione della trasparenza amministrativa⁸.
- b) Le Autorità che, specie per ovviare ai fallimenti del mercato e per correggere il suo cattivo funzionamento (si pensi al tema delle asimmetrie informative), svolgono funzioni di vigilanza e controllo su taluni mercati settoriali, come quello creditizio (Banca d'Italia), finanziario (Commissione nazionale per le società e la borsa) o assicurativo (Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni).
- c) Le Autorità preposte alla vigilanza e alla regolazione di alcuni mercati dei servizi pubblici che sono stati oggetto di processi di liberalizzazione. Esse hanno il precipuo compito di regolare e controllare un settore sensibile, proteggendo in particolare gli interessi degli utenti e disponendo di poteri normativi, amministrativi e para-giurisdizionali. A questo riguardo, posso-

⁴ L. 2000-196 del 6 marzo 2000.

⁵ G. Amato, *Autorità semi-indipendenti ed Autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 645 ss.

⁶ *Ex multis*, G. Pericu, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 1996, 1, 1.

⁷ E. Casetta, F. Fracchia, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2023, 227 ss.

⁸ Fino all'entrata in vigore del d.lgs. n. 36/2023, l'ANAC svolgeva anche penetranti funzioni di regolazione c.d. “flessibile” nel settore dei contratti pubblici principalmente attraverso lo strumento delle linee guida, su cui la dottrina ha diffusamente concentrato la propria attenzione (*ex multis*, si v. G. Morbidelli, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 2016, 3, 273 ss.; M.P. Chiti, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. di dir. amm.*, 2016, 4, 436 ss.; C. Deodato, *Le linee guida dell'Anac: una nuova fonte del diritto?*, in *giustamm.it*, 2016, 4; F. Cintioli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del cd. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 2, 381 ss.).

- no essere ricordate, ad esempio, l'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente (che, invero, si occupa anche di servizi che sono rimasti pubblici, come quello idrico), l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e l'Autorità di regolazione dei trasporti.
- d) Un'ulteriore figura è quella del Difensore civico, che presenta alcune analogie con il modello delle Autorità indipendenti⁹. Si tratta di un soggetto istituito su base regionale, tendenzialmente indipendente¹⁰, funzionalmente collegato alle assemblee elettive e dotato di particolari requisiti di professionalità¹¹. Allo stesso tempo, però, il Difensore civico si occupa di questioni assai diverse da quelle che generalmente impegnano le Autorità indipendenti; non dispone di poteri decisori, sanzionatori e normativi; si atteggia a «snodo flessibile e informale di collegamento tra cittadini e poteri pubblici [...], funge(ndo) anche da “pungolo” e da “ausilio” per l'amministrazione attiva»¹².

2. *La plausibilità del modello (recte dei modelli) delle Autorità indipendenti*

Alla luce dei modelli di *authorities* sopra sinteticamente ricordati, si rivela utile verificare a quale di questi appare più “vicino” l'archetipo normativo delineato, in particolare, per i Garanti regionali per l'infanzia e l'adolescenza¹³.

Senza ulteriormente soffermarsi sul punto, i Garanti regionali non possono certamente rientrare nel modello delle Autorità di vigilanza e di regolazione di mercati specifici. Il che esclude una potenziale assimilazione di tali soggetti alle *authorities* di vigilanza e regolazione economica istituiti a livello regionale (come, ad esempio, i Comitati regionali per le comunicazioni-Co.re.com.), anche per il fatto che i Garanti regionali, a differenza dei Co.re.com., non sono assoggettati a un rapporto di dipendenza funzionale con l'Autorità nazionale¹⁴.

⁹ Cfr. TAR Lazio, Sez. II, 14 gennaio 2009, n. 139.

¹⁰ Corte cost., 6 aprile 2004, n. 112 ha chiarito che il Difensore civico non è organo di governo, ma è «titolare di sole funzioni di tutela della legalità e della regolarità amministrativa».

¹¹ Da ultimo sul tema v. N. Posteraro, *Contributo allo studio della difesa civica quale strumento di risoluzione alternativa delle controversie*, Napoli, 2023.

¹² E. Casetta, F. Fracchia, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 231.

¹³ Un ragionamento in parte analogo può essere effettuato in relazione al Garante nazionale.

¹⁴ Art. 1, c. 13, l. 177/1997 (l. istitutiva dell'AGCOM): «13. [...] Riconoscendo le esigenze di decentramento sul territorio al fine di assicurare le necessarie funzioni di governo, di garanzia e di controllo in tema di comunicazione, sono funzionalmente organi dell'Autorità i comitati regionali per le comunicazioni, che possono istituirsi con leggi regionali entro sei mesi dall'insediamento, ai quali sono altresì attribuite le competenze attualmente svolte dai comitati regionali radiotelevisivi. [...] L'Autorità d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano adotta un regolamento per definire le materie di sua competenza che possono essere delegate ai comitati regionali per le comunicazioni».

Non pare nemmeno convincente la riconduzione dei Garanti regionali al modello delle Autorità di garanzia che agiscono in settori diversi da quelli più propriamente economici (si pensi, in proposito, alla Commissione di garanzia per l’attuazione del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, oppure al Garante per la protezione dei dati personali). Vero è che siffatti soggetti dell’ordinamento perseguono una comune *mission* di tutela di diritti (dei minori, della *privacy* e del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali), ma, come visto sopra, si distinguono nettamente per struttura e funzioni.

I Garanti regionali, invero, sembrano maggiormente assimilabili al modello dei Difensori civici. Entrambi questi soggetti, infatti, sono organi monocratici, nati e sviluppatasi a livello regionale, che debbono essere provvisti di certi requisiti di esperienza e professionalità; sono tendenzialmente indipendenti; la loro azione amministrativa è di regola caratterizzata da moduli flessibili, informali e destrutturati; difettano di “poteri forti”, nel senso che sono perlopiù dotati di funzioni di *moral suasion*.

Non può, però, essere sottaciuto che, a differenza dei Difensori civici, i Garanti regionali hanno una competenza specifica (la tutela dei minori, appunto) e non generalista. Inoltre, essi svolgono le proprie funzioni non solo nei confronti delle pubbliche amministrazioni, ma anche nei confronti di soggetti privati. Il che, almeno per questi ultimi aspetti, li avvicina nuovamente al modello delle Autorità indipendenti di garanzia.

Guardando alle singole esperienze regionali, risulta che soltanto la Val d’Aosta abbia attribuito le funzioni di garanzia dell’infanzia e dell’adolescenza al Difensore civico. Anche la Liguria, nelle more dell’istituzione del Garante dell’infanzia e dell’adolescenza come organo a sé stante, ha demandato in via transitoria le funzioni di tale organo al Difensore civico. Le altre Regioni, invece, hanno optato per la configurazione autonoma del Garante regionale. Solo alcune hanno preferito attribuire la garanzia delle pretese dei bambini e degli adolescenti a un organo tutelante anche ulteriori categorie di persone¹⁵.

¹⁵ Sul punto P. Vipiana, *Il Garante per l’infanzia e l’adolescenza in Valle d’Aosta, ultima Regione ad aver introdotto l’organo di garanzia dei minori*, in *Le Regioni*, 2020, 6, 1503 ss.

3. *I Garanti regionali quali tutori di diritti e “forme” di adempimento di doveri intragenerazionali di protezione*

In ogni caso, a prescindere dall'esatto involucro giuridico, la natura ibrida e la “debolezza” dei poteri che contraddistinguono i Garanti regionali per l'infanzia e l'adolescenza non ne affievoliscono la rilevanza sul piano dell'ordinamento generale, posto che l'effettività della tutela dei diritti – specie dinanzi a temi così delicati e che coinvolgono i minori – è innanzitutto assicurata dall'amministrazione prima che dalla giurisdizione.

Se è vero che per l'accertamento e la concreta attuazione di una situazione giuridica soggettiva occorre di regola rivolgersi all'autorità giurisdizionale, soprattutto in queste circostanze concernenti persone particolarmente fragili, sarebbe viepiù preferibile percorrere un tentativo di preliminare risoluzione amministrativa del problema di tutela in concreto manifestatosi, anche perché, come già ricordato *supra*, l'azione del Garante regionale presenta il vantaggio di essere oggettivamente più flessibile, destrutturata, informale e accelerata, rispetto al tradizionale “binario” giurisdizionale.

A ben vedere, poi, l'attività del Garante regionale non si traduce soltanto nella (fondamentale) promozione e attuazione dei diritti dei bambini e degli adolescenti, ma consiste anche in una forma di adempimento di un dovere inderogabile di solidarietà *ex art. 2, Cost.*¹⁶

I doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale sono riferiti a tutti i soggetti (*in primis* ai privati¹⁷, ma anche ai soggetti pubblici¹⁸) che sono chiamati, a vario titolo e secondo differenti gradi di intensità, a prestare appoggio, sostegno, aiuto, ovvero a condividere, nel senso di alleviare nei limiti del possibile, le

¹⁶ In ordine alla clausola generale di doverosità di cui all'art. 2, Cost., e ai singoli doveri costituzionali di cui essa costituisce fondamento, oltre al tradizionale studio di G. Lombardi (*Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967), si v., tra i contributi meno risalenti, F. Giuffrè, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002; E. Rossi, *Art. 2*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006; R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi. Atti del convegno di Acqui Terme-Alessandria svoltosi il 9-10 giugno 2006*, Torino, 2007; F. Pizzolato, C. Buzzacchi, voce «Doveri costituzionali», in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, 2008, 319 ss.; F. Polacchini, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bologna, 2016; F. Marone (a cura di), *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale? Atti del Seminario del 19 ottobre 2018 all'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli*, Napoli, 2018; si v. anche il n. monografico dedicato ai doveri costituzionali di *Diritto costituzionale*, 2019, 2.

¹⁷ G. Lombardi, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, cit., 10 ss.

¹⁸ M. Monteduro, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2020, 543-552, il quale peraltro ipotizza una correlatività (*recte* un rapporto di «inerenza e coimplicazione») tra doveri inderogabili imputabili direttamente all'amministrazione pubblica *ex art. 2 Cost* e diritti inviolabili della persona umana (557 ss.).

situazioni di svantaggio, di disagio, di sofferenza, nelle quali possano trovarsi determinati individui, alcune categorie di essi o, più in generale, l'intera collettività¹⁹.

Oggi, soprattutto, il contenuto dei doveri di solidarietà corrisponde all'esigenza di farsi carico dei bisogni delle generazioni presenti più deboli o svantaggiate e di quelle future, al fine di assicurare la sopravvivenza della comunità di appartenenza e lo sviluppo della persona umana²⁰. Di qui la saldatura funzionale col principio di eguaglianza sostanziale espresso nell'art. 3, c. 2, Cost.²¹.

La recente l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1, ha modificato, tra l'altro, l'art. 9, Cost., ponendo un vincolo in capo alla Repubblica e a tutte le sue componenti di tutelare un oggetto complesso come l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche (ma non solo) nell'interesse delle future generazioni²².

Seppure non espressamente evocato, è di tutta evidenza il riferimento al principio dello sviluppo sostenibile, rappresentativo di un dovere intergenerazionale a garantire uno sviluppo che soddisfi le esigenze della generazione attuale senza compromettere la capacità delle generazioni future di soddisfare le proprie²³.

Senza ripercorrerne l'evoluzione e il significato²⁴, ai nostri fini è sufficiente osservare che lo sviluppo sostenibile e il canone di responsabilità intergenerazionale che esso incarna non paiono relegati al solo settore ambientale, mostrando una marcata e indubitabile attitudine espansiva²⁵.

¹⁹ Cfr. CGARS, 25 luglio 2017, n. 343.

²⁰ Secondo E. Betti, voce «Dovere giuridico (cenni storici e teoria generale)», in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965, «[...] dall'un lato, si ricomprende nell'*officium* il dovere di assistere e soccorrere altri esseri umani, dagli stretti congiunti agli uomini tutti, dall'altro si esprime con l'*officium* il complesso dei doveri che incombono (e dei correlativi poteri che spettano), in posizioni differenziate, a quanti siano investiti di un compito di protezione e di responsabilità nell'interesse di singoli o della società intera organizzata nella *res publica*». Si è anche opportunamente parlato in tal senso di «una sorta di sussidiarietà dei doveri»: G. Lombardi, voce «Doveri pubblici (dir. cost.)», in *Enc. Dir.*, agg. IV, Milano, 2002.

²¹ Al riguardo, si v. E. Rossi, *Art. 2*, cit., il quale, invero, evidenzia come la lettura sistematica delle due disposizioni costituzionali contribuisca a superare la dicotomia tra solidarietà orizzontale e verticale, senza che venga meno la responsabilità dello Stato e delle istituzioni pubbliche di garantire effettività ai diritti riconosciuti.

²² L'art. 9, Cost., è stato così riformulato a opera della l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1: «1. La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. 2. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione. 3. Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali». La l. cost. n. 1/2022 cit. ha altresì modificato l'art. 41 Cost., il cui testo vigente è ora il seguente: «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».

²³ Questa è la nozione tratteggiata nel 1987 nel Rapporto «*Our Common Future*» della Commissione mondiale per l'ambiente e lo sviluppo (c.d. «Commissione Brundtland») istituita nel 1983 dalle Nazioni Unite.

²⁴ La letteratura, soprattutto negli ultimi anni, è diventata vastissima. Per tutti, F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2009.

²⁵ Cfr. F. Fracchia, S. Vernile, *Lo sviluppo sostenibile oltre il diritto ambientale*, in *Le Regioni*, 2022, 1-2, 15 ss.; F. Clementi, *La riforma dell'art. 9 Cost. e l'Enciclica Laudato si'*, in *Jus*, 2022, 3, 338 (in part. nota n. 21). Lo stesso art. 3-*quater*, c. 1, d.lgs. 152/2006, prevede che «Ogni attività umana giuridicamente rilevante ai sensi del presente codice deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile».

Intanto, all'ambiente è collegato il paesaggio, nell'ambito del quale il principio di sostenibilità è fortemente radicato²⁶, così come plurimi riferimenti normativi e giurisprudenziali al principio in esame si rinvencono nel campo della cultura²⁷. Anche ai settori della bioetica²⁸, dell'istruzione²⁹ e della prevenzione della corruzione³⁰ non è affatto estraneo il concetto di sostenibilità. Già prima della riforma del 2022 dell'art. 9, Cost., invero, la sostenibilità trovava un espreso fondamento costituzionale negli artt. 81 e 97 (come modificati dalla l. cost. 20 aprile 2012, n. 1), in materia di equilibrio dei bilanci e sostenibilità del debito pubblico³¹, abbracciando altresì la contigua area delle prestazioni previdenziali³².

La chiara capacità espansiva e trasversale del principio dello sviluppo sostenibile è senz'altro dimostrata dall'Agenda ONU 2030, che, attribuendo rilievo ai rapporti Nord-Sud del mondo, esordisce con l'impegno di «trasformare il nostro mondo» e declina in modo dettagliato diciassette obiettivi di sviluppo sostenibile, nell'ambito dei quali, ad esempio, i termini “ragazzi” e “ragazze” ricorrono diciotto volte, mentre i termini “bambini” e “bambine” ventitré volte (negli svariati ambiti della povertà, dell'alimentazione, della salute, dell'educazione, del lavoro e della parità di genere).

Analogamente espansiva del concetto di sostenibilità è espressa, a livello europeo, dal Regolamento (UE) n. 241 del 12 febbraio 2021, che, a seguito della crisi pandemica e nell'ambito del programma eloquentemente denominato «*Next Generation EU*», ha istituito il dispositivo per la ripresa e la resilienza, poi tradotti, a livello nazionale, nel Piano nazionale di ripresa e resilienza.

Per restare all'oggetto specifico del presente contributo, nel Piano di azione nazionale per l'attuazione della Garanzia Infanzia (PANGI) adottato il 28 marzo 2022, in linea con la Strategia dell'Ue sui diritti dei minorenni del 24 marzo 2021, si parla, per esempio, di «accesso equo e sostenibile» ai servizi educativi per l'infanzia. Ancora, nella Relazione al Parlamento sull'attività svolta nel 2021 dall'Autorità garante (nazionale) per l'infanzia e l'adolescenza si legge che:

²⁶ Cfr. Corte cost., 23 luglio 2018, n. 172.

²⁷ C. Videtta, *Cultura e sviluppo sostenibile. Alla ricerca del IV pilastro*, Torino, 2018.

²⁸ E. Lecaldano, *La responsabilità verso le generazioni future e l'etica della riproduzione e della ricerca genetica*, in R. Bifulco, A. D'Aloia (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008, 283 ss.

²⁹ Ove si assiste al passaggio dalle tre “e” (*equity, economy, environment*) alle quattro “e” (con l'aggiunta dell'*education*): cfr. *Declaration on Education and Research for Sustainable and Responsible Development*, conclusa a Torino il 19 maggio 2009, a conclusione del *G8 University Summit*.

³⁰ Cfr. A. Barone, *Governo del territorio e sicurezza sostenibile*, Bari, 2013.

³¹ Cfr., in particolare, Corte cost., 14 febbraio 2019, n. 18. In dottrina, *ex multis*, si v. L. Bartolucci, *La sostenibilità del debito pubblico in Costituzione. Procedure euro-nazionali di bilancio e responsabilità verso le generazioni future*, Padova, 2020.

³² In argomento, cfr. V. Valenti, *Diritto alla pensione e questione intergenerazionale. Modello costituzionale e decisioni politiche*, Torino, 2013.

«Quando si parla di futuro è indispensabile introdurre il concetto di “solidarietà intergenerazionale” secondo una logica di sostenibilità. [...] Un segnale in questa direzione arriva dalla recente riforma della Costituzione [...] Stiamo assistendo a un cambiamento epocale che richiama la responsabilità di ciascuno di noi per realizzare un nuovo modello economico e sociale, assicurare giustizia tra i popoli e superare le diseguaglianze a livello mondiale. In questa direzione, sostenibilità richiama il concetto di responsabilità, dall’individuale al collettivo, per coniugare la politica della vita quotidiana all’azione politica collettiva».

In ragione della vocazione espansiva del principio dello sviluppo sostenibile, non pare pertanto peregrino sostenere che il suo paradigma concettuale e giuridico possa trovare applicazione anche con riguardo al fenomeno qui preso in considerazione della tutela dell’infanzia e dell’adolescenza, rafforzando il dovere di protezione di tutti i soggetti istituzionali deputati alla cura dei diritti dei minori, ivi compresi i Garanti regionali.

D’altra parte, nel novero delle generazioni future (con tali intendendosi quelle non ancora venute ad esistenza)³³ paiono *a fortiori* ricomprese le generazioni “più prossime” e già esistenti dei bambini e degli adolescenti. E non è un caso che sia stato condivisibilmente osservato come oggetto del dovere di protezione intergenerazionale siano innanzitutto le generazioni temporalmente più vicine³⁴, anche per il fatto che nei confronti dei nostri diretti discendenti sarebbe più agevole identificare preferenze, desideri e necessità³⁵.

Il riferimento alla congiunzione “anche”, riportata nell’art. 9, Cost., è, al riguardo, degna di rilievo perché esclude la possibilità di proteggere esclusivamente l’interesse di coloro che attualmente non esistono senza preoccuparsi di quello, parimenti pressante, delle generazioni presenti più deboli o svantaggiate, le quali, a differenza dei primi, godono peraltro di una sicura capacità giuridica. Sarebbe, invero, difficilmente giustificabile, alla stregua di un canone di ragionevolezza e proporzionalità, configurare un dovere verso le generazioni future senza al contempo considerare l’interesse delle generazioni attualmente fragili o in difficoltà, come i bambini e gli adolescenti: una solidarietà, dunque, sì intergenerazionale, ma anche e soprattutto intragenerazionale³⁶.

³³ In argomento, si v. A. D’Aloia, voce «Generazioni future (diritto costituzionale)», in *Enc. Dir.*, agg., Milano, 2016, 331 ss.

³⁴ In questo senso, cfr., per esempio, J. Passmore, *La nostra responsabilità per la natura*, trad. it., Milano, 1986.

³⁵ R. Bifulco, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008, 73.

³⁶ La solidarietà intragenerazionale trova nel diritto positivo interno e sovranazionale una pluralità di riferimenti. A livello europeo, cfr., per esempio, art. 3, TUE: «L’Unione [...] si adopera per lo sviluppo sostenibile dell’Europa [...] combatte l’esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore» (par. 3). Nel diritto interno, tra gli altri, v. art. 16, l. n. 328/2000: «i livelli essenziali delle prestazioni sociali erogabi-

Va altresì rimarcato che, dopo la recente riforma costituzionale già più volte evocata, le future generazioni (in cui, per quanto appena detto, pare *a fortiori* inclusa anche la *species* delle generazioni “più prossime”) assurgono oggi a soggetto e oggetto costituzionale la cui tutela è affidata alla “Repubblica”. L’utilizzo di un sostantivo siffatto – che appare anche nell’art. 31, Cost., ove alla stessa “Repubblica” è significativamente demandata la protezione della maternità, dell’infanzia e della gioventù³⁷ – consente di abbracciare il complesso degli attori pubblici, tra cui figurano senz’altro pure i Garanti regionali, i quali, indipendentemente da un loro chiaro inquadramento giuridico, possono essere responsabilizzati a intervenire svolgendo le proprie funzioni o esercitando ulteriori compiti, affidati dal legislatore, suscettibili di trovare un fondamento (anche) nell’art. 9, Cost.³⁸.

4. (Segue). *I Garanti regionali quali “guardiani” dell’adempimento di doveri altrui*

I Garanti regionali dell’infanzia e dell’adolescenza possono anche assurgere a “guardiani” dell’adempimento di doveri altrui: di doveri, cioè, che incombono non solo in capo a coloro che hanno la responsabilità dei minori (come, ad esempio, i genitori e i tutori), ma anche di altri soggetti pubblici e, per quanto interessa in questa sede, di altre Autorità indipendenti di garanzia.

A questo riguardo, un settore di interesse è quello delle comunicazioni elettroniche.

In particolare, l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, sentito il Comitato di applicazione del Codice di autoregolamentazione media e minori, vigila sull’osservanza delle disposizioni a tutela dei minori (nella programmazione audiovisiva, nei servizi di piattaforma di condivisione di video, nonché in materia di comunicazioni commerciali e televendite), disponendo altresì di poteri sanzionatori³⁹.

In base all’art. 6.2 del Codice di autoregolamentazione media e minori, il Comitato, d’ufficio o su denuncia dei soggetti interessati, qualora accerti la violazione del Codice in questione adotta una risoluzione motivata e determina – tenuto conto della gravità dell’illecito, del comportamento pregresso dell’emit-

li nel territorio nazionale [...] tengono conto dell’esigenze di favorire le relazioni, la corresponsabilità e la solidarietà fra generazioni [...]».

³⁷ Al riguardo, si v. L. Cassetti, *Art. 31*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006

³⁸ F. Fracchia, *Le nuove sfide della Corte dei conti: il difficile equilibrio tra giurisdizione, controllo e attività consultiva, guardando anche alle crisi della modernità*, in *Nuove Autonomie*, 2022, 3, 761 ss.

³⁹ Cfr. artt. 37 e 38 del d.lgs. 208/2021: nuovo TU dei servizi media audiovisivi.

tente, dell'ambito di diffusione del programma e della dimensione dell'impresa – le modalità con le quali ne debba essere data notizia.

Il Comitato, inoltre, qualora ne sussistano le condizioni, può ingiungere all'emittente di modificare o sospendere il programma o i programmi oggetto di accertamento, oppure di adeguare il proprio comportamento alle prescrizioni del Codice di autoregolamentazione media e minori, indicando i tempi e le modalità di attuazione. Oltre ad adottare i predetti provvedimenti di ingiunzione, il Comitato ha anche il dovere di inoltrare una denuncia all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

Nella veste di “guardiani” dell'adempimento di doveri altrui, non sembra di potersi escludere che i Garanti regionali possano rientrare nella categoria dei «soggetti interessati» titolari, ai sensi del citato art. 6.2. del Codice di autoregolamentazione media e minori, del potere di denuncia al Comitato di applicazione del Codice medesimo. Essi potrebbero altresì svolgere un attivo ruolo di impulso e di sollecitazione, rispetto, per esempio, all'esercizio delle funzioni di vigilanza in materia di tutela dei minori in ambito radiotelevisivo locale da parte dei Co.re. com. regionali.

Un altro settore di interesse è quello relativo alla disciplina concernente il trattamento dei dati dei minori a fini commerciali, che sono oggetto di protezione specifica da parte della normativa europea e nazionale, presidiata dal Garante per la protezione dei dati personali.

L'art. 80 del Regolamento UE 2016/679 (“GDPR”) stabilisce che gli Stati membri possano prevedere che un organismo, organizzazione o associazione senza scopo di lucro, che siano debitamente costituiti secondo il diritto di uno Stato membro, i cui obiettivi statutari siano di pubblico interesse e che siano attivi nel settore della protezione dei diritti e delle libertà degli interessati con riguardo alla protezione dei dati personali, indipendentemente dal mandato conferito dall'interessato, abbia il diritto di proporre, in tale Stato membro, un reclamo all'autorità di controllo competente, e di esercitare i diritti di azione giurisdizionale, qualora ritenga che i diritti di cui un interessato gode a norma del presente regolamento siano stati violati in seguito al trattamento.

Pure in tal caso, non pare ardito sostenere che l'organismo cui si riferisce l'art. 80 GDPR possa corrispondere al Garante nazionale o ai Garanti regionali dell'infanzia e dell'adolescenza, a seconda della violazione riscontrata e delle circostanze del caso concreto.

In ragione di quanto precede, dunque, ai Garanti dell'infanzia e dell'adolescenza potrebbe essere riconosciuto un maggiore spazio di azione per rappresentare gli interessi del minore davanti alle altre Autorità indipendenti di garanzia o

essere messo nelle condizioni di poter sollecitare un'altra *authority* ad assumere decisioni a tutela degli interessi del minore stesso.

5. Osservazioni conclusive

Nel sottosistema delle Autorità indipendenti è nota la teoria dei poteri impliciti⁴⁰.

Con questa teoria s'intende alludere all'auto-attribuzione ad opera di soggetti titolari di funzioni amministrative di potestà implicite fondate su altri poteri (viceversa conferiti espressamente da norme "abilitate") o, addirittura, su scopi genericamente individuati dal legislatore. Essa acquisisce una peculiare pregnanza nei settori di intervento delle Autorità indipendenti, ove le norme attributive dei poteri sono talmente indeterminate nella loro formulazione da legittimare astrattamente le *authorities* a un ampio ventaglio di poteri sostanzialmente normativi (ma anche provvedimentali)⁴¹.

L'utilizzo potenzialmente esteso di potestà pubbliche innominate apre evidentemente delle aree di crisi all'interno del nucleo più rigoroso del principio di legalità, a mente del quale non sarebbe permesso l'utilizzo di poteri non espressamente e puntualmente previsti dalla legge. Difatti, valutare la compatibilità dei poteri impliciti delle Autorità indipendenti col principio di legalità significa vagliare la legittimità di una tecnica interpretativa, che, ammessa la generale e preventiva competenza regolatoria di talune *authorities* in un dato settore e individuato il valore da tutelare, consenta il ricorso ad ogni mezzo (anche e soprattutto "normativo") reputato soggettivamente idoneo alla realizzazione della finalità istituzionale legislativamente assegnata.

Una tassonomia di funzioni dai contorni chiaramente definiti non è riscontrabile neppure con riguardo all'ambito di azione dei Garanti regionali per l'infanzia e l'adolescenza.

Non è questa la sede per esaminare compiutamente le singole funzioni attribuite a tali soggetti dalle diverse leggi regionali. Esse, comunque, sono tendenzialmente riconducibili a sette aree di intervento: vigilanza, accoglienza, segnalazione, promozione, partecipazione, erogazione di prestazioni, interventi presso

⁴⁰ In argomento, se si vuole, P. Pantalone, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018, in part. 143 ss. Di recente, si v. 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.

⁴¹ Da ultimo, cfr. Cons. Stato, Sez. II, 7 marzo 2024, n. 2255.

amministrazioni pubbliche e autorità giudiziarie. All'interno di queste aree alcune normative regionali specificano in misura diversa le attività e i compiti previsti per l'attuazione di dette funzioni⁴².

In assenza di una chiara predeterminazione dei confini delle singole funzioni esercitabili, il ricorso alla teoria dei poteri impliciti consentirebbe un più ampio e sicuro margine di intervento ai Garanti regionali nelle suddette aree di intervento.

L'utilizzo di questa teoria, tra l'altro, si rivelerebbe probabilmente “meno drammatico”, sotto il profilo del rispetto del principio di legalità, rispetto ai poteri delle Autorità indipendenti di regolazione economica.

Se è vero che i poteri impliciti posti in essere nell'ambito di mercati o settori presidiati dalle *authorities* sollevano un problema di tutela delle libertà economiche (anche e soprattutto per la circostanza che si tratta di poteri “forti”, che – in quanto tali – vincolano il comportamento degli operatori economici: si pensi, tra tutti, ai plurimi poteri normativi e provvedimentali di cui sono provviste talune Autorità indipendenti), è altrettanto vero che, negli ambiti di competenza dei Garanti regionali, la mancanza di una preventiva tipizzazione dell'oggetto delle funzioni loro assegnate non si rivela particolarmente problematico sul piano delle garanzie; difatti, come visto, ai Garanti competono essenzialmente potestà di *moral suasion* che non appaiono in grado di condizionare in modo decisivo la sfera giuridica dei soggetti ai quali tali potestà si rivolgono.

Piuttosto che un problema di tutela delle libertà, sembrerebbe semmai porsi una questione di sovrapposizione di competenze con i soggetti che hanno a vario titolo la responsabilità su bambini e adolescenti (genitori, tutori legali ecc...) e che potrebbero essere meglio disciplinate dalla legislazione nazionale e regionale.

Questa lettura più dinamica e flessibile della legalità amministrativa appare anche maggiormente in linea con il dovere intestato ai sensi dell'art. 9, Cost. (anche) ai Garanti regionali, quali soggetti della Repubblica, di proteggere l'interesse delle “prossime” generazioni.

Questo dovere intragenerazionale, unito al riconoscimento di un qualificato interesse da tutelare (la Convenzione universale dei diritti del fanciullo prevede che l'interesse di quest'ultimo sia «superiore»⁴³), consentono non solo di valorizzare l'“oggetto” (cioè le funzioni svolte) più che il “soggetto” (vale a dire la natura giuridica di questi attori istituzionali), ma anche la ricordata funzione di “sentinella” svolta dai Garanti regionali circa l'adempimento di doveri altrui, anche

⁴² Sul punto, si v. A. Albanese, *I garanti per l'infanzia e l'adolescenza fra tutela dei diritti e gestione dei conflitti*, cit., 742 ss.

⁴³ Art. 3, Convenzione di New York sui diritti del fanciullo: «1. In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente».

nella prospettiva di dialogo e di raccordo con altre Autorità di garanzia e, soprattutto, con il giudice.

Guardiani indipendenti “senza mercato”. Il modello dei Garanti regionali per l’infanzia e l’adolescenza tra tutela effettiva di diritti e adempimento di doveri intragenerazionali di protezione

Il contributo s’interroga, in primo luogo, da un punto di vista “soggettivo”, sulla riconducibilità dei Garanti regionali per l’infanzia e l’adolescenza al modello (*recte* ai modelli) delle Autorità amministrative indipendenti. In secondo luogo, focalizza l’attenzione, da un punto di vista “oggettivo” e sistematico, sull’attività svolta dai Garanti, la quale non si traduce soltanto nella (fondamentale) promozione e attuazione dei diritti dei bambini e degli adolescenti, ma consiste anche in una forma di adempimento di un dovere inderogabile di solidarietà intragenerazionale.

Independent guardians “without the market”. The model of regional authorities for children and adolescents between effective protection of rights and fulfillment of intragenerational duties of protection

The paper, firstly, questions, from a “subjective” point of view, the assimilation of the regional authorities for children and adolescents to the model of independent administrative authorities. Secondly, it focuses attention, from an “objective” and systematic point of view, on the activity carried out by these authorities, which does not only concerns the (fundamental) promotion and implementation of the rights of children and adolescents, but also consists in a form of fulfillment of a duty of intragenerational solidarity.

Luigi Einaudi e l'autonomia regionale: una predica (ancora) utile per il regionalismo differenziato

Gaetano Armao

SOMMARIO: 1. Brevi notazioni introduttive. – 2. Il solitario intervento di Einaudi sulle Regioni alla Consulta nazionale. – 3. Il susseguente contributo dell'economista piemontese alla Costituente. – 4. Una predica (ancora) utile per il regionalismo differenziato.

1. *Brevi notazioni introduttive*

Nella poliedrica figura di Luigi Einaudi vi è un profilo rimasto meno perlustrato dagli studiosi¹, probabilmente perché di maggior connotazione giuridica², ed è quello relativo al suo pensiero sul ruolo dell'autonomia regionale nel nuovo ordinamento costituzionale.

L'economista piemontese – del quale si celebrano i centocinquanta'anni dalla nascita – con una serie di interventi alla Consulta nazionale prima³, ed alla Costi-

¹ Sullo statista piemontese (Carrù, 24 marzo 1874 - Roma, 30 ottobre 1961) la letteratura è assai vasta, si vedano, tra gli altri, R. Faucci, *Einaudi*, Torino, 1986; A. Giordano, *Il pensiero politico di L. Einaudi*, Genova, 2006; P. Silvestri, *Il liberalismo di Luigi Einaudi o del Buongoverno*, Soveria Mannelli, 2008; R. Faucci, *Einaudi Luigi*, in *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero: Economia*, Treccani, Roma, 2012, *ad vocem*, consultabile in [www.treccani.it/enciclopedia/luigi-einaudi_\(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Economia\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/luigi-einaudi_(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Economia)/); A. Giordano, *Le regole del buongoverno. Il costituzionalismo liberale nell'Italia repubblicana*, Genova, 2016; D. Cadeddu, *Luigi Einaudi tra libertà e autonomia*, Milano, 2018; L. Tedesco (a cura di), *Luigi Einaudi e la Costituente*, Torino, 2020; Aa.Vv., *Luigi Einaudi 1961-2021*, in *Libro Aperto*, supp. al n. 105, 2021; A. Giordano (a cura di), *Luigi Einaudi e la politica*, Torino, 2021; F. Dandolo, *Luigi Einaudi tra le due guerre. Questioni sociali e banche*, con un saggio introduttivo di V. Torreggiani, Roma, 2022, e da ultimo, gli studi ricompresi nei volumi a cura di A. Quadrio Curzio, A. Roncaglia, *Luigi Einaudi (1873-1961). Eredità e attualità dopo 60 anni*, Roma, 2023 e di L. Tedesco, *Luigi Einaudi anglofilo e la carta. Dalla Consulta nazionale all'Assemblea costituente*, Roma, 2023 ai quali si rinvia per più ampi e puntuali riferimenti bibliografici anche sulla sterminata produzione scientifica e pubblicistica dell'Einaudi in merito alla quale è d'obbligo richiamare il contributo di L. Firpo, *Bibliografia degli scritti di Luigi Einaudi*, Torino, 1971.

² Si vedano in merito le riflessioni di G. Morbidelli, *Il costituzionalismo in Luigi Einaudi*, in *Percorsi costituzionali*, 2020, n. 1-3, 157 ss., al quale si rinvia per ulteriori riferimenti in dottrina.

³ Il prof. Einaudi divenne consultore nazionale giusto d.lgs. n. del 22 settembre 1945 in quanto senatore antifascista nominato prima del 28 ottobre 1922 e che dopo il 3 gennaio 1925 si era opposto al regime (le

tuate poi, espresse posizioni chiaramente critiche verso le modalità mediante le quali prendeva forma l'autonomia regionale speciale, in particolare nella fase di esame dello Statuto siciliano e prevalentemente concentrate sui profili di politica economica, tariffaria, valutaria, del credito. Posizioni successivamente ribadite e meglio precisate alla conclusione del mandato presidenziale nelle celeberrime «*prediche inutili*»⁴.

In un tempo nel quale il Parlamento statale discute serratamente di autonomia differenziata e di trasferimento di funzioni e risorse finanziarie alle Regioni⁵, non appare superfluo richiamare le considerazioni, tutt'altro che inutili, che lo statista piemontese svolse nella prima stagione del regionalismo italiano (con l'avvio delle Regioni a statuto speciale e, come ricordato, con particolare riferimento a quella siciliana)⁶.

Va preliminarmente sottolineato che le perplessità espresse da Einaudi, di seguito illustrate, non sono tali da annoverarlo tra gli avversari dell'autonomia regionale. Egli, infatti, contrastò il centralismo, addirittura prima della nascita delle Regioni postulandone l'istituzione⁷ e, schierandosi recisamente, all'interno di un parti-

categorie, indicate dal d.lgs. n. del 30 aprile 1945, sulla base del quale il governo indicò i consultori, furono le organizzazioni sindacali, dei reduci, il mondo della cultura, delle libere professioni e dei tecnici dirigenti d'azienda e gli ex parlamentari antifascisti. Avrebbero poi fatto parte della Consulta nazionale coloro che sarebbero stati designati dai sei partiti costituenti il Comitato di liberazione nazionale, dal Partito democratico italiano, dal Partito repubblicano e dalla Concentrazione democratica liberale, che non fecero parte del Cln, e, dopo la cessazione dalla carica, i ministri e i sottosegretari dei governi costituiti dopo la liberazione di Roma, nonché gli Alti Commissari). Lo statista divenne componente della Commissione Finanze e Tesoro.

⁴ L. Einaudi, *Che cosa rimarrebbe dello Stato?*, in *Prediche inutili-dispensa sesta*, Torino, 1959, 335 ss.

⁵ Come noto, l'articolo 116, comma 3, Cost. prevede che la legge possa attribuire alle Regioni «*ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia*» sulla base di un'intesa fra lo Stato e la regione interessata e nel rispetto dell'art. 119 Cost. Tale disposizione potrà trovare attuazione a seguito dell'approvazione del d.d.l. governativo (A.S. n. 615 e collegati) recante «*Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione*». Sul tema la dottrina si avvia a divenire assai copiosa, si vedano per tutti, da ultimo, i contributi pubblicati sul n. 3, 2023 della rivista «*Diritti regionali*» con l'editoriale del direttore A. Morelli, *La differenziazione di un regionalismo senza identità*.

⁶ Lo statista piemontese ha sempre contestato l'approccio eccessivamente superficiale e sbrigativo che connotò i lavori della Consulta nazionale (25 settembre 1945 - 2 giugno 1946) prima, e dell'Assemblea costituente (25 giugno 1946 - 7 maggio 1948) poi, sia durante i lavori che, nelle riflessioni postume, qualificandolo come un vero e proprio «*declino di responsabilità*», e sottolineando in tal senso «*tipica fu la procedura di approvazione dello statuto siciliano*», L. Einaudi, *op. e loco ult. cit.*

⁷ Cfr. L. Einaudi, *Via il Prefetto!*, in *L'Italia e il secondo Risorgimento*, supp. alla *Gazzetta ticinese*, 17 luglio 1944 (a firma *Junius*): «Chi vuole che gli italiani governino se stessi, faccia invece subito eleggere i consigli municipali, unico corpo rimasto in vita, almeno come aspirazione profondamente sentita da tutti i cittadini; e dia agli eletti il potere di amministrare liberamente; di far bene e farsi rinnovare il mandato, di far male e farsi lapidare. [...] Sia che si conservi la provincia; sia che invece la si abolisca, perché ente artificioso, antistorico ed anti-economico e la si costituisca da una parte con il distretto o collegio o vicinanza, unità più piccola, raggruppata attorno alla cittadina, al grosso borgo di mercato, dove convergono naturalmente per i loro interessi ed affari gli abitanti dei comuni dei dintorni, e dall'altra con la grande regione storica: Piemonte, Liguria, Lombardia, ecc.; sempre, alla pari del comune, il collegio e la regione dovranno amministrarsi da sé, formarsi i propri governanti elettivi, liberi di gestire le faccende proprie del comune, del collegio e della provincia, libe-

to liberale⁸ che oscillava tra posizioni centraliste di ispirazione crociana e quelle più aperte alle istanze regionali e del decentramento⁹, con decisione, per le seconde¹⁰.

Nella concezione istituzionale einaudiana emerge il valore del decentramento delle autonomie locali, delle associazioni intermedie e, più in generale, del pluralismo istituzionale e sociale quale contrappeso all'autoritarismo, all'accentramento dei poteri¹¹. Ciò lo condusse ad affermare che nell'opera di ricostruzione dello Stato occorreva partire «dalle unità che tutti conosciamo ed amiamo; e sono la famiglia il comune [...] e la regione. Così possederemo finalmente uno Stato vero e vivente»¹². In questo solco si colloca la relazione di Einaudi alla Consulta nazionale, di cui si tratterà più avanti, presentata il 7 maggio 1946, nella quale egli volle premettere la sua adesione al modello autonomista¹³.

ri di scegliere i propri funzionari e dipendenti, nel modo e con le garanzie che essi medesimi, legislatori sovrani nel loro campo, vorranno stabilire».

⁸ Sul contributo dei liberali nella nascita della Costituzione v., da ultimo, A. Giordano, *Le regole del buon governo. Il costituzionalismo liberale nell'Italia repubblicana*, Genova, 2016, 13 ss. il quale ricorda il ruolo significativo che ebbe nella strutturazione della proposta liberale il *Memorandum* redatto da Einaudi tra l'autunno 1942 e la primavera del '43, nel quale, di fronte all'imminente caduta del regime fascista, egli affrontava i temi legati alla costituzione di uno Stato liberale, individuando il compito primario del futuro Stato italiano nel «ristabilimento dell'impero della legge», quale condizione essenziale per procedere alla costruzione di un efficiente ordinamento giuridico e politico.

⁹ Si veda E. Rotelli, *L'avvento della regione in Italia. Dalla caduta del regime fascista alla Costituzione repubblicana (1943-1947)*, Milano 1967, 129.

¹⁰ Così ancora, esule in Svizzera, L. Einaudi, *Via il Prefetto !!*, cit.: «Il delenda Carthago della democrazia liberale è: Via il prefetto! Via con tutti i suoi uffici e le sue dipendenze e le sue ramificazioni! Nulla deve essere più lasciato in piedi di questa macchina centralizzata; [...] Il prefetto napoleonico se ne deve andare, con le radici, il tronco, i rami e le fronde». A conferma della centralità del *self-government* in una recensione (*L'Letteratura politica*), in *Idea*, marzo 1946, in P. Soddu (a cura di), *Riflessioni di un liberale sulla democrazia. 1943-1947*, Firenze 2001, 187 ss.) Einaudi espresse apprezzamenti (cfr. 192 ss.) per l'idea di Comunità di A. Olivetti come un'area geografica identificata in base a criteri «economici, culturali, storici, commerciali», ed è «il nucleo amministrativo fondamentale, la unità alla quale dovrebbero far capo per molti servizi i comuni incapaci a provvedervi da se stessi e nella quale dovrebbe frazionarsi la troppo vasta regione». Mentre Altiero Spinelì, nell'esprimere apprezzamento per l'articolo richiamato, chiese ad Einaudi di redigere un «memorandum sulla ricostruzione dello stato italiano in cui sia sviluppata la tesi che Lei ha sostenuto nel Suo articolo Via il Prefetto! [...]. Soprattutto dovrebbe descriverci i poteri che converrebbe assegnare ai diversi *corps intermédiaires*» (Lettera del 10 novembre 1944, in G. Busino, S. Martinotti Dorigo (a cura di), *Luigi Einaudi-Ernesto Rossi, Carteggio (1925-1961)*, Torino, 1988, 174).

¹¹ Che si ispira chiaramente, come opportunamente sottolineato (si v. ancora, P. Silvestri, *Il liberalismo di Luigi Einaudi o del Buongoverno*, 51-52), alla prospettiva di Montesquieu, Tocqueville, Mill, Cattaneo. Per una ricostruzione di tale tessuto teorico, cfr. A. Barbera, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Roma-Bari, 1997.

¹² Così ancora L. Einaudi, *Via il Prefetto !!*, cit.

¹³ Testualmente egli espresse adesione «al principio informatore del progetto di statuto della Regione siciliana il sottoscritto non solo aderisce pienamente, ma aderisce con pienezza di consenso, convinto come egli è che il riconoscimento di ampie autonomie alle singole regioni italiane sia condizione necessaria per rinsaldare l'unità nazionale». La si veda in Aa.Vv., *Lo Statuto dinanzi agli organi dello Stato*, Palermo, 1976, 84 ss. Va ricordato che certa vulgata ha cercato addirittura di prospettare Einaudi come «l'uomo politico che odiava la Sicilia e i Siciliani» v. *Articolo 37 dello Statuto siciliano inapplicato: così lo Stato penalizza la Sicilia*, in www.inuovivespri.it.

Un dato può, quindi, ritenersi incontrovertito: Einaudi era regionalista, pur se, come si vedrà, con ferme convinzioni circa la necessità di mantenere accentrate alcune funzioni, prevalentemente in materia finanziaria, tariffaria, valutaria e doganale.

Va parimenti considerato che le preoccupazioni espresse dallo statista piemontese riposavano su considerazioni di ordine istituzionale ed economico che egli espresse quale esponente liberale e prestigioso studioso, Governatore della Banca d'Italia¹⁴ e poi Ministro del Bilancio e Vicepresidente del Consiglio dei Ministri. Preoccupazioni prevalentemente incentrate su disposizioni alle quali rimproverava, oltre che l'imperfetta formulazione di talune previsioni, l'eccessiva frettolosità nella predisposizione e poi nell'approvazione; elementi tutti forieri di confusioni e rischi di conflitti tra Stato e Regioni.

Come si avrà modo di rilevare, le critiche einaudiane, nella gran parte dei casi, coglieranno nel segno, soprattutto per quanto concerne lo Statuto siciliano, rivolgendosi a disposizioni che non avrebbero mai trovato applicazione (come quelle sul controllo valutario e doganale) o che l'avrebbero avuta per un tempo assai circoscritto (quelle sull'Alta Corte).

Le peculiari prerogative riconosciute alle autonomie speciali in campo economico, soprattutto con riferimento ai profili di finanza pubblica, valutaria e doganale, erano di preminente preoccupazione per Einaudi: infatti, se estese alle altre Regioni italiane avrebbero potuto determinare effetti deflagranti per gli equilibri economico-finanziari dello Stato.

L'economista liberale, attento anche alle questioni dello sviluppo del Mezzogiorno¹⁵ e dell'insularità¹⁶, non si sottrasse al dovere di sottolinearlo pur in un

¹⁴ Lo statista piemontese era contemporaneamente Governatore della Banca d'Italia (5 gennaio 1945-11 maggio 1948).

¹⁵ L. Einaudi, *Le parole di un settentrionale*, articolo pubblicato su *La Stampa*, 23 giugno 1900, adesso in Id., *Il Buongoverno*, Bari-Roma, 2012, 154 ss. che riferendosi agli errori commessi dalle classi dirigenti settentrionali nelle politiche economiche imposte al Mezzogiorno, così ne stigmatizza gli effetti: «si è vero che noi settentrionali abbiamo contribuito qualcosa sì meno e abbiamo profittato di più delle spese fatte dallo stato italiano dopo la conquista dell'unità e dell'indipendenza nazionale. Ma se talvolta errammo per egoismo, in massima parte trammammo profitto da una serie di circostanze geografiche, storiche e sociali contro di cui sarebbe stato non solo vana, ma dannosa per tutta l'Italia la resistenza. Peccammo, è vero, di egoismo quando il settentrione riuscì a cingere di una forte barriera doganale il territorio nazionale e ad assicurare così alle proprie industrie il monopolio del mercato meridionale. Noi riuscimmo così a fare affluire dal sud al nord una enorme quantità di ricchezza, nel momento appunto in cui la chiusura dei mercati esteri, conseguenza della nostra politica protezionista, impoveriva l'agricoltura, unica e progrediente industria del sud. Ma è giusto ricordare che noi settentrionali non saremmo riusciti a consumare il nostro peccato di egoismo protezionista se non saremmo riusciti a consumare il nostro peccato di egoismo protezionista se non fossimo stati aiutati dai grandi proprietari di terre e grano del mezzogiorno: i quali permisero agli industriali del nord di sfruttare i loro correghionali a patto di acquistare anch'essi il diritto di far loro pagare il pane un po' più caro del normale. Le nostre città e i nostri borghi traggono grande profitto dall'esistenza e di forti guarnigioni: ma è questo un fatto strategico il quale deriva dalla conformazione geografica del nostro territorio e le cui cause debbono essere e sono infatti riconosciute giuste dagli stessi meridionali». Più recentemente si veda E. Felice, *Ascesa e declino. Storia economica d'Italia*, Bologna, 2015, 125.

¹⁶ V. L. Einaudi, *Per le nuove convenzioni marittime: almeno la Sicilia e la Sardegna!*, in *Corriere della Sera*, 25 maggio 1907, in Id., *Cronache economiche e politiche di un trentennio (1893-1925)*, II, Torino, 1959, 532 ss.

contesto politico incalzato dagli avvenimenti (l'imminente conclusione dei lavori della Consulta, l'approssimarsi delle elezioni per la Costituente ed il referendum, e poi l'esigenza di approvare gli statuti regionali al termine dei lavori della Costituente), compulsato dalla urgente necessità, avvertita da tutte le forze politiche nazionali, di varare gli Statuti speciali per disinnescare spinte centrifughe ed indipendentiste assai pericolose nella fase genetica della Repubblica.

Gli argomenti che egli sostenne in sede parlamentare, poi richiamati puntualmente nelle "prediche inutili", non esprimevano un orientamento recisamente ostile all'istituzione delle Regioni (a statuto speciale) ed alle prerogative declinate nei rispettivi statuti, quanto piuttosto celavano la preoccupazione che nel contesto dell'inveramento del principio autonomistico (che trovò puntuale collocazione all'art. 5 della Costituzione) potessero inserirsi elementi contraddittori e fughe in avanti nella politica economica che avrebbero potuto determinare lo «spezzamento della unità nazionale».

È proprio alla Consulta nazionale – come si vedrà – che Einaudi, con un dettagliato quanto solitario intervento sullo schema di Statuto siciliano approvato pochi mesi prima dalla Consulta regionale e trasmesso al Governo centrale senza neanche una relazione di accompagnamento, esprimerà il più ampio spettro di perplessità su alcune previsioni, ribadendo, tuttavia, le sue convinzioni in merito al regionalismo.

Il professore piemontese divenne poi membro dell'*Assemblea costituente*, nelle liste dell'*Unione Democratica Nazionale*¹⁷, alla quale partecipò dal 23 luglio 1946, in particolare per i lavori della seconda Sottocommissione della *Commissione per la Costituzione* (c.d. dei Settantacinque), quest'ultima, come noto, con il compito di elaborare il *progetto di Costituzione* e che analizzò specificatamente l'ordinamento costituzionale della Repubblica. Il 31 maggio 1947 Einaudi lasciò la sottocommissione per assumere le funzioni di Vicepresidente del Consiglio e Ministro del Bilancio, divenendo poi senatore di diritto del Senato della Repubblica nel 1948, ai sensi della III disposizione transitoria Cost.

Eletto con ampia maggioranza Presidente della Repubblica (il 12 maggio 1948), da uomo di principi dallo stile sobrio ed essenziale¹⁸, abbandonò ogni

¹⁷ Alla lista aderivano il *Partito Liberale Italiano* (PLI), *Democrazia del Lavoro* (DL), l'*Unione Nazionale per la Ricostruzione*, di Francesco Saverio Nitti, centristi-liberali; *Alleanza Democratica della Libertà*, di Arturo Labriola, demo-progressisti (al 6,8%, e 41 seggi). Nel Collegio unico nazionale Luigi Einaudi, UDN, Vittorio Emanuele Orlando, UDN; Ivano Bonomi, indipendente; Benedetto Croce, UDN; Francesco Saverio Nitti, UDN; Giovanni Porzio, UDN; Mario Cevolotto, DL; Luigi Gasparotto, DL; Giuseppe Paratore, UDN; Nicolò Carandini, UDN; Meuccio Ruini, indipendente. Nei collegi siciliani, Circonscrizione Catania: Gaetano Martino, UDN; Guido Basile, DL; Giuseppe Candela, UDN; Uberto Bonino, UDN. Mentre in quella di Palermo: Virgilio Nasi, DL; Girolamo Bellavista, UDN. Rosario Pasqualino Vassallo, DL.

¹⁸ Così lo descrive Ernesto Rossi: «Sono andato a trovare Einaudi [...]. Fa un buffo effetto vederlo al Quirinale, fra maggiordomi, corazzieri tutti lustri come pentole di rame ripulite col Sidol, lui che odia ogni sperpero, ogni forma di parassitismo. Ma sono contento che sia a quel posto. È l'uomo che ci voleva per dar fiducia

questione politica e fu attento protagonista della vita repubblicana e delle sorti dell'Italia¹⁹, assistendo all'avvio dell'esperienza autonomistica. Come noto, tornato all'insegnamento e da senatore a vita, proseguì l'attività di editorialista del "Corriere della sera"²⁰, sino alla scomparsa avvenuta il 31 ottobre 1961.

2. *Il solitario intervento di Einaudi sulle Regioni alla Consulta nazionale*

Volendo ripercorre sinteticamente le prese di posizione di Einaudi nei dibattiti parlamentari che precedettero l'entrata in vigore degli Statuti speciali va ricordata quella assunta con un isolato, ma assai efficace intervento, che l'allora Governatore della Banca d'Italia svolse alla Consulta nazionale, quando questa fu chiamata ad esprimersi sul progetto di Statuto della Regione Siciliana che il Governo avrebbe dovuto approvare²¹.

A questo riguardo occorre partire dal dibattito tenutosi nella ricordata seduta della Consulta nazionale il 7 maggio 1946 sullo schema di provvedimento legislativo "Progetto di statuto della Regione Siciliana" (n. 158)²², all'esame delle Commissioni riunite Affari politici e amministrativi, Giustizia e Finanze e Tesoro sotto la presidenza del consultore Sforza. Intervenne per primo il relatore Gilardoni che illustrò il provvedimento a nome della Giunta appositamente nominata dalla Consulta²³, precisando che il senatore Einaudi aveva espresso il proprio fer-

nella Repubblica. Ha più popolarità di qualsiasi politicante professionale» (cfr. E. Rossi, G. Salvemini, *Dall'esilio alla Repubblica: lettere 1944-1957*, a cura di M. Franzinelli, Torino, 2004, 347).

¹⁹ Partecipava, infatti, ai dibattiti sulle questioni cruciali dello Stato, come quando nel 1952 replicò ad Arturo Carlo Jemolo dalle colonne de *Il Sole* sui temi della burocrazia, contestando la tesi della crescita burocratica ed evidenziando come tale approccio fosse connotato da «fatalismo» e che occorresse piuttosto optare per un modello incentrato sulla riduzione dello Stato burocratico ed il rafforzamento della delega di funzioni, in merito v. G. Melis, *Dentro le Istituzioni*, Bologna, 2023, 148 ss.

²⁰ Si ricordino tra gli editoriali più celebri apparsi sul *Corriere della Sera*: "L'automobile per tutti" pubblicato il 2 agosto 1960 e "Il Mezzogiorno e il tempo lungo", del successivo 21 agosto.

²¹ Lo Statuto siciliano approvato con Regio decreto legislativo del 15 maggio 1946, n. 455, a norma dell'art. 1, comma 2, prevedeva che lo stesso sarebbe stato sottoposto all'Assemblea Costituente, «per essere coordinato con la nuova Costituzione dello Stato», in linea con quanto votato dalla Consulta Nazionale. Il decreto di approvazione dello Statuto apriva il problema del coordinamento dello Statuto con la Costituzione dello Stato, sul quale si veda per tutti G. Salemi, *Il coordinamento e i suoi limiti*, Palermo, 1947.

²² Schema di provvedimento legislativo recante il Progetto di Statuto della Regione Siciliana presentato dal Presidente del Consiglio dei Ministri (De Gasperi) e trasmesso dal Ministro incaricato delle relazioni con la Consulta Nazionale (Cianca) il 4 aprile 1946 per il parere delle Commissioni riunite «Affari politici e amministrativi, Giustizia, Finanze e Tesoro» in Aa.Vv., *Lo Statuto dinanzi agli organi dello Stato*, cit., 31 ss.

²³ Della Giunta, nominata dal Presidente della Consulta, facevano parte i consultori Aldisio, Allara, Berlinguer, Di Pietro, Gilardoni (che sarà nominato relatore), Guarino Amella, La Malfa, Li Causi, Sansone, Manca, Molinelli, Morandi, Musotto, Ziino e per l'appunto Einaudi.

mo dissenso dalle conclusioni a cui era pervenuta la stessa attraverso una relazione all'uopo depositata²⁴.

La posizione critica dell'allora Governatore della Banca d'Italia, in quanto individuale, impossibilitata ad entrare altrimenti nel dibattito della Consulta (non potendo assurgere a posizione di minoranza), indusse il presidente Sforza a far «dar lettura delle seguenti osservazioni formulate dal consultore senatore Einaudi»²⁵.

La relazione esordiva con una petizione di principio di adesione ai valori autonomistici, trovando fondamento nella: «persuasione che l'autonomia potrà avere vita salda e duratura nel nostro paese soltanto se vi si dia un inizio razionale rispondente ai fini che tutti vogliamo raggiungere. Condizione essenziale per il successo della nuova esperienza che si impone nel nostro paese è la definizione precisa dei limiti posti da un lato all'attività dello stato e dall'altra parte all'attività della regione. Importa che il sistema funzioni senza attriti tra il governo centrale e il governo regionale»²⁶.

²⁴ Presero quindi la parola i consultori Fuschini e Ricci chiedendo che fosse data «lettura del documento contenente le obiezioni del consultore Einaudi, in modo che possa essere inserito nel resoconto della seduta odierna, perché può essere un documento molto utile per i lavori della Consulta». Il Presidente acconsentì con l'obiettivo che «questo suo concetto è tradotto in una relazione che non fu allegata al documento come relazione di minoranza, perché la prassi adottata al riguardo è che una relazione di una sola persona, deputato o consultore nella specie, non possa costituire relazione di minoranza. Perciò fu detto al senatore Einaudi che in seguito, col suo intervento personale nella discussione e con la possibilità di allegare al verbale di questa seduta tutte le osservazioni che egli avesse voluto formulare, il suo pensiero e le sue proposte avrebbero senza dubbio avuto in questa sede il dovuto riconoscimento». Sul punto cfr. Aa.Vv., *Lo Statuto dinanzi agli organi dello Stato*, cit., 81 ss.

²⁵ Nell'ordine del giorno approvato dalla Giunta si legge, non senza notazioni polemiche: «avverte che da queste conclusioni della Giunta di studio dissentì il Senatore Einaudi, il quale, con l'autorità che tutti gli riconosciamo, fece l'analisi del titolo «Organi giurisdizionali» e del titolo «Patrimonio e finanze». Per l'ordinamento giudiziario egli fece delle osservazioni che, per quanto promanassero dalla sua autorità, erano molto ovvie e propose la soppressione del Titolo III, il che significava però amputazione troppo incisiva. Per quello che riguarda invece il titolo «Patrimonio e finanze», fece una discussione analitico-tecnica, per concludere che bisognava sopprimere gli articoli dal 35 al 38, sostituendoli con un provvedimento simile a quello che era già stato adottato per la Regione della Val d'Aosta: cioè, per quanto si riferisce all'applicazione tributaria e finanziaria dell'autonomia regionale, sarebbero successivamente emanati i necessari provvedimenti legislativi. Questo suo concetto è tradotto in una relazione che non fu allegata al documento come relazione di minoranza, perché la prassi adottata al riguardo è che una relazione di una sola persona, deputato o consultore nella specie, non possa costituire relazione di minoranza. Perciò fu detto al Senatore Einaudi che in seguito, col suo intervento personale nella discussione e con la possibilità di allegare al verbale di questa seduta tutte le osservazioni che egli avesse voluto formulare, il suo pensiero e le sue proposte avrebbero senza dubbio avuto in questa sede il dovuto riconoscimento». Cfr. Aa.Vv., *Lo Statuto dinanzi agli organi dello Stato*, cit., 80 ss.

²⁶ Opportunamente il consultore piemontese sottolinea poi: «Nel nostro paese noi dobbiamo fare il cammino inverso a quello che ha condotto alla formazione degli stati federali moderni; e si ricordano ad esempio le federazioni più antiche e più solide quali la Confederazione Svizzera e gli Stati Uniti d'America. In questi si è partiti dai cantoni o stati singoli e si è giunti alla federazione. Fu storicamente logico perciò che gli stati si spogliassero di alcune delle loro funzioni attribuendole alla Federazione; la quale rimane così investita di quelle sole funzioni che siano espressamente indicate nell'atto fondamentale federale, tutti gli altri compiti spettando ai cantoni o stati singoli. Nuovi compiti sono stati poscia attribuiti alla Federazione, ma sempre per emendamenti deliberati di volta in volta nelle forme statutarie all'atto fondamentale. In Italia il processo deve essere inverso. Noi dobbiamo partire da uno stato centralizzato per arrivare ad uno stato più sciolto, con funzioni attribuite alle singole regioni. Il principio informatore della legislazione regionale è dunque che allo stato centrale rimangono

Il documento presentato dallo statista articolava molteplici rilievi alle previsioni dello schema di Statuto regionale, ma si concentrava prevalentemente in materia economico-finanziaria, ed in particolare: tariffaria, valutaria e doganale²⁷.

Con riguardo alle politiche tariffarie Einaudi sottolineava poi: «se vi è tendenza certa e corrispondente alle necessità dell'epoca presente è quella della sfera sempre più larga della gestione delle comunicazioni ferroviarie, marittime ed aeree. L'unificazione delle tariffe, la formazione di tariffe differenziali per i trasporti a lunga distanza, la regolazione non solo nazionale, ma internazionale, di tutto ciò che si attiene alle comunicazioni, è una delle caratteristiche più evidenti del mondo moderno»²⁸.

Le osservazioni ed i rilievi mossi in quell'intervento alle previsioni dello schema statutario siciliano si concentravano, altresì, sulla disciplina doganale: «altrettanto indeterminato è il sistema che l'articolo 39 costituisce per la dogana»²⁹; evidenziando, tuttavia, che per il suo tenore letterale la previsione statutaria avrebbe determinato la «istituzione di una linea doganale tra la Sicilia e il Continente»³⁰, con la conseguente «illazione logica di pericolo di stato autarchico chiuso».

attribuite tutte quelle funzioni che esplicitamente non siano state assegnate alle regioni nell'atto in cui queste sono costituite. Compiuta questa distribuzione, stato e regione devono risultare sovrani nell'ambito delle proprie competenze». Cfr. Aa.Vv., *Lo Statuto dinanzi agli organi dello Stato*, cit., 85 ss.

²⁷ Si ricordava, infatti, che «la creazione di attriti e la impossibilità di funzionamento della macchina amministrativa sembra sia altresì il proposito voluto dalla maggior parte dei provvedimenti concernenti le materie economiche e finanziarie».

²⁸ L'illustre economista prosegue affermando: «Se in tutte le regioni italiane si applicasse la norma, esposta del resto con un linguaggio indeterminato e vago, dell'articolo 22, ed ogni regione avesse il diritto, non di farsi sentire per interrogatori di periti o per critiche aperte nella Assemblea regionale, ma di partecipare alla formazione delle tariffe, sarebbe impossibile formare tariffe di comunicazioni ispirate a criteri di interesse generale» e precisando inoltre: «si spezzerebbe il territorio nazionale in piccole unità, ognuna delle quali tenderebbe ad affermare certi suoi interessi a corta veduta, forse produttivi di qualche piccolo vantaggio immediato, ma contrastanti a quelli che sono gli interessi fondamentali nel tempo stesso dello stato e della regione. L'articolo 22 non si oppone in apparenza alla formazione di tariffe nazionali, ma insinua in una materia, la quale deve essere, per la indole sua propria, nazionale, un elemento di discordia o di *do ut des* che non può non essere fecondo di pessimi risultati anche per la Sicilia». Cfr. Aa.Vv., *Lo Statuto dinanzi agli organi dello Stato*, cit., 87.

²⁹ Giusto l'art. 39 dello Statuto: «1. Il regime doganale della Regione è di esclusiva competenza dello Stato. 2. Le tariffe doganali, per quanto interessa la Regione e relativamente ai limiti massimi, saranno stabilite previa consultazione del Governo regionale. 3. Sono esenti da ogni dazio doganale le macchine e gli arnesi di lavoro agricolo, nonché il macchinario attinente alla trasformazione industriale dei prodotti agricoli della Regione». Lo statista piemontese sottolinea al riguardo che «la norma secondo la quale le tariffe doganali devono essere stabilite, per quanto interessa la regione e relativamente ai loro limiti massimi, solo previa consultazione col governo regionale, se ha un significato sembra sia quello che la regione possa mettere un veto contro dazi doganali troppo alti contro le merci straniere. La illazione pare legittimata anche dalla esenzione da ogni dazio doganale per le macchine e gli arnesi di lavoro agricoli, nonché per il macchinario attinente alla produzione industriale dei prodotti agricoli della regione».

³⁰ Sicché risulta «evidente che quelle determinate merci, le quali saranno esentate all'entrata in Sicilia, non potrebbero essere da questa riesportate nel Continente senza assolvere il dazio intero o il dazio differenziale non pagato prima. Se questo risultato possa essere ottenuto senza la istituzione di una vera e propria linea doganale, è assai dubbio». Cfr. Aa.Vv., *Lo Statuto dinanzi agli organi dello Stato*, cit., 88.

Lo statista proseguì nel suo approccio critico nei confronti del progetto di Statuto regionale all'esame della Consulta, passando poi a trattare un ulteriore profilo della formulazione dello stesso, rinvenendo, all'art. 40, specifiche previsioni relative al controllo valutario³¹. La norma in argomento, poi confermata nel testo statutario vigente, stabilisce, seppur in termini di principio, che: «le disposizioni generali sul controllo valutario emanate dallo Stato hanno vigore anche nella Regione» (primo comma), salvo poi a prevedere vigente «il regime vincolistico sulle valute», l'istituzione presso il Banco di Sicilia di «una Camera di compensazione allo scopo di destinare ai bisogni della Regione le valute estere provenienti dalle esportazioni siciliane, dalle rimesse degli emigranti, dal turismo e dal ricavo dei noli di navi iscritte nei compartimenti siciliani» (secondo comma).

Il consultore liberale, come ricordato anche Governatore della Banca d'Italia³², osservava al riguardo che: «le disposizioni vigenti nel mondo contemporaneo sul controllo valutario sono certamente responsabili di gran parte degli impedimenti che si riscontrano oggi al commercio internazionale con danno gravissi-

³¹ Come avrà modo di rilevare nel saggio prima richiamato pubblicato nelle *Prediche inutili*, op. cit., 343 l'esperienza applicativa ha poi «smussato alcune punte», non solo per scongiurare i danni pronosticati, ma «perché gli amministratori ed i consiglieri della regione siciliana rifletterono alla conseguenze fatalmente disgregatrici della condotta che essi avrebbero avuto ed avrebbero avuto piena ragione di tenere».

³² Come sottolinea Einaudi nei suoi diari da Governatore della Banca d'Italia – cfr. P. Soddu (a cura di), *Luigi Einaudi. Diario 1945-1947*, Torino, 1993 – il Banco di Sicilia durante l'occupazione americana si era ritagliato un ruolo peculiare nella trattazione di valute straniere, in particolare dollari, mentre le spinte indipendentiste puntavano a restituire il ruolo di emissione di moneta. Questioni che egli percepisce nel suo ruolo di Governatore e trasfonde così nel dibattito parlamentare. Il 10 febbraio del 1945 Einaudi riceve la visita del comm. Capuano, presidente e direttore generale del Banco di Sicilia, insieme con l'avv. Francesco Orlando, fratello di V.E. Orlando «vengono a nome del Banco di Sicilia. Attualmente l'amministrazione è retta dal comitato del consiglio, composto da membri designati dal consiglio generale. Questo si compone di delegati in parte dal governo, in parte dalle tre provincie di Palermo, Messina e Catania, oltre che di un rappresentante della città di Palermo. Vi sono anche dei rappresentanti del consiglio di reggenza. Del comitato fanno [sic] parte, insieme con Orlando, Paolo Ricca-Salerno, professore a Palermo. Il Banco desidererebbe che i vaglia in cifra fissa fossero accettati in versamenti dalla Banca d'Italia: ciò come provvedimento temporaneo allo scopo di facilitare la circolazione. Soleri ha comunicato di farli accettare a questo scopo nei versamenti al Tesoro. Pare che ci sia un poco di freddo fra il Banco di Sicilia e la Banca d'Italia. La cosa ha avuto origine al momento dell'invasione della Sicilia. Gli alleati sembra avessero in sospetto la Banca d'Italia. Fra l'altro può avere avuto influenza l'atteggiamento del direttore della sede di Palermo della Banca, il quale, interrogato dagli alleati [su] quale scorta di biglietti possedesse, rispose, a differenza degli altri, semplicemente che: niente. Il Banco di Sicilia fu scelto dagli alleati come Banca centrale. Gli alleati avevano visto di malocchio l'occultamento dei biglietti operato nelle filiali della Banca d'Italia. Poi le cose andarono a posto. Ma ancora adesso rimane qualche traccia. Il Banco di Sicilia, per l'abbondanza dei suoi depositi (5,4 miliardi a risparmio), non ha bisogno di ricorrere al risconto, laddove la Cassa di risparmio Vittorio Emanuele ricorre frequentemente» (10 febbraio 1945), 99-100. Il resoconto dei diari prosegue «Orlando, fratello del presidente, Capuano e Ricca Salerno sulla faccenda dei dollari insistono nel dire che si tratta di piccole somme del 1943 quando i dollari circolavano liberamente in tutta la Sicilia. Capuano dice di essersi sempre opposto ai separatisti, i quali vorrebbero ridare al Banco di Sicilia il diritto di emissione: egli ritiene che questo diritto renda poco. Contro un milione di utili che avevano prima sono riusciti in seguito, con le operazioni di sconto diretto, ad avere cento milioni di utili, cosa che non potrebbero più fare se fossero banche di emissione. Insistono perché si concedano aperture di agenzie» (13 settembre 1945), 528.

mo dell'economia di tutti gli stati»³³. Ne traeva senza incertezze la conclusione: sull'inopportunità di provvedere «alla istituzione di un sistema peculiare di compensazione esteso alle importazioni ed alle esportazioni siciliane»³⁴, e, richiamando proprio il suo ruolo di guida della Banca di emissione «sia consentito a chi per dovere di ufficio deve occuparsi ogni giorno di problemi relativi al controllo valutario, affermare che nessun dono più funesto potrebbe essere fatto alla Sicilia di questa autonomia valutaria».

Da qui la conclusione, che induce a comprendere quanto Einaudi avesse già intuito circa la più che probabile inapplicabilità³⁵ delle previsioni statutarie in esame: «gli articoli 39 e 40 insieme congiunti renderebbero necessario separare la Sicilia con una cintura doganale e valutaria dalle restanti regioni italiane. Si determinerebbe necessariamente in Sicilia un livello di prezzi diverso da quello vigente nelle restanti regioni d'Italia», giungendo così alla logica quanto inevitabile conseguenza alla stregua della quale: «si creerebbe una lira siciliana con potere di acquisto diverso dalla lira continentale e di conseguenza sorgerebbe un cambio tra la lira siciliana e quella continentale»³⁶.

Considerazioni non meno critiche riguardarono inoltre le previsioni statutarie in materia tributaria dalle quali il consultore piemontese arguì che: «allo stato, da quello che si può dedurre dall'articolo 36, sarebbero riservate unicamente le imposte di produzione e le entrate dei monopoli dei tabacchi e del lotto. Che cosa accadrebbe di tutto il resto del sistema tributario? A chi apparterebbero le imposte sui redditi reali e personali, le imposte patrimoniali, le imposte successorie e sui trasferimenti (registro e bollo)? E a chi il provento dei dazi doganali? A

³³ Cfr. l'art. 40: «1. Le disposizioni generali sul controllo valutario emanate dallo Stato hanno vigore anche nella Regione. 2. È però istituita presso il Banco di Sicilia, finché permane il regime vincolistico sulle valute, una Camera di compensazione allo scopo di destinare ai bisogni della Regione le valute estere provenienti dalle esportazioni siciliane, dalle rimesse degli emigranti, dal turismo e dal ricavo dei noli di navi iscritte nei compartimenti siciliani».

³⁴ L'intervento prosegue osservando opportunamente che «l'esportatore siciliano dovrebbe riflettere a lungo prima di accettare un dono, il quale significa che egli non può vendere a chi crede, come può fare oggi nel caso di compensazione privata per il 100 per cento, e come può fare per le altre per il 50 per cento: ma dovrebbe vendere ad un gruppo particolare di acquirenti, suoi compaesani bensì, ma non per ciò disposti a pagargli il prezzo migliore ottenibile su un mercato più ampio. Sarebbe un protezionismo creato inconsapevolmente a vantaggio degli industriali locali a danno soprattutto degli agricoltori e dei più progrediti tra gli agricoltori siciliani». Cfr. Aa.Vv., *Lo Statuto dinanzi agli organi dello Stato*, cit., 89.

³⁵ «Si aggiunga che l'autonomia che qui si auspica per la Sicilia non potrebbe essere attuata qualora non fosse istituito il controllo doganale su tutte le esportazioni e le importazioni siciliane»: cfr. Aa.Vv., *Lo Statuto dinanzi agli organi dello Stato*, op. e loco ult. cit.

³⁶ L'economista, come ricordato al tempo Governatore della Banca d'Italia, si trova costretto così a ricordare che: «tutto il cammino della civiltà consiste nell'abolire le barriere doganali e le barriere valutarie e noi invece creeremmo nuove barriere doganali e nuove barriere valutarie per separare territori congiunti dal vincolo della comune appartenenza alla medesima nazione ed al medesimo stato». A tal proposito v. Aa.Vv., *Lo Statuto dinanzi agli organi dello Stato*, cit., 90.

tutti questi problemi il disegno di legge non dà risposta»³⁷. Le conseguenze economiche che Einaudi prospettava nella solitaria relazione, ma che poi saranno riprese nelle «prediche inutili», offrendo addirittura il titolo ad uno dei capitoli, risultavano assai gravi e purtroppo resteranno prive di risposta³⁸.

Giova evidenziare che l'allora Governatore della Banca d'Italia non mosse critiche specifiche alle competenze regionali in materia tributaria e quindi alla possibilità che la Regione potesse intervenire con quelle che oggi vengono annoverate come forme di fiscalità c.d. compensativa, trovando un diretto ancoraggio proprio nell'ordinamento regionale speciale e nell'insularità³⁹, ma intese sottolinerarne, non essendo ancora chiari tempi e modi del trasferimento di funzioni, l'incidenza per l'erario statale ed i limiti di sostenibilità finanziaria⁴⁰.

La relazione di Einaudi si concludeva in modo preoccupato per i conflitti che le incerte previsioni avrebbero potuto ingenerare⁴¹, con l'intento di suscitare un ampio dibattito tra i consultori. Il brevissimo tempo a disposizione e le forti pressioni per arginare le spinte separatiste prima ricordate indussero, tuttavia, a

³⁷ Risposta che il professore liberale non esitò a fornire: «il proposito evidente dell'estensore del disegno di legge è che tutte le imposte attualmente riscosse dallo stato in Sicilia, ad eccezione delle imposte di produzione e dell'entrate dei monopoli del tabacco e del lotto, debbano spettare alla regione; ma lo stato sul provento di questa minor parte dell'entrata tributaria a lui riservata dovrebbe prelevare a norma dell'articolo 38, una somma da impiegarsi a favore della regione a titolo di solidarietà nazionale, in base ad un piano economico nella esecuzione di lavori pubblici». Si tratta, come noto, del fondo di solidarietà nazionale istituito dall'art. 38 dello Statuto la cui quantificazione avrebbe dovuto essere rideterminata ogni cinque anni, ma che, secondo il giudice delle leggi, pur rilevando quale obbligo costituzionale è assistito da garanzie costituzionali in quanto all'ammontare ed alle modalità di erogazione, l'adozione di eventuali dati di riferimento e i successivi aggiornamenti sono rimessi all'apprezzamento dello Stato, consistente in una valutazione meramente ricognitiva e non vincolante per la modificazione degli elementi del computo, non determina alcun vincolo costituzionale sulla sua consistenza quantitativa (sent. n. 87 del 1987 e n. 369 del 1992).

³⁸ «Se il sistema ideato in Sicilia dovesse essere applicato a tutte le regioni italiane, quali mezzi rimarrebbero allo stato per far fronte alle sue spese? E poiché in tutti i paesi del mondo le spese spettanti allo stato sono di gran lunga superiori alle spese spettanti alle unità locali minori, l'adozione del sistema non vorrebbe dire l'annientamento dello stato per la impossibilità di far fronte ai propri compiti? Basta porre queste domande formidabili per dimostrare che il disegno di legge, forse inconsapevolmente, ha per scopo e risultato essenziale quello di distruggere non solo l'unità nazionale, ma benanco la esistenza medesima dello stato italiano».

³⁹ Sia consentito rinviare in merito al mio lavoro *Redimibile Sicilia: l'autonomia dissipata e le opportunità dell'insularità*, Soveria Mannelli, 2017, 48 ss. ed, in particolare, alla dottrina e giurisprudenza richiamate.

⁴⁰ In questo senso G. Salemi, *Lo Statuto della Regione siciliana nella elaborazione della Giunta consultiva per la Sicilia e nella interpretazione della dottrina e della giurisprudenza*, in G. Giarrizzo, G. Salemi, A. Baviera, Consulta Regionale Siciliana (1944-1945), *I Saggi introduttivi*, Palermo, 1975, 156, il quale osserva che: «la Consulta nazionale, malgrado le critiche del senatore L. Einaudi, lasciò inalterato l'art. 36, perché attribuendo la stessa Consulta al progetto di Statuto un particolare valore politico, ne dichiarava necessaria l'approvazione nella sua totalità, dietro risoluzioni sopra i singoli articoli».

⁴¹ «Agli ideali di autonomia locale nessuna peggiore sciagura può accadere dell'approvazione di un sistema necessariamente fecondo di discordie, di impoverimento, ed alla fine di lotta aperta tra le diverse parti componenti la nazione italiana "Dio salvi la Sicilia dal dono infausto che oggi le si vorrebbe fare!"» in Aa.Vv., *Lo Statuto dinanzi agli organi dello Stato*, cit., 92.

rinvia ogni approfondimento all'Assemblea Costituente, che di lì a poco sarebbe stata eletta con il suffragio popolare⁴².

Alle puntuali osservazioni di Einaudi ribatterono i consultori Vinicio Ziino⁴³ e Giovanni Guarino Amella⁴⁴, sottolineandone la pertinenza, ma con diversi rilievi critici⁴⁵.

Il Governatore della Banca d'Italia e consultore, intervenendo in replica a quest'ultimo, ebbe modo di ribadire che «le sue osservazioni [...] avevano soltanto lo scopo di uno scarico di coscienza» in quanto componente della giunta che aveva studiato la proposta di Statuto⁴⁶.

Il ragionamento conclusivo di Einaudi richiama nuovamente i rischi di pregiudizio alla finanza statale determinati dalle residue entrate («di potenzialità di

⁴² «L'approvazione del disegno di legge sottoposto al nostro esame sarebbe la sconfitta maggiore che potesse toccare agli ideali, che furono sempre quelli di chi vi parla, agli ideali di autonomia locale, di riduzione dei compiti del governo centrale. È una disgrazia per gli ideali di autonomia affidare alle regioni, alle comunità e alle provincie compiti che non siano nettamente definiti e non siano loro proprii»: sul punto cfr. Aa.Vv., *Lo Statuto dinanzi agli organi dello Stato*, cit.

⁴³ Vinicio Ziino, consultore siciliano, che fu poi senatore democristiano nella I legislatura, osservò: «che i rilievi del consultore Einaudi si svolgono su un piano logico assolutamente ineccepibile. Premette il senatore Einaudi di essere favorevole a che alla Sicilia venga concessa l'autonomia regionale; soltanto dissente dal modo come è compilato lo Statuto e ne denuncia vari errori. Altri componenti di questa Assemblea sono di diverso parere. Tutto ciò conferma [...] che preliminarmente si debba prendere il esame il quesito se si deve o no concedere l'autonomia alla Sicilia. Solo se su questo quesito l'Assemblea si pronuncia favorevolmente, si giustifica l'ulteriore discussione dello Statuto regionale; che se, invece, l'Assemblea dovesse pronunciarsi negativamente, respingendo cioè la proposta che il governo ha fatta propria di concedere l'autonomia alla Sicilia, evidentemente sarebbe un fuor d'opera discutere le osservazioni del senatore Einaudi. Insiste perciò nella sua proposta che la discussione sia fatta anzitutto sulla questione preliminare». Cfr. Aa.Vv., *Lo Statuto dinanzi agli organi dello Stato*, cit.

⁴⁴ Esponente agrigentino del demolaburismo, parlamentare, convintosi dell'impraticabilità del separatismo, divenne deciso fautore dell'autonomia facendo parte, dal 28 dicembre 1944, della Consulta regionale siciliana e, dal 1° sett. 1945, della commissione per l'elaborazione dello statuto; fu anche membro della Consulta nazionale, in qualità di ex deputato aventiniano. Il 9 ottobre 1946 fu nominato presidente della commissione paritetica per la definizione delle norme attuative del trasferimento di attribuzioni dallo Stato alla Regione, concluse la vita politica dopo la mancata conquista del seggio alle elezioni dell'Assemblea regionale siciliana del 27 aprile 1947.

⁴⁵ Pur convenendo che: «sarebbe stato bene che il governo lo avesse trasmesso non sic et simpliciter, ma con tutto il corredo dei verbali delle discussioni, o almeno con una relazione in cui si desse ragione delle varie norme in esso contenute, si che di tali documenti oggi potesse essere tenuto il debito conto; e passa ad esaminare le osservazioni del senatore Einaudi», così, in particolare, il consultore Guarino Amella, Aa.Vv., *Lo Statuto dinanzi agli organi dello Stato*, cit.

⁴⁶ Ribadendo a tale riguardo le pressanti preoccupazioni «che il disegno di legge fosse gravemente dannoso alla causa delle autonomie regionali, ha creduto bene di esporre, non solo le ragioni delle sue titubanze, ma la sua avversione ad una attuazione che gli pare non buona di un concetto che dovrebbe essere molto fecondo per il paese». Egli, peraltro, volle sottolineare l'assenza di avversione preconcepita ed il solo auspicio di un esame approfondito delle questioni nel presupposto che: «se si vuole che le regioni funzionino efficacemente, è necessario chiarire in modo preciso quali siano i compiti loro attribuiti» a partire dal divieto espresso di introdurre vincoli commerciali tra le Regioni e tra queste ed il territorio nazionale. Riteneva, infatti, l'accademico torinese che fosse canone fondamentale di uno Stato unitario nel quale sorgano le autonomie regionali, il «divieto di ogni impedimento al commercio interregionale; divieto che non riguarda solo i dazi, ma anche l'istituzione di tariffe preferenziali per una regione o per l'altra». Norma, come noto, poi inserita all'art. 120, primo comma, della Costituzione: «La Regione non può istituire dazi di importazione o esportazione o transito tra le Regioni, né adottare provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone e delle cose tra le Regioni».

rendimento limitata, come quelle dell'imposta di produzione e dei monopoli del lotto e del tabacco») che verrebbero riconosciute allo Stato dalle norme statutarie, «entrate insufficienti, le quali vengono ancora diminuite dai contributi per la ricostruzione, ecc. della regione siciliana», sicché «tanto varrebbe dire che è sopra lo stato italiano e sono costituite tante regioni indipendenti»⁴⁷.

L. Einaudi, prima di allontanarsi dall'Aula, terminò l'appassionato intervento di replica ribadendo le critiche all'istituzione di una specifica Corte siciliana «di tutela e di difesa della Costituzione»⁴⁸.

Il presidente Sforza, concluso l'articolato dibattito⁴⁹, dichiarò chiusa la discussione sul provvedimento e ricordando il tenore dell'ordine del giorno predisposto dalla Giunta di studio⁵⁰, lo sottopose a votazione. L'ordine del giorno fu

⁴⁷ L'esperienza maturata nello studio dei sistemi statunitensi e svizzeri lo indussero in conclusione a sostenere che: «la futura Costituente [che] dovrà decidere se tra lo stato e la regione ci debba essere una divisione delle imposte, di cui alcune attribuite allo stato, altre alla regione. Il sistema proposto sarebbe fatale all'uno o all'altra, perché questa divisione di imposte tra i diversi enti ha sempre fatto pessima prova». L'opinione di Einaudi si incentrava, infatti, sull'assunto: «che non si possa fare una separazione di imposte tra stato e regione; e che si debba attribuire così all'uno come all'altra il diritto più largo di imposizione. Dipenderà dalla legislazione dello stato e dalla legislazione della regione servirsi di quest'arma nell'interesse dei cittadini dello stato e degli appartenenti alla regione; ma non si possono prevedere le conseguenze di una qualunque discriminazione preventiva». Così v. Aa.Vv., *Lo Statuto dinanzi agli organi dello Stato*, cit.

⁴⁸ Lo statista piemontese sottolineava in merito: «non si può pregiudicare una questione fondamentale, creando una Corte costituzionale che sarà di origine squisitamente politica, in quanto la nomina spetta all'Assemblea legislativa statale ed all'Assemblea legislativa regionale. Se si ritiene che questa sia una buona Corte costituzionale, si può anche approvare questo principio; ma questo punto non deve essere così risoluto soltanto per una regione: il problema è ampio e riflette tutta la vita nazionale. L'esperienza dei paesi in cui questo controllo costituzionale esiste, ed esiste sul serio, dice che il controllo deve essere affidato alla magistratura ordinaria e che non ci deve essere una corte speciale. Devono essere tutte le corti, dal conciliatore fino alla Cassazione, a decidere sulla costituzionalità delle leggi. In Italia è mancato il coraggio di esercitare questo controllo, perché, se questo coraggio non fosse mancato, chi avrebbe potuto opporsi ad una decisione in proposito della Corte di cassazione? Il motivo per cui la Corte suprema degli Stati Uniti è diventata il baluardo della Costituzione non è scritto nella Costituzione; è appunto il coraggio dei magistrati che hanno dichiarato certe norme contrarie ai principi fondamentali dello stato. E quando qualche presidente degli Stati Uniti, qualche Congresso protestava contro le decisioni della Corte suprema, il primo giudice della Corte suprema ha semplicemente risposto che nessuno poteva cassare le sue sentenze. Nessuno le ha potute cassare e quindi la Corte suprema ha continuato ad esercitare la sua funzione di controllo sulla costituzionalità delle leggi. Riconosce che questa è un'opinione sua, mentre altre opinioni possono ritenere necessaria una corte politica di tutela della Costituzione. Il problema è però di una gravità così estrema, che egli non si sente di dare il suo voto ad un disegno di legge che pregiudichi questa questione; né si sente di delegarne al governo la soluzione, né di affidarsi alle correzioni che possa fare la Costituente ad uno Statuto. Occorre che ciascuno si assuma la responsabilità di votare soltanto per ciò che ritiene sano e favorevole al conseguimento di quel fine che si vuole raggiungere, cioè una autonomia regionale che rientri nel quadro dell'unità nazionale e sia capace di dare veramente impulso alle attività economiche delle singole regioni». Cfr. Aa.Vv., *Lo Statuto dinanzi agli organi dello Stato*, cit., 31 ss.

⁴⁹ Intervenero, altresì, con argomentazioni diversificate, a sostegno dell'istituzione della Regione Siciliana: Molinelli, Berlinguer, Li Causi, Aldisio (che da poco aveva lasciato la carica di Alto Commissario per la Sicilia) ed in contrasto più o meno aperto: Ricci, Della Giusta ed O. Reale, i quali ritenevano più appropriato rinviare ogni decisione all'Assemblea costituente.

⁵⁰ «Le Commissioni riunite, affari politici, giustizia, finanze e tesoro, esaminato lo schema di provvedimento legislativo sullo "Statuto della Regione siciliana" (doc. n. 158), trasmesso dal Governo per il parere della Consulta nazionale, sul testo approvato dalla Consulta siciliana addì 23 dicembre 1945; considerato che tale

così approvato e trasmesso al governo come espressione del parere delle Commissioni riunite sul progetto esaminato.

Quel che accadde dopo l'esame dello Statuto da parte della Consulta Nazionale è noto. L'incalzare degli eventi impose la celere approvazione del testo da parte del Consiglio dei Ministri il 15 maggio e la contestuale promulgazione da parte del Luogotenente del Regno; lo Statuto venne poi pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* del 10 giugno 1946, con l'introduzione della clausola di coordinamento (art. 42) tra il testo e la Costituzione⁵¹ affidandolo all'Assemblea costituente che sarebbe stata eletta di lì a poco⁵².

3. *Il susseguente contributo dell'economista piemontese alla Costituente*

Insiediata l'Assemblea costituente, Einaudi proseguì l'impegno parlamentare, ma anche quello di Governatore dell'Istituto di emissione, ai quali aggiunse, come ricordato, quello di Ministro del bilancio e Vicepresidente del Consiglio dei Ministri dal giugno 1947.

Il 27 luglio 1946 venne all'esame della Seconda sottocommissione per la Costituzione la prioritaria questione delle autonomie regionali. Agli on. Ambrosini e Perassi, nominati relatori nella seduta precedente, venne affidato l'incarico: «di fare l'impostazione generale del tema dell'autonomia», illustrando le questioni che la Sottocommissione dovrà esaminare, con particolare riguardo al delicato tema del riparto di competenze tra Stato e Regioni.

Nella seduta del 31 luglio 1946 il prof. Einaudi, lanciando un monito ancor oggi attuale, ribadì l'esigenza di delineare correttamente il concetto di autonomia

provvedimento risponde a finalità politiche, che superano ogni esame analitico di pura tecnica legislativa; considerato che il problema delle autonomie regionali in genere e di quella siciliana in ispecie è ormai posto da tutti i Partiti e risponde a precedenti legislativi già adottati in conformità delle singole aspirazioni locali; esprime il parere favorevole allo schema di provvedimento legislativo sullo "Statuto della Regione siciliana" (doc. n. 158) con l'emendamento della estensione alla Sardegna e con la modifica del comma secondo dell'art. 42, che dovrà essere sostituito dal seguente: «Esso sarà sottoposto all'Assemblea Costituente per essere coordinato con la nuova Costituzione dello Stato» v. ancora Aa.Vv., *Lo Statuto dinanzi agli organi dello Stato*, cit., 57 ss.

⁵¹ Il testo fu infatti approvato con la modificazione dell'art. 42, secondo comma, come votata dalle Commissioni riunite della Consulta nazionale e la soppressione del terzo comma dell'art. 42, che riguardava le modificazioni allo Statuto, che si sarebbero potute apportare su proposta dell'Assemblea regionale e dalle Assemblee legislative dello Stato, con le forme stabilite per la modificazione della Costituzione. Per tale abrogazione risultò determinate il controverso dibattito in Assemblea costituente.

⁵² Il testo fu approvato a maggioranza dal Governo De Gasperi dopo un serrato dibattito, nel quale ebbe un ruolo rilevante l'Alto Commissario Aloisio, con il voto contrario dei ministri L. Cattani e L. Gasparotto, demolabutisti, e di P. Nenni, socialista.

finanziaria regionale partendo da un chiaro assunto: «*la materia imponibile è una sola: il reddito del contribuente*»⁵³.

In altre parole, un sistema fiscale chiamato ad integrare l'imposizione in modo proporzionato, non avrebbe dovuto partire dalle esigenze finanziarie degli enti impositori, pur se di nuova istituzione come le Regioni, ma dalla capacità contributiva del cittadino e dell'impresa. Questione nodale che, ancora oggi, agita il confronto tra le diverse proposte di riforma fiscale dello Stato multilivello.

Egli intervenne poi su vari temi trattati dalla Commissione: da quello del riparto di competenze tra Stato e Regioni, alla questione delle province e del loro ruolo marginale («le province sono circoscrizioni amministrative di decentramento regionale»), sino a quando si giunse all'esame della disposizione che prevede per gli statuti speciali l'adozione con legge costituzionale⁵⁴. L'on. Perassi propose di sostituire, al secondo comma, le parole «con Statuti speciali adottati con leggi di valore costituzionale» con l'espressione: «con leggi speciali di carattere costituzionale». Ma tale emendamento venne poi ritirato ed il dibattito che ne conseguì diede la possibilità ad Einaudi di sottolineare, memore delle argomentazioni già svolte alla Consulta proprio a partire dalle previsioni statutarie della Sicilia e della Val d'Aosta, la convinzione circa la «necessità che questi Statuti provengano direttamente da leggi che siano votate dal Parlamento»⁵⁵.

Il professore piemontese tornò a pronunciarsi sullo Statuto siciliano nella seduta del 28 maggio 1947. Dopo aver difeso la portata delle previsioni costituzionali del Titolo V sulla potestà legislativa regionale, ribadì le sue preoccupa-

⁵³ «Questo reddito» prosegue lo statista piemontese, «si potrà afferrare all'origine, quando entra nel bilancio del contribuente, o quando, sotto forma di consumi, esce dal bilancio del contribuente; ma fuori del reddito non esistono altre materie imponibili. Quindi necessità tecnica, di fatto, che la regione ricorra alla medesima materia imponibile a cui forzatamente debbono ricorrere lo stato ed i comuni». Ne discende che: «si tratterà di trovare metodi di compartecipazione della regione a quest'unica materia imponibile, che è il reddito del contribuente, che siano meglio adatti alla regione medesima, lasciando allo stato e rispettivamente al comune quelle altre parti di reddito che siano meglio adatte l'uno alla natura unitaria dello Stato, l'altro alla natura piccola, locale del comune [...] Ma la regione dovrà, come la provincia oggi, avere un suo campo tributario che si rivolga soprattutto alle imposte dirette [...] Finché si dimenticherà che Stato, province, regioni e comuni colpiscono sempre la medesima materia imponibile e cioè il reddito, e si guarderà alle singole imposte invece che al loro insieme, i contribuenti saranno sovrattassati e continueranno a reagire con la frode; e questa sarà tale solo di nome. È molto difficile sapere oggi quello che paga il contribuente italiano».

⁵⁴ È all'esame l'art. 3: «Le regioni sono costituite in enti autonomi con propri poteri e funzioni secondo i principi fissati nella Costituzione Alla Sicilia, alla Sardegna, al Trentino-Alto Adige e alla Valle d'Aosta sono attribuite forme e condizioni particolari di autonomia con Statuti speciali adottati con leggi di valore costituzionale».

⁵⁵ Ciò in quanto «la formulazione data ai due Statuti [...] sta a significare che è distrutta l'Unità italiana, che cioè quelle determinate regioni hanno manifestato chiaramente il desiderio di non pagare più una imposta allo stato, pur desiderando riceverne tutti gli aiuti. Ciò significa la distruzione dello stato italiano». Da qui la conclusione che una scelta di tal fatta dovrebbe esser ampiamente «discussa e deliberata dal Parlamento», l'acuirsi del dibattito, tuttavia, condurrà Perassi «[...] ad evitare eventuali ripercussioni di carattere politico» ed a ritirare la proposta (seduta del 31 gennaio 1947).

zioni circa il tenore dello statuto ad un anno dall'entrata in vigore (in particolare con riguardo all'art. 36)⁵⁶.

Ma l'apporto più puntuale all'articolato confronto in seno alla Costituente si può cogliere alle battute finali dei lavori, nella seduta del 31 gennaio 1948⁵⁷, sempre in merito alla trattazione del d.d.l. costituzionale «Testo coordinato dello Statuto speciale per la Sicilia»⁵⁸.

Il dibattito sugli emendamenti alla disposizione che disciplinava le forme per addivenire alle modifiche statutarie vide, dopo un intervento dell'on. Perassi, la lettura di vari emendamenti al testo del disegno di legge, tra cui quello sostitutivo degli artt. 1 e 2, presentato dagli on. Ambrosini, Castiglia e Montalbano che introduceva l'intesa tra Parlamento nazionale ed Assemblea regionale siciliana⁵⁹.

Tuttavia, apparve subito evidente, pur di fronte alla ristrettezza di tempo a disposizione, che il Ministro del bilancio, come peraltro ragionevole anche alla luce delle funzioni svolte, non intendesse recedere da quanto esposto nei due anni precedenti: «devo fare una dichiarazione di voto esponendo le ragioni per le quali, se l'Assemblea non procederà alla discussione dell'allegato e quindi alla discussione dei singoli articoli e anche dell'emendamento da me proposto, se l'Assemblea non riterrà di far questo, io voterò a favore dell'emendamento Persico»⁶⁰.

⁵⁶ «Enormità, ho detto, perché si tratta in verità di cose gravissime alle quali sarà necessario che la Costituente ponga sollecito riparo!», che egli interpreta in termini (correttamente) testuali deducendone che in tal modo «allo Stato sono riservate soltanto le imposte di produzione di fabbricazione e le entrate dei monopoli dei tabacchi e del gioco del lotto. Tutto il resto è avvocato alla Regione. E allora, di che cosa mai lo Stato può vivere?». Cfr. L. Einaudi, *op. ult. cit.*

⁵⁷ Si veda ancora Aa.Vv., *Lo Statuto dinanzi agli organi dello Stato*, cit., 290 ss.

⁵⁸ Tale disegno di legge, presentato dalla Sottocommissione per gli statuti regionali, prevedeva la conversione in legge dello Statuto siciliano, giova ricordare già in vigore dal 10 giugno 1946, ed era composto da due articoli: «art. 1: Il vigente Statuto della regione siciliana, approvato con decreto legislativo 15 maggio 1946, n. 455, è adottato con la presente legge costituzionale quale Statuto speciale per la Sicilia, con le modificazioni che risultano dall'allegato, che costituisce il testo coordinato dello Statuto stesso; art. 2: La presente legge costituzionale entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica».

⁵⁹ «Lo Statuto della regione siciliana, approvato con regio decreto-legge 15 maggio 1946, n. 455, fa parte delle leggi costituzionali della Repubblica ai sensi e per gli effetti dell'articolo 116 della Costituzione. Le modifiche, che in base all'esperienza derivante dall'applicazione dello Statuto fossero ritenute necessarie dalla regione o dallo Stato, saranno approvate dal Parlamento nazionale con legge ordinaria, di intesa con l'Assemblea regionale della Sicilia». Mentre l'on. Persico presentò una modifica al testo proposto Ambrosini che determinava così sostituiva il secondo comma: «Le modifiche ritenute necessarie dallo stato o dalla regione saranno approvate dal Parlamento nazionale con legge ordinaria udita l'Assemblea regionale della Sicilia». Cfr. Aa.Vv., *Lo Statuto dinanzi agli organi dello Stato*, cit., 297.

⁶⁰ Lo statista piemontese precisava al riguardo: «Molte sarebbero le ragioni che si potrebbero addurre a questo riguardo, in appoggio a quelle che sono già state svolte. L'onorevole Persico ha dimostrato che l'adozione dell'emendamento Ambrosini, così com'è scritto, porta alla conseguenza che nulla potrà essere innovato allo Statuto senza un accordo fra i due parlamenti, il Parlamento italiano e il Parlamento siciliano. Mancando questo accordo nessuna modifica potrà essere apportata al testo che sarebbe votato a norma dell'emendamento Ambrosini. Ora io vi prego di riflettere ad una circostanza la quale mi pare d'importanza somma a tacere di tutte le altre osservazioni che potrebbero essere adottate a proposito dei singoli articoli su cui ho presentato emendamenti, richiamo l'attenzione sull'articolo 13 e sulla connessione che esso ha come principio che vedo riportato in altri

Einaudi, assai preoccupato delle refluenze che tali previsioni avrebbero potuto determinare, rivolse un appello ai suoi colleghi per l'accoglimento dell'emendamento Perassi: «Io credo che l'Assemblea costituente, prima di prendere una decisione debba riflettere gravemente su queste considerazioni. È certo che ove, in base a questo articolo 13, si costituisse siffatta stanza di compensazione particolare, il corso della lira sul mercato siciliano sarebbe diverso dal corso della lira sul mercato italiano. Vi sarebbero almeno due corsi, e questo sarebbe in contrasto con l'accordo internazionale che abbiamo firmato e che abbiamo firmato nell'interesse nostro di italiani ed anche nell'interesse dei siciliani! Se i due corsi non si determinassero, ciò accadrebbe solo perché, in violazione della stessa norma che lo Statuto siciliano sancisce, la stanza di compensazione non fosse istituita od, istituita, non funzioni come stanza, ma come qualcosa d'altro che qui non mi attento né a definire né ad analizzare»⁶¹.

Il dibattito proseguì, senza ulteriori interventi di Einaudi.

statuti già deliberati dall'Assemblea costituente e che dice sostanzialmente che viene tutelato solo il rispetto degli obblighi internazionali». Nell'intervento Einaudi proseguiva poi sottolineando che: «Quell'accordo internazionale impone una condizione essenziale, senza la quale l'adesione dovrebbe di fatto venire a mancare: ed è il mantenimento di una sola moneta, di una sola unità monetaria. Ora, se vi è cosa certissima è questa: che l'articolo 13 consacra non solo la possibilità ma – a parer mio – la certezza assoluta che in Italia verrebbero a costituirsi due monete: una lira italiana e una lira siciliana. Soltanto per un miracolo (l'ho già detto altra volta in questa Assemblea parlando dal banco di deputato), soltanto per un miracolo, impossibile a verificarsi, si potrebbe dare il caso che i corsi delle due monete seguitassero ad essere uguali; in quanto ché, quando si afferma che deve costituirsi una stanza di compensazione particolare per la Sicilia e in questa stanza di compensazione particolare della Sicilia vengono da una parte ad essere offerte tutte le sterline, i dollari, i franchi francesi, i franchi svizzeri e tutte le altre monete straniere ottenute in compenso delle nostre esportazioni, dei noli delle navi mercantili iscritte nei compartimenti siciliani, delle rimesse degli emigranti e del turismo e, dall'altra parte, viene ad essere richiesta una certa altra quantità di dollari, sterline e via dicendo per il pagamento delle importazioni siciliane, ivi si costituisce un mercato e – costituendosi un mercato – nulla ci dice (anzi tutto lo fa escludere) che il corso della lira, quale verrà ad essere determinato su quel mercato, sarà uguale al corso che verrà ad essere determinato sul resto del mercato italiano. Oggi – per esempio – il corso della lira sul dollaro è di circa 600 lire per ogni dollaro. Soltanto per un miracolo – se si costituisse la stanza di compensazione particolare per la Sicilia – potrebbe accadere che il corso della lira in confronto del dollaro fosse uguale a 600! Tale corso sarà quasi sicuramente minore o maggiore. In quel determinato momento in cui (come ho sentito dire, ma non so quanto la notizia sia esatta) il ricavo in valuta straniera per le esportazioni e gli altri crediti siciliani fossero notevolmente superiori ai debiti per le importazioni, per cui la Sicilia diventasse creditrice verso l'estero, in quel momento che cosa accadrebbe? Accadrebbe che l'offerta di valute straniere da parte di esportatori sarebbe superiore alla domanda fatta in Sicilia di quelle medesime monete, e potrebbe accadere che il corso del dollaro, invece di essere a 600 lire, precipitasse a 400, a 300, a 200! Questo è il bel regalo che si vorrebbe fare agli esportatori siciliani! Coloro che sono favorevoli e propugnano questo articolo 13 si mettano bene in mente quali possano essere le conseguenze e i danni per gli esportatori siciliani e italiani!». Per assumere poi toni stentorei quando egli afferma: «che l'articolo 13 contraddice ad un obbligo internazionale, che questa Assemblea medesima ha assunto quando ha votato l'adesione dell'Italia agli accordi di Bretton Woods, perché la nostra moneta fosse inserita in un sistema internazionale rivolto alla tutela delle monete dei singoli paesi e anche del nostro». Cfr. Aa.Vv., *Lo Statuto dinanzi agli organi dello Stato*, cit., 312 ss.

⁶¹ Lo statista piemontese aggiunge poi: «Perché io credo che se l'Assemblea costituente non vuole passare alla discussione degli articoli perché l'ora tarda ce lo impedisce, almeno rimanga questa valvola di sicurezza, che venga così riconosciuta all'autorità superiore nel nostro paese, che è il Parlamento, la facoltà di legiferare in questa materia! è certo che in tal modo non si farà nessun danno alla Sicilia, perché nessun Parlamento italiano oserà mai modificare lo Statuto a danno della Sicilia!». Cfr. Aa.Vv., *Lo Statuto dinanzi agli organi dello Stato*, cit., 313.

Il testo approvato, così recitava: «Art. 1. Lo Statuto della regione siciliana, approvato con R. decreto legge 15 maggio 1946, n. 455, fa parte delle leggi costituzionali della Repubblica ai sensi e per gli effetti dell'articolo 116 della Costituzione. Ferma restando la procedura di revisione prevista dalla Costituzione, le modificazioni ritenute necessarie dallo stato o dalla regione saranno, non oltre due anni dall'entrata in vigore della presente legge, approvate dal Parlamento nazionale con legge ordinaria, udita l'Assemblea regionale della Sicilia».

La proposta, sottoposta alla votazione a scrutinio segreto, fu approvata con 232 voti favorevoli e 54 contrari. Qualche giorno dopo, il 31 gennaio 1948, l'Assemblea Costituente approvò il testo definitivo che approdò alla promulgazione (l. 26 febbraio 1948, n. 2), da parte del Capo provvisorio dello Stato, De Nicola, al quale succedette lo stesso Einaudi eletto Presidente della Repubblica l'11 maggio 1948.

L'estate successiva giunse la sentenza dell'Alta Corte della Regione Siciliana⁶² che dichiarò incostituzionale, su ricorso della Regione, l'art. 1, secondo comma, della l. Cost. 2 del 1948 in quanto introduceva il principio alla stregua del quale le modifiche allo Statuto siciliano potessero essere apportate entro due anni mediante legge ordinaria, udita l'Assemblea regionale, fermo restando il procedimento di revisione dello Statuto regolato dall'art. 138 Cost.⁶³

Fu una "vittoria di Pirro", che ha determinato il sostanziale congelamento delle procedure di coordinamento dello Statuto con la Costituzione innescando, da un lato, la strisciante disapplicazione da parte dello Stato di molte delle norme che Einaudi aveva individuato come incompatibili con l'ordinamento unitario, dall'altro, il progressivo smantellamento operato dalla giurisprudenza costituzionale di parti intere del testo che si voleva rendere difficilmente modificabile⁶⁴.

⁶² Sent. 19 luglio 1948 - 10 settembre 1948, n. 4, sulla quale si veda per tutti C. Mortati, *L'Alta corte per la Sicilia nella Repubblica italiana «una e indivisibile»*, in *Foro it.*, 1956, 79, IV, cc. 185 ss. L'Alta corte rigettò le eccezioni avanzate dalla difesa dello Stato circa l'improponibilità del ricorso e la sua incompetenza, dichiarando che anche le leggi costituzionali, in quanto regolate e sottoposte a limiti dalla Costituzione fossero soggette al sindacato giurisdizionale di legittimità costituzionale, e che per le leggi costituzionali regolatrici di rapporti fra lo Stato e la Regione siciliana, competente in materia fosse la stessa Alta corte per la Regione siciliana, statuendo poi per l'accoglimento del ricorso, in quanto il secondo comma dell'art. 1 della l. cost. 26 febbraio 1948, n. 2, prevedeva che le modifiche allo Statuto avrebbero dovuto essere apportate entro due anni, «senza l'osservanza del procedimento di revisione previsto dall'art. 138 della Costituzione, è viziato d'illegittimità costituzionale».

⁶³ Il che fa concludere al Padre giuridico dello Statuto siciliano: «Cosicché dell'art. 42 della Consulta regionale non rimase alcuna parte nello Statuto: Non il primo comma, che fu, separatamente, oggetto di un parere favorevole della Consulta nazionale. Non il secondo comma, che fu sostituito col citato emendamento della Consulta nazionale, poi (come si è già detto) inserito nell'articolo unico del D.L. 15 maggio 1946, n. 455, di approvazione dello Statuto, aprendo così una nuova fase storica, quella del coordinamento dello Statuto con la Costituzione. Non il terzo comma che tolse all'Autonomia siciliana una norma precisa di garanzia per la eventuale modificazione dello Statuto. Così passò il progetto della Consulta regionale siciliana alla firma sovrana. Ma il coordinamento e le «norme di attuazione» non hanno ultimato il loro corso; aspettano ancora, dopo più di un ventennio [...] gli uomini di buona volontà». Cfr. G. Salemi, *Lo Statuto della Regione siciliana nella elaborazione della Giunta consultiva per la Sicilia e nella interpretazione della dottrina e della giurisprudenza*, cit., 180, ma già 173 ss.

⁶⁴ In questo senso si vedano per tutti G. Salemi, *Lo Statuto della Regione siciliana nella elaborazione della Giunta consultiva per la Sicilia e nella interpretazione della dottrina e della giurisprudenza*, cit., 158 ss. e F. Salvia,

Può quindi affermarsi che lo statista piemontese, se ebbe un torto, fu quello di comprendere, anticipatamente ed in quasi solitudine, quali fossero le effettive conseguenze dell'applicazione delle previsioni statutarie nelle indicate materie⁶⁵. Il che, sganciato da un effettivo trasferimento delle funzioni, avrebbe creato un oggettivo disequilibrio finanziario. Probabilmente un approccio più approfondito e leale verso la nascente autonomia, così come auspicato da Einaudi, avrebbe portato ad eliminare qualche inutile orpello e, nel contempo, avrebbe magari consentito di assicurare l'inveramento delle previsioni statutarie e dell'autonomia siciliana.

L'esito è stato, invece, diametralmente opposto. Prevalse, infatti, tra le forze politiche l'idea, ambigua e strisciante, di giungere comunque ad un'approvazione dopo brevissimo e superficiale dibattito, senza relazioni governative di accompagnamento, rinviando ogni valutazione all'Assemblea costituente (e, come accadde, da quella al primo Parlamento). Altri si sarebbero assunti l'onere di disapplicare o rendere inapplicabili le disposizioni che apparivano controverse⁶⁶. Ed in effetti ciò è veramente accaduto tra inerzie governative e interpretazioni del Giudice delle leggi.

Nessuna delle disposizioni che destarono le principali, tra le ricordate preoccupazioni di Einaudi, trova oggi applicazione.

Mentre, per quanto concerne le norme sulla finanza regionale, ancora oggi oggetto di controverso confronto tra Stato e Regione, la lettura delle citate disposizioni statutarie fu condizionata dalla mancata percezione di quali e quante funzioni sarebbero state effettivamente trasferite a quest'ultima, alla quale si sarebbero quindi dovute corrispondere adeguate risorse finanziarie. Risorse che, in una fase genetica e pionieristica del regionalismo in Italia, sembravano essere reclamate a prescindere dall'effettivo e puntuale trasferimento di competenze legislative ed amministrative.

4. *Una predica (ancora) utile per il regionalismo differenziato*

Il richiamo, in alcuni casi testuale, degli interventi di Einaudi, all'istituzione delle Regioni, ed in particolare di quella Siciliana, evidenzia che egli non nutrì alcuna preconcepita avversione nei loro confronti, esprimendo, al contrario, non solo l'adesione al principio autonomistico, ma anche una profonda attenzione alla questione meridionale. Di ciò, se si può trarre agevole convincimento dal

Una questione ancora controversa; compete allo Stato o alla Regione siciliana l'accertamento dei tributi di spettanza regionale? in *Foro amm.*, 1968, II, 45 ss.

⁶⁵ «Il proposito evidente dell'estensore del disegno di legge è che tutte le imposte attualmente riscosse dallo stato in Sicilia, ad eccezione delle imposte di produzione e dell'entrate dei monopoli del tabacco e del lotto, debbano spettare alla regione; ma lo stato sul provento di questa minor parte dell'entrata tributaria a lui riservata dovrebbe prelevare a norma dell'articolo 38, una somma da impiegarsi a favore della regione a titolo di solidarietà nazionale, in base ad un piano economico nella esecuzione di lavori pubblici».

⁶⁶ Sia consentito rinviare ancora al mio contributo *Redimibile Sicilia: l'autonomia dissipata e le opportunità dell'insularità*, cit., 63 ss.

tenore delle prese di posizione richiamate, ne costituiscono riprova le iniziative che assunse da Presidente della Repubblica, carica che esercitò con grande equilibrio e sobrietà⁶⁷, ma anche con una chiara visione istituzionale⁶⁸.

Appare, in particolare, significativa la nomina a Senatore a vita di don Luigi Sturzo, padre dell'autonomia regionale siciliana e meridionalista, avvenuta il 17 settembre 1952, per meriti nel campo scientifico e sociale⁶⁹, superando le questioni giuridiche che destò la sua veste talare⁷⁰.

⁶⁷ «La Repubblica è una realtà che ogni giorno si consolida; indietro non si torna. La forma repubblicana, le istituzioni repubblicane, che sono la prima condizione giuridica del rinnovamento sociale, si rafforzano ogni giorno e diventano costume». Di quel «costume repubblicano» e del «senso di serietà e di composta dignità» impresso alla vita pubblica, continuava Calamandrei, Einaudi era stato l'ispiratore e l'esempio, nel corso di sette anni «durante i quali egli ha saputo reggere e rafforzare con esemplare equilibrio i destini ancora vacillanti della giovane Repubblica» (Orazione pronunciata dal Prof. On. P. Calamandrei, 2 giugno 1955, in *Resistenza e Repubblica*, Forlì, sd. [ma 1975], 15-16).

⁶⁸ Va ricordata la visita ai Comuni della parte orientale dell'Isola colpiti da alluvioni dal 23 al 25 ottobre del 1951, l'esperienza di quella visita fu, come sempre avveniva per lo statista che si confrontava con la realtà, foriera di considerazione sulle politiche del suolo e di contrasto al dissesto idrogeologico che risuonano attuali ancor più oggi. Al ritorno da quella visita Einaudi scrisse: «Ci rassegnaremo ancora una volta? Dimenticheremo, di fronte all'urgenza di sempre nuovi problemi pressanti, che il problema massimo dell'Italia agricola è la difesa, la conservazione e la ricostruzione del suolo del nostro Paese contro la progressiva distruzione che lo minaccia? Dalle Alpi e dagli Appennini [...] giù sino alle montagne della Calabria, della Sicilia e della Sardegna, gran parte della terra italiana va in disfacimento. [...] Per sapere il perché dei villaggi e delle case travolti dalle acque, degli agrumeti, dei vigneti e degli orti scomparsi non basta guardare alle strade, ai ponti ed agli argini. [...] La origine delle pianure distrutte, delle strade e dei ponti rovinati è nelle montagne che stanno sopra ed intorno; ma la responsabilità spetta agli uomini che hanno diboscato per conquistare terra al frumento e al pascolo. Oggi la montagna, fradicia di pioggia, scivola nella valle. Nella valle padana lo scivolamento vuol dire innalzamento del livello del letto dei fiumi, divenuti per tratti di centinaia di chilometri, pensili; oggetto di ammirazione e di sgomento a chi vede le barche scorrere, quasi sospese nell'aria, bene al disopra del tetto delle loro case» (*Della servitù della gleba in Italia*, 15 dicembre 1951: cfr. R. Einaudi, *Rileggere Luigi Einaudi*, in Luigi Einaudi 1961-2021, n. spec., supp. al n. 105 di *Libro Aperto*, 2011, 11 ss.).

⁶⁹ Sul controverso istituto dei senatori a vita di nomina presidenziale ex art. 59, comma 2, Cost., si vedano V. Di Ciolo, *I senatori a vita nella Costituzione italiana (La verifica dei poteri)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, 567 ss.; Id., *Senato (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989, 1195 ss.; nonché, tra gli altri, P. Franceschi, *Sub Art. 59*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Le Camere*, I, Art. 55-63, Bologna-Roma, 1984, 127 ss.; F. Modugno, *Noterelle (anacronistiche?) sull'interpretazione dell'art. 59, 2° comma, della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1984, 671 ss.; Id., *i Numerus clausus" dei senatori a vita*, in *Parlamento*, 1984, n. 11-12, 8 ss.; M.G. Talamì, *I senatori vitalizi*, Milano, 1986; R. Moretti, *Sub Art. 59*, in V. Crisafulli, L. Paladino, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, 372 ss.; M. Pisani, *A proposito dei senatori nominati a vita*, in *Il Politico*, 2005, n. 1, 165 ss.; F. Paterniti, *Riflessioni critiche sui senatori a vita di nomina presidenziale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2006; G.M. Salerno, *I senatori a vita, la idoppia maggioranza" e il ruolo del Presidente della Repubblica*, in *www.federalismi.it*, 2007, n. 5; F. Politi, *Senatori a vita in Il libro dell'anno del diritto*, Roma, 2014; e, più recentemente, anche per ulteriori riferimenti in dottrina, M.G. Rodomonte, *L'art. 59 della Costituzione*, 2022, in *lamagistratura.it/commentario/lart-59-della-costituzione/*. Giova poi ricordare che, avuto riguardo alla vicenda del numero di senatori nominabili dal Presidente della Repubblica, e con il chiaro obiettivo di dirimere la questione, è intervenuta la riforma costituzionale n. 1 del 2020 che, nell'ambito dell'altrettanto controversa vicenda della riduzione del numero dei parlamentari, all'originaria previsione dell'art. 59 Cost. ha aggiunto quella alla stregua della quale «il numero complessivo dei senatori in carica nominati dal presidente della Repubblica non può in alcun caso essere superiore a cinque».

⁷⁰ Anche per nomina di don Luigi Sturzo si pose in termini pregiudiziali la questione se l'estraneità dei sacerdoti dai partiti doveva considerarsi o no estesa anche al mandato parlamentare, e nella singolare circostanza che tale nomina era stata comunicata al Senato il 28 ottobre, per i trenta anni dalla marcia su Roma. La vicen-

Il sacerdote rappresentava il riferimento indiscusso del cattolicesimo liberale ed in quel momento rivestiva la carica di giudice dell'Alta Corte per la Regione Siciliana⁷¹. Era rientrato in Italia nel 1946, dopo il lungo esilio tra Londra e gli Stati Uniti, giunto in Senato si iscrisse al Gruppo misto⁷², dove lavorò assiduamente sino alla scomparsa intervenuta nell'agosto del 1959. Tale nomina, come noto, intervenuta insieme a quella dell'archeologo Umberto Zanotti Bianco⁷³, anch'egli liberale, costituì quindi un più che tangibile riconoscimento al ruolo degli esponenti del meridionalismo e del regionalismo italiano.

Occorre parimenti ricordare che Sturzo, pur se artefice dell'autonomia siciliana, ne fu anche acceso critico dei vizi che essa iniziava a manifestare, emulando il crescente rilievo della "partitocrazia" e l'intervento massivo in economia dei pubblici poteri⁷⁴. Temi, questi ultimi, sui quali era forte la sintonia tra Einaudi e Sturzo intorno ai valori del liberalismo e che fu certamente tra i fattori determinanti della concessione del laticlavio al sacerdote siciliano, che l'economista piemontese volle infine ricordare nel saggio nel quale ne riconobbe l'adesione «*al mondo spirituale del liberalismo*»⁷⁵.

da diede lungo al coinvolgimento di V.E. Orlando, sommo giuspubblicista interpellato dall'allora presidente del Senato Giuseppe Paratore, ultimo segretario di F. Crispi e parlamentare palermitano, il quale accompagnato dal G. Andreotti, allora Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio, consegnò all'anziano giurista un elaborato contenente i contrastanti pareri sulla pregiudiziale. Come raccontato dallo stesso Andreotti «Orlando si riservò ventiquattro ore di tempo ma non li lesse neppure. All'indomani tornammo da lui e disse sorridendo a Paratore: «Peppino, non dimenticare che è siciliano come noi». Così il dubbio giuridico venne risolto, lasciando aperta la possibilità, che sia De Gasperi che le autorità ecclesiastiche paventavano, che sacerdoti si potessero presentare candidati nelle elezioni»: così G. Andreotti, Vittorio Emanuele Orlando visto da vicino, in Aa.Vv., *Vittorio Emanuele Orlando: lo scienziato, il politico e lo statista*, Soveria Mannelli, 2002, 13.

⁷¹ Presso la quale fu relatore di importanti pronunce, tra le quali, la prima che introduce quale principio di differenziazione la condizione di insularità (Alta Corte per la Regione Siciliana 14 febbraio 1953, n. 1, in *Foro it.*, 76, 4, 1953, 465 ss.).

⁷² Tale nomina, come noto, non costituì affatto un ammiccamento nei confronti della Democrazia cristiana.

⁷³ Che, come noto, fu tra i protagonisti dell'*Associazione nazionale per gli interessi del Mezzogiorno d'Italia* (ANIMI) e sostenitore, tra i primi, del regionalismo nelle file liberali, U. Zanotti Bianco, *L'autonomia regionale*, in *Movimento liberale italiano*, n. 9, 1944. Sulla figura di Z.B. si v. per tutti A. Jannazzo, *Mezzogiorno e liberalismo nell'azione di Zanotti Bianco*, Roma, 2002.

⁷⁴ Cfr. Relazioni di U. De Sivo ed A. Giovagnoli al Convegno "Luigi Sturzo senatore a vita della Repubblica", Roma Senato della Repubblica, martedì 26 novembre 2019, consultabili in <https://www.radioradicale.it/scheda/591511/luigi-sturzo-senatore-a-vita-della-repubblica>, le polemiche del sacerdote calatino, dure ed insistenti, vennero vissute dalla classe politica italiana «con fastidio direi a volte dissimulato altre volte chiaramente dichiarato», la sua nomina a senatore a vita il 17 dicembre '52 da parte di Einaudi inserirono Sturzo nel cuore delle istituzioni politiche italiane con una nomina che non avrebbe incontrato in alcuni ambienti della stessa democrazia cristiana particolare gradimento «eppure e per questo forse Sturzo aderisce al gruppo misto del Senato affermando che non poteva aderire al gruppo della democrazia cristiana perché temeva che la norma concordataria che vietava ai sacerdoti iscriversi a partiti politici possedesse trovare applicazione nei suoi confronti e soprattutto era convinto che la disciplina di partito avrebbe limitato il suo senso di responsabilità personali».

⁷⁵ L. Einaudi nel saggio *Liberismo e liberalismo o della continuità di Luigi Sturzo, Prediche inutili, op. ult. cit.*, 374 ss., spec. 381 che ricorda le apprezzate posizioni antistatalistiche, antidirigistiche ed antisocialistiche del prete calatino, ispirate dalla comune convinzione che «socialismo, dirigismo, corporativismo, statalismo sono

In conclusione, quella di Einaudi verso l'autonomia regionale, ed in particolare nei confronti di quella siciliana, lungi dal costituire una forma di avversione centralista, fu invece espressione di critica, sovente lungimirante, verso approcci eccessivamente sbrigativi e sistemi poco chiari di attribuzione del gettito tributario e dei meccanismi di finanza pubblica che purtroppo prevalsero nei lavori parlamentari. Un approccio che rispondeva alla scelta di fondo ispirata dall'esigenza di assicurare un nitido riparto tra i livelli di governo che ancorasse il potere impositivo alla responsabilità istituzionale riconducibile alla profonda adesione ai principi del costituzionalismo europeo⁷⁶; così come per la disciplina del controllo valutario e di quella doganale e tariffaria.

Risultato evidente, lo si è già precisato in precedenza, a quasi ottant'anni dai dibattiti dei quali si sono richiamati ampi stralci, è che le disposizioni dello Statuto siciliano che hanno delineato l'autonomia finanziaria regionale (artt. 36 e 37)⁷⁷ sono state fortemente ridimensionate negli effetti finanziari dalle norme di attuazione in materia⁷⁸, ed in parte dalla giurisprudenza costituzionale, che ne hanno sostanzialmente tradito o eluso la *ratio* ispiratrice⁷⁹ e che restano ancora in vigore nonostante i tentativi regionali di modificarle⁸⁰. Quelle riguardanti, invece, la materia valutaria, doganale e tariffaria si sono rivelate totalmente inapplicabili, inverando così quella che poteva sembrare la nefasta profezia einaudiana.

Nella prospettiva che ispirò la posizione di Einaudi era pienamente avvertita l'esigenza di dotare le Regioni e gli enti locali di poteri e di finanza propri, cor-

antisociali perché cagione di discordia sociale e di tirannia politica e che il liberalismo promuove invece l'elevazione dei più, la stabilità sociale e la libertà politica».

⁷⁶ Si rinvia sul punto nuovamente allo studio di G. Morbidelli, *Il costituzionalismo in Luigi Einaudi*, cit., il quale coglie in Einaudi i segni del costituzionalismo che non si esaurisce nelle affermazioni o declamazioni di principio: ricevono difatti continue, fecondi e illuminanti applicazioni in tanti suoi scritti, come si ricava dalle esemplificazioni che il saggio ripercorre. *L'acquis* costituzionalistico si può cogliere con nitore nell'opera di Einaudi, in particolare «come membro dell'Assemblea costituente e come Presidente della Repubblica».

⁷⁷ Come richiamato in precedenza Einaudi contestò la fretta eccessiva e la superficialità dell'analisi che accompagnarono l'approvazione dei quattro statuti speciali, ma riconduce questa approssimazione, purtroppo non priva di precedenti, ad una sorta di *habitus* della politica nazionale: «che in Italia i problemi si risolvano in fretta e furia, all'ultimo momento, a pezzi e bocconi non è rimprovero si possa muovere solo agli uomini politici d'oggi. È il rimprovero di sempre: l'esercizio di stato delle ferrovie, le convenzioni marittime del principio del secolo furono abbracciate alla bell'e meglio, senza tener conto degli studi, delle inchieste, delle relazioni di commissioni nominate a bell'apposta: così come nel 1946 – ma in questo caso, salvo per il Trentino-Alto Adige, non si era studiato niente – si approvarono gli statuti. Cammin facendo le cose si aggiustano; qualche santo provvederà. Camera, senato studieranno, perfezioneranno. Invece, nessun santo provvede, cammin facendo le cose, invece di aggiustarsi, peggiorano». Così v. L. Einaudi, *op. ult. cit.*, 356.

⁷⁸ Tali disposizioni sono state adottate con d.P.R. 26 luglio 1965, n. 1074 (*Norme di attuazione dello Statuto della Regione siciliana in materia finanziaria*).

⁷⁹ Così ancora G. Salemi, *Lo Statuto della Regione siciliana nella elaborazione della Giunta consultiva per la Sicilia e nella interpretazione della dottrina e della giurisprudenza*, cit., 157 ss.

⁸⁰ In merito sia consentito rinviare per più articolate considerazioni al mio contributo *La revisione delle relazioni finanziarie tra Regione Siciliana e Stato nella nuova stagione del regionalismo*, in www.ipof.it/author/gaetanoarmao/.

relandoli, in modo tale che «gli amministratori locali non possano ripararsi dietro ad un'autorizzazione che viene da Roma»; partendo quindi dalla consapevolezza che soltanto attraverso la responsabilizzazione delle classi dirigenti politiche e la garanzia offerta ai cittadini di «mandar[li] a spasso e [...] [di] sostituir[li] con amministratori più capaci», si sarebbe potuto consentire alle autonomie ed alla cittadinanza di svolgere appieno il proprio ruolo⁸¹. Una posizione, quindi, molto distante da quel sistema delle compartecipazioni al gettito erariale che non solo hanno prevalso nella finanza regionale, ma che assume, come si vedrà, un peculiare rilievo nel c.d. Regionalismo differenziato all'esame del Parlamento.

Non vi può essere, infatti, pieno esercizio dell'autonomia senza un'adeguata e chiara strutturazione della finanza regionale, ed in questo bene hanno fatto i redattori dei primi statuti regionali a delinearne i contorni, ma è parimenti vero che l'autonomia, per rappresentare un vantaggio per i cittadini, deve declinare e demarcare puntualmente responsabilità finanziaria e politica, altrimenti può degradare in privilegio per i ceti politico-burocratici dominanti e rischiare di divenire strumento per deteriori politiche clientelari di accaparramento del consenso⁸².

Resta cruciale, peraltro, nella ricostruzione dell'articolazione regionale dello Stato propugnata da Einaudi, l'intimo raccordo tra risorse e funzioni, di competenza delle Regioni e di pertinenza statale, rifiutando invece un approccio rivendicazionista o, peggio ancora, riparazionista della finanza regionale, volta ad incrementare trasferimenti finanziari che avrebbero determinato l'aumento della spesa pubblica, sovente improduttiva⁸³.

⁸¹ Si veda l'intervento alla Costituente del 28 maggio 1947 e in questo senso anche A. Giordano, *Il pensiero politico di Luigi Einaudi*, cit., 295.

⁸² «Nei paesi dove la democrazia non è una vana parola, la gente sbriga da sé la proprie faccende locali [...] senza attendere il là o il permesso dal governo centrale. Così si forma una classe politica numerosa, scelta per via di vagli ripetuti. [...] La classe politica non si forma da sé, né è creata dal fiat di una elezione generale. Ma si costituisce lentamente dal basso; per scelta fatta da gente che conosce personalmente le persone alle quali delega la amministrazione delle cose locali piccole; e poi via via quella delle cose nazionali od inter-statali più grosse. La classe politica non si forma, tuttavia, se l'eletto ad amministrare le cose municipali o provinciali o regionali non è pienamente responsabile per l'opera propria. Se qualcuno ha il potere di dare a lui ordini o di annullare il suo operato, l'eletto non è responsabile e non impara ad amministrare. Impara ad ubbidire, ad intrigare, a raccomandare, a cercare appoggi. Dove non esiste il governo di se stessi e delle cose proprie, in che consiste la democrazia?»: così v. L. Einaudi, *Il Buongoverno*, cit., I, 55 ss.

⁸³ Einaudi sottolineò la propria convinzione della necessità di una rigogliosa vita politica locale e si mostrò favorevole ad attribuire alle regioni un'adeguata potestà legislativa. Indipendentemente dalla forma assunta dalle autonomie locali si sarebbe comunque presentata la necessità di dotare l'ente di una capacità finanziaria propria, sebbene egualmente incidente sulla medesima fonte di quella statale, «il reddito del contribuente», strutturato su un sistema di compartecipazione con Stato e comuni, che avrebbe attribuito alla Regione sarebbe stato riconosciuto «un suo campo tributario [...] rivolto soprattutto alle imposte dirette», condizione indispensabile per consentirgli di svolgere il ruolo di contropotere che Einaudi riteneva essenziale per il funzionamento di un ordinamento democratico. In questo senso A. Giordano, *Le regole del buongoverno. Il costituzionalismo liberale nell'Italia repubblicana*, cit., 43.

Le considerazioni con le quali termina la ricordata «*predica inutile*» dedicata alla finanza regionale recano un monito che, se ha obiettivamente preconizzato alcune stagioni di finanza “allegra” delle Regioni, poi degenerata in gravi situazioni di disavanzo contabile, risulta ancor valido: «Se regioni, provincie, comuni devono ricorrere ad entrate proprie, nasce il controllo dei cittadini sulla spesa pubblica, nasce la speranza di una gestione sensata del danaro pubblico»⁸⁴.

Si tratta di considerazioni viepiù attuali oggi, nell'intrapreso percorso parlamentare del c.d. *regionalismo differenziato* in attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost.⁸⁵, al quale si faceva riferimento all'inizio di queste considerazioni ormai non più brevi e che impone analisi approfondite e scelte chiare che consentano di avere piena contezza degli effetti finanziari generati sugli attuali assetti⁸⁶.

Queste sono state soltanto avviate dal Comitato per l'individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (CLEP)⁸⁷ nel presupposto che debbano essere garantiti su tutto il territorio nazionale, ai sensi dell'art.117, secondo comma, lettera *m*) Cost. nelle materie individuate dall'art. 116, comma 3, Cost.⁸⁸.

Come noto, però, l'inveramento della previsione costituzionale pone molteplici e complessi problemi, soprattutto di tipo distributivo, connessi all'attuazione del federalismo fiscale⁸⁹, dai quali discendono questioni imprescindibili come la determinazione omogenea del livello essenziale delle prestazioni concernenti i

⁸⁴ Ed infatti «se gli enti territoriali minori vivono di proventi ricevuti o rinunciati dallo stato, di proventi di cui lo stato ha bisogno per soddisfare ai compiti suoi, o vivono, come accade, addirittura di sussidi, manca l'orgoglio del vivere del frutto del proprio sacrificio e nasce la psicologia del vivere a spese altrui, dell'emulazione nel chiedere sempre e non essere mai contenti, del mettere innanzi sempre nuove querele per i torti del passato, anche di un passato remoto, segnalato talvolta dalla inerzia dei rappresentanti elettivi locali, e nuove rivendicazioni di risarcimenti per l'avvenire. Se si vuole che le regioni nascano sotto stella propizia, fa d'uopo non ripetere l'errore della impreparazione». Sul punto v. L. Einaudi, *Prediche inutili-dispenza sesta*, cit., 359.

⁸⁵ Sul quale si veda L. Violini, *Una forma di Stato a regionalismo differenziato? Percorsi e argomenti per l'attuazione dell'art. 116, III comma, Cost.*, Torino, 2021 anche con riferimento all'ormai copiosa dottrina in materia.

⁸⁶ Va ricordato che vi erano all'esame del Senato norme di riequilibrio come quelle contenute nel d.d.l. Cost. n. 764 d'iniziativa popolare recante «Modifica dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, concernente il riconoscimento alle Regioni di forme e condizioni particolari di autonomia, e modifiche all'articolo 117, commi primo, secondo e terzo, della Costituzione, con l'introduzione di una clausola di supremazia della legge statale e lo spostamento di alcune materie di potestà legislativa concorrente alla potestà legislativa esclusiva dello Stato», proposto dal «*Coordinamento per la Democrazia Costituzionale*», respinto dal Senato il 24 gennaio u.s.

⁸⁷ V. decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 23 marzo 2023, istitutivo del Comitato tecnico-scientifico per l'individuazione dei LEP (CLEP), come noto, presieduto dal Prof. S. Cassese.

⁸⁸ Il rapporto finale del CLEP è consultabile in www.federalismi.it, 2023, n. 28, ed auspica opportunamente: «che nelle fasi successive rimesse al Governo e al Parlamento sia posta particolare attenzione ad assicurare l'uniformità dei LEP su tutto il territorio nazionale, a garanzia di quelle aree del Paese nelle quali è inferiore il livello delle prestazioni effettivamente fornite dai pubblici poteri in ordine ai diritti civili e sociali».

⁸⁹ Si vedano le considerazioni dell'Ufficio parlamentare di bilancio sui dd.ll. n. 615, 62 e 273 (attuazione dell'autonomia differenziata delle regioni a statuto ordinario) in https://www.upbilancio.it/wp-content/uploads/2023/06/Audizione-UPB-autonomia_differenziata.pdf, il quale precisa, con nitore, che: «l'autonomia differenziata prevista dall'articolo 116 della Costituzione potrebbe portare a un sostanziale ridisegno dell'artico-

diritti civili e sociali⁹⁰ e dei correlati costi e fabbisogni standard, la concreta declinazione degli strumenti di perequazione e delle relative modalità di finanziamento, le forme di superamento dei divari insulari⁹¹, sino al raccordo con le diverse forme di programmazione ed il rispetto dei vincoli di bilancio.

Tra i molteplici profili finanziari due vanno ponderati con maggior attenzione: il primo, quello che scaturisce dal novellato primo comma dell'art. 4 con obiettivi perequativi⁹², l'altro, quello della scelta di procedere estendendo le forme di compartecipazione al gettito statale per il finanziamento delle funzioni trasferite; auspicati approfondimenti, oltre quelli sin qui svolti, dovranno necessariamente accompagnare l'approvazione e l'attuazione della disciplina applicativa dell'art. 116, comma 3, Cost., e saranno affidati al Parlamento ed al Governo, anche attraverso la Cabina di regia istituita dall'art. 1, commi 791-804, della l. 29 dicembre 2022, n. 197 (*"Legge di bilancio 2023"*)⁹³.

Per questo complesso e tortuoso percorso torna, così, ancora utile richiamare il principio con il quale Einaudi terminava quell'ultima riflessione sul regionalismo: «importa conoscere prima di operare»⁹⁴.

lazione delle politiche pubbliche fra diversi livelli di governo con effetti potenzialmente significativi su livello, efficienza ed efficacia dei servizi pubblici e sulla loro distribuzione territoriale».

⁹⁰ Occorre individuare, infatti, la spesa sostenuta in ciascuna Regione per il fascio di materie, per ciascuna materia e per ciascuna funzione esercitata dallo Stato; ma anche individuare i LEP ed i relativi costi e fabbisogni standard, sulla base delle prospettazioni formulate dalla Commissione tecnica per i fabbisogni standard ed elaborate con il supporto di SOSE Spa e l'ISTAT e con la struttura tecnica di supporto alla Conferenza delle regioni e delle province autonome.

⁹¹ Si veda, da ultimo, l'audizione dell'Ufficio parlamentare di bilancio nell'ambito dell'indagine conoscitiva sull'individuazione degli svantaggi derivanti dalla condizione d'insularità e sulle relative misure di contrasto alla Commissione parlamentare per il contrasto degli svantaggi derivanti dall'insularità, del 1° febbraio 2024, in <https://www.upbilancio.it/wp-content/uploads/2024/02/Audizione-UPB-insularita.pdf#page51>. Al riguardo ci si permette di rinviare, per più ampie considerazioni in merito, al volume che ho curato *Condizioni e costi dell'insularità*, Soveria Mannelli, 2022.

⁹² La seconda parte del primo comma prevede al riguardo: «Qualora dalla determinazione dei LEP di cui al primo periodo derivino nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, si può procedere al trasferimento delle funzioni solo successivamente all'entrata in vigore dei provvedimenti legislativi di stanziamento delle risorse finanziarie coerenti con gli obiettivi programmati di finanza pubblica e con gli equilibri di bilancio e con riferimento all'intero territorio nazionale al fine di evitare disparità di trattamento tra regioni». L'emendamento è stato presentato dai senatori De Priamo, Lisei, Spinelli, Zedda, Russo, Bucalo, Pogliese, Sallemi, Satta, Tubetti, Matera, Sigismondi, Mennuni, Balboni (FdI).

⁹³ La cabina di regia è previsto svolga la puntuale ricognizione della normativa statale e delle funzioni esercitate dallo Stato e dalle Regioni a statuto ordinario nelle 23 materie (20 concorrenti e tre esclusive statali) in ordine alle quali può attuarsi il modello dell'autonomia differenziata, individuando quelle riferibili ai LEP, anche mediante la ricognizione della spesa storica statale a livello regionale per le stesse funzioni. L'organismo interministeriale deve altresì determinare i LEP ed i relativi e fabbisogni standard con il supporto della Commissione tecnica per i fabbisogni standard, rispettando il vincolo degli equilibri di bilancio, che, in virtù della scelta di invarianza della spesa, dovranno svolgersi nel rispetto dei vigenti stanziamenti. Tra gli in merito si veda G. Casilli, *Verso la necessaria determinazione dei LEP: la Cabina di regia governativa, tra ipre-intese" e DDL iCalderoli"*, in www.ipof.it.

⁹⁴ L. Einaudi, *op. ult. cit.*, 356.

Luigi Einaudi e l'autonomia regionale: una predica (ancora) utile per il regionalismo differenziato

Il saggio ricostruisce il contributo offerto da L. Einaudi nelle fasi della nascita del regionalismo italiano: dapprima alla Consulta nazionale e poi all'Assemblea costituente, nel complesso ruolo rappresentante eminente del partito liberale, ma anche di governatore della Banca d'Italia e poi di Ministro del bilancio e Vicepresidente del Consiglio. Ne emerge la figura di un convinto autonomista, pur se preoccupato dall'incedere frettoloso e confusionario del primo regionalismo, tentato da alcune fughe in avanti, in materia finanziaria, valutaria e doganale.

Le critiche che, in solitudine, egli argomentò dettagliatamente colsero nel segno, prova ne è che gran parte delle norme da egli additate in quella fase, con particolare riguardo allo Statuto siciliano, siano rimaste sulla carta, sostanzialmente inapplicabili.

Un autonomista convinto quindi, e se ne trova conferma anche nelle ultime nomine dei senatori a vita (due regionalisti e meridionalisti come L. Sturzo e U. Zanotti Bianco), che tuttavia non si sottrasse al compito di evidenziare come il percorso di regionalizzazione dovesse essere attento, ponderato, ma soprattutto avulso dal sistema, poco selettivo, delle compartecipazioni fiscali e senza straripamenti ed avesse il suo fulcro nel cittadino-contribuente e nella sua capacità di valutare la gestione delle funzioni pubbliche.

Una "predica utile", quindi, anche per il regionalismo differenziato che si prepara.

Luigi Einaudi and regional autonomy: a (still) useful sermon for differentiated regionalism

The essay reconstructs the contribution made by L. Einaudi in the stages of the birth of Italian regionalism: first to the National Council and then to the Constituent Assembly, in the complex eminent representative role of the Liberal Party, but also as governor of the Bank of Italy and then as Minister for the Budget and Vice-President of the Council. What emerges is the figure of a convinced autonomist, although rightly concerned by the hasty and confusing pace of the first regionalism attempted by some escapes forward, in financial, currency and customs matters.

The criticism that, in solitude, he argued in detail hit the mark, proof is that much of the rules he pointed out at that stage, with particular regard to the Sicilian Statute, have remained on paper, substantially inapplicable.

A convinced autonomist, and this is confirmed also in the last appointments of the senators for life (two regionalists and meridionalists such as L. Sturzo and U. Zanotti Bianco). The Committee on the Environment, Public Health and Consumer Protection-taxpayers and their ability to assess the management of public functions.

A "useful sermon", therefore, also for the differentiated regionalism that is being prepared.

Il Responsabile Unico del Progetto (RUP) quale paradigma per un ripensamento della figura del Responsabile del Procedimento

Paolo Brambilla

SOMMARIO: 1. La figura del Responsabile Unico del Procedimento nella disciplina dei contratti pubblici. – 2. Il Responsabile Unico del Progetto nel nuovo codice dei contratti. – 3. La fase di nomina del RUP. – 4. Requisiti e compiti del RUP. – 5. L'affidamento degli incarichi di assistenza al RUP. – 6. La partecipazione del RUP alle commissioni di gara. – 7. Il ruolo del RUP nelle procedure di verifica dell'anomalia dell'offerta. – 8. Poteri del RUP e della commissione nelle procedure di gara. – 9. Il rapporto tra RUP e Responsabile del Procedimento. – 10. Verso il superamento della figura del Responsabile del Procedimento? – 11. Considerazioni conclusive.

1. *La figura del Responsabile Unico del Procedimento nella disciplina dei contratti pubblici*

La figura del Responsabile Unico del Procedimento (RUP) è stata presente pressoché in tutte le discipline dei contratti pubblici che si sono avvicinate negli ultimi trent'anni. Quello che, tuttavia, è mutato nel tempo è stato l'inquadramento della figura nel sistema, nonché il grado di analiticità con il quale il legislatore ha ritenuto di regolarne ruolo e funzioni¹.

¹ Per un inquadramento della disciplina dell'istituto in considerazione nella disciplina pre-codicistica, si vedano, in particolare, A. Police, *Il responsabile del procedimento in materia di lavori pubblici*, in *Nuova Rassegna*, 1995, 34 ss.; I. Franco, *Il responsabile del procedimento con particolare riferimento alla realizzazione delle opere pubbliche*, in *Cons. St.*, 1995, 145 ss., nonché le considerazioni di G. Orsoni, *Art. 7 (commento)*, I, in *La Legge «quadro» in materia di lavori pubblici*, a cura di A. Carullo, A. Clarizia, I, Padova, 2004, 392 ss. e, soprattutto, di G. Marchianò, *Art. 7 (commento)*, III, in *La Legge «quadro» in materia di lavori pubblici*, a cura di A. Carullo, A. Clarizia, I, Padova, 2004, 415 ss. Si veda altresì L. Bertozzi, *Obblighi pubblici di sovrintendenza e controllo*, in *L'Appalto di opere pubbliche*, a cura di R. Villata, Padova, 2004, 60 ss.

Così, se nella versione originaria dell'art. 7, l. 109/1994 (cd. "legge Merloni")², veniva annoverato per la prima volta tra le «misure per l'adeguamento della funzionalità della pubblica amministrazione» ivi previste, «un unico responsabile del procedimento per le fasi della programmazione dei lavori, della progettazione, dell'affidamento e dell'esecuzione dei medesimi», insieme all'istituto della conferenza di servizi e dell'accordo di programma (benché, quest'ultimo, solo a seguito delle modifiche nel frattempo introdotte con la l. 415/1998 (cd. "Merloni *ter*")), le successive versioni di tale articolo si concentravano, piuttosto, nel disciplinare in via quasi esclusiva la figura del responsabile del procedimento, evidenziandone così implicitamente la centralità nel sistema³.

Parimenti, se, in un primo tempo, il legislatore aveva ipotizzato la presenza di due distinti soggetti referenti nella materia dei contratti pubblici, rispondenti a diverse funzioni – ossia, per l'appunto, il responsabile del procedimento, da un lato, quale soggetto di riferimento per i singoli interventi ed il coordinatore unico, dall'altro lato, per la programmazione dei lavori pubblici (introdotto con il d.l. 101/1995, conv. nella l. 216/1995⁴) – proprio nella già citata Merloni *ter* la figura del coordinatore unico veniva eliminata, anche a fronte dei timori di sovrapposizione dei ruoli rispetto all'altra figura, che erano stati segnalati dalla dottrina⁵.

² L. 11 febbraio 1994, n. 109.

³ G. Orsoni, cit.

⁴ D.l. 3 aprile 1995, n. 101, convertito, con modificazioni, nella l. 2 giugno 1995, n. 216.

⁵ G. Marchianò, cit., 418. L'art. 4-*bis* del d.l. 101/1995 stabiliva in particolare che «all'art. 7 sono apportate le seguenti modifiche:

a) i commi 1, 2, 3 e 4 sono sostituiti dai seguenti:

1. I soggetti di cui all'art. 2, comma 2, lettera a), nominano, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni, nell'ambito del proprio organico, un coordinatore unico delle fasi di formazione del programma dei lavori pubblici da eseguire nel triennio e di attuazione degli interventi oggetto del programma stesso, nonché un responsabile unico del procedimento di attuazione di ogni singolo intervento per le fasi della progettazione, dell'affidamento e dell'esecuzione dello stesso.

2. Il regolamento di cui all'art. 3 determina i casi in cui il coordinatore unico può coincidere con il responsabile del procedimento di uno o più interventi. Il regolamento determina altresì l'importo massimo e la tipologia dei lavori per i quali il responsabile del procedimento può coincidere con il progettista o con il direttore dei lavori. Fino alla data di entrata in vigore del regolamento tali facoltà possono essere esercitate per lavori di qualsiasi importo e tipologia ed i soggetti appaltanti individuano direttamente la figura professionale del coordinatore unico e del responsabile del procedimento. Per un periodo di tre anni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto-legge 3 aprile 1995, n. 101, in luogo di un unico responsabile del procedimento per ogni singolo intervento può essere nominato un responsabile per ciascuna delle fasi di cui al comma 1.

3. Il coordinatore unico coordina l'attività dei responsabili dei singoli interventi ai fini della formazione del programma, dell'elaborazione dei progetti preliminari che ne costituiscono parte integrante, dell'istruttoria e delle osservazioni formulate in esito alla pubblicazione del programma; assume, su segnalazione del responsabile del procedimento, i provvedimenti necessari ad impedire il verificarsi di danni, irregolarità o ritardi nell'esecuzione del programma. Il coordinatore unico verifica altresì la copertura finanziaria degli oneri connessi ai lavori pubblici e accerta la libera disponibilità delle aree e degli immobili necessari.

4. Il coordinatore unico ed il responsabile del procedimento assicurano, per l'attività di rispettiva competenza, il controllo sui livelli di prestazione, di qualità e di prezzo determinati in coerenza alla copertura finanziaria ed ai tempi di realizzazione del programma oltre che al corretto e razionale svolgimento delle procedure.

Tale traiettoria legislativa andava quindi a valorizzare di per sé il ruolo attribuito alla figura in questione: in questo percorso, peraltro, il RUP assumeva sempre più non solo il ruolo di riferimento nel dispiegarsi delle specifiche procedure afferenti ai contratti, ma anche la funzione di raccordo nelle procedure che vedevano il coinvolgimento di più organi ed enti, ergendosi così a referente esclusivo nella gestione delle dinamiche complessive dei contratti che gli venivano imputati dall'ente nel quale operava.

Nel frattempo, alla disciplina sul responsabile del procedimento per la realizzazione di lavori pubblici, della l. 109/1994, si andava integrando anche la normativa introdotta con il d.p.r. 554/1999⁶ – anche in questo caso all'art. 7 – il quale enucleava i compiti assegnati a tale soggetto, nonché la sua qualificazione specifica⁷.

La successiva stagione delle codificazioni che ha interessato la materia di contratti pubblici, apertasi con il d.lgs. 163/2006⁸, ha rappresentato l'occasione per estendere ad ambiti che prima ne erano sprovvisti «istituti di carattere squisitamente organizzativo, quale è appunto quello del responsabile unico del procedimento»⁹.

In particolare, il d.lgs. 163 – nel quale sono state ricondotte ad un unico testo le normative riguardanti soprattutto, ma non solo, le procedure di affidamento degli appalti pubblici dei tre diversi settori, nella prospettiva di recepire le Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE – ha disciplinato la figura all'art. 10 (ove è stata denominata «Responsabile delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture»), pur ponendosi in linea con la previgente disciplina, per un verso, ha esteso la figura anche agli appalti di servizi e forniture (per i quali in precedenza non era previsto) e, per altro verso, ha

^{4-bis} Il responsabile del procedimento, oltre ai compiti di cui al comma 4, fornisce al coordinatore unico i dati e le informazioni relativi alle principali fasi di svolgimento del processo attuativo necessari per l'attività di coordinamento, di indirizzo e di controllo di competenza del coordinatore stesso; segnala altresì tempestivamente eventuali disfunzioni, impedimenti o ritardi nell'attuazione degli interventi».

⁶ D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, recante il «Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni».

⁷ Il comma 4 dell'art. 7 del d.p.r. prevedeva, in particolare, che «il responsabile del procedimento è un tecnico in possesso di titolo di studio adeguato alla natura dell'intervento da realizzare, abilitato all'esercizio della professione o, quando l'abilitazione non sia prevista dalle norme vigenti, è un funzionario con idonea professionalità, e con anzianità di servizio in ruolo non inferiore a cinque anni. Il responsabile del procedimento può svolgere per uno o più interventi, nei limiti delle proprie competenze professionali, anche le funzioni di progettista o di direttore dei lavori».

⁸ D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, recante il «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE»: per un inquadramento del codice si vedano, tra gli altri, F. Saitta (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2008; M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (diretta da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008.

⁹ V. Ragozini, *Art. 10 – Contratti pubblici, di lavori, servizi e forniture*, in *La disciplina dei contratti pubblici. Commentario al Codice appalti*, a cura di M. Baldi, R. Tomei, Milano, 2007, 130; per un inquadramento generale del codice si veda, in particolare, S. Amorosino, *Dal codice al sistema*, in *La disciplina dei contratti pubblici. Commentario al Codice appalti*, a cura di M. Baldi, R. Tomei, Milano, 2007, XLIII ss.

specificato che il «responsabile delle procedure» interviene, in particolare, a formulare proposte in fase di programmazione di lavori, servizi e forniture; nell'articolo, poi, sono stati enucleati i rispettivi compiti, che sono stati dettagliati ulteriormente agli artt. 9 e 10 del successivo d.p.r. 207/2010, sostituendo sul punto la disciplina del d.p.r. 554¹⁰.

Il successivo d.lgs. 50/2016, nel “subentrare” al precedente codice, ha invece disciplinato la figura all'art. 31, demandando a sua volta, per i profili di attuazione, alle linee guida n. 3 dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), che vertevano sui «presupposti e sulle modalità di nomina, nonché sugli ulteriori requisiti di professionalità rispetto a quanto disposto dal presente codice, in relazione alla complessità dei lavori»; alle medesime linee guida è stata altresì rimessa la determinazione dell'«importo massimo e la tipologia dei lavori, servizi e forniture per i quali il RUP può coincidere con il progettista, con il direttore dei lavori o con il direttore della esecuzione»¹¹.

La complessiva disciplina introdotta nel 2016 – ed in parte rivista con il d.lgs. 56/2017¹², che ha comportato anche il conseguente aggiornamento delle rispettive linee guida ANAC¹³ – ha ancora una volta confermato l'approccio che

¹⁰ Per un inquadramento della figura e degli specifici problemi sollevati con specifico riferimento alla disciplina vigente prima del d.lgs. 163/2016, cfr. R. Giovagnoli, *Il Responsabile del procedimento: punti di contatto e dissonanza tra la disciplina codicistica e quella del procedimento amministrativo*, in *Giustamm.it*, 10, 2012.

¹¹ Si tratta in particolare delle Linee guida n. 3, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti «Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni». Sulla natura vincolante di tali linee guida si è espresso in modo netto il Cons. Stato, Adunanza della Commissione speciale del 6 luglio 2016, n. aff. 01273/2016 in *www.giustiziamministrativa.it*. Per una disamina generale della disciplina dell'art. 31 e delle relative linee guida si vedano, nello specifico, le considerazioni di P. Scarale, *Art. 31 (commento)*, in *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, a cura di A. Carullo, G. Iudica, Padova, 2018, 404 ss., nonché R. Rinaldi, *Art. 31 (commento)*, in *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L.R. Perfetti, Padova, 2017, II ed., 311 ss. e C. Mari, *Il responsabile unico del procedimento nelle dinamiche organizzative delle amministrazioni pubbliche: tendenze e prospettive*, in *Il diritto dell'economia*, 2021, 3, 289 ss.

¹² D.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, recante «Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50».

¹³ L'art. 21, c. 1, lettera b), del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 ha in particolare modificato il c. 1 dell'art. 31, prevedendo che «per ogni singola procedura per l'affidamento di un appalto o di una concessione le stazioni appaltanti individuano, nell'atto di adozione o di aggiornamento dei programmi di cui all'articolo 21, comma 1, ovvero nell'atto di avvio relativo ad ogni singolo intervento per le esigenze non incluse in programmazione, un responsabile unico del procedimento (RUP) per le fasi della programmazione, della progettazione, dell'affidamento, dell'esecuzione. Le stazioni appaltanti che ricorrono ai sistemi di acquisto e di negoziazione delle centrali di committenza nominano, per ciascuno dei detti acquisti, un responsabile del procedimento che assume specificamente, in ordine al singolo acquisto, il ruolo e le funzioni di cui al presente articolo. Fatto salvo quanto previsto al comma 10, il RUP è nominato con atto formale del soggetto responsabile dell'unità organizzativa, che deve essere di livello apicale, tra i dipendenti di ruolo addetti all'unità medesima, dotati del necessario livello di inquadramento giuridico in relazione alla struttura della pubblica amministrazione e di competenze professionali adeguate in relazione ai compiti per cui è nominato; la sostituzione del RUP individuato nella programmazione di cui all'articolo 21, comma 1, non comporta modifiche alla stessa. Laddove sia accertata la carenza nell'organico della suddetta unità organizzativa, il RUP è nominato tra gli altri dipendenti in servizio. L'ufficio di responsabile unico del procedimento è obbligatorio e non può essere rifiutato». Per una ricostruzione della

era rinvenibile già nella precedente normativa, ma, nel contempo, ha profondamente inciso sull'istituto, soprattutto sotto tre distinti profili: (a) in primo luogo, lo ha qualificato espressamente quale *project manager*, nella prospettiva di enfatizzare le specifiche competenze di programmazione e gestione dei progetti attribuitigli sulla base dei quali si innestano le singole procedure di gara, andando così a completare, sul piano sistematico, una parabola già avviata fin dai tempi della sua introduzione¹⁴; (b) in secondo luogo, ne ha profilato una disciplina ancor più analitica, regolando funzioni, compiti e requisiti della figura¹⁵; (c) infine, ne ha chiarito il rapporto con gli altri soggetti coinvolti a vario titolo nella materia (DL, DEC, CSE e progettista)¹⁶.

Nello stesso tempo, l'applicazione di tale disciplina ha ingenerato un rilevante (quanto, forse, inaspettato) contenzioso, che ha riguardato diversi profili della normativa dedicata alla figura tanto sul piano operativo, quanto sul piano più sistematico con specifico riguardo al corretto inquadramento dell'istituto in questione nel sistema generale dei contratti pubblici, sollevando il dubbio che sulle criticità emerse in sede giurisprudenziale, pur ormai in gran parte tendenzialmente risolte dal giudice amministrativo, fosse opportuno un intervento risolutivo del legislatore¹⁷.

Parallelamente, nel 2019, sulla disciplina dell'art. 31 è intervenuto direttamente il legislatore che, al c. 5 dell'articolo, ha prospettato di far confluire la disciplina delle linee guida ANAC n. 3 in un unico regolamento, poi mai approvato, che avrebbe dovuto contenere tutta la normativa attuativa della materia dei contratti pubblici¹⁸.

disciplina previgente a tali modifiche si veda in particolare, P. Malanetto, *Il responsabile del procedimento*, in R. Garofoli, G. Ferrari, *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, Roma, 2016, 207 ss.

¹⁴ In questi termini si esprimono più volte le linee guida n. 3.

¹⁵ A tali aspetti, già regolati in parte al c. 4 dell'art. 31, dedicano infatti ampio spazio proprio le linee guida.

¹⁶ Tema sul quale si sofferma soprattutto il n. 10 delle linee guida.

¹⁷ Per una disamina della giurisprudenza relativa all'applicazione dell'art. 31 si veda, in particolare, Aa.Vv., *Codice dei contratti pubblici*, a cura di G.A. Giuffrè, P. Provenzano, S. Tranquilli, Napoli, 2019, 432 ss. La ricostruzione della disciplina del RUP nel codice del 2016 è fornita in modo approfondito da A. Barone, R. Dagostino, *Modalità di affidamento dei contratti pubblici (artt. 28 - 34 e artt. 44 - 58)*, in *Corso sul codice dei contratti pubblici*, a cura di E. Follieri, Napoli, 2017, 273 ss.; per quanto riguarda gli aspetti più specifici si vedano invece gli spunti offerti da D. Gaglioti, *Prime note sull'istituto del responsabile unico del procedimento (RUP) nella bozza di decreto legislativo di riforma dei contratti pubblici*, in *Lexitalia.it*, 9 marzo 2016; L.A. Bongiorno, *I protagonisti delle procedure di gara: RUP e Commissione di gara tra incompatibilità e incompetenza*, in *Urb. app.*, 2022, 5, 596 ss.; M. Ferrante, C. Guccione, A. Serafini, *I contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2021, 753 ss.; E. d'Alterio, *I poteri sanzionatori in materia di contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 1, 99; M. Cristaro, *Il project management nella Pubblica Amministrazione*, in *Azienditalia*, 2022, 3, 585 ss.; G. Lusardi, *La liberalizzazione del limite del subappalto nuoce gravemente alla "salute" del RUP e del CSE*, in *Igiene & Sicurezza del lavoro*, 2022, 1, 15 ss.; S. Usai, *L'incompatibilità del RUP da "interferenze" nelle funzioni della commissione di gara*, in *Lexitalia.it*, 11 giugno 2018.

¹⁸ In particolare, l'art. 1, c. 20, lettera e), del d.l. 18 aprile 2019, n. 32 (cd. Decreto "sblocca-cantieri"), convertito con modificazioni dalla l. 14 giugno 2019, n. 55, ha modificato il c. 5 (già in precedenza modificato dall'art. 31 l'art. 21, c. 1, lett. b), del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56), prevedendo che «con il regolamento di cui

Anche la disciplina normativa che è stata prevista nel corso del periodo pandemico – determinato dalla diffusione del Covid-19 – pur introducendo un regime transitorio, ha avuto un impatto non indifferente sul RUP, con particolare riferimento alla perimetrazione delle relative responsabilità¹⁹.

La l. 21 giugno 2022, n. 78, recante la «Delega al Governo in materia di contratti pubblici», nell'individuare i criteri che il Governo avrebbe dovuto osservare per l'adozione del nuovo codice dei contratti, non ha fatto alcuna menzione alla figura del RUP, lasciando quindi sul punto ampio margine al Governo – ed al Consiglio di Stato, incaricato della predisposizione del testo ai sensi del c. 4, dell'art. 1 della legge – senza vincolarlo a particolari parametri, se non indirettamente, in conseguenza dei criteri stabiliti in relazione agli altri aspetti della disciplina.

2. *Il Responsabile Unico del Progetto nel nuovo codice dei contratti*

Il d.lgs. 36/2023²⁰, nell'introdurre la nuova disciplina sui contratti pubblici, che recepisce lo schema predisposto dalla Commissione speciale costituita a tal fine dal Consiglio di Stato, ci restituisce una figura parzialmente diversa da quella in precedenza conosciuta, benché anche l'attuale s'inserisca nel solco delle normative nel tempo avvicendatesi²¹.

all'articolo 216, comma 27-*octies*, è definita una disciplina di maggiore dettaglio sui compiti specifici del RUP sui presupposti e sulle modalità di nomina, nonché sugli ulteriori requisiti di professionalità rispetto a quanto disposto dal presente codice, in relazione alla complessità dei lavori. Con il medesimo regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-*octies*, sono determinati, altresì, l'importo massimo e la tipologia dei lavori, servizi e forniture per i quali il RUP può coincidere con il progettista, con il direttore dei lavori o con il direttore dell'esecuzione. Fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-*octies*, si applica la disposizione transitoria ivi prevista».

¹⁹ Così, il c. 1 dell'art. 1 d.l. 76/2020 aveva previsto, con specifico riferimento ai contratti "sotto-soglia" che «al fine di incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché al fine di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19, in deroga agli articoli 36, comma 2, e 157, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante Codice dei contratti pubblici, si applicano le procedure di affidamento di cui ai commi 2, 3 e 4, qualora la determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il 30 giugno 2023. In tali casi, salve le ipotesi in cui la procedura sia sospesa per effetto di provvedimenti dell'autorità giudiziaria, l'aggiudicazione o l'individuazione definitiva del contraente avviene entro il termine di due mesi dalla data di adozione dell'atto di avvio del procedimento, aumentati a quattro mesi nei casi di cui al comma 2, lettera b). Il mancato rispetto dei termini di cui al secondo periodo, la mancata tempestiva stipulazione del contratto e il tardivo avvio dell'esecuzione dello stesso possono essere valutati ai fini della responsabilità del responsabile unico del procedimento per danno erariale [...]»; analoga disposizione era stata prevista, all'art. 2, per i contratti "sopra-soglia".

²⁰ D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, recante «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».

²¹ Sul punto si veda, in particolare, O. Cortesini, *Art. 15*, in *Codice dei contratti pubblici*, a cura di G.F. Ferrari, G. Morbidelli, II ed., Piacenza, 2023, 91 ss. e B. Cavallo, *Art. 15*, in *Codice dei contratti pubblici*, a cura

L'istituto è ora regolato, per un verso, dall'art. 15 del nuovo codice, il quale riprende in parte la disciplina contenuta nell'art. 31, d.lgs. 50/2016, pur attraverso una formulazione decisamente più snella e sintetica rispetto alla normativa previgente e, per altro verso, dall'allegato I.2., che va così a sostituire, in via transitoria, la regolazione di dettaglio che era contenuta nelle precedenti linee guida ANAC n. 3: ciò in attesa della definitiva adozione del nuovo regolamento unico, nel quale, come noto, dovrebbe confluire tutta la normativa attuativa prevista in materia di contratti pubblici²².

Appaiono, in particolare, due le coordinate principali che hanno ispirato l'intervento del Consiglio di Stato sulla disciplina del RUP che è confluita nel nuovo codice: 1) la necessità di rendere in modo ancor più definito il ruolo e la figura all'interno della disciplina, regolando anche alcuni meccanismi sui quali si erano posti alcuni dubbi in sede interpretativa; 2) l'esigenza di superare in modo definitivo quegli aspetti critici che erano stati sollevati in merito al tema del rapporto tra il responsabile e le commissioni di gara, in relazione al quale si era aperto negli ultimi anni un notevole dibattito giurisprudenziale sotto molteplici aspetti.

In relazione al primo aspetto, vengono in rilievo, soprattutto, tre tematiche principali, che sono in ogni caso tra loro connesse: (a) la prima, consiste nella ridenominazione della figura, che da "Responsabile Unico del Procedimento" diviene "Responsabile Unico del Progetto", mantenendo così solo "accidental-

di R. Garofoli, G. Ferrari, Molfetta, 2024, 88 ss.; M. Nunziata, *Le Stazioni appaltanti e il RUP*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 3, 315; M. Bolognesi, *Stazioni appaltanti e responsabile unico del progetto nel codice dei contratti pubblici n. 36/2023*, in *Giustizia-amministrativa.it*, 2023; C. Volpe, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: dall'emergenza del modello Genova a nuove procedure di ordinaria efficienza per la competitività sul mercato*, in *Giustizia-amministrativa.it*, 2023, ove si evidenzia come il nuovo codice stabilisca «un responsabile "di progetto" e non di "procedimento", con possibilità di prevedere la nomina di un "responsabile di fase", rilevando come «si tratta di un chiarimento e di una semplificazione che ha l'effetto di perimetrare le responsabilità e, anche in questo caso, allontanare la così detta "paura della firma"; da ultimo cfr., poi, S. Usai, *Il RUP nel nuovo Codice dei contratti tra poteri istruttori e poteri decisori*, in *Lexitalia.it*, 2023, 7, secondo il quale «in realtà, e questo è anche il pregio delle nuove previsioni, si è ufficialmente certificato che il RUP non è un semplice responsabile di procedimento amministrativo ex lege 241/1990 ma un soggetto che si occupa di una pluralità di procedimenti (le fasi dell'attività contrattuale) che sostanziano l'intervento pubblico/progetto da realizzare. In questo modo, pertanto, si è riprodotta l'esatta fotografia – come del resto accade in tante disposizioni del nuovo Codice –, non con ciò che sarà il ruolo del RUP in futuro (dal Codice in poi) ma di ciò che il RUP (portata e figura) è sempre stato. Come anche ben illuminato dalla giurisprudenza che, ad esempio, ha ammesso da tempo il potere/dovere del RUP di adottare provvedimenti a valenza esterna pur nel caso di non coincidenza con il dirigente/responsabile del servizio. Il ruolo/portata quindi di "mero" responsabile di procedimento secondo il perimetro (dei compiti) designato dalla legge 241/1990 non è (era [...]) sufficiente a fornire una esatta configurazione del RUP». In senso analogo sembrano porsi le considerazioni di S. Toschei, *Contratti pubblici, più peso alla figura del responsabile unico di progetto*, in *Il Sole24ore*, 5 settembre 2023 e di G.M. Brenca, *Il Responsabile Unico del Progetto nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Ceridap.eu*, 2023, 3.

²² In questo senso, il secondo periodo del c. 5 dell'art. 15 prevede che «in sede di prima applicazione del codice, l'allegato I.2 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice».

mente” l’ormai rituale acronimo “RUP”; (b) la seconda, riguarda una più elastica “calibratura” del principio di “unicità”, che tradizionalmente caratterizza l’istituto; (c) la terza, infine, attiene alla individuazione dei soggetti, possibili destinatari dell’incarico di RUP.

Quanto alla ridenominazione della figura, essa costituisce la presa d’atto della evoluzione delle competenze che la caratterizzano, così come già perimetrata dalla precedente normativa.

Come ben evidenziato dalla Commissione speciale nella relazione allo schema definitivo del nuovo codice²³, infatti, l’espressione “Responsabile Unico del Procedimento”, utilizzata dal legislatore fin dalla l. 109/1994, appariva in realtà fuorviante, in ragione delle caratteristiche dell’istituto, ingenerando un equivoco di fondo nella individuazione del soggetto al quale attribuire il compito di referente per ciascuna “segmentazione procedimentale” dell’appalto (consistente, come noto, nelle diverse fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione) e del suo ruolo rispetto al soggetto di riferimento dell’intera gestione di quest’ultimo²⁴.

La nuova terminologia quindi chiarisce, in modo inequivocabile, che il RUP è il soggetto al quale compete la gestione dell’intero intervento previsto, rispetto al quale egli riveste il ruolo di referente generale; per tale ragione il RUP assume la responsabilità di garantire il completamento dell’incarico, secondo il principio dell’obbligo di risultato, sancito dall’art. 1 del codice: in questa prospettiva deve essere letta la previsione del c. 5 dell’art. 15 ove, al primo periodo, stabilisce che «il RUP assicura il completamento dell’intervento pubblico nei termini previsti e nel rispetto degli obiettivi connessi al suo incarico, svolgendo tutte le attività indicate nell’allegato I.2, o che siano comunque necessarie, ove non di competenza di altri organi».

Alla ridenominazione della figura è connessa anche la seconda tematica in discussione, che riguarda la parziale rivisitazione del “principio della unicità del responsabile”: nel nuovo codice tale principio viene infatti reso più flessibile, al fine di adeguarlo alle esigenze organizzative dell’ente, nonché alle necessità specifiche connesse al procedimento considerato. In questo senso, il c. 4 dell’art. 15 stabilisce che «ferma restando l’unicità del RUP, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti, possono individuare modelli organizzativi, i quali prevedano la nomina di

²³ Si tratta della Relazione datata 7 dicembre 2022, avente ad oggetto lo «Schema definitivo di 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”», rinvenibile all’indirizzo *Giustizia-amministrativa.it*.

²⁴ A tale proposito, infatti, la Commissione rileva che la nuova disciplina dedicata a tale figura, «conservandone la centralità e la trasversalità del ruolo – ridisegna la portata e la figura del RUP, che è un responsabile “di progetto” (o di “intervento”) e non di “procedimento” (definizione forse viziata dal riferimento alla legge n. 241 del 1990, che non appare pienamente conferente): si tratta del responsabile di una serie di “fasi” preordinate alla realizzazione di un “progetto”, o un “intervento pubblico” (fasi per il cui espletamento si potrà prevedere, come si dirà, la nomina di un “responsabile di fase”, a sostegno dell’attività del RUP).

un responsabile di procedimento per le fasi di programmazione, progettazione ed esecuzione e un responsabile di procedimento per la fase di affidamento».

La reinterpretazione del principio di unicità, nella misura sopra descritta, comporta – secondo quanto sancito dal medesimo c. 4 – la contestuale rimodulazione del regime delle responsabilità, che sono ora ripartite tra il RUP, al quale sono attribuite le funzioni di supervisione, indirizzo e coordinamento delle singole fasi del progetto, e i responsabili di tali fasi che rispondono direttamente del loro operato limitatamente all'esecuzione dei compiti connessi alla fase a loro assegnata.

Val la pena segnalare che, in realtà, il tema della denominazione dell'istituto di cui trattasi – nonché della corretta lettura del principio di unicità che lo contraddistingue – era tutt'altro che sconosciuto in giurisprudenza, essendo stato affrontato, anche in tempi recenti, sia dalla Corte costituzionale, sia dal giudice amministrativo.

Nel primo caso, la Corte si era pronunciata in particolare nel 2011²⁵ e nel 2019²⁶ sulla legittimità di alcune leggi regionali in materia di contratti pubblici (si trattava delle leggi della Regione Umbria e della Regione Sardegna) – nelle quali era stata prevista la possibilità di nominare un altro soggetto, da affiancare così al RUP, ed al quale attribuire la responsabilità di una delle fasi procedurali – rilevando come la possibilità di individuare eventuali sub-procedimenti, in relazione all'intervento nel suo complesso, non incidesse di per sé sull'unicità del centro di responsabilità, il quale rimane comunque in capo al RUP²⁷. Interessan-

²⁵ Corte cost., n. 43/2011, in www.cortecostituzionale.it.

²⁶ Corte cost., n. 166/2019, in www.cortecostituzionale.it.

²⁷ In particolare, la sopra richiamata sentenza n. 166/2019 ha riguardato l'impugnazione da parte del Presidente del Consiglio dei ministri dell'art. 34 della l.r. Sardegna, n. 8/2018, per violazione dell'art. 117, c. 2, lettere e) ed l), della Costituzione. Come risulta dal testo della sentenza, il c. 1 di tale legge prevedeva che «per ogni singolo intervento da realizzarsi mediante un contratto pubblico, le amministrazioni aggiudicatrici [...] nominano un responsabile unico del procedimento per le fasi della programmazione, della progettazione, dell'affidamento e dell'esecuzione del contratto pubblico. Tali fasi costituiscono, unitariamente considerate, il progetto del contratto pubblico e il responsabile unico del procedimento è il "responsabile di progetto"». Il principio di unicità del responsabile del procedimento sancito dal c. 1 sarebbe in linea con quanto previsto dall'art. 31, c. 1, del d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici), secondo cui per ogni singola procedura per l'affidamento di un appalto o di una concessione le stazioni appaltanti individuano, nell'atto di adozione o di aggiornamento dei programmi, ovvero nell'atto di avvio relativo ad ogni singolo intervento per le esigenze non incluse in programmazione, un responsabile unico del procedimento (RUP) per le fasi della programmazione, della progettazione, dell'affidamento, dell'esecuzione. Tale principio, tuttavia, verrebbe tradito dal successivo c. 2 dell'art. 34 della legge reg. Sardegna n. 8 del 2018, ove si conferisce la facoltà alle amministrazioni aggiudicatrici di nominare un responsabile del procedimento per le fasi di programmazione, progettazione ed esecuzione e un responsabile per la fase di affidamento, così dando luogo a una «stratificazione delle responsabilità», che farebbe venir meno il «concetto stesso di responsabile unico del procedimento». Nella sentenza la Corte evidenziava di avere già rilevato, con la sentenza n. 43/2011, «richiamata dalla Regione resistente, in relazione a una simile disposizione di una legge della Regione Umbria, censurata dallo Stato per gli stessi profili» quanto segue: «la legge regionale [...] ha previsto, al comma 2, la regola del responsabile unico del procedimento, limitandosi a stabilire che le amministrazioni aggiudicatrici, "nell'ambito dell'unitario procedimento di attuazione dell'intervento", possono individuare sub-procedimenti senza che ciò incida sulla unicità del centro di responsabilità. Avendo riguardo

te notare come nella legge sarda, oggetto del giudizio promosso avanti alla Corte, l'acronimo RUP fosse già diretto a qualificare nello specifico la figura del "responsabile del progetto".

Nel secondo caso, il giudice amministrativo aveva invece avuto modo di chiarire specificatamente l'interpretazione da attribuire al "principio di unicità del responsabile" con specifico riferimento alla previsione, contenuta al c. 14 dell'art. 31, d.lgs. n. 50/2016 (e riprodotta integralmente al c. 9 del nuovo art. 31) che riguardava la designazione di un responsabile da parte delle centrali di committenza e delle aggregazioni di stazioni appaltanti, da affiancare al RUP nominato dalla stazione appaltante direttamente interessata (nel caso specifico, si trattava del Comune di Urbania), evidenziando che «in uno stesso procedimento non possono coesistere due RUP e, comunque, l'eventuale secondo RUP, ai sensi del citato art. 31, co. 14, è chiamato a svolgere solo le specifiche attività per cui è stato nominato»²⁸.

Le sopra riferite modifiche operate sul punto dal nuovo codice – laddove, pur confermando il carattere di unicità del responsabile del progetto, consentono in modo espresso la possibilità di designare appositi referenti per le singole fasi del progetto, senza che ciò incida in alcun modo sulla responsabilità e sul ruolo del RUP – appaiono quindi del tutto in linea con l'indirizzo giurisprudenziale previgente. Esse, peraltro, consentono di chiarire un ulteriore dubbio che era stato sollevato in sede giurisprudenziale, riguardante l'ipotesi in cui un medesimo soggetto fosse designato quale RUP in relazione a plurime procedure attinenti ad una medesima fattispecie, circostanza che poteva far temere che in capo a tale soggetto si potessero concentrare una situazione difficilmente gestibile in termini di trasparenza²⁹: la facoltà di articolare il procedimento in diversi sub-procedimenti, imputabili ad altrettanti responsabili, dovrebbe quindi consentire di raggiungere un controllo maggiormente diffuso, scongiurando il più possibile rischi di opacità nelle procedure.

Quanto, invece, ai soggetti destinatari dell'incarico di RUP, la nuova disciplina introduce innovazioni di particolare rilievo. Come noto, la disciplina com-

allo specifico contenuto precettivo delle disposizioni impugnate, deve, pertanto, rilevarsi come la disciplina delle modalità organizzative dell'attività del responsabile unico del procedimento rientri nella materia della organizzazione amministrativa, riservata alle Regioni ai sensi del quarto comma dell'art. 117 Cost.». Le medesime considerazioni, aggiungeva la Corte con la sentenza in questione «valgono per la disposizione oggi impugnata, poiché, ai sensi del comma 3 del medesimo art. 34, l'unicità del centro di responsabilità procedimentale è garantita dal «responsabile di progetto», il quale «coordina l'azione dei responsabili per fasi, se nominati ai sensi del comma 2, anche con funzione di supervisione e controllo». La disposizione impugnata non è, dunque, in contrasto con il principio di responsabilità unica, posto dall'invocato art. 31, comma 1, del nuovo codice dei contratti a tutela di unitarie esigenze di trasparenza e funzionalità della procedura di gara, preordinata alla corretta formazione della volontà contrattuale dell'amministrazione, e di accentramento del regime della responsabilità dei funzionari». In merito alla sentenza di cui trattasi si vedano anche le considerazioni di G.M. Brenca, cit.

²⁸ Tar Marche, Sez. I, 6 febbraio 2017, n. 108, in www.giustiziamministrativa.it.

²⁹ Cfr. Tar Cagliari, Sez. I, 8 febbraio 2018, n. 95 in www.giustiziamministrativa.it.

binata dell'art. 31, d.lgs. 50/2016 e delle linee guida n. 3 dell'ANAC, nella versione aggiornata a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 56/2017, prevedeva che il RUP fosse nominato tra i dipendenti di ruolo addetti all'unità organizzativa inquadrati come dirigenti o dipendenti con funzioni direttive o, in caso di carenza in organico della unità organizzativa, tra i dipendenti in servizio che avessero caratteristiche analoghe³⁰.

Le linee guida aggiungevano poi che la stazione appaltante potesse altresì individuare un RUP carente dei requisiti richiesti per lo svolgimento dell'incarico, in tal caso le attività di supporto potevano essere affidate, alternativamente, ad altri dipendenti in possesso di tali requisiti, oppure a soggetti esterni individuati con le procedure previste dal codice.

Il c. 2 dell'art. 15, d.lgs. 36/2023 stabilisce, invece, che «le stazioni appaltanti e gli enti concedenti nominano il RUP tra i dipendenti assunti anche a tempo determinato della stazione appaltante o dell'ente concedente, preferibilmente in servizio presso l'unità organizzativa titolare del potere di spesa»; sul punto, l'allegato I.2 non aggiunge ulteriori specificazioni, riproducendo sostanzialmente la sopra richiamata disciplina delle linee guida: ne discende che la nuova disciplina non solo amplia il numero dei soggetti ai quali affidare l'incarico – non più circoscritto, come avveniva nella prospettiva posta alla base del d.lgs. 50/2016 ai soli dipendenti a tempo indeterminato, ma aperta anche ai dipendenti a tempo determinato – ma specifica altresì che i destinatari dell'incarico possono essere, in via ordinaria, anche i dipendenti non dirigenti, né quelli ai quali sono state attribuite funzioni direttive.

Si tratta, come detto, di una innovazione che appare tutt'altro che di scarso rilievo, se si considera che, in questo modo, sembra darsi atto del fatto che l'incarico di RUP si configura ancor più quale una delle possibili mansioni che possono essere assegnate a ciascun dipendente e che egli deve assumere nei limiti delle rispettive competenze³¹.

³⁰ Come noto, l'art. 31, c. 1, d.lgs. 50/2016 prevedeva che il RUP fosse nominato «tra i dipendenti di ruolo addetti all'unità medesima, dotati del necessario livello di inquadramento giuridico in relazione alla struttura della pubblica amministrazione e di competenze professionali adeguate in relazione ai compiti per cui è nominato» e che «laddove sia accertata la carenza nell'organico della suddetta unità organizzativa, il RUP è nominato tra gli altri dipendenti in servizio». Le linee guida, nella versione originaria, adottata dall'ANAC nel 2016 integravano tale previsione aggiungendo che «le funzioni di RUP sono assegnate *ex lege* (art. 5, comma 2, legge 7 agosto 1990, n. 241) al dirigente preposto all'unità organizzativa responsabile ovvero assegnate ai dipendenti di ruolo addetti all'unità medesima (art. 31, comma 1, terzo periodo del Codice)», mentre, a seguito dell'aggiornamento delle linee guida dovuto alle modifiche introdotte con il d.lgs. 57/2016, si è previsto che «il RUP è individuato, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 31, comma 1, del codice, tra i dipendenti di ruolo addetti all'unità organizzativa inquadrati come dirigenti o dipendenti con funzioni direttive o, in caso di carenza in organico della suddetta unità organizzativa, tra i dipendenti in servizio con analoghe caratteristiche».

³¹ Infatti, il c. 2 dell'art. 15 specifica che i dipendenti destinatari dell'incarico devono essere «in possesso dei requisiti di cui all'allegato I.2 e di competenze professionali adeguate in relazione ai compiti al medesimo affidati, nel rispetto dell'inquadramento contrattuale e delle relative mansioni».

Sembra così superato l'approccio generale precedente, che muoveva dal presupposto secondo cui il responsabile, salvo ove ciò non fosse possibile a causa dell'organico in servizio, dovesse essere un dirigente o un funzionario in posizione apicale, approccio sul quale non è parso esservi identità di vedute tra ANAC e Consiglio di Stato³².

3. *La fase di nomina del RUP*

Al di là degli aspetti sopra menzionati, la nuova disciplina conserva molto della precedente normativa.

In particolare, si conferma che «le stazioni appaltanti e gli enti concedenti che non sono pubbliche amministrazioni o enti pubblici individuano, secondo i propri ordinamenti, uno o più soggetti cui affidare i compiti del RUP, limitatamente al rispetto delle norme del codice alla cui osservanza sono tenute. L'ufficio di RUP è obbligatorio e non può essere rifiutato» (c. 1); che «negli appalti pubblici di lavori aggiudicati con la formula del contraente generale e nelle altre formule di partenariato pubblico-privato, è vietata l'attribuzione dei compiti di RUP, responsabile dei lavori, direttore dei lavori o collaudatore allo stesso contraente generale, al soggetto aggiudicatario dei contratti di partenariato pubblico-privato e ai soggetti a essi collegati» (c. 8) e che, come già in precedenza riferito, «le centrali di committenza e le aggregazioni di stazioni appaltanti designano un RUP per le attività di propria competenza con i compiti e le funzioni determinate dalla specificità e complessità dei processi di acquisizione gestiti direttamente» (c. 9).

Proprio con riguardo a quest'ultima ipotesi, la giurisprudenza aveva sostenuto che l'attribuzione alle centrali di committenza ed alle aggregazioni di stazioni appaltanti della prerogativa di designare il responsabile costituiva un'indicazione di massima, derogabile dagli enti coinvolti ai quali spettava la facoltà di stabilire quale fosse quello competente a procedere nel caso di specie con la nomina effettiva del RUP³³.

³² Il Consiglio di Stato (Comm. spec., 25 settembre 2017, n. 2040, in www.giustiziamministrativa.it), nell'esaminare la bozza di linea guida formulata dall'ANAC a seguito delle modifiche introdotte con il d.lgs. 56/2017, aveva infatti evidenziato che «in tema di "Linee Guida recanti aggiornamento delle Linee Guida in tema di nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento", siccome il decreto correttivo ha modificato l'art. 31, comma 5, d.lgs. 50/2016, demandando alle Linee guida anche la disciplina relativa ai presupposti e alle modalità di nomina, appare opportuno integrare le previsioni relative alla nomina del RUP attraverso specifici riferimenti a tali presupposti e modalità (ad esempio, potrebbe essere chiarita la nozione di "necessario livello di inquadramento giuridico" laddove il dipendente occupi una posizione elevata ma non riferita alla professionalità tecnica posseduta, o viceversa possa vantare una rilevante professionalità tecnica pur se inquadrato in una posizione non elevatissima; potrebbe inoltre essere chiarita la relativa tempistica e la nozione di 'apicalità' richiamata al co. 1, terzo periodo)», ma tali suggerimenti non risultano essere stati recepiti dall'ANAC.

³³ Tar Brescia, Sez. I, 26 febbraio 2018, n. 234, in www.giustiziamministrativa.it.

Anche con riferimento alle procedure concernenti gli acquisiti centralizzati ed aggregati l'allegato I.2 riproduce la medesima disciplina già contenuta nelle linee guida.

Particolare attenzione deve essere dedicata, poi, alla fase della nomina del RUP: la nuova disciplina, per un verso, si limita a confermare quanto già previsto nella versione dell'art. 31, d.lgs. 50/2016, emendata dal d.lgs. 56/2017, ossia che il nominativo relativo «è indicato nel bando o nell'avviso di indizione della gara, o, in mancanza, nell'invito a presentare un'offerta o nel provvedimento di affidamento diretto» (c. 3) e resta altresì immutato il momento nel quale deve avvenire la nomina del responsabile, che ai sensi del c. 1 dell'articolo coincide con il «primo atto di avvio dell'intervento pubblico»; per altro verso, introduce una novità di rilievo.

Si consideri, infatti, che la precedente normativa sanciva la necessità che la nomina del RUP avvenisse attraverso un atto formale del dirigente (art. 31, c. 1), ma non chiariva quali fossero le conseguenze nel caso in cui ciò non si fosse verificato: sul punto, il g.a. aveva in particolare rilevato come, in assenza di nomina formale del RUP, la relativa funzione dovesse intendersi assunta automaticamente dal dirigente o dal funzionario responsabile dell'ufficio, senza che la mancata espressione formale della nomina si potesse tradurre in un vizio invalidante della procedura, dovendosi intendere applicabile la disciplina della l. 241/1990, del resto espressamente richiamata proprio al c. 3 dell'art. 31, d.lgs. 50/2016³⁴.

³⁴ Cfr. Tar Toscana, Sez. II, 12 maggio 2017, n. 672 in *www.giustiziamministrativa.it*, che ha dichiarato illegittimo il provvedimento con cui è stato disposto dalla stazione appaltante, in autotutela, l'annullamento dell'aggiudicazione di una gara per il semplice fatto che non era stata svolta preliminarmente la nomina del RUP, evidenziando che: «la mancata nomina del RUP [...] deve, infatti, essere inquadrata nel più generale orientamento giurisprudenziale che ha escluso che «l'omessa indicazione [...] del responsabile del procedimento [...] (possa dare) luogo a vizio di legittimità, salvo che sia dimostrato un concreto pregiudizio (cioè che nella specie non è), applicandosi la norma suppletiva di cui all'art. 5 della citata legge nr. 241 del 1990, a tenore della quale nella prospettata ipotesi è considerato responsabile del singolo procedimento il funzionario preposto all'unità organizzativa competente (Cons. Stato, Sez. IV, 22 marzo 2013, n. 1632; Tar Toscana, Sez. III, 30 gennaio 2012, n. 197; Tar Campania, Napoli, Sez. VII, 14 gennaio 2011, n. 164; Tar Roma, Sez. III, 9 settembre 2010, n. 32207; Cons. Stato, Sez. II, 16 maggio 2007, parere n. 866)». Continua la sentenza: «del resto, l'applicabilità alla nuova previsione di cui all'art. 31 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 della giurisprudenza sopra richiamata non è certo esclusa dal riferimento all'atto formale di nomina del RUP previsto dalla disposizione (la necessità dell'atto formale di nomina sarebbe, infatti, comunque desumibile dai principi generali, anche in mancanza di previsione espressa) o dalla mancanza, nella disposizione impugnata, dell'espreso richiamo della l. 7 agosto 1990, n. 241, apparendo di tutta evidenza come si tratti di una particolare articolazione (con aspetti di particolarità che, in questa sede, non rilevano) dell'istituto del responsabile del procedimento prevista dalla legge generale sul procedimento». Analogamente, Cons. St., Sez. VI, 7 febbraio 2018, n. 778 in *www.giustiziamministrativa.it*, chiamato a riformare tale sentenza, ne ha invece condiviso le argomentazioni. In tal senso, ha evidenziato che «in primo luogo deve rammentarsi che l'art. 31 d.lgs. n. 50/2016 – nella parte in cui indica la necessità di nominare il responsabile del procedimento per ciascuna delle quattro fasi in cui è scomponibile l'operazione contrattuale pubblica – va interpretato tenendo conto, per effetto dell'espreso rinvio alle disposizioni contenute nella l. 241/1990 operato dal Codice dei contratti pubblici oggi vigente, dell'art. 30, comma 8, e dell'art. 31, comma 3. In altri termini deve confermarsi, anche con riferimento alle disposizioni del Codice dei contratti pubblici vigente, che esse vengono costantemente integrate e completate dalle disposizioni sul procedimento amministrativo contenute nella l. 241/1990, con riferimento in particolare alle fasi dell'operazione contrattuale pubblica disciplinata dal

L'approdo al quale è pervenuto il g.a. è stato evidentemente recepito anche nel nuovo codice: non è infatti un caso che il c. 2 dell'art. 15 specifichi ora che «in caso di mancata nomina del RUP nell'atto di avvio dell'intervento pubblico, l'incarico è svolto dal responsabile dell'unità organizzativa competente per l'intervento».

In tal quadro, la scelta di non richiamare espressamente, nell'art. 15 del decreto, la disciplina della l. 241/1990, come invece avveniva in precedenza – alla luce della previsione specifica che assegna di *default* l'incarico al responsabile dell'unità organizzativa – risolve quindi il tema del soggetto al quale imputare la gestione della procedura considerata.

Qualche dubbio potrebbe essere invece posto in ordine al riconoscimento del compenso del dipendente, che, pur in assenza di nomina formale, abbia comunque svolto le funzioni di RUP: si rammenta infatti che nel 2018 la Corte di Cassazione, pronunciandosi in merito ad una vicenda occorsa in vigenza della l. 109/1994, aveva dato rilevanza essenziale al fatto che la nomina dovesse avvenire con atto formale, concludendo che, in assenza, non poteva essere riconosciuto alcunché al dipendente che pur aveva materialmente svolto l'attività di responsabile unico del procedimento³⁵.

Resta, invece, immutata la scelta di non imporre alcuna motivazione a supporto della nomina del RUP, essendo a tale riguardo sufficiente, come aveva già modo di esprimersi il giudice amministrativo³⁶, che il destinatario dell'incarico sia concretamente in possesso dei requisiti richiesti dalla normativa, con la conseguenza che qualsiasi contestazione sul punto dovrebbe portare ad ingenerare in capo al giudice il convincimento in ordine all'inadeguatezza professionale del

diritto amministrativo (fatta quindi esclusione per la fase di esecuzione, ove l'integrazione viene realizzata dalle disposizioni del codice civile) soprattutto quando una evenienza della procedura non è specificamente disciplinata dal Codice dei contratti. Infatti, espressamente, l'art. 30, comma 8, del Codice stabilisce che «Per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile». Orbene, non prevedendo l'art. 31 del Codice una specifica disciplina da applicarsi alla ipotesi in cui non vi sia stata, nel corso del procedimento selettivo, una formale nomina del responsabile (unico) del procedimento, risulta applicabile in tal caso la regola generale della l. 241/1990, in particolare propria della previsione recata nell'art. 5, in virtù della quale, nel caso di mancata nomina di un funzionario quale responsabile del procedimento, deve intendersi che tale funzione sia attribuita «automaticamente e naturalmente» al dirigente responsabile dell'ufficio e del procedimento ovvero al funzionario che detto ufficio dirige (nel caso in cui l'organigramma dell'ente-stazione appaltante non preveda, in pianta organica, la presenza di posizioni dirigenziali). Può quindi affermarsi che, anche nella vigenza del nuovo Codice dei contratti pubblici, nel caso di mancata nomina espressa di un responsabile (unico) del procedimento, deve intendersi automaticamente assunta tale funzione dal dirigente o dal funzionario responsabile dell'ufficio, senza che la mancata espressione manifesta e formale della nomina del responsabile (unico) del procedimento si possa tradurre in un vizio invalidante della procedura, né possa costituire, come è avvenuto nella specie, una valida ragione per disporre l'annullamento degli atti di una gara».

³⁵ Cfr. Cass. Civ., Sez. lav., 11 luglio 2018, n. 18274, in *www.dejure.it*.

³⁶ Tar Brescia, n. 234/2018, cit.

dipendente designato, andando così a censurare l'illogicità della scelta discrezionale compiuta dalla stazione appaltante³⁷.

4. *Requisiti e compiti del RUP*

Il d.lgs. 36/2023 interviene anche sul tema dei requisiti richiesti al RUP ai fini dello svolgimento dell'incarico, introducendo una disciplina che appare, in realtà, riprodurre per lo più quella previgente, tanto sul piano formale dell'articolazione normativa, quanto, direttamente, sul piano sostanziale.

Sul punto l'art. 31, c. 5, d.lgs. 50/2016, infatti, si limitava essenzialmente a demandare, dapprima, alle linee guida ANAC e, poi, al regolamento unitario (come detto, tuttavia, mai adottato) l'individuazione dei requisiti speciali di professionalità richiesti al responsabile, ponendo quale presupposto di tale disciplina il fatto che: (a) le funzioni di RUP era assegnate *ex lege* (c. 5) al dirigente preposto all'unità organizzativa responsabile ovvero assegnate dal responsabile dell'unità organizzativa ai dipendenti di ruolo addetti all'unità medesima; (b) questi ultimi dovevano essere dotati «del necessario livello di inquadramento giuridico in relazione alla struttura della pubblica amministrazione e di competenze professionali adeguate in relazione ai compiti per cui è nominato» (c. 1). Altra previsione di ordine generale era, inoltre, contenuta al c. 6 del medesimo articolo che, riproducendo quanto previsto nelle precedenti normative sul responsabile, stabiliva che «per i lavori e i servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura il RUP deve essere un tecnico; ove non sia presente tale figura professionale, le competenze sono attribuite al responsabile del servizio al quale attiene il lavoro da realizzare».

Le linee guida recavano una disciplina più analitica per i requisiti di professionalità del RUP, andando a distinguere a seconda che si trattasse di: (a) appalti e concessioni di lavori; (b) appalti di servizi e forniture, nonché concessioni di servizi.

L'art. 15, d.lgs. 36/2023, come accennato, si limita a prevedere che il RUP debba essere «in possesso dei requisiti di cui all'allegato I.2 e di competenze professionali adeguate in relazione ai compiti al medesimo affidati, nel rispet-

³⁷ A tal proposito val la pena evidenziare come il c. 3 dell'art. 2 dell'allegato I.2. preveda sul punto, ad integrazione della disciplina dell'art. 15, che «il RUP deve essere dotato di competenze professionali adeguate all'incarico da svolgere. Per i lavori e i servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura il RUP deve essere un tecnico. Ove non sia presente tale figura professionale, le competenze sono attribuite al dirigente o al responsabile del servizio nel cui ambito di competenza rientra l'intervento da realizzare. Negli altri casi, la stazione appaltante può individuare quale RUP un dipendente anche non in possesso dei requisiti richiesti. Nel caso in cui sia individuato un RUP carente dei requisiti richiesti, la stazione appaltante affida lo svolgimento delle attività di supporto al RUP ad altri dipendenti in possesso dei requisiti carenti in capo al RUP o, in mancanza, a soggetti esterni aventi le specifiche competenze richieste dal codice e dal presente allegato. Gli affidatari delle attività di supporto devono essere muniti di assicurazione di responsabilità civile professionale per i rischi derivanti dallo svolgimento delle attività di propria competenza».

to dell'inquadramento contrattuale e delle relative mansioni», rinviando, a sua volta, all'allegato per quanto riguarda la disciplina attuativa, la quale riproduce quella delle linee guida; l'allegato riproduce poi anche la tradizionale disposizione che impone per i lavori e i servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura che il responsabile debba essere un tecnico, a conferma del fatto che su tali punti il legislatore delegato non ha ritenuto di apportare sostanziali innovazioni rispetto alla disciplina previgente.

Discorso diverso riguarda invece la disciplina dei compiti assegnati al RUP: l'art. 31, d.lgs. 50/2016, al c. 4, ne recava un elenco analitico, peraltro incompleto, poiché esso doveva essere integrato dagli ulteriori compiti rinvenibili nelle altre disposizioni del codice, oltre che nelle linee guida³⁸.

Il Consiglio di Stato aveva avuto modo di esprimersi in termini più generali in merito ai compiti del RUP³⁹, precisando altresì che l'inquadramento della figura non è mutato «dopo l'intervento correttivo recato dal decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56», in quanto «resta confermata l'assoluta centralità del ruolo del RUP nell'ambito dell'intero ciclo dell'appalto, nonché le cruciali funzioni

³⁸ In tal senso il c. 4 dell'art. 31 prevedeva che, «oltre ai compiti specificatamente previsti da altre disposizioni del codice, in particolare, il RUP:

a) formula proposte e fornisce dati e informazioni al fine della predisposizione del programma triennale dei lavori pubblici e dei relativi aggiornamenti annuali, nonché al fine della predisposizione di ogni altro atto di programmazione di contratti pubblici di servizi e di forniture e della predisposizione dell'avviso di preinformazione;

b) cura, in ciascuna fase di attuazione degli interventi, il controllo sui livelli di prestazione, di qualità e di prezzo determinati in coerenza alla copertura finanziaria e ai tempi di realizzazione dei programmi;

c) cura il corretto e razionale svolgimento delle procedure;

d) segnala eventuali disfunzioni, impedimenti, ritardi nell'attuazione degli interventi;

e) accerta la libera disponibilità di aree e immobili necessari;

f) fornisce all'amministrazione aggiudicatrice i dati e le informazioni relativi alle principali fasi di svolgimento dell'attuazione dell'intervento, necessari per l'attività di coordinamento, indirizzo e controllo di sua competenza e sorveglia la efficiente gestione economica dell'intervento;

g) propone all'amministrazione aggiudicatrice la conclusione di un accordo di programma, ai sensi delle norme vigenti, quando si rende necessaria l'azione integrata e coordinata di diverse amministrazioni;

h) propone l'indizione o, ove competente, indice la conferenza di servizi ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, quando sia necessario o utile per l'acquisizione di intese, pareri, concessioni, autorizzazioni, permessi, licenze, nulla osta, assensi, comunque denominati;

i) verifica e vigila sul rispetto delle prescrizioni contrattuali nelle concessioni».

³⁹ Cons. Stato, Sez. V, 5 febbraio 2018, n. 738 in *www.giustiziamministrativa.it*, ove veniva rilevato che «l'art. 31, comma 4, d.lgs. n. 18 aprile 2016, n. 50 prevede tra i compiti del RUP [...], alla lett. c), la cura del "corretto e razionale svolgimento delle procedure"; la procedura si svolge in modo "razionale" se sviluppata mediante fasi logicamente correlate che conducono alla realizzazione dell'obiettivo perseguito (l'acquisizione dell'opera, del servizio o della fornitura). Rientra, allora, nei compiti del RUP intervenire per fare in modo che il passaggio da una fase all'altra della procedura avvenga nei tempi giusti evitandone l'ingiustificata dilatazione con eccessivo differimento del momento in cui l'amministrazione può conseguire l'opera o il servizio dal privato. Ciò potrà fare anche imponendo ai privati il compimento delle attività necessarie entro termini perentori»

di garanzia, di trasparenza e di efficacia dell'azione amministrativa che ne ispirano la disciplina codicistica»⁴⁰.

L'art. 15 del nuovo codice compie sul punto una scelta differente rispetto al regime precedente, poiché non indica nello specifico quali siano i compiti attribuiti a tale figura, i quali sono invece enucleati agli artt. 6 e ss. dell'allegato (sui quali cfr. *infra*).

Particolare attenzione viene poi data al tema della formazione dei dipendenti chiamati a svolgere l'incarico di RUP, anche alla luce della previsione contenuta al co. 7 dell'art. 15, il quale stabilisce che «le stazioni appaltanti e gli enti concedenti, in coerenza con il programma degli acquisti di beni e servizi e del programma dei lavori pubblici [...], adottano un piano di formazione per il personale che svolge funzioni relative alle procedure in materia di acquisiti di lavori, servizi e forniture»: si conferma sul punto l'interesse già manifestato dal legislatore in precedenza, che con la disposizione richiamata viene «razionalizzato» e reso più sistematico, attraverso l'introduzione di un apposito «piano di formazione per il personale»⁴¹.

Per quanto concerne più da specifico la disciplina dell'articolato dell'allegato I.2., l'esame complessivo delle disposizioni ivi contenute induce a ritenere che esse confermino in via generale l'impianto delle linee guida, benché la nuova disciplina sia stata resa decisamente più snella, forse nell'ottica di perseguire una minore rigidità del sistema.

È da segnalare la previsione contenuta all'art. 3 dell'allegato e dedicata alla «struttura di supporto al RUP», la quale viene menzionata anche nel testo del codice, al c. 6 dell'art. 15, ove si stabilisce in via generale che «le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono istituire una struttura di supporto al RUP» (così come del resto già avveniva nel previgente art. 31 d.lgs. 50/2016).

La previsione dell'art. 3 dell'allegato deve peraltro essere letta congiuntamente con il precedente art. 2, nella parte in cui precisa, in via generale, che «il RUP svolge i propri compiti con il supporto dei dipendenti della stazione

⁴⁰ Cons. Stato, Comm. spec., 25 settembre 2017, n. 2040, cit.

⁴¹ Il c. 9 dell'art. 31 stabiliva infatti che «la stazione appaltante, allo scopo di migliorare la qualità della progettazione e della programmazione complessiva, può, nell'ambito della propria autonomia organizzativa e nel rispetto dei limiti previsti dalla vigente normativa, istituire una struttura stabile a supporto dei RUP, anche alle dirette dipendenze del vertice della pubblica amministrazione di riferimento. Con la medesima finalità, nell'ambito della formazione obbligatoria, organizza attività formativa specifica per tutti i dipendenti che hanno i requisiti di inquadramento idonei al conferimento dell'incarico di RUP, anche in materia di metodi e strumenti elettronici specifici quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture». Si tratta peraltro di un tema tenuto in particolare considerazione anche in vigenza della normativa introdotta nel periodo di Covid-19, se si considera che l'art. 7, c. 7-*bis* del d.l. 76/2020 aveva previsto che «al fine di accelerare le procedure per l'attuazione degli investimenti pubblici e per l'affidamento di appalti e concessioni, è istituito un fondo presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, con dotazione pari a 1 milione di euro per l'anno 2020 e a 2 milioni di euro a decorrere dall'anno 2022. Tali risorse sono destinate ad iniziative finalizzate all'aggiornamento professionale del responsabile unico del procedimento (RUP) di cui all'articolo 31 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50».

appaltante”: l’art. 3 aggiunge che la struttura può essere istituita dalla stazione appaltante, la quale può conferire, su proposta del responsabile, “incarichi per la migliore realizzazione dell’intervento pubblico, nel caso di appalti di particolare complessità che richiedano valutazioni e competenze altamente specialistiche»; si specifica poi che la struttura di supporto «può essere istituita anche in comune fra più stazioni appaltanti, previa sottoscrizione di accordi ai sensi dell’articolo 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241».

Rispetto alla previgente disciplina non viene più stabilito che la struttura possa essere posta «anche alle dirette dipendenze del vertice della pubblica amministrazione di riferimento»: si tratta di una decisione che appare condivisibile se si considera che tale previsione, da un lato, poteva sollevare il dubbio circa la relativa collocazione nell’ambito dell’organico dell’ente interessato e, dall’altro lato, era altresì suscettibile di dare adito a problemi operativi in ordine all’organo al quale la struttura avrebbe dovuto rapportarsi (ossia, ad esempio nel caso di specie tra il RUP o i vertici della stazione appaltante).

Quanto invece ai compiti attribuiti al RUP, l’allegato, semplificando rispetto alle previsioni delle linee guida, distingue tra:

- compiti comuni a tutti i contratti e le fasi (art. 6);
- compiti specifici:
 - a) per la fase dell’affidamento (art. 7);
 - b) per la fase di esecuzione (art. 8);
- compiti del RUP negli acquisti aggregati, negli acquisti centralizzati e in caso di accordi tra amministrazioni (art. 9).

All’art. 6, c. 2, lett. g) emerge, in particolare, la previsione secondo cui il RUP «decide i sistemi di affidamento dei lavori, servizi e forniture, la tipologia di contratto da stipulare, il criterio di aggiudicazione da adottare», che sembra differenziarsi in modo netto rispetto alla disciplina delle linee guida ove si disponeva che il responsabile «propone all’amministrazione aggiudicataria i sistemi di riferimento»⁴².

⁴² In questi termini, anche G.M. Brenca, cit.

5. *L'affidamento degli incarichi di assistenza al RUP*

L'autonomia gestionale del RUP, sancita dal nuovo codice nei termini sopra rappresentati, trova ulteriore conforto nella disciplina introdotta al già citato c. 6 dell'art. 15, ove prevede che «le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono [...] destinare risorse finanziarie non superiori all'1 per cento dell'importo posto a base di gara per l'affidamento diretto da parte del RUP di incarichi di assistenza al medesimo».

Con tale disposizione il RUP sembra quindi godere di ampio margine nella gestione dei servizi tecnici e legali che egli intende porre a supporto della propria attività, potendo decidere di individuare esternamente in via diretta i propri consulenti, attraverso il ricorso ad un budget pari fino ad un valore pari all'1% dell'intero importo posto a base di gara. La norma amplia dunque il limite di 40.000 Euro che era stato previsto dalla precedente disciplina (art. 31, c. 8, come modificato dall'art. 10, c. 1, l. 238/2021) in relazione degli affidamenti diretti per le attività di supporto del RUP.

Nella nuova disciplina non risulta esservi alcuna specificazione della nozione di "assistenza al RUP", il che lascia ampio margine discrezionale al RUP sulla tipologia di supporto che egli ritiene necessaria al fine di portare a compimento l'intervento pubblico. Viene eliminato anche il divieto di subappalto per le attività affidate dal RUP, in linea peraltro con il regime introdotto in via generale sull'istituto del subappalto.

La previsione in esame ha destato la preoccupazione di ANAC, la quale pare abbia rilevato come l'assenza di un limite massimo in relazione all'affidamento diretto si porrebbe in contrasto con la soglia europea prevista per gli affidamenti senza gara, pari, in particolare, per le opere, ad Euro 5,382 milioni e, per i servizi, ad Euro 215 mila: il timore che è sorto consisterebbe, nello specifico, nel fatto che siffatta circostanza rischierebbe di portare all'apertura di una procedura di infrazione europea nei confronti del nuovo codice, proprio in relazione a questo specifico punto⁴³.

Ora, in ordine alla disposizione in esame, appaiono in realtà due le interpretazioni ipotizzabili.

Seguendo una prima lettura, la mancata indicazione di una soglia massima potrebbe essere considerato il frutto di un mero errore di raccordo rispetto alle altre disposizioni del codice ed in quanto tale dovrebbe portare in tempi brevi ad una modifica del testo.

⁴³ Cfr., al riguardo, <https://www.lavoripubblici.it/news/codice-appalti-2023-affidamenti-diretti-allarme-anac-30911>.

Una seconda lettura, forse più plausibile, induce invece a ritenere che il tetto massimo per gli affidamenti diretti sia già di per sé agevolmente evincibile dal codice – il quale all’art. 50, c. 1, lett. b), consente tale modalità di affidamento per i soli servizi e forniture «di importo inferiore a 140.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all’esecuzione delle prestazioni contrattuali, anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante».

In quest’ultimo caso, potrebbe quindi ritenersi ridondante l’aggiunta in tal senso di una specificazione all’art. 15, dovendosi concludere che la norma già implicitamente ponga un limite agli affidamenti diretti degli incarichi di assistenza del RUP.

Come visto, il limite del 1% del valore dell’appalto è previsto dalla norma in esame per i soli affidamenti diretti degli incarichi di assistenza, il che significa che il RUP potrebbe comunque affidare incarichi di supporto oltre tale limite, in tal caso, tuttavia, attraverso il ricorso alle procedure di gara, nelle modalità previste dal codice.

6. *La partecipazione del RUP alle commissioni di gara*

Ulteriore tema sul quale è intervenuto in modo significativo il d.lgs. 36/2023 riguarda inoltre il rapporto intercorrente tra il RUP e la commissione di gara, argomento che ha rappresentato il terreno sul quale si è concentrato maggiormente il dibattito giurisprudenziale negli ultimi anni, tanto da indurre sia il legislatore ad intervenire sulla normativa di riferimento, sia l’ANAC ad operare talune sostanziali modifiche alle linee guida n. 3.

Il tema – che è stato ricondotto, a seconda dei casi esaminati, ad un possibile problema di “incompatibilità”, di “conflitto d’interesse” o di “incompetenza” – è, in realtà scomponibile, in tre distinte questioni: (a) la partecipazione del RUP alle commissioni di gara, in qualità di commissario e/o di presidente della commissione; (b) il ruolo del RUP nei procedimenti di verifica di anomalia delle offerte; (c) l’individuazione, nell’ambito delle procedure, degli specifici atti adottabili dal RUP o dalla commissione.

La questione relativa alla partecipazione del RUP alle commissioni di gara, come noto, è stata intrinsecamente connessa alla disciplina prevista dall’art. 77, co. 4, d.lgs. n. 50/2016, il quale, nella formulazione originaria, prevedeva che «i commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun’altra funzione o

incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta».

La norma doveva essere letta alla luce dei commi 3 e 12 del medesimo articolo i quali, rispettivamente, prevedevano – il primo – che i membri delle commissioni dovessero essere scelti da un apposito albo istituito presso ANAC e – il secondo – che fino all’adozione della disciplina relativa all’iscrizione in tale Albo, le commissioni dovevano continuare ad essere nominate «dall’organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante»⁴⁴.

Sulla questione erano sorti, con specifico riferimento all’applicazione di tale disciplina, due distinti indirizzi interpretativi.

Una parte della giurisprudenza aveva attribuito alla norma in questione un carattere “innovativo” rispetto alle corrispondenti e previgenti disposizioni del d.lgs. 163/2006, proprio nella scelta di introdurre una netta incompatibilità tra le funzioni tipiche dell’ufficio di RUP (o ruolo equivalente) e l’incarico di componente e finanche di presidente della commissione. A supporto di questa impostazione si era altresì sostenuto che tale disposizione era di immediata applicazione, non essendo condizionata dall’istituzione dell’albo dei commissari previsto dall’art. 77, c. 2⁴⁵.

In favore di una lettura preclusiva del cumulo di funzioni si era espressa anche l’ANAC nel primo schema delle Linee Guida n. 3, ove stabiliva che «il ruolo di RUP è incompatibile con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice (art. 77, c. 4 del Codice)».

Nel corso dell’iter di approvazione delle linee guida (poi approvate con determinazione dell’ANAC n. 1096 del 26 ottobre 2016) l’indirizzo dell’Autorità veniva tuttavia rielaborato, anche alla luce del parere emesso dal Consiglio di Stato n. 1767/2016, cosicché nel testo definitivo delle linee guida veniva stabilito

⁴⁴ Questa seconda norma veniva poi abrogata dal d.lgs. 56/2017, solo in quanto «inutile duplicato dell’art. 216 comma 12 D.Lvo 60/2016 avente il medesimo contenuto» (cfr. Tar Emilia-Romagna, Bologna, Sez. II, 15 novembre 2018, n. 863, in www.giustiziamministrativa.it).

⁴⁵ In questo senso, cfr. Tar Latina, Sez. I, 23 maggio 2017, n. 325, in www.giustiziamministrativa.it; Tar Lecce, Sez. II, 25 maggio 2017, n. 825, in www.giustiziamministrativa.it; Tar. Brescia, Sez. II, 4 novembre 2017, n. 1306, in www.giustiziamministrativa.it. Va chiarito, infatti, che l’art. 84, c. 4, dell’abrogato d.lgs. 163/2006, come evidenziato da Cons. Stato, Sez. III, n. 26 ottobre 2018, 6089, in www.giustiziamministrativa.it, «si limitava a sanzionare le situazioni di incompatibilità dei soli membri della commissione di gara diversi dal presidente (“i commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun’altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta”); viceversa, l’incompatibilità prevista dall’art. 77, comma 4 del d.lgs. n. 50/2016 – discendente anch’essa dall’aver svolto in passato o dallo svolgere “alcun’altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta” – non fa distinzione tra i componenti della commissione di gara implicati nel cumulo di funzioni e, pertanto, sembra estendersi a tutti i commissari indistintamente».

che «il ruolo di RUP è, di regola, incompatibile con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice (art. 77, c. 4 del Codice), ferme restando le acquisizioni giurisprudenziali in materia di possibile coincidenza» (punto 2.2., ult. periodo).

Un orientamento giurisprudenziale opposto era invece giunto ad interpretare la disposizione dell'art. 77, c. 4, d.lgs. 50/2016 in continuità con l'indirizzo formatosi sul codice previgente, arrivando a concludere che, nelle procedure di evidenza pubblica, il ruolo di RUP può certamente coincidere con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice, a meno che non sussista la concreta dimostrazione dell'incompatibilità tra i due ruoli, desumibile da una qualche comprovata ragione di interferenza e di condizionamento tra gli stessi⁴⁶.

Sul punto è intervenuto successivamente il Consiglio di Stato, il quale ha ribadito che «non v'è ragione di dubitare che l'art. 77 comma 4, nella sua versione ante correttivo, intendesse precludere al RUP la partecipazione alla commissione»⁴⁷.

In ogni caso, il legislatore ha in seguito integrato il c. 4 dell'art. 77, con l'obiettivo di escludere la possibilità di automatica incompatibilità conseguente al cumulo delle funzioni in capo al RUP e rimettendo, invece, all'amministrazione la valutazione della sussistenza o meno dei presupposti affinché il RUP potesse legittimamente far parte della commissione di gara⁴⁸. In tal senso, infatti, con la modifica introdotta in sede di correttivo dall'art. 46, c. 1, lett. d), d.lgs. 56/2017, era stato aggiunto all'art. 77 l'inciso per cui «la nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura», aprendo così ad una lettura caso per caso della situazione ed escludendo, per l'appunto,

⁴⁶ Così, in particolare, Tar Veneto, Sez. I, 7 luglio 2017, n. 660, in *www.giustiziamministrativa.it*; Tar Lecce, Sez. I, 12 gennaio 2018, n. 24, in *www.giustiziamministrativa.it*; Tar Bologna, Sez. II, 25 gennaio 2018, n. 87, in *www.giustiziamministrativa.it*; Tar Molise, Sez. I, 6 marzo 2018, n. 122, in *www.giustiziamministrativa.it*; Tar Umbria, Sez. I, 30 marzo 2018, n. 192, in *www.giustiziamministrativa.it*.

⁴⁷ Cfr. Cons. Stato, Sez. III, n. 6089/2018, cit., il quale rileva che «una tale lettura era stata avversata da questo stesso Consiglio di Stato nel parere n. 1767, del 2 agosto 2016, reso ad ANAC sullo schema di Linee Guida n. 3, nel quale la Commissione speciale aveva così censurato l'impostazione espressa nel documento all'esame: «la disposizione che in tal modo viene interpretata (e in maniera estremamente restrittiva) è in larga parte coincidente con l'articolo 84, comma 4 del previgente 'Codice' in relazione al quale la giurisprudenza di questo Consiglio aveva tenuto un approccio interpretativo di minor rigore, escludendo forme di automatica incompatibilità a carico del RUP, quali quelle che le linee-guida in esame intendono reintrodurre (sul punto *ex multis* Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2015, n. 1565). Pertanto, non sembra condivisibile che le linee-guida costituiscono lo strumento per revocare in dubbio (e in via amministrativa) le acquisizioni giurisprudenziali» (vedasi il punto «Pag. 3, par. 1.2., terzo periodo» del parere 1767/2016). A seguire, la stessa ANAC era giunta ad affermare l'inesistenza di una tale automaticità allorché, nel testo delle Linee Guida licenziato il 26 ottobre 2016, aveva fatto riferimento alla circostanza che «il ruolo di RUP è, di regola, incompatibile con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice (art. 77, comma 4 del Codice), ferme restando le acquisizioni giurisprudenziali in materia di possibile coincidenza».

⁴⁸ Cons. Stato, Sez. III, n. 6089/2018, cit.

una situazione di “incompatibilità in astratto” tra le funzioni di RUP e quelle di membro delle commissioni di gara.

A distanza di qualche mese dall'introduzione di tale modifica il giudice amministrativo, nel confermare la possibilità generale per il RUP di far parte delle commissioni di gara⁴⁹, ha avuto modo di interrogarsi circa la corretta portata della nuova norma, stabilendo, ad esempio, che «nel caso di procedura negoziata, da aggiudicarsi con il criterio del minor prezzo, poiché la discrezionalità in capo alla Commissione non sussiste, non si ravvisano in concreto ragioni di incompatibilità»⁵⁰.

A tale riguardo, si è espresso più di recente anche il Consiglio di Stato, chiarendo, tuttavia, che «chi ha redatto la *lex specialis* non può essere componente della commissione, costituendo il principio di separazione tra chi predisponga il regolamento di gara e chi è chiamato concretamente ad applicarlo, una regola generale posta a tutela della trasparenza della procedura, e dunque a garanzia del diritto delle parti ad una decisione adottata da un organo terzo ed imparziale mediante valutazioni il più possibile oggettive, e cioè non influenzate alle scelte che l'hanno preceduta»⁵¹.

In tale occasione il Consiglio di Stato ha altresì sottolineato che «eventuali deroghe al divieto di cui all'art. 77 comma 4 cit. devono essere necessariamente

⁴⁹ Cfr., da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2024, n. 353, in www.giustiziamministrativa.it.

⁵⁰ Tar Roma, Sez. II, 22 febbraio 2019, n. 2420, in www.giustiziamministrativa.it.

⁵¹ Cons. Stato, Sez. V, 21 febbraio 2023, n. 1785, in www.giustiziamministrativa.it. Ha rilevato il Consiglio di Stato che «nel caso in esame, anche se la redazione materiale della legge di gara non è stata effettuata dal RUP, esso l'ha comunque approvata formalmente e stabilito direttamente:

- il fine da perseguire tramite il contratto;
- l'oggetto e la durata dell'affidamento;
- la tipologia di procedura da seguire ed il criterio di selezione delle offerte;
- la piattaforma telematica per lo svolgimento della gara;
- l'ammontare complessivo del compenso per l'aggiudicatario;
- l'importo a base d'asta.

Tali attività denotano il “ruolo significativo, tecnico o amministrativo, nella predisposizione degli atti di gara” del dirigente, idoneo a ricadere nel divieto di cui all'art. 77 comma 4 cit. Oltretutto, attraverso la sottoscrizione, l'organo procedente non si limita a recepire l'altrui volontà dispositiva, ma, facendo proprio il lavoro preparatorio svolto dall'ufficio, manifesta in via immediata e diretta la volontà dell'amministrazione di appartenenza, attuando un definitivo assetto di interessi sul piano sostanziale!. In questo caso, la stessa persona, da un lato, aveva sottoscritto gli atti di indizione della procedura di affidamento e di definizione delle regole di suo svolgimento e, dall'altro, aveva anche provveduto a concretamente applicare le regole da lei stessa predefinite, concorrendo in qualità di Presidente della Commissione giudicatrice alla valutazione delle offerte ed all'individuazione dell'aggiudicatario della procedura. È stato così violato il principio della necessaria separazione tra fase regolatoria e fase attuativa, compromettendo così le esigenze di tutela della trasparenza della procedura, poste a garanzia del diritto delle parti ad una decisione adottata da un organo terzo ed imparziale mediante valutazioni il più possibile oggettive, e cioè non influenzate dalle scelte che l'hanno preceduta»; in senso analogo si veda ancor più recentemente Tar Lazio, Roma, Sez. III, 1° marzo 2023, n. 3499, in www.giustiziamministrativa.it.

oggetto di espressa previsione normativa, che però non si individuano nel disposto dell'art. 107, comma 3 d.lgs. 267 del 2000, come invece aveva ritenuto dal TAR»⁵².

Il nuovo codice disciplina la questione in due disposizioni, parzialmente analoghe:

- i) all'art. 51, nella parte dedicata agli appalti sotto-soglia, disponendo che «nel caso di aggiudicazione dei contratti di cui alla presente Parte con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, alla commissione giudicatrice può partecipare il RUP, anche in qualità di presidente»;
- ii) all'art. 93, comma 3, per gli altri contratti, ove si stabilisce che «la commissione è presieduta e composta da dipendenti della stazione appaltante o delle amministrazioni beneficiarie dell'intervento, in possesso del necessario inquadramento giuridico e di adeguate competenze professionali. Della commissione giudicatrice può far parte il RUP».

7. *Il ruolo del RUP nelle procedure di verifica dell'anomalia dell'offerta*

Anche il tema del ruolo del RUP nei procedimenti di verifica di anomalia delle offerte ha sollevato numerose criticità operative, le quali sono state ripetutamente portate all'attenzione del g.a., nel corso degli anni.

Il tema incide sul rapporto tra i poteri del RUP e quelli della commissione di gara, nonché sulla individuazione degli atti che devono essere imputati agli organi in discussione. Sul punto, il principio dal quale muove la giurisprudenza è che «tra i compiti del RUP, in sede di affidamento, rientra [...] sicuramente quello di curare, controllare e vigilare sulle operazioni di gara»⁵³, meno agevole è stato tuttavia perimetrare le effettive modalità con le quali tali compiti si devono estrinsecare concretamente.

Con specifico riguardo ai poteri del RUP nell'ambito del procedimento di valutazione di anomalia delle offerte, è noto come, prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 163/2006, fossero emersi in giurisprudenza due contrapposti indirizzi interpretativi.

Secondo un primo orientamento, nelle gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la verifica in ordine all'anomalia dell'offerta presentata dall'impresa partecipante alla gara d'appalto non rientra

⁵² Così, ancora, Cons. Stato, Sez. V, 21 febbraio 2023, n. 1785, in *www.giustiziamministrativa.it*. Come spiega il Consiglio, la norma si limita infatti a prevedere, in termini generali, l'attribuzione ai dirigenti comunali – tra l'altro – della “presidenza delle commissioni di gara e di concorso”, ma nulla dice in merito alla possibilità che lo stesso dirigente venga in concreto a svolgere, nell'ambito della singola procedura di gara o di concorso, più incarichi relativi a fasi diverse della stessa, aspetto cui si riferisce invece il divieto posto dall'art. 77 c. 4 del codice.

⁵³ Tar Roma, Sez. II, 9 luglio 2018, n. 7630, in *www.giustiziamministrativa.it*.

nella competenza del responsabile del procedimento, ma della commissione di gara, la quale non può limitarsi a prendere atto della relazione tecnica redatta dal detto responsabile, ma deve procedere ad una autonoma valutazione dell'offerta e degli specifici contenuti della stessa, in quanto, in forza di quanto previsto dall'art. 84, d.lgs. 163/2006, in siffatto tipo di gara tutte le operazioni a carattere valutativo (compresa l'attività di verifica delle eventuali anomalie dell'offerta) devono essere compiute dalla apposita commissione giudicatrice.

Ad avviso di questo orientamento, in particolare, sarebbe stata illegittima la valutazione dell'anomalia delle offerte in una gara di appalto compiuta dal RUP invece che dalla commissione di gara, unica competente in tal senso, nel caso in cui non fosse risultato che la commissione avesse operato alcun proprio, diretto apprezzamento della relazione tecnica redatta dal responsabile e degli specifici contenuti della stessa⁵⁴.

Secondo un contrario orientamento, invece, il RUP, alla luce di una combinata lettura degli artt. 86, 88, d.lgs. 163/2006 e 121, d.p.r. 207/2010, avrebbe costituito il "motore" del subprocedimento di valutazione di congruità delle offerte sospette di anomalia, da ciò discendendo che dovesse escludersi un vizio di incompetenza con riferimento all'attività da questi compiuta nella fase di valutazione della congruità dell'offerta⁵⁵.

La questione veniva rimessa dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato alla Adunanza Plenaria⁵⁶, la quale, con la sentenza 29 novembre 2012, n. 3, affermava il principio secondo il quale «nelle gare d'appalto da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è legittima la verifica di anomalia

⁵⁴ Cons. Stato, Sez. V, 10 settembre 2012, n. 4772, in www.giustiziamministrativa.it; Cons. Stato, Sez. VI, 15 luglio 2010, n. 4584, in www.giustiziamministrativa.it, secondo cui, «sebbene l'ufficio ed il responsabile del procedimento possono dare pareri tecnici, ragguagli o altri elementi utili alla valutazione delle offerte presentate in sede di gara, agli stessi non è invece rimesso il giudizio definitivo sulla congruità dell'offerta in presenza di un'apposita commissione di gara, non essendo sufficiente del resto neppure una mera presa d'atto dell'operato dell'ufficio o del responsabile del procedimento». Cons. Stato, Sez. VI, n. 4584/2010, cit., aveva precisato che il RUP «può dare pareri d'ordine tecnico, ragguagli ed altri elementi utili alla valutazione delle offerte presentate in sede di gara con aggiudicazione all'offerta più vantaggiosa, ma non può procedere a rilasciare il giudizio definitivo sulla congruità delle offerte che spetta alla apposita Commissione valutatrice, specificamente deputata a valutare i contenuti delle offerte. Attraverso la valutazione dell'anomalia, infatti, viene posta in essere una concreta attività valutativa dei contenuti dell'offerta che non è di carattere comparativo ma è pur sempre preordinata ad indagare sugli specifici contenuti dell'offerta, sulla sua affidabilità e sulla piena rispondenza, a questo stesso fine, delle giustificazioni addotte originariamente o di quelle integrative eventualmente richieste». Nella medesima prospettiva, Cons. Stato, Sez. VI, 3 marzo 2011, n. 1368, in www.giustiziamministrativa.it, aveva sottolineato che tutte le attività di valutazione (compresa l'attività di verifica delle eventuali anomalie dell'offerta economica) devono essere compiute dalla Commissione giudicatrice (e non dal solo Presidente). Infatti, la necessità di operare con il "plenum" della Commissione giudicatrice «si pone essenzialmente nelle fasi in cui la Commissione è chiamata a fare scelte discrezionali, in ordine alle quali v'è l'esigenza che tutti i suoi componenti offrano il loro contributo ai fini di una corretta formazione della volontà collegiale, e che invece può consentirsi la deroga al principio della collegialità per le attività preparatorie, istruttorie e vincolate».

⁵⁵ Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 16 marzo 2012, n. 1467, in www.giustiziamministrativa.it.

⁵⁶ Cons. Stato, Sez. VI, ord. 12 ottobre 2012, n. 5270, in www.giustiziamministrativa.it.

dell'offerta eseguita, anziché dalla commissione aggiudicatrice, direttamente dal responsabile unico del procedimento avvalendosi degli uffici e organismi tecnici della stazione appaltante. Infatti, anche nel regime anteriore all'entrata in vigore dell'art. 121, d.P.R. n. 207/2010, è attribuita al responsabile del procedimento facoltà di scegliere, a seconda delle specifiche esigenze di approfondimento richieste dalla verifica, se procedere personalmente ovvero affidare le relative valutazioni alla commissione aggiudicatrice», ritenendo pertanto, in questo modo, di condividere il secondo indirizzo interpretativo⁵⁷.

Il fatto che la competenza alla verifica dell'anomalia delle offerte fosse attribuita al RUP non impediva comunque, secondo l'interpretazione della giurisprudenza, che tale competenza fosse delegabile alla Commissione, essendo in tal caso applicabile il «principio generale in materia di funzioni amministrative, non sovvertito in materia di appalti»⁵⁸.

Il tema si è riproposto più di recente in vigenza del successivo d.lgs. 50/2016, anche alla luce della formulazione di tale disciplina, che all'art. 97, come noto, si limitava ad imputare in via generale alla "stazione appaltante" l'accertamento della anomalia di un'offerta e ciò a prescindere dal criterio di aggiudicazione che era stato previsto per la procedura interessata⁵⁹.

La versione originaria delle linee guida ANAC aveva distinto le modalità di svolgimento della procedura a seconda del criterio di gara prescelto: (a) nel caso del minor prezzo la verifica di congruità delle offerte era rimessa direttamente al RUP; (b) nel caso dell'OEPV, la verifica doveva essere svolta dal RUP con il supporto della commissione⁶⁰.

In seguito, il correttivo al codice di cui al già più volte richiamato d.lgs. 56/2017 emendava il c. 2 dell'art. 97, specificando che «quando il criterio di

⁵⁷ In merito, si vedano le riflessioni di Cfr., R. Giovagnoli, cit..

⁵⁸ Cons. Stato, Sez. III, 21 luglio 2017, n. 3615, in www.giustiziamministrativa.it.

⁵⁹ Il c. 7 dell'articolo si limitava a prevedere che «la stazione appaltante qualora accerti che un'offerta è anormalmente bassa in quanto l'offerente ha ottenuto un aiuto di Stato può escludere tale offerta unicamente per questo motivo, soltanto dopo aver consultato l'offerente e se quest'ultimo non è in grado di dimostrare, entro un termine sufficiente stabilito dalla stazione appaltante, che l'aiuto era compatibile con il mercato interno ai sensi dell'articolo 107 TFUE. La stazione appaltante esclude un'offerta in tali circostanze e informa la Commissione europea».

⁶⁰ In particolare, si prevedeva che «nel bando di gara la stazione appaltante indica se, in caso di aggiudicazione con il criterio del minor prezzo, la verifica di congruità delle offerte è rimessa direttamente al RUP e se questi, in ragione della particolare complessità delle valutazioni o della specificità delle competenze richieste, debba o possa avvalersi della struttura di supporto istituita ai sensi dell'art. 31, comma 9, del Codice, o di commissione nominata ad hoc. Nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, invece, la verifica sulle offerte anormalmente basse è svolta dal RUP con il supporto della commissione nominata ex articolo 77 del Codice. Nella fase dell'affidamento, il RUP si occupa della verifica della documentazione amministrativa ovvero, se questa è affidata ad un seggio di gara istituito ad hoc oppure ad un apposito ufficio/servizio a ciò deputato, esercita una funzione di coordinamento e controllo, e adotta le decisioni conseguenti alle valutazioni effettuate».

aggiudicazione è quello del prezzo più basso [...] il RUP o la commissione giudicatrice procedono al sorteggio, in sede di gara», di uno dei metodi di valutazione ivi indicati (scelta confermata anche con il d.l. n. 32/2019 con l'inserimento del c. 2-*bis* dell'articolo relativo al caso in cui le offerte siano inferiori a 15) ed introducendo così la possibilità che la verifica potesse essere alternativamente svolta da entrambi gli organi, mentre nulla veniva specificato con riferimento alle procedure svolte con il criterio dell'OEPV.

In quest'ultimo caso, in particolare, il g.a. aveva avuto modo di chiarire che «detto riferimento al “supporto” dell'organo straordinario della stazione appaltante (ossia, la commissione giudicatrice, n.d.r.) nella valutazione di anomalia palesa l'esigenza che il RUP, prima di assumere le determinazioni definitive in ordine al giudizio di anomalia, chieda il parere – di natura non vincolante – della Commissione (cfr. TAR Campania, Napoli, sez. VIII – 19/10/2017, n. 4484)»⁶¹.

La posizione della giurisprudenza, da ultimo riferita, è stata valorizzata anche in sede di adeguamento delle linee guida n. 3 al d.lgs. 56/2017: nel testo emendato, esse hanno infatti previsto espressamente che il supporto della Commissione fosse solo “eventuale”.

Di recente, il g.a. ha avuto più volte occasione di ribadire che il sub-procedimento di anomalia è di competenza del RUP e non della Commissione di gara, «le cui incombenze si esauriscono con la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico ai sensi dell'art. 77, d.lgs. n. 50/2016», aggiungendo che quindi «è del tutto fisiologico che tale attività possa svolgersi anche una volta conclusa quella di competenza della Commissione, ossia una volta che quest'ultima abbia presentato la proposta di aggiudicazione (che dà in effetti avvio alle verifiche propedeutiche all'adozione del provvedimento di aggiudicazione). Pertanto, la scelta del RUP, nella procedura di gara, di svolgere personalmente le valutazioni in merito all'anomalia dell'offerta deve considerarsi pienamente legittima»⁶².

La giurisprudenza amministrativa ha altresì confermato che, in ogni caso, la Amministrazione gode di ampia discrezionalità nel regolare lo svolgimento di tale fase, che ben potrà quindi essere eventualmente affidata alla stessa Commissione di gara o anche ad una Commissione costituita ad hoc, qualora lo richieda

⁶¹ Cfr. Tar Brescia, Sez. I, 4 dicembre 2017, n. 1409, in www.giustiziamministrativa.it. In un altro caso, il Tar Latina, Sez. I, 29 dicembre 2017, n. 652, in www.giustiziamministrativa.it, aveva fornito una diversa motivazione sul punto, evidenziando come il fatto che, nel caso in esame, fosse stato il RUP a svolgere la procedura di verifica dell'anomalia, senza il supporto della Commissione (come invece indicato dalle linee guida), fosse in realtà legittimo, in quanto «l'articolo 77 del codice non è ancora entrato in vigore per cui nella fattispecie non vi è una commissione di gara nominata ex articolo 77 ma una commissione nominata in base alla disposizione transitoria dell'articolo 216, comma 12».

⁶² Da ultimo, *ex multis*, cfr. Tar Roma, Sez. I, 9 febbraio 2023, n. 2190, in www.giustiziamministrativa.it, nonché Cons. Stato, Sez. III, 5 giugno 2020, n. 36021, in www.giustiziamministrativa.it; Cons. Stato, Sez. III, 23 novembre 2022, n. 15643, in www.giustiziamministrativa.it; Tar Napoli, Sez. IV, 24 giugno 2022, n. 4319, in www.giustiziamministrativa.it.

la particolarità della gara», da ciò discendendo, di conseguenza, che «la competenza in materia di verifica della congruità dell'offerta non spetta, dunque, in via esclusiva al RUP»⁶³.

Nel d.lgs. 36/2023 la disciplina in tema di anomalia dell'offerta è in realtà rinvenibile in diverse disposizioni (cfr., in particolare, gli artt. 54, 93 e 110, nonché nell'allegato II.2), le quali riprendono in gran parte la disciplina del codice previgente, aggiornata anche alle previsioni del d.l. 76/2020.

Per quanto più interessa, tuttavia, il c. 1 dell'art. 93 prevede che la commissione giudicatrice «su richiesta del RUP, svolge anche attività di supporto per la verifica dell'anomalia», introducendo quindi per la prima volta direttamente nel testo del codice la possibilità che la commissione sia chiamata dal responsabile a svolgere attività di supporto ai fini della verifica dell'anomalia dell'offerta, previsione, come detto, rinvenibile finora solo nelle linee guida.

La disciplina contenuta nel testo del codice è poi integrata sul punto dalle previsioni dell'art. 7 dell'allegato I.2.

8. *Poteri del RUP e della commissione nelle procedure di gara*

Ulteriori profili problematici sono emersi in relazione alla determinazione dei compiti del RUP, diversi da quelli afferenti alla procedura di verifica di anomalia delle offerte, che lo stesso è chiamato ad esercitare nel corso delle procedure di gara, con particolare riguardo alla individuazione di atti e provvedimenti che egli può assumere rispetto a quelli attribuiti alla commissione.

Il parametro di riferimento, sul punto, è stato ben sintetizzato dal g.a., allorché ha rilevato che «nell'ambito dell'ordinaria attività di vigilanza sulla regolarità della procedura di gara, il RUP è tenuto a rappresentare alla Commissione giudicatrice le proprie perplessità su eventuali aspetti controversi della procedura e delle offerte dei concorrenti laddove presentino aspetti di criticità con le previsioni della *lex specialis*»: ciò detto, «gli ambiti e i ruoli della Commissione e del RUP però sono diversi: la Commissione è deputata a giudicare le offerte tecniche ed economiche e il RUP ha essenzialmente la funzione di gestione del procedimento di gara

⁶³ Cfr. Tar Napoli, Sez. IV, 8 marzo 2022, n. 1559, in www.giustiziamministrativa.it (nonché, più recentemente, Tar Napoli, Sez. IV, 1° settembre 2023, n. 4948, in www.giustiziamministrativa.it), che aggiunge che «il legislatore, lungi dal prevedere una competenza esclusiva del RUP in materia di verifica della congruità dell'offerta, ha in via astratta ammesso la possibilità di affiancare al RUP altri organi o soggetti ogni qualvolta la procedura di evidenza pubblica controversa presenti elementi di elevato tecnicismo che sconsigliano l'esercizio di competenze e di poteri discrezionali in via esclusiva da parte di organo monocratico, o quando l'esercizio della discrezionalità valutativa del RUP possa comportare conseguenze di indubbio rilievo per la gara, come nel caso della decisione di escludere o meno un operatore dal prosieguo della competizione»; tra i molti, cfr., in termini analoghi, anche Cons. Stato, Sez. V, 11 marzo 2021, n. 208, in www.giustiziamministrativa.it.

e il ruolo di fornire alla Stazione Appaltante gli elementi idonei per una corretta e consapevole formazione della volontà contrattuale della Amministrazione»⁶⁴.

Tra i compiti del RUP deve essere annoverato «l'esercizio dei poteri di impulso rispetto agli organi della procedura, istruttori e di supporto alla commissione giudicatrice, tra i quali, in particolare, la possibilità di segnalare a quest'ultima ogni profilo delle offerte tecniche ritenuto necessario di approfondimento (e, naturalmente, in quale direzione), preservandone pur sempre le competenze valutative»⁶⁵.

In questa prospettiva appare ormai assodato che al responsabile del procedimento in fase di approvazione non sia consentito procedere ad una nuova valutazione delle offerte e modificare o comunque correggere le operazioni compiute dalla Commissione, in quanto in tal modo finirebbe per dare vita ad una duplicazione dell'attività di valutazione delle offerte che risulterebbe così affidata ad organi diversi, a discapito dell'attività di approvazione vera e propria che da quella puramente correttiva, ma che lo stesso può legittimamente procedere alla verifica del possesso dei requisiti di partecipazione, tra cui la richiesta attestazione SOA⁶⁶.

Come sopra accennato, l'art. 31, c. 3, d.lgs. 50/2016 stabiliva che il RUP «ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, svolge tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal presente codice, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti», mentre il successivo c. 4 enucleava una serie di compiti specifici, facendo salvi quelli previsti in altre disposizioni.

Il Consiglio di Stato ha rilevato che la disciplina di cui trattasi ha così rimarcato «il ruolo centrale (di “ausilio istruttorio” e non solo) che tale organo riveste nell'ambito delle procedure di gara ed evidenziando la possibilità che esso compia sia operazioni di carattere materiale sia attività giuridica esternata in veri e propri atti»⁶⁷: in questo quadro, è stato quindi rilevato come tutti i provvedimenti “intermedi” – ossia, quelli riguardanti le ammissioni e le esclusioni dei concorrenti dalle procedure di gara – siano di competenza del RUP e non della commissione di gara, alla quale invece compete l'adozione del provvedimento finale della procedura medesima⁶⁸.

⁶⁴ Tar Lazio, Roma, Sez. I, 29 agosto 2019, n. 10671, in www.giustiziamministrativa.it.

⁶⁵ Cons. Stato, Sez. V, 16 febbraio 2021, n. 1415, in www.giustiziamministrativa.it.

⁶⁶ Cfr. Tar Abruzzo, Pescara, Sez. I, 3 agosto 2012, n. 372, in www.giustiziamministrativa.it.

⁶⁷ Cons. Stato, Sez. IV, 9 luglio 2020, n. 4401; Cons. Stato, Sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1104, in www.giustiziamministrativa.it.

⁶⁸ Cfr., *ex multis*, Tar Campania, Napoli, Sez. V, 31 gennaio 2019, n. 467, in www.giustiziamministrativa.it, secondo cui il RUP è il «dominus della procedura di gara, cui l'art. 31, comma 3, del D.lgs. n. 50/2016 assegna una competenza di natura residuale, nella quale rientra una generale funzione di coordinamento e controllo delle procedure di gara, nonché il compito di adottare le decisioni conseguenti alle valutazioni effettuate ed a formalizzare all'esterno gli atti della procedura (cfr. Tar Veneto, Venezia, Sez. I, 27 giugno 2018, n. 695); competenza che si estende peraltro anche all'adozione dei provvedimenti di esclusione delle partecipanti alla

Tale principio non esclude, tuttavia, che l'adozione di determinati atti non possa essere attribuita ad altri organi, poiché, come visto, l'art. 31, d.lgs. 50/2016, al c. 3, individuava per il RUP una competenza residuale con riferimento ai compiti non attribuiti ad altri organi o soggetti, elencando, al c. 4, una serie di compiti specifici che non includono la competenza a provvedere sulle ammissioni e sulle esclusioni dei concorrenti: da ciò discende che una tale competenza spetta al RUP solo nella misura in cui sussista un'espressa attribuzione ad opera della legge di gara⁶⁹.

A differenza della normativa previgente, l'art. 15, d.lgs. 36/2023, come già rilevato, non reca più né la clausola recante l'indicazione della competenza residuale del RUP, né l'elenco analitico dei compiti attribuiti a quest'ultimo, limitandosi a rinviare all'allegato per quanto riguarda requisiti e compiti del responsabile.

Proprio con riferimento a questi ultimi è sufficiente un rapido esame dell'art. 7 dell'allegato I.2. per avere conferma del fatto che la nuova disciplina recepisce senza particolari novità l'orientamento giurisprudenziale sopra sommariamente riportato⁷⁰.

gara, secondo un orientamento che il Consiglio di Stato ha definito "pacifico" (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 19 giugno 2017, n. 2983 e giurisprudenza ivi richiamata).

⁶⁹ Così, Tar Firenze, Sez. III, 6 ottobre 2021, n. 1274, in *www.giustiziamministrativa.it*; cfr. sul punto anche Cons. Stato, Sez. VI, 8 novembre 2021, n. 7419, in *www.giustiziamministrativa.it*, secondo il quale «per regola generale (art. 80, comma 5, D.lgs. n. 50 del 2016), il provvedimento di esclusione dalla gara è di pertinenza della stazione appaltante, e non già dell'organo straordinario-Commissione giudicatrice; la documentazione di gara può, comunque, demandare alla Commissione giudicatrice ulteriori compiti, di mero supporto ed ausilio del RUP, ferma rimanendo la competenza della stazione appaltante nello svolgimento dell'attività di amministrazione attiva alla stessa riservata»; cfr. anche Cons. Stato, Sez. V, 7 ottobre 2021, n. 6706, in *www.giustiziamministrativa.it*; in questo senso Cons. Stato, Sez. IV, 9 luglio 2020, n. 4401, cit., secondo cui «il provvedimento di esclusione dalla gara può essere adottato anche da un soggetto diverso dal R.U.P.».

⁷⁰ In tal senso, infatti, l'art. 7 dell'allegato prevede che il responsabile:

«a) effettua la verifica della documentazione amministrativa qualora non sia nominato un responsabile di fase ai sensi dell'articolo 15, comma 4, del codice o non sia costituito un apposito ufficio o servizio a ciò deputato, sulla base delle disposizioni organizzative proprie della stazione appaltante; esercita in ogni caso funzioni di coordinamento e verifica, finalizzate ad assicurare il corretto svolgimento delle procedure e adotta le decisioni conseguenti alle valutazioni effettuate;

b) svolge la verifica di congruità delle offerte in caso di aggiudicazione con il criterio del minor prezzo; in caso di particolare complessità delle valutazioni o della specificità delle competenze richieste, può avvalersi della struttura di supporto istituita ai sensi dell'articolo 15, comma 6, del codice, o di una commissione appositamente nominata;

c) svolge la verifica sulle offerte anormalmente basse con l'eventuale supporto della commissione nominata ai sensi dell'articolo 93 del codice;

d) dispone le esclusioni dalle gare;

e) in caso di procedura che prevede l'affidamento con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, può svolgere tutte le attività che non implicano l'esercizio di poteri valutativi, che spettano alla commissione giudicatrice;

f) quando il criterio di aggiudicazione è quello del minor prezzo, il RUP può procedere direttamente alla valutazione delle offerte economiche;

g) adotta il provvedimento finale della procedura quando, in base all'ordinamento della stazione appaltante, ha il potere di manifestare all'esterno la volontà della stessa».

9. Il rapporto tra RUP e Responsabile del Procedimento

Come già rilevato, l'art. 15 del nuovo codice non contiene più alcun rinvio generale alla l. 241/1990, discostandosi così dalla precedente normativa, nella quale vi era invece un esplicito rimando alla legge sul procedimento (cfr. art. 31, c. 3).

Questa circostanza – che trova conferma anche nell'allegato I.2, il quale, così come la norma del codice, non rimanda più, in via generale, alla l. 241/1990⁷¹, a differenza di quanto avveniva invece nelle linee guida ANAC – potrebbe portare a ritenere che il legislatore, seppure in modo implicito, abbia così ritenuto di emancipare definitivamente la figura del RUP rispetto a quella, finora ritenuta più generale, del responsabile del procedimento della l. n. 241, tracciando una linea tra le discipline. Questa possibilità, a dire il vero, apre ad una riflessione di carattere più generale, che attiene all'inquadramento della figura del RUP ed al rapporto tra questo ed il responsabile del procedimento: tema, quest'ultimo che è, in realtà, tutt'altro che nuovo, essendo stato oggetto di approfondimento fin dalla introduzione del RUP nella l. 109/1994.

Tale approfondimento aveva portato l'indirizzo prevalente dalla dottrina, in un primo momento, a ritenere che il RUP – nella disciplina allora vigente – fosse in realtà da considerare un istituto speciale rispetto a quello previsto dalla l. 241/1990, inquadrando dunque la relazione tra i due come un rapporto *genus – species*⁷².

Un indirizzo interpretativo più recente – comunque antecedente al d.lgs. 50 – sembra invece avere ravvisato una maggiore indipendenza del RUP rispetto al responsabile della l. 241, muovendo dalla stessa «peculiarità della procedura di evidenza pubblica rispetto al tradizionale procedimento amministrativo»: tale circostanza, ad avviso dell'Autore al quale l'indirizzo interpretativo è imputabile, renderebbe impensabile che «la figura del responsabile del procedimento, a sua volta, non ne risenta, e che quella disciplinata dall'art. 10 del codice non sia altro che un mero “doppione” (con qualche limitata particolarità) del responsabile del procedimento disciplinato in via generale degli artt. 4, 5 e 6 della legge n. 241 del 1990»⁷³.

Al di là dell'approccio generale al tema, la dottrina ha altresì sostenuto che il RUP si distinguerebbe dal responsabile della legge sul procedimento soprattutto sotto tre profili.

In primo luogo, per l'attributo della “unicità”, posto che tradizionalmente il RUP, come già detto, è stato ritenuto il referente per le fasi di progettazione, affi-

⁷¹ Va detto che permangono comunque taluni rinvii specifici alla legge sul procedimento.

⁷² I. Franco, cit..

⁷³ R. Giovagnoli, cit., 5.

damento ed esecuzione dell'appalto (e, più di recente, della programmazione), ove invece, nella l. 241/1990, il principio della unicità viene circoscritto al singolo procedimento, «nel senso che per ciascun procedimento è previsto l'obbligo dell'amministrazione di individuare un unico responsabile, da intendersi sia come unità organizzativa, sia come funzionario-persona fisica, al quale, all'interno dell'ufficio, sono poi concretamente attribuite le funzioni proprie del responsabile»⁷⁴.

In secondo luogo, per il fatto che la disciplina dei contratti pubblici fa riferimento al RUP come persona fisica e non come un ufficio, come invece avviene nel caso del responsabile della l. 241/1990⁷⁵. Tale distinzione, del resto, sarebbe confermata dal fatto che la prima disciplina dedica particolare attenzione nel regolare la fase della nomina, nonché nell'indicare in modo capillare i requisiti di professionalità dei quali, come si è visto anche nell'ultima normativa, il RUP deve essere in possesso per svolgere l'incarico che gli viene conferito: in questa prospettiva, appare chiaro che, a differenza della disciplina della l. 241/1990, «il responsabile unico del procedimento, nel codice dei contratti, è quindi un funzionario e non un ufficio» e che qui, abbiamo «quindi, la persona fisica responsabile unico del procedimento, ma non l'unità organizzativa responsabile del procedimento»⁷⁶.

Un ulteriore elemento distintivo è stato ravvisato in relazione ai diversi poteri attribuiti ai due soggetti.

È infatti indubbio che nella l. 241 il responsabile del procedimento abbia soprattutto funzioni istruttorie, che sono quelle indicate nell'art. 6, laddove i compiti decisori sono solo eventuali ed esercitabile soltanto qualora, in base alla ripartizione di competenze interne alla PA, il responsabile del procedimento abbia anche il potere di adottare il provvedimento finale, «il che accadrà nell'ipotesi in cui il responsabile del procedimento sia il dirigente preposto all'unità organizzativa, come tale legittimato a manifestare all'esterno la volontà provvedimento dell'ente»⁷⁷.

⁷⁴ R. Giovagnoli, cit., 6.

⁷⁵ Sul punto, tuttavia, si vedano le considerazioni di G. Sciullo, *Il responsabile del procedimento. In ricordo di Giorgio Pastori*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2019, 868, ove si evidenzia come il responsabile, nella l. 241/1990, «è anzitutto una «unità organizzativa» [...] ovvero un «ufficio» [...] ossia un'articolazione di un'organizzazione pubblica. Al contempo [...] esso è una persona fisica «dirigente», «dipendente», «funzionario», destinata, secondo un'efficace espressione, a darvi «sembianza»».

⁷⁶ R. Giovagnoli, cit., 7.

⁷⁷ R. Giovagnoli, cit., 8 ss. il quale evidenzia, in modo condivisibile che «l'art. 6, lett. e) prevede, infatti, che il responsabile del procedimento adotti il provvedimento finale solo ove ne abbia la competenza e che, in mancanza, trasmetta gli atti all'organo competente per l'adozione. Ricorrendo tale situazione, lo stesso art. 6, lett. e) si preoccupa di precisare che, in tal caso, l'organo competente per l'adozione, se intende discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria del responsabile del procedimento, deve motivare specificamente indicandone le ragioni nel provvedimento. Si tratta di una norma importante: da un lato chiarisce che il responsabile del procedimento non è per ciò solo responsabile del provvedimento, potendo egli adottarlo solo se investito aliunde (in base all'organizzazione interna dell'Amministrazione di appartenenza) del relativo potere; dall'altro, prevedendo che l'organo che adotta il provvedimento debba specificamente motivare se intenda discostarsi dalle risul-

I compiti del RUP sono, invece, disciplinati in modo diverso: egli, infatti, non è investito di soli compiti istruttori o propositivi, ma anche di poteri decisionali ben definiti, che non attengono soltanto al rituale sviluppo del procedimento interessato, ma, come in parte già evidenziato nell'esame della disciplina di riferimento sopra svolto, riguarda anche situazioni solo eventuali (ad es., nel caso del procedimento di anomalia dell'offerta, di gestione delle varianti nell'esecuzione dei contratti, di affidamenti diretti, ma anche con riferimento ai provvedimenti di ammissione ed esclusione dalla gara, etc..).

La discussione sull'inquadramento del rapporto tra le due figure di cui trattasi, già, come visto, esaminati in passato dalla dottrina, si è spostata su altri piani in vigenza del più recente d.lgs. 50/2016, dando luogo a due divergenti indirizzi interpretativi.

Secondo una parte della dottrina⁷⁸, l'ANAC, attraverso l'introduzione di apposite previsioni nei bandi-tipo 1/2017 e 1/2018, nonché nelle stesse linee guida n. 3, avrebbe disegnato in particolare un modello di procedimento amministrativo speciale e peculiare per i contratti pubblici – diverso da quello della l. 241/1990 – e tale da giustificare l'attribuzione al RUP di competenze gestionali dirigenziali, circostanza che avrebbe trovato conferma in talune recenti decisioni del g.a.⁷⁹.

Nello specifico tale configurazione, ad avviso di questa dottrina, «sarebbe avere introdotto un “modello” di azione amministrativa diverso ed ulteriore rispetto alla dinamica di azione di competenza del responsabile del procedimento come disciplinata dalla legge 241/1990. Responsabile del procedimento che, se non coincide con il dirigente/responsabile del servizio, non può adottare atti a valenza esterna»⁸⁰.

Infatti, stando alla disciplina introdotta dall'ANAC, il RUP – quand'anche non avesse rivestito la qualifica di dirigente o l'incarico di responsabile di servizio dell'ente locale privo di dirigenza, e di conseguenza non dotato delle competenze di cui agli artt. 16-17, d.lgs. 165/2001 e dell'art. 107, d.lgs. 267/2000 – avrebbe, comunque, potuto adottare “provvedimenti di tipo definitivo”, quali quelli di esclusione degli operatori economici non in regola rispetto alle disposizioni del

tanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento, presuppone una necessaria formalizzazione dello snodo procedimentale che segna il passaggio dal responsabile del procedimento al responsabile del provvedimento. Al fine, infatti, di verificare che il responsabile del provvedimento abbia assolto lo specifico obbligo motivazionale oggi specificamente imposto dall'art. 6, lett. e) (nel testo novellata dalla legge n. 15 del 2005) pare necessario che l'esito dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento sia formalizzato in un atto endoprocedimentale che dovrà contenere una sorta di proposta di provvedimento a fronte della quale l'organo competente a provvedere potrà aderire o discostarsi, previa, in questo caso, specifica motivazione».

⁷⁸ S. Usai, *Responsabile del procedimento e RUP: un doppio modello di azione amministrativa*, in *Urb. app.*, 2, 2018, 170 ss., nonché Id., *Ma che differenze ci sono tra RUP e il dirigente/responsabile del servizio?*, in *La Gazzetta degli Enti Locali*, 12 giugno 2018.

⁷⁹ Tar Veneto, Venezia, Sez. I, 27 giugno 2018 n. 695, in *www.giustiziamministrativa.it*.

⁸⁰ S. Usai, *Responsabile del procedimento e RUP*, cit., 170.

bando per carenza dei requisiti richiesti, o del potenziale aggiudicatario in caso di offerta valutata come anomala.

Un altro indirizzo interpretativo aveva raggiunto conclusioni diametralmente opposte a quello sopra richiamate rilevando come le conclusioni alle quali era pervenuta la precedente dottrina, che giungevano a sostenere che RUP e responsabile del procedimento integrassero “un modello parallelo”, non fossero condivisibili, poiché muovevano da presupposti non corretti, ossia: (a) che fosse ammessa l’esistenza di distinti moduli procedurali, rispettivamente, nella l. 241/1990 e nel codice dei contratti; (b) che il responsabile del procedimento, a differenza del RUP, non disponesse mai del potere di adottare provvedimenti “definitivi”⁸¹.

Ponendo a confronto le due discipline, ad avviso di questo secondo orientamento, le conclusioni rassegnate dal primo indirizzo interpretativo non parevano trovare conferma.

Infatti, sarebbe stato lo stesso codice a chiarire che non sussisteva «un rapporto di ordinarietà/specialità tra legge 241/1990 e codice dei contratti, ma, molto più semplicemente quest’ultimo, nel rispetto della disciplina generale della legge sul procedimento amministrativo, delinea(va) passaggi e competenze di dettaglio proprie della gestione degli appalti», tant’è che il c. 8 dell’art. 30, d.lgs. 50/2016 assoggettava le procedure di affidamento e le altre attività amministrative in materia di contratti pubblici alla l. 241/1990, «per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi», mentre il c. 3 dell’art. 31 stabiliva che «il RUP, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, svolge tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal presente codice, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti».

Ciò significava che la legge sul procedimento restava «l’unico modello di regolazione del procedimento, salve le specifiche regole necessariamente da descrivere per disegnare l’iter dell’individuazione dell’aggiudicatario, ovviamente assenti nella regolazione astratta della legge sul procedimento amministrativo in generale»⁸².

Nell’esaminare nel dettaglio la disciplina prevista dei bandi-tipo dell’ANAC, la dottrina, che si riferisce, rilevava che «il Rup può benissimo coincidere col dirigente o il responsabile di servizio: anzi, ai sensi degli articoli 4 e 5 della legge 241/1990, questa è l’ipotesi ordinaria e normale» e «in ogni caso, anche a voler concedere che invece l’ANAC obblighi le amministrazioni ad incaricare il Rup non dirigente o non responsabili di servizio (il che, comunque, non è), l’articolo 71 del codice e la Nota Illustrativa del bando-tipo chiariscono che le ammi-

⁸¹ L. Oliveri, *Appalti: Il Rup non ha funzioni dirigenziali né il codice disegna un modello “parallelo” e diverso da quello della legge 241/1990*, in *Lavoripubblici.it*, 18 aprile 2018 (sul punto si veda la “replica” di S. Usai, in *Lavoripubblici.it*, 2 luglio 2018).

⁸² L. Oliveri, cit.

nistrazioni possono comunque disporre diversamente, purché motivando e non violando la legge»⁸³.

Infine, si sosteneva come anche la verifica dell'anomalia dell'offerta, pur formalmente attribuita al RUP, restasse comunque soggetta al controllo del dirigente o responsabile di servizio mediante l'aggiudicazione, riproducendo così lo schema dell'art. 6, c. 1, lett. e), l. 241/1990, che veniva integralmente rispettato⁸⁴.

Le diverse prospettive interpretative sorte in vigenza della disciplina di cui al d.lgs. 50/2016 non paiono essere state specificatamente approfondite dalla giurisprudenza amministrativa, restando sullo sfondo dei problemi applicativi che, come visto, sono stati ripetutamente sottoposti all'attenzione del giudice amministrativo.

10. Verso un ripensamento della figura del responsabile del procedimento?

La disciplina introdotta dal d.lgs. 36/2023 – ove, per un verso, inquadra espressamente il RUP quale responsabile di un “progetto”, slegandolo quindi da una logica prettamente procedimentale e soprattutto istruttoria, al fine di attribuirgli definitivamente un ruolo manageriale e, per altro verso, stabilisce che qualsiasi dipendente ne possa assumere l'incarico, nonché le connesse responsabilità, a prescindere dal fatto che sia posto in un ruolo dirigenziale o ricopra una posizione apicale nella amministrazione di appartenenza – sembra, tuttavia, delineare una figura che ormai si discosta da quella del responsabile del procedimento, prevista dalla l. 241/1990, andando così a sollevare in modo più netto quelle problematiche, che, come detto, erano emerse in vigenza del precedente codice⁸⁵.

Del resto, se è vero che le caratteristiche di fondo del responsabile del procedimento – le quali, come noto, vengono tradizionalmente rinvenute soprattutto nel «suo porsi a cavallo di un duplice crinale: organizzazione e attività amministra-

⁸³ Si aggiunge poi che «né appaiono conferenti e corrette le conclusioni tratte dal Tar Lazio, Roma, Sezione III-*quater*, 27 aprile 2017, n. 4951, secondo il quale l'art. 31, comma 3, d.lgs. 50/2016 stabilirebbe una competenza residuale che comprende anche l'esclusione delle offerte conseguente alla preliminare attività di valutazione della documentazione amministrativa». L'art. 31, c. 3, insieme col c. 8 dell'art. 30, conferma che il codice dei contratti, «lungi dal creare un modello procedurale “parallelo” è pienamente rispettoso della legge 241/1990: infatti è nel rispetto di tale legge che il Rup adotta i provvedimenti “non specificamente attribuiti ad altri organi o soggetti”: ma, ai sensi dei già citati articoli 4, comma 3, del d.lgs. 165/2001 e 107, comma 4, del d.lgs. n. 267/2000, si deve trattare dell'esercizio di competenze specificamente assegnate al Rup, poiché deroghe alle competenze gestionali della dirigenza sono ammesse solo se disposte “espressamente”».

⁸⁴ Il che, si aggiunge «evita di doversi dilungare sulla circostanza che la valutazione dell'anomalia è un provvedimento integralmente vincolato, tale da potersi considerare alla stregua di valutazione istruttoria, che può anche ricadere nella sfera delle competenze di un responsabile del procedimento».

⁸⁵ In questo senso sembra porsi anche S. Usai, *Il RUP nel nuovo Codice dei contratti tra poteri istruttori e poteri decisori*, cit., ove rileva come «per effetto dell'acclaramento (ed un più chiaro catalogo) dei compiti svolti dal RUP, da parte degli estensori del Codice, la figura in parola si colloca – sostanzialmente –, tra il classico responsabile del procedimento *ex lege* 241/1990 e la posizione apicale (dirigente/responsabile del servizio)».

tiva, imparzialità (intesa anche come democratizzazione) e buon andamento (inteso come semplificazione dei rapporti con i cittadini e come tempestività e funzionalità dell'azione)»⁸⁶ – di per sé sono certamente rinvenibili anche nella figura del RUP, è altrettanto vero che, in realtà, la l. 241 è intesa a conferire al responsabile essenzialmente «un fascio qualitativamente e quantitativamente assai ampio di poteri e di doveri principalmente istruttori, al punto che può reputarsi acquisita l'immedesimazione del responsabile medesimo con la figura dell'istruttore»⁸⁷.

Infatti, in tal senso, come rilevato in dottrina, «il responsabile, vero e proprio istruttore della procedura oltre che suo responsabile, è chiamato a costruire, a modellare ed a dirigere l'istruttoria al fine dell'introduzione e di un obiettivo accertamento di tutti gli interessi, privati e pubblici, coinvolti in un procedimento che sia conseguentemente efficace e, nondimeno, efficiente»⁸⁸.

Il modello disegnato dalla legge sul procedimento pare di conseguenza differente rispetto a quello evincibile dall'attuale normativa del RUP⁸⁹. Tale circostanza potrebbe trovare giustificazione nel fatto che la disciplina settoriale del codice dei contratti pubblici necessita, ormai, di una figura fisiologicamente diversa da quella della legge generale sul procedimento: se così fosse, sarebbe da ritenersi ragionevole che le due discipline contemplino istituti che, pur apparentemente vicini, non siano in realtà equiparabili.

⁸⁶ In questi termini, richiamando peraltro la posizione di G. Pastori ed il suo ruolo dell'introduzione della figura del responsabile all'interno della l. 241/1990, G. Sciuillo, cit., 863. Per una disamina più specifica della figura del responsabile del procedimento, sotto il duplice profilo "procedimentale" ed "organizzativo", si rimanda, in particolare e senza pretesa di completezza, a M. Renna, *Il responsabile del procedimento nell'organizzazione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1994, 13 ss., nonché Id., *Il responsabile del procedimento a (quasi) dieci anni dall'entrata in vigore della legge n. 241*, *Dir. amm.*, 2000, 3-4, 505 ss. e a G. Fonderico, *Il termine ed il responsabile del procedimento; la motivazione del provvedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1999, 727 ss. (si vedano soprattutto gli ultimi paragrafi del contributo, dedicati specificatamente all'esame della figura, in particolare con riferimento al profilo delle relative responsabilità). Per un esame analitico delle criticità operative (e sistematiche) connesse alle modifiche apportate alla disciplina del procedimento da parte della l. n. 15/2005, cfr., poi, M. Lipari, *Il responsabile del procedimento: i problemi aperti*, in *Il Corriere del Merito*, 2008, 5, 533 ss. Sulla figura si rinvia anche alle considerazioni di B. Cavallo, *Teoria e prassi della pubblica organizzazione*, Milano, 2005, 193 ss., ove, nel soffermarsi sull'esame del rapporto tra unità organizzativa ed il responsabile si evidenzia come quest'ultimo si configuri quale «organo monocratico temporaneo».

⁸⁷ M. Renna, cit., 44.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ Un tema centrale è ad es. rappresentato «dalla separazione in termini di strutture competenti fra istruttoria e decisione amministrativa, autorevolmente prospettata al fine di meglio garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa»: così, cfr. G. Sciuillo, cit., 870 (il quale rimanda in particolare al contributo di U. Allegretti, *Legge generale sui procedimenti e moralizzazione amministrativa*, in *Scritti in onore di Giannini*, III, Milano, 1989, 8). Benché, come rilevato dallo stesso Autore, le modifiche introdotte dalla l. n. 15/2005 abbiano, in realtà, reso meno netta tale separazione, soprattutto nella parte in cui si prevede che – nel caso in cui al responsabile non spetti l'adozione del provvedimento finale – l'organo competente per l'adozione del provvedimento finale non possa discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile se non indicandone la motivazione.

Senonché, vi sono taluni indici sintomatici che spingono verso conclusioni divergenti.

In primo luogo, il fatto che, così come il RUP, anche il responsabile previsto dalla l. 241/1990 sia sempre più chiamato a far fronte a procedure particolarmente complesse, articolate anche in vari sub-procedimenti, alle quali sono tenute a partecipare organi o enti distinti: questa circostanza parrebbe imporre al responsabile del procedimento di assumere un approccio a tali procedure analogo a quello del RUP, che si fonda su una prospettiva di coordinamento delle diverse modalità di adesione di tutti gli attori coinvolti⁹⁰.

In secondo luogo, il fatto che gli interventi normativi adottati dal legislatore negli ultimi anni – ispirati da logiche di semplificazione e liberalizzazione⁹¹ – abbiano imposto al responsabile del procedimento lo svolgimento non tanto di attività istruttorie, che, come detto, rappresentano il nucleo centrale dei compiti assegnati al responsabile, quanto, piuttosto, l'assunzione di rilevanti compiti di sorveglianza e controllo sull'operato del privato (ciò, anche in questo caso, in linea con quanto tradizionalmente si verifica proprio per il RUP), anche a tutela di quegli interessi che necessariamente le disposizioni più recenti rischiano di comprimere: si pensi in tal senso alle previsioni introdotte, con riguardo, ad esempio, alla SCIA o, in materia di edilizia, all'applicazione dell'istituto del silenzio-assenso nel caso di rilascio del permesso di costruire.

È, inoltre, tutt'altro che insolito che il ruolo di coordinamento svolto in tali contesti possa essere condotto in ambiti che richiedano il possesso di competenze tecniche delle quali il responsabile è sprovvisto, circostanza che suggerirebbe

⁹⁰ Cfr. G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, 214 ss., ove evidenzia, in relazione alla figura del responsabile del procedimento, che «si tratta, pertanto, di un istituto volto sia a promuovere il buon andamento dell'amministrazione, assicurando l'impulso procedimentale e il coordinamento tra i diversi apparati pubblici eventualmente coinvolti, sia a garantire agli interessati la partecipazione e la tempestiva trattazione delle loro domande e istanze».

⁹¹ Sul tema e, nello specifico, sul rapporto tra i concetti "polisemici" di liberalizzazione e semplificazione, si rimanda alle riflessioni di G. Tropea, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, 2016, 1, 107 ss.; sul tema del difficile rapporto tra esigenze di semplificazione e tutela degli interessi sensibili, si veda invece, A. Moliterni, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Dir. amm.*, 2017, 4, 699 ss.; sulle difficoltà ad introdurre disposizioni di semplificazione, con particolare riguardo alle disposizioni contenute nel d.l. 76/2020, si vedano le considerazioni di F. Fracchia, P. Pantalone, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, in *Federalismi.it*, 2020, 36. Per avere un quadro più generale del tema della semplificazione, con uno sguardo specifico alle innovazioni introdotte negli anni '90 del secolo scorso, si veda A. Sandulli, *La semplificazione amministrativa tra riforma e restaurazione*, in *Gior. dir. amm.*, 1997, 10, 989 ss.; nonché Id., *La semplificazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1999, 757 ss. Per una disamina generale dei due concetti si veda altresì R. Garofoli, *Semplificazione e liberalizzazione dell'attività amministrativa nel contesto del riformismo amministrativo italiano degli ultimi decenni*, in *Giustizia-amministrativa.it*, 2010. Un approfondimento critico sul rapporto tra le esigenze di semplificazione ed il principio di inesauribilità del potere, con specifico riferimento alle modifiche sulla disciplina del procedimento amministrativo introdotte dal legislatore, è svolto da L. Benvenuti, *Diritto e amministrazione. Itinerari di storia del pensiero*, Torino, 2011, 213 ss.

di introdurre la possibilità per quest'ultimo di farsi supportare da figure tecniche che abbiano competenza sulle specifiche problematiche affrontate, al fine di evitare che egli adotti decisioni senza una conoscenza effettiva e piena delle questioni che gli sono state sottoposte.

Siffatti ragionamenti inducono ad interrogarsi sull'effettiva adeguatezza della attuale disciplina sul responsabile, così come prevista dalla l. 241/1990, a far fronte alle attuali esigenze del sistema (ed in particolare degli "amministrati", secondo la formulazione utilizzata da alcuni autori⁹²).

In tale contesto, non è un caso che una parte della dottrina, negli ultimi anni, si sia interrogata sull'opportunità di intervenire sulla figura del responsabile, auspicandone una "rivisitazione"⁹³, con riferimento alla sua collocazione nell'ambito del procedimento, mentre altra parte della dottrina, più specificatamente, si sia spinta a proporre addirittura l'introduzione di un "responsabile dell'efficienza", che abbia la funzione di affiancare e supportare il responsabile del procedimento nell'espletamento dei propri compiti, evidentemente sul presupposto che l'operato della figura di cui trattasi si scontra con una serie di difficoltà strutturali di fondo, che ostacola il corretto esercizio della attività delle pubbliche amministrazioni⁹⁴.

Queste riflessioni sembrano suggerire la necessità che venga avviata una profonda rimediazione dell'attuale inquadramento del responsabile del procedimento, così come delineato dalla l. 241 – ove egli è inteso per lo più quale organo dell'unità organizzativa, istituita "per ciascun tipo di procedimento" (art. 4), chiamato a compiere una serie di attività nell'ambito di uno specifico procedimento – poiché, ad oggi, ciò che forse appare necessario è che tale istituto si configuri come un soggetto in grado di gestire in modo flessibile tutte le procedure necessarie al raggiungimento del risultato auspicato dal privato e dalla stessa PA, dunque in un'ottica in parte diversa da quella che si evince dall'attuale normativa.

Proprio in questa prospettiva dovrebbe essere ricalibrato il ruolo di tale figura, dovendosi guardare ad essa non soltanto come l'organo "responsabile" di una parte delle attività da compiere nell'ambito di un procedimento, bensì come il soggetto referente individuato dalla PA per la risoluzione di una esigenza di un cittadino o di una stessa amministrazione – che implica la gestione di un "proget-

⁹² In questi termini, M. D'Alberti, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2022.

⁹³ Cfr. sul punto R. Ursi, *Il responsabile del procedimento "rivisitato"*, in *Dir. amm.*, 2, 2021, 365 ss.; nonché v. anche S. Vaccari, *Sul soccorso istruttorio nel diritto amministrativo generale. Inquadramento teorico, principi e interessi protetti*, in *Dir. amm.*, 1, 2023, 183 ss.

⁹⁴ Così, A. Blasini, M. Bray, L. Casini, M. Conticelli, A.L. de Cesaris, L. Fiorentino, S. Neri, M. Ridolfi, E. Schneider, S. Simone, *I responsabili dell'efficienza: politica vs burocrazia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 4, 1215 ss.

to”, nel quale tale esigenza si condensa – e per il superamento di tutte le criticità che dalla stessa discendono⁹⁵.

Tutto ciò, ponendosi nella prospettiva della massima valorizzazione non solo dell’approccio dinamico e flessibile che dovrebbe essere adottato dalla PA ai fini della individuazione degli strumenti necessari al perseguimento dell’interesse pubblico ed alla tutela degli interessi pubblico-privati coinvolti, ma anche delle stesse caratteristiche di fondo che contraddistinguono l’istituto del responsabile: ossia, in particolare, il fatto che la sua presenza consente al cittadino «di avere un interlocutore certo con il quale confrontarsi e rende meno spersonalizzato il rapporto con gli uffici»⁹⁶; ciò anche al fine di «rendere concreta» la responsabilità dei pubblici funzionari⁹⁷.

Sullo sfondo appare immediato il riferimento a tutte le problematiche sottese alla più generale tematica della “amministrazione di risultato”⁹⁸ e alla formulazione del “principio del risultato” – principio che è divenuto, come noto, centrale nel sistema del nuovo codice dei contratti⁹⁹ – benché la corretta individuazio-

⁹⁵ Ovviamente i limiti che si possono ravvisare nell’attuale regime normativo non sminuiscono l’importanza sistemica della figura che è stata ben evidenziata in dottrina: si veda sul punto, in particolare, M. Renna, cit.. Va detto, a tale riguardo, che E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F. Fracchia, Milano, 2020, 411, sottolinea come, comunque, dalla lettura della normativa sul responsabile emergerebbe il profilo «di guida del procedimento» [...] di coordinatore dell’istruttoria e di organo di impulso».

⁹⁶ Così, M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, II ed., 2015, 245, ss.; in modo analogo, si esprime M. D’Alberty, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., 251; in *Diritto amministrativo*, I, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Bologna, 2005, 352, si rileva nella medesima prospettiva che «il responsabile del procedimento risponde ad esigenze di funzionalità e trasparenza dell’azione amministrativa, ma ha rilievo organizzato, in quanto modifica, arricchendolo, il ruolo della persona o dell’ufficio individuato come responsabile in relazione a ciascun procedimento». Analogamente anche E. Casetta, cit., 411, il che conferma come a tutt’oggi la dottrina abbia confermato in via generale la prospettiva connessa alle caratteristiche che contraddistinguono l’istituto del responsabile del procedimento.

⁹⁷ Come noto, il Consiglio di Stato, ad. gen., par. 17 febbraio 1987, n. 7, in *www.giustiziamministrativa.it*, nell’esprimere il proprio parere sul disegno di legge che era stato elaborato dalla Commissione Nigro, aveva evidenziato la necessità che l’istituto del responsabile del procedimento fosse diretto ad «offrire al cittadino interessato un preciso interlocutore con cui dialogare nel corso del procedimento», oltre che a «rendere concreta la responsabilità dei pubblici funzionari, evitando che questa sfumi nell’ambito dell’apparato o si nasconda dietro l’autorità di vertice». Sul punto si veda altresì R. Ursi, cit..

⁹⁸ Il tema, come noto, è stato indagato in modo approfondito dalla dottrina: per un inquadramento generale e senza alcuna pretesa di completezza, si veda S. Cassese, *Che vuol dire amministrazione di risultati*, in *Gior. dir. amm.*, 9, 2004, 941 ss.; M. Cammelli, *Amministrazione di risultato*, in *Associazione italiana dei Professori di diritto amministrativo, Annuario 2022*, Milano, 2003, 107 ss., nonché A. Romano Tassone, *Amministrazione di risultato e provvedimento amministrativo*, in Aa.Vv. *Studi economico-giuridici in memoria di Franco Ledda*, II, Torino, 2004, 1035 ss. e Id., *Sulla formula «amministrazione per risultati»*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, 815 ss. Sulla posizione di Romano Tassone e, più in generale, sul tema si veda peraltro M. Trimarchi, *L’(in)validità nel pensiero di Antonio Romano Tassone*, in *Dir. amm.*, 2014, 3, 555 ss.; più di recente si vedano le considerazioni di S. Battini, *Il riformismo e la burocrazia: eredità del passato e prospettive per il futuro*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 2, 735 ss.

⁹⁹ L’art. 1 del d.lgs. 36/2023 prevede infatti che: «1. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell’affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza. 2. La concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell’affidare ed ese-

ne di quale sia il ruolo del responsabile del procedimento non rappresenti di per sé un tema necessariamente assorbito in tale principio.

In questo quadro, appare altresì chiara l'esigenza che colui che assume il ruolo di coordinatore delle procedure necessarie al raggiungimento del risultato prefissato e di interlocuzione con i soggetti pubblici-privati che sono direttamente interessati dal suo operato si avvalga, ove egli lo ritenga necessario, del supporto di una apposita struttura organizzativa costituita a tal fine, proprio alla stregua di quanto stabilito per il RUP dal codice dei contratti.

Si tratta, peraltro, di una tendenza che si può già in parte cogliere nei regolamenti di qualche amministrazione o nella prassi, laddove la gestione dei procedimenti viene spesso attribuita, oltre che al responsabile previsto dall'art. 6, l. 241, anche a eventuali "responsabili dell'istruttoria procedimentale", il che parrebbe confermare la necessità che al primo sia affidato un ruolo di coordinamento generale delle procedure della PA, ruolo che pare travalichi i compiti generali ai quali, tendenzialmente, la l. 241 lo confina¹⁰⁰.

guire i contratti. La trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del presente decreto, di seguito denominato «codice» e ne assicura la piena verificabilità. 3. Il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Esso è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea. 4. Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché per:

a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti;

b) attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva».

Per una riflessione sulla portata di tale principio (nonché degli altri principi ispiratori del nuovo codice), si vedano, tra i molti, in particolare i contributi di G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Gior. dir. amm.*, 3, 2023, 287 ss., nonché di G. Montedoro, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Giustizia-amministrativa.it* e di F. Caringella, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: riforma o rivoluzione?*, in *Giustizia-amministrativa.it*, ove si evidenzia come «la centralità plastica del principio di risultato di cui all'articolo 1 dimostra, infatti, che il diritto dei contratti pubblici non è più un settore del diritto comunitario della concorrenza (cd. "concorrenza imposta" agli agenti pubblici, *naturaliter* refrattari alle logiche della competizione e alla pressione del mercato), ma un capitolo fondamentale del diritto amministrativo nazionale. Cura concreta degli interessi pubblici, non tutela della "competition"; felicità dei cittadini, non benessere degli operatori economici; realizzazione, non procedura; diritto sostanziale, non gingillo procedimentale; anelito, non regolamentazione».

¹⁰⁰ Come noto infatti, l'art. 6 della l. 241, prevede che «il responsabile del procedimento:

a) valuta, ai fini istruttori, le condizioni di ammissibilità, i requisiti di legittimazione ed i presupposti che siano rilevanti per l'emanazione di provvedimento;

b) accerta di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari, e adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria. In particolare, può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali;

c) propone l'indizione o, avendone la competenza, indice le conferenze di servizi di cui all'articolo 14;

d) cura le comunicazioni, le pubblicazioni e le notificazioni previste dalle leggi e dai regolamenti;

e) adotta, ove ne abbia la competenza, il provvedimento finale, ovvero trasmette gli atti all'organo competente per l'adozione. L'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale».

E proprio la corretta individuazione dei compiti del responsabile rappresenta un ulteriore motivo che spinge ad un ripensamento generale di tale figura.

Il moltiplicarsi degli interessi da tenere in considerazione (e da tutelare) nel corso dei procedimenti, da un lato, e l'irrompere dell'uso delle tecnologie nella gestione dei procedimenti, dall'altro lato, rendono sempre più difficoltoso scindere il ruolo del responsabile rispetto a quello di altri organi coinvolti nel procedimento: si pensi, in questa prospettiva, al problema di quale sia il soggetto al quale attribuire la gestione della fase istruttoria e di quella decisionale nel caso in cui la PA, nella conduzione dei propri procedimenti, decida di ricorrere a tecniche di intelligenza artificiale (IA), prevenendo l'uso di algoritmi o di strumenti di *machine learning* e *deep learning*¹⁰¹.

La possibile assimilazione del ruolo del responsabile a quello del RUP – ossia, il graduale passaggio da una figura che si occupa dell'espletamento di compiti connessi a taluni aspetti di un procedimento ad un soggetto incaricato della gestione di una o più procedure e della individuazione delle soluzioni necessarie al perseguimento dell'obiettivo perseguito con attraverso l'avvio delle procedure medesime – sembra quindi un percorso che risulta ad oggi trovare fondamento in una serie di circostanze ben distinguibili.

Ma, in realtà, è forse sempre stata questa una delle principali traiettorie evolutive della figura del responsabile del procedimento, previsto dalla l. 241/1990: d'altra parte, pare significativo il fatto che una tale parabola fosse stata acutamente vaticinata già in tempi passati da F. Benvenuti, allorché egli – nel richiamare la figura del “coordinatore” che era stata introdotta nella disciplina dei lavori pubblici dal già citato art. 7 d.l. 101/1995 (conv. nella l. 215/1995) – aveva osservato che «non è da escludere che questa figura, per ora prevista per il solo campo dei lavori pubblici, possa essere introdotta, eventualmente, anche nell'ambito di regolamenti organici di amministrazioni autonome anche per settori diversi»¹⁰².

Ecco, proprio la logica che ispirava la figura del “coordinatore”, prevista dalla precedente disciplina dei lavori pubblici, dovrebbe essere posta, chiaramente con le dovute accortezze ed aggiustamenti, alla base di un ripensamento dell'istituto del responsabile del procedimento, da coniugare con le più recenti esigenze del sistema che si è sopra cercato di evidenziare.

¹⁰¹ Cfr., sul punto, G. Carullo, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica* (II), 2021, 3, 431 ss. e N. Paolantonio, *Il potere discrezionale della pubblica automazione. Sconcerto e stilemi (sul controllo giudiziario delle “decisioni algoritmiche”)*, in *Dir. amm.*, 2021, 4, 813 ss., il quale evidenzia peraltro le difficoltà di svolgere un controllo giudiziario sulle decisioni così assunte da parte della PA.

¹⁰² F. Benvenuti, *Disegno dell'Amministrazione italiana*, Padova, 1996, 217.

11. *Considerazioni conclusive*

Tirando le fila del discorso, appare dunque possibile rilevare come il nuovo codice dei contratti ridisegni la tradizionale figura del RUP (ora, responsabile unico del progetto), andando a recepire una serie di indicazioni provenienti dalla prassi e stimolate, nel contempo, dalle riflessioni che sono state sviluppate dal giudice amministrativo in ordine alle criticità connesse alla precedente normativa ed emerse in sede applicativa.

Il contesto nel quale sono state espresse le suddette indicazioni – che, in parte, erano state già fatte proprie dal legislatore attraverso le modifiche che erano state introdotte con il d.lgs. 56/2017 nell'art. 31, d.lgs. 50/2016, nonché nelle linee guida ANAC n. 3 – ha spinto il legislatore, oltre che a confermare tali novità anche nella nuova disciplina, ad introdurre, contestualmente, sostanziali innovazioni di carattere strutturale nella figura del RUP. In tal senso vanno in particolare considerate: (a) la modifica della denominazione del soggetto da responsabile unico del procedimento a responsabile unico del progetto; (b) la reinterpretazione del “principio di unicità del responsabile”, attraverso la possibile introduzione di figure alle quali affidare la gestione del singolo segmento procedimentale; (c) l'ampliamento del numero dei soggetti ai quali affidare l'incarico di RUP, non più circoscritto, come in precedenza, ai soli dirigenti o ai dipendenti titolari di funzioni di carattere direttivo.

Queste, infatti, appaiono forse le innovazioni più interessanti inserite dal nuovo codice dei contratti in relazione alla figura in esame, a prescindere poi dalle previsioni ulteriori di dettaglio che, come detto, sembrano recepire per lo più i recenti approdi ai quali la giurisprudenza è pervenuta.

Nel contempo, la disciplina del RUP, così come è stata delineata dal d.lgs. 36/2023, induce a riflettere sull'attualità del regime normativo previsto dalla l. 241/1990, in relazione al responsabile del procedimento, figura sulla quale, in passato, la dottrina aveva individuato il riferimento più immediato del RUP, ossia l'istituto sulla base del quale quest'ultimo è stato modellato.

Una riflessione più generale sull'attuale ruolo del responsabile del procedimento conduce, infatti, a ritenere che le disposizioni dedicate a tale figura dalla legge generale sul procedimento non appaiano allo stato più adeguate né alle esigenze concrete di coloro i quali si vedono costretti ad interloquire con le PA nell'espletamento della relativa attività, né ai possibili sviluppi di tale attività che la dottrina ha recentemente ben messo in evidenza, soprattutto (ma non solo) in relazione all'uso delle tecniche di IA.

Il problema della professionalizzazione del soggetto chiamato dalla PA ad interfacciarsi con altri soggetti nell'espletamento della propria attività – problema che, peraltro, si lega tanto al tema della ricerca di una più concreta responsabiliz-

zazione del dipendente pubblico¹⁰³, quanto a quello, cruciale, della ricerca di una maggiore efficienza nella amministrazione¹⁰⁴ – pare infatti imporre un “cambio di passo” nella strutturazione della figura del responsabile del procedimento, al fine di attribuire a quest’ultimo un più marcato ruolo manageriale e di coordinamento, che lo svincoli cioè dalle più immediate attività istruttorie e da quelle di impulso, connesse all’articolazione di un singolo procedimento, così come è tendenzialmente previsto dalla attuale normativa¹⁰⁵.

In questa prospettiva, appare d’altra parte opportuna una riflessione anche sul rapporto tra la figura del responsabile del procedimento, quale organo incaricato all’istruttoria, e l’organo deputato ad adottare il provvedimento finale nel procedimento medesimo, tema che – pare fin troppo superfluo evidenziare – rappresenta una delle questioni più critiche¹⁰⁶. Si tratta, peraltro, di un tema che appare meritevole di approfondimento, anche alla luce di talune modifiche normative che di recente sono state introdotte nella l. 241/1990, con particolare riguardo all’istituto del cd. “preavviso di rigetto”, previsto dall’art. 10-*bis* della legge¹⁰⁷.

Se sono queste talune delle principali problematiche che emergono dal contesto normativo ed operativo attuale, non pare allora peregrino ipotizzare che le linee di indirizzo, che sono poste alla base della disciplina elaborata sulla figura del RUP in materia di contratti pubblici e che si è sopra cercato di esaminare nel loro complesso, possano ispirare una rimeditazione proprio dello stesso istituto del responsabile del procedimento.

Sullo sfondo rimane, peraltro, un tema più generale, che attiene alla configurazione del procedimento amministrativo nel contesto giuridico attuale.

Pare infatti difficile negare che, ad oggi, quest’ultimo appaia segnato da profonde innovazioni, volte, da un lato, a comprimere il più possibile – se non,

¹⁰³ R. Ursi, cit..

¹⁰⁴ A. Blasini, M. Bray, L. Casini, M. Conticelli, A.L. de Cesaris, L. Fiorentino, S. Neri, M. Ridolfi, E. Schneider, S. Simone, cit..

¹⁰⁵ Cfr. *Diritto amministrativo*, I, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, cit., 352, ove si sottolinea che «il ruolo del responsabile del procedimento si riferisce al singolo procedimento e non all’insieme dei procedimenti dello stesso tipo (eventualmente rientranti nella competenza dell’ufficio cui il responsabile appartiene) e consiste nella valutazione dei presupposti, nell’accertamento dei fatti, nello svolgimento dell’istruttoria, nelle attività di informazione e, ove ne abbia la competenza, nell’adozione del provvedimento finale».

¹⁰⁶ Sul quale, per tutti, si veda, in particolare, G. Scialoja, cit., 869 ss., nonché, da ultimo, E. Casetta, cit., 414 ss. A tale riguardo, in particolare, quest’ultimo, dopo aver dato atto delle diverse posizioni della dottrina che sono state elaborate, evidenzia proprio la diversità di posizioni evidenziando il fatto che esso come costituisca «il peso esercitato dall’istruttoria nel procedimento inteso come processo decisionale” rappresenti un problema reale».

¹⁰⁷ Sul tema si vedano, in particolare, le considerazioni di M. Ramajoli, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 3, 595 ss., di L. Ferrara, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di dimiego: alla ricerca di un modello di rapporto e di giustizia*, in *Dir. amm.*, 2021, 3, 573 ss., nonché F. Fracchia, P. Pantalone, cit.. Sul tema del rapporto tra responsabile e dirigente, in una prospettiva “operativa” si vedano le riflessioni di S. Marchegiani, N. Mancini, *Il peculiare rapporto tra dirigente e responsabile del procedimento*, in *Azienditalia - Il Personale*, 2005, 5, 253 ss.

addirittura, ad obliterale – la tradizionale struttura del procedimento (si pensi, ad esempio, alla rilevanza progressivamente assunta dalla SCIA o dall'istituto del silenzio-assenso), attribuendo allo stesso un ruolo del tutto deteriore e, dall'altro lato, in modo quasi opposto, ad introdurre regimi sempre più complessi, che paiono, per contro, spingere per una valorizzazione della funzione del procedimento, sia pure ricorrendo a dinamiche in parte differenti da quelle consuete (si pensi, ad esempio, alla disciplina della conferenza di servizi, o a quella relativa alla emissione di pareri, nonché alla emanazione di valutazioni tecniche, nella ipotesi di procedimenti che vedono il coinvolgimento di più enti pubblici o amministrazioni).

Tali innovazioni paiono ricadere anche tanto sulla posizione, quanto sulle attività, del responsabile del procedimento, il quale, nel primo caso, è relegato a compiere sostanzialmente attività di verifica e controllo successive alla formazione di provvedimenti o al perfezionamento di atti privati, mentre, nel secondo caso, è chiamato invece ad assumere il ruolo di “coordinatore di funzioni”, venendogli attribuito il ruolo, per un verso, di raccordo di tutte le varie procedure (e sub-procedimenti) di volta in volta delineate dalla normativa e, per altro verso, di vero e proprio “referente”, in un'ottica manageriale, dei processi decisionali multilivello che si realizzano, nonché “risolutore” delle criticità che emergono da tali procedure.

Strettamente connesso a tale tema appare anche quello relativo alle effettive competenze di cui RUP e responsabile del procedimento devono essere in possesso.

Ad oggi, infatti, mentre la l. 241/1990 sembra quasi presupporre che il responsabile sia dotato di una – perlomeno minima – competenza giuridica, indispensabile per districarsi nel procedimento, il RUP, come già evidenziato, potrebbe in realtà agevolmente sopperire alle proprie lacune, avvalendosi della struttura a supporto, o, eventualmente, anche di consulenti esterni, circostanze entrambe previste dall'art. 15 del codice e che rendono potenzialmente più completa ed efficiente l'attività di quest'ultimo rispetto a quella del primo.

In questo contesto si potrebbe riflettere sul mutamento progressivo della concezione del responsabile, che da mero referente del procedimento amministrativo – come appare configurato nella l. 241 – diviene il referente del processo decisionale di una pubblica amministrazione, in relazione ad un'esigenza manifestata da un privato o da un altro ente pubblico, così come del resto risulta configurato il RUP nella disciplina dei contratti pubblici.

Di tutto ciò, tuttavia, l'attuale disciplina del responsabile non sembra occuparsene, restando per lo più ancorata ad una prospettiva dell'istituto e delle relative funzioni, che appare sempre più raro osservare sul piano operativo, il che, tuttavia, porta a maggior ragione a ritenere che la riforma della figura di cui trattasi risponda ad una esigenza generale che pare, allo stato, ineludibile ai fini della corretta gestione dei rapporti tra PA e cittadino.

Il Responsabile Unico del Progetto (Rup) quale paradigma per un ripensamento della figura del Responsabile del Procedimento

Il d.lgs. 36/2023 ha parzialmente ridisegnato la figura del Responsabile Unico del Procedimento, che viene ora ri-denominato “Responsabile Unico del Progetto”, introducendo alcune significative modifiche rispetto alla precedente normativa, sulle quali è necessario soffermarsi. Gli interventi operati sull’istituto in questione inducono, inoltre, ad interrogarsi sulla opportunità di riformare anche la più generale figura del responsabile del procedimento disciplinato dalla l. 241/1990, che non appare più adeguata alle esigenze ed alle tempistiche poste dalle più recenti normative.

The “Sole Project Manager” (RUP) as a paradigm for a rethinking of the figure of the Sole Manager of the Procedure

Legislative decree 36/2023 has partially reshaped the figure of the “responsabile unico del procedimento” (literally, “sole manager of the procedure”), that is now re-called “sole project manager”, introducing some meaningful modifications regarding the previous norm, on which it is necessary to dwell. The interventions made on the institution in question also lead to the question of the appropriateness of reforming also the more general figure of the person responsible for the procedure governed by law 241/1990, which no longer appears to be appropriate to the needs and timing imposed by the most recent regulations.

La nozione finanziaria di pubblica amministrazione. Funzione dell'elenco Istat e problemi di giurisdizione

Benedetta Ciferri

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. Le regole europee in materia di finanza pubblica e il loro recepimento nell'ordinamento giuridico nazionale. – 2. Le questioni problematiche poste dalla costituzionalizzazione dei vincoli di bilancio. L'emersione della nozione di amministrazione finanziaria. – 3. L'elenco ISTAT delle pubbliche amministrazioni e i suoi criteri di formazione. – 4. La giurisdizione in materia di elenco ISTAT. – 5. Il sindacato giurisdizionale sulla corretta formazione del conto economico consolidato. Dubbi di legittimità costituzionale e comunitaria. – 6. L'attuale funzione dell'elenco ISTAT. Considerazioni conclusive in punto di giurisdizione.

1. *Considerazioni introduttive. Le regole europee in materia di finanza pubblica e il loro recepimento nell'ordinamento giuridico nazionale*

L'intento perseguito con il presente contributo è quello di svolgere una riflessione sulla nozione di pubblica amministrazione, così come individuata nell'elenco redatto annualmente dall'Istat, la quale si basa a sua volta su criteri di natura statistica ed economica dettati dalla normativa europea.

L'indagine trae origine anche dalla recente modifica¹ che ha interessato il Codice di giustizia contabile, la quale, limitando la giurisdizione della Corte dei Conti in materia di impugnazione dell'elenco Istat «ai soli fini dell'applicazione della normativa nazionale di contenimento della spesa pubblica», sembra aver provocato un restringimento della giurisdizione del giudice contabile. Tale modifica, oltre a suscitare dubbi di compatibilità con i principi costituzionali e comunitari in materia di tutela giurisdizionale, sollecita l'interprete anche a rimeditare l'attuale funzione dell'elenco in parola, nonché a domandarsi se esso, al di là della sua

¹ Il riferimento è all'art. 23-*quater* del D.L. n. 137/2020, inserito in sede di conversione dall'art. 1 della Legge n. 176/2020 il quale, modificando l'art. 11, comma 6, lett. b) del Codice di giustizia contabile, ha limitato la giurisdizione delle Sezioni riunite in speciale composizione in materia di elenco ISTAT «ai soli fini dell'applicazione della normativa nazionale di contenimento della spesa pubblica». Sul punto v. *infra* par. 4 ss.

natura di documento contabile, possa essere altresì idoneo a costituire il presupposto per il riconoscimento, in via generale, della natura pubblicistica di un ente.

Per comprendere l'importanza delle questioni appena delineate appare dunque opportuno ripercorrere brevemente l'origine dei vincoli europei in materia di finanza pubblica, ai quali primariamente la funzione dell'elenco Istat si ricollega.

A tal proposito, occorre ricordare come il processo di integrazione europea abbia comportato, negli ordinamenti degli Stati membri, l'introduzione di vincoli finanziari che si traducono in vere e proprie clausole di limitazione della sovranità nazionale, in quanto incidenti sulle decisioni riguardanti la gestione e l'allocazione delle risorse pubbliche rispetto alle finalità da perseguire².

L'origine dei vincoli predetti deve farsi risalire al Trattato di Maastricht del 1992, che ha istituito l'unione economica e monetaria e previsto l'introduzione della moneta unica³. Il processo di integrazione monetaria ha infatti posto in primo piano la necessità di coordinare le politiche finanziarie dei singoli Stati membri, sulla base della considerazione secondo cui la stabilità finanziaria costituisce una condizione ineliminabile al fine di realizzare la stabilità della moneta unica⁴.

Si sono così poste le basi per quelle che vengono definite le *balanced budget rules*, ossia quelle regole che impongono prescrizioni in tema di bilancio pubblico⁵. A tal proposito, la prescrizione fondamentale è rappresentata dalla norma del

² C. Golino, *I vincoli al bilancio tra dimensione europea e ordinamento nazionale*, in *www.amministrazioneincammino.luis.it*, 2013, 3 ss., rileva, tuttavia, come ciò non sia frutto di un'avocazione unilaterale di funzioni da parte dell'Unione derivante dal processo di integrazione europea, ma come si vada «consolidando nell'Unione un modello di governo dell'economia e della finanza che si ispira ai principi di controllo e di monitoraggio preventivo e successivo a livello europeo delle singole politiche nazionali, che stabilisce, tramite accordi e patti stipulati tra gli Stati e l'Unione europea, opportuni correttivi in funzione dell'obiettivo della stabilità finanziaria in Europa e, in particolare nei Paesi dell'Eurozona, nonché della solidità della valuta comune. A fronte di ciò, si verifica una decisa limitazione dei poteri in materia di bilancio».

³ In argomento, si v. N. Roubini, *La questione fiscale nell'Europa di Maastricht*, in A. Monorchio (a cura di), *La finanza pubblica italiana dopo la svolta del 1992. I nodi strutturali ed istituzionali della politica di bilancio del nostro paese: approfondimenti e proposte*, Bologna, 1996, 439 ss.; P. De Grouwe, *Economia dell'unione monetaria*, Bologna, 2022; L. Antonini (a cura di), *La domanda inevasa. Dialogo tra economisti e giuristi sulle dottrine economiche che condizionano il sistema giuridico europeo*, Bologna, 2016. Per uno sguardo sul panorama nazionale, G. Carli, *Cinquant'anni di vita italiana*, Milano, 1993.

⁴ G. Corso, *La revisione della spesa pubblica: forme ed effetti giuridici* in *Atti del Convegno Revisione della spesa pubblica: un confronto tra le assemblee regionali e la Corte dei Conti*, Roma, 12 marzo 2015, 396 ss., evidenzia come deficit e debito, determinando pressioni sulla BCE per sostenere paesi in difficoltà finanziaria, costituiscono una «minaccia per la stabilità monetaria»; nello stesso senso, M. Trimarchi, *Premesse per uno studio su amministrazione e vincoli finanziari: il quadro costituzionale*, in *Riv. Trim. Dir. Pub. Com.*, 2017, 624, il quale afferma che «Il Trattato sull'Unione europea, infatti, muove dal presupposto che la stabilità finanziaria degli Stati sia condizione essenziale per la stabilità della moneta unica», richiamando, in nota n. 46, C. Golino, *Il principio del pareggio di bilancio. Evoluzione e prospettive*, Padova, 2013, 13; C. Golino, *Gli effetti e le prospettive del principio di pareggio di bilancio fra dimensione globale, Unione europea e ordinamento nazionale*, in *www.giustamm.it*, 2013, 10 ss.; R. Ibrido, *Coordinamento delle decisioni di bilancio e sostenibilità del debito pubblico: ragionando sulla costituzione economica in trasformazione*, in *Riv. Trim. Dir. Econ.*, 2020, 114 ss.; M. Pieroni, *Gli strumenti nazionali di coordinamento della finanza pubblica: aspetti giuridici*, in *Riv. Corte dei conti*, 2013, 433 ss.

⁵ L'espressione è utilizzata da A. Zito, *Diritti sociali e principio dell'equilibrio di bilancio: le dinamiche di un rapporto complicato nel prisma delle decisioni giudiziali*, in *Nuove autonomie*, 2020, 331, il quale richiama,

Trattato⁶ che impone la «sostenibilità della situazione della finanza pubblica» del singolo Stato membro, la quale deve risultare da un bilancio pubblico non caratterizzato da un «disavanzo eccessivo», concetto che viene individuato, a sua volta, mediante due parametri: un rapporto deficit/PIL superiore al 3% ed un rapporto debito/PIL superiore al 60%⁷.

Gli anni successivi all'entrata in vigore del Trattato di Maastricht sono stati caratterizzati da un progressivo irrigidimento delle regole finanziarie.

In particolare, gli Stati aderenti al Sistema monetario europeo hanno sottoscritto il *Patto di stabilità e crescita*, composto da una risoluzione approvata al Consiglio europeo di Amsterdam del 17 giugno 1997 e dai regolamenti del Consiglio nn. 1466/97 e 1467/97 del 7 luglio 1997, con l'obiettivo di rafforzare la sorveglianza e il coordinamento delle politiche economiche e di bilancio nazionali.

A tal proposito, la principale novità è rappresentata dall'impegno assunto dagli Stati di rispettare l'obiettivo a medio termine (OMT) di un saldo di bilancio «prossimo al pareggio o positivo». Tale risultato costituisce un obiettivo per il saldo di bilancio strutturale, cioè definito al netto della componente ciclica e degli effetti delle misure *una tantum* e temporanee, che uno Stato membro dell'Unione Europea si impegna a realizzare in un certo orizzonte temporale.

È dunque evidente come il parametro predetto costituisca un fattore di penetrante limitazione delle scelte di politica economica e finanziaria, comportando una forte contrazione della sovranità statale⁸. D'altra parte, tuttavia, esso si rivela fondamentale per il positivo raggiungimento dei seguenti obiettivi: fornire un margine di sicurezza contro la possibilità che, a fronte di un peggioramento delle condizioni economiche, il disavanzo di bilancio nominale peggiori superando il valore del 3% del PIL; favorire la sostenibilità delle finanze pubbliche; consentire margini di manovra al fine di effettuare investimenti pubblici.

La necessità di fronteggiare la crisi economica e finanziaria che ha interessato l'Europa dal 2008, peraltro, ha comportato la necessità di un ulteriore rafforzamento delle norme in materia di politiche economiche e, di conseguenza, di una ridefinizione della spesa pubblica degli Stati membri dell'UE, il cui indebitamento aveva assunto dimensioni tali da generare il rischio di insolvenza.

sulle *balanced budget rules* e la loro classificazione, in nota n. 1, M. Marè, M. Sarcinelli, *La regola del bilancio in pareggio: come assicurarla e a quale livello di governo*, in *Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012*, Roma, 2013, 51 ss. Sul punto, si v. anche O. Chessa, *Pareggio strutturale di bilancio, keynesismo e Unione Monetaria*, in *Quad. cost.*, 2016, 469 ss.

⁶ Art. 109 J, par. 1.

⁷ Cfr. Protocollo n. 12 sulla procedura per disavanzi pubblici eccessivi.

⁸ Sul punto, P. De Ioanna, *Categorie economiche e vincoli giuridici: un medium cognitivo di difficile composizione tra l'ordinamento italiano e quello dell'Unione Europea*, in *Il Filangieri. Quaderno*, Napoli, 2014, 125 ss.

Attraverso l'adozione del c.d. *Six Pack*⁹, che ha modificato il *Patto di stabilità e crescita*, si è infatti previsto che l'OMT possa «divergere dal requisito di un saldo prossimo al pareggio o in attivo offrendo al tempo stesso un margine di sicurezza rispetto al rapporto tra disavanzo pubblico e PIL del 3%». Per gli Stati membri dell'area euro si stabilisce che l'OMT debba essere specificato entro «un intervallo compreso tra il - 1% del PIL e il pareggio o l'attivo in termini corretti per il ciclo, al netto delle misure temporanee e una tantum».

Successivamente, gli Stati dell'area euro hanno firmato il *Trattato sulla stabilità, il coordinamento e la governance nella Unione economica e monetaria*, c.d. *Fiscal compact*, impegnandosi al contenimento dell'OMT al di sopra di -0,5 % del PIL, salvo che il rapporto debito/PIL non sia al di sotto del 60 % e ci siano bassi rischi per la sostenibilità delle finanze pubbliche. Gli obiettivi del saldo strutturale sono dunque compresi in una forcella stabilita tra un deficit dello 0,5 % del PIL e il pareggio o l'attivo, offrendo, al tempo stesso, un margine di sicurezza rispetto al rapporto tra disavanzo/PIL del 3 %.

Il c.d. *Fiscal compact* ha inoltre richiesto agli Stati membri di recepire nei rispettivi ordinamenti il principio del pareggio o avanzo di bilancio, in modo espresso e in norme vincolanti e di natura permanente, sebbene non necessariamente di rango costituzionale.

Ciononostante, il legislatore nazionale, con la Legge di revisione costituzionale n. 1 del 2012, ha deciso di dare attuazione agli obblighi previsti nel c.d. *Fiscal compact* per mezzo della modifica di quattro articoli della Costituzione (gli artt. 81, 97, 117 e 119), anche al fine di lanciare un messaggio ai mercati circa la positiva solvibilità del debito pubblico italiano¹⁰.

A seguito della menzionata modifica, tuttavia, non è stato introdotto nell'ordinamento interno il principio del "pareggio" di bilancio, così come richiesto dall'UE, scegliendosi la diversa nozione di "equilibrio" di bilancio, la quale risulta caratterizzata da una maggiore dinamicità. Invero, mentre il termine "pareggio" allude ad una equivalenza tra le entrate e le uscite, quello di "equilibrio" denota un rapporto tra le già menzionate grandezze, che può anche non essere perfettamente coincidente¹¹.

Il vincolo positivizzato in Costituzione, dunque, consiste in un impegno che certamente comporta una limitazione degli apparati legislativi ed esecutivi

⁹ Composto da cinque Regolamenti e una Direttiva. In particolare, si fa riferimento al Regolamento n. 1177/2011; ai Regolamenti nn. 1173/2011, 1174/2011, 1175/2011 e alla Direttiva n. 2011/85/UE.

¹⁰ Cfr., sul punto, G. Rivoecchi, *L'equilibrio di bilancio: dalla riforma costituzionale alla giustiziabilità*, in *Rivista AIC*, 2016, 2 ss.; N. Lupo, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, in *Costituzione e pareggio di bilancio*, in V. Lippolis, N. Lupo, G.M. Salerno, G. Scaccia (a cura di), in *Il Filangieri. Quaderno*, Napoli, 2012, 89 ss.

¹¹ A tal proposito, T.F. Giupponi, *Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, in *Quad. cost.*, 2014, 59, rileva come ciò abbia «delle immediate conseguenze anche sui margini di interpretazione e applicazione del suddetto principio, soprattutto in relazione ad altri, eventuali, principi costituzionali con esso concorrenti attraverso le usuali tecniche del bilanciamento».

nella facoltà di ricorso all'indebitamento, ma che, ciononostante, consente margini di flessibilità¹².

Quanto alla definizione di equilibrio di bilancio, al contrario, essa non è stata costituzionalizzata. L'art. 3, comma 2, della L. n. 243/2012 prevede tuttavia che, ad eccezione per le Regioni e gli enti locali, essa coincida con l'obiettivo di medio termine¹³.

La sintetica ricostruzione appena tracciata consente dunque di cogliere l'estrema rilevanza del rispetto del predetto parametro, essendo esso preordinato a realizzare un obbligo imposto dall'UE: tale obbligo, essendo previsto nella Costituzione, da obbligo politico diviene anche obbligo giuridico, a garanzia del quale è preposto il Giudice Costituzionale.

2. *Le principali questioni interpretative poste dalla costituzionalizzazione dei vincoli di bilancio. L'emersione della nozione di amministrazione finanziaria*

Il recepimento nell'ordinamento nazionale del principio dell'equilibrio di bilancio e la necessità di rispettare l'obiettivo di medio termine hanno comportato, per le pubbliche amministrazioni, effetti assai rilevanti.

Tali effetti attengono sia al piano strettamente organizzativo¹⁴, sia all'attività preordinata alle decisioni che le pubbliche amministrazioni sono chiamate ad effettuare al fine di soddisfare i bisogni della collettività¹⁵.

¹² Cfr. F.E. Grisostolo, I. Rivera, *I diritti sociali alla prova degli equilibri di finanza pubblica statale e regionale. Un difficile rapporto di reciproca condizionalità*, in *Ianus*, 2017, 136, i quali mettono in evidenza come l'espressione equilibrio di bilancio sia finalizzata ad ottenere un rapporto tra entrate e spese in «sostanziale» parità, con la precisazione che il termine «sostanziale» viene utilizzato al fine di rivelare la *ratio* della riforma, che è quella di garantire una politica finanziaria flessibile e dinamica, seppur contenuta entro specifici limiti percentuali; in tal senso anche S. Cimini, *Equilibri di finanza pubblica nella prospettiva del buon andamento delle amministrazioni pubbliche*, in *La dimensione globale della finanza e della contabilità pubblica*, in *Atti del Convegno annuale di contabilità pubblica*, Pisa 6-7 dicembre 2018, A. Balestrino, M. Bernasconi, S. Campostri, G. Colombini, M. Degni, P. Ferro, P. Italia, V. Manzetti (a cura di), Napoli, 2020, 502, il quale evidenzia come «l'equilibrio di bilancio è quindi una nozione dinamica e non statica come quella di pareggio».

¹³ Sul problematico rapporto intercorrente tra esigenze di contenimento della spesa pubblica e spinte per l'applicazione del federalismo fiscale, G. Cialone, *Il federalismo fiscale nell'ordinamento italiano tra vecchie attuazioni e nuove aspirazioni*, in *Amministrazione e contabilità di Stato e degli enti locali*, 2022, 1 ss.

¹⁴ Al riguardo, merita di essere ricordata l'attribuzione al responsabile finanziario dell'ente locale, a seguito del D.L. n. 174/2012, della funzione di salvaguardia degli equilibri finanziari «in autonomia nei limiti di quanto disposto dai principi finanziari e contabili, dalle norme ordinamentali e dai vincoli di finanza pubblica». Per un approfondimento sulla tematica si rinvia a S. Dettori, *La funzione di salvaguardia del responsabile del servizio finanziario degli enti locali nella teoria dell'organizzazione amministrativa: profili critici*, in *Nuove Autonomie*, 2017, 583 ss. Si v. anche, A. Zito, *Principio dell'equilibrio di bilancio*, in M. Immordino, C. Celone, *La responsabilità dirigenziale tra diritto ed economia. Atti del Convegno internazionale*, Palermo, 6-7 giugno 2019, Napoli, 2020, 139 ss.; S. Cimini, *L'equilibrio di bilancio tra organi politici e dirigenziali*, *ivi*, 123 ss.

¹⁵ A tal proposito, una delle principali questioni emerse nel dibattito dottrinale ha riguardato, ad esempio, l'impatto che i vincoli di finanza pubblica hanno sulla tutela dei diritti sociali, i quali, come noto, sono diritti «finanziariamente condizionati» e che dunque necessitano di sufficienti risorse per essere adeguatamente

A tale ultimo proposito, in particolare, l'equilibrio di bilancio ha infatti assunto la portata di ulteriore interesse pubblico che, assieme agli altri interessi pubblici e privati, deve essere tenuto in considerazione nel giudizio di elaborazione delle alternative decisionali preordinate alle scelte della pubblica amministrazione, divenendo così un parametro idoneo a comportare una profonda contrazione della discrezionalità amministrativa¹⁶.

A monte delle numerose questioni prospettatesi, si pone quindi un problema di primaria importanza: quello dell'individuazione dei soggetti che devono considerarsi sottoposti agli obblighi in materia di finanza pubblica poc'anzi ricordati.

Dalle modifiche normative intervenute è infatti emersa una nuova nozione di amministrazione, identificabile come amministrazione in senso finanziario¹⁷, i cui contorni sono non sempre del tutto chiari, come è dimostrato dall'ampio contenzioso¹⁸ in materia avente ad oggetto la contestazione, da parte di diversi enti, dell'attribuzione di tale qualifica.

Al fine di individuare il perimetro soggettivo dei vincoli di bilancio occorre dunque partire dalla lettura delle fonti normative che si riferiscono a tale categoria soggettiva e, in primo luogo, dalle disposizioni costituzionali.

soddisfatti. Di qui, l'ampio dibattito che ha generato l'emersione di diversi modelli teorici in merito alla ricostruzione del rapporto tra diritti fondamentali e vincoli di bilancio. Per un approfondimento sul tema cfr., *ex multis*, A. Zito, *Diritti sociali e principio dell'equilibrio di bilancio: le dinamiche di un rapporto complicato nel prima delle decisioni giudiziali*, cit., 331; F. Pallante, *Dai vincoli "di" bilancio ai vincoli "al" bilancio*, in *Giur. Cost.*, 2016, 2948 ss.; L. Carlassare, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in *Costituzionalismo.it*, 2015; E. Grisostolo, I. Rivera, *I diritti sociali alla prova degli equilibri di finanza pubblica statale e regionale. Un difficile rapporto di reciproca condizionalità*, cit., 136; F. Zammartino, *Sulla salvaguardia dei diritti sociali tra interpretazioni della Costituzione economica e incertezze della recente giustizia costituzionale: alcune osservazioni*, in *Il diritto dell'economia*, 1059 ss.; F. Donati, *Uguaglianza, diritti umani e vincoli di bilancio*, in *Federalismi.it*, 2018, 2 ss.

¹⁶ Che, come noto, implica un potere di scelta da parte dell'amministrazione, sulla base del potere normativamente attribuito. In argomento, *ex multis*, M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939; A. Piras, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. Dir.* XIII, Milano, 1964, 65 ss. Sull'equilibrio di bilancio quale limite alla scelta discrezionale, cfr. S. Cimini, *L'equilibrio di bilancio tra organi politici e dirigenziali*, cit., 418, secondo cui «L'introduzione di questi nuovi parametri finanziari riduce di fatto la sfera di discrezionalità delle Amministrazioni pubbliche».

¹⁷ Cfr., sul tema, P. Gotti, *La problematica "nozione finanziaria di pubblica amministrazione", l'elenco Istat e la regola dello spending review*, in *Dir. Amm.*, 2016, 177 ss.; G. Rivosecchi, *Legge di bilancio e leggi di spesa in Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità*, in *Atti del 58° Convegno di studi di Scienza dell'amministrazione*, Varenna, 20-22 settembre 2012, Milano, 2013, 385; G. Bellitri, *Il settore pubblico con riferimento alla lista S.13, riguardante l'elenco delle pubbliche amministrazioni*, in *Riv. Corte Conti*, 2015, 527 ss.; G. Colombini, *La dimensione finanziaria dell'amministrazione pubblica e gli antidoti ai fenomeni gestionali di cattiva amministrazione*, in *Federalismi.it*, 2017, 1 ss.; W. Giulietti, M. Trimarchi, *Nozione di amministrazione pubblica e coordinamento statale nella prospettiva dell'interesse finanziario*, in *Dir. e proc. amm.*, 2016, 925 ss.

¹⁸ Cfr., sul punto, P. Gotti, *La problematica "nozione finanziaria di pubblica amministrazione", l'elenco Istat e la regola dello spending review*, cit., in particolare par. 8, nel quale si dà conto del contenzioso sollevato in materia da parte di diversi soggetti privati, quali le federazioni sportive. Sul punto, v. anche A. Gualdani, *Sulla natura giuridica della fondazione Teatro della Scala secondo la Corte dei conti*, in *Il Foro amministrativo*, 2020, 549 ss.; S. Del Gatto, *Sistema "Sec 95" ed elenco Istat. Sull'incerto confine della sfera pubblica (comm. A T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 4 febbraio 2013, n. 326)*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2013, 960 ss.

A tal proposito, viene in rilievo innanzitutto l'art. 81 Cost., primo comma, ai sensi del quale «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'obiettivo dell'equilibrio figura altresì nell'art. 97 Cost., primo comma, secondo cui «le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico».

Infine, l'art. 119 Cost. assegna a Comuni, Province e Città metropolitane «autonomia di entrata e di spesa, nel rispetto dell'equilibrio dei relativi bilanci».

Confrontando le norme citate è possibile notare come le tre enunciazioni differiscano, innanzitutto, in merito alla determinatezza dei soggetti impegnati ad assicurare l'equilibrio. Invero, mentre l'art. 81 e l'art. 119 Cost. si riferiscono a soggetti specifici, quali lo Stato e gli enti territoriali, al contrario, l'art. 97 Cost. contiene un riferimento generico alle «pubbliche amministrazioni».

Ulteriore riferimento generale è altresì presente nell'art. 81, comma 6, Cost., il quale si riferisce alla sostenibilità del debito del «complesso delle pubbliche amministrazioni».

Secondo una prima interpretazione¹⁹, il riferimento contenuto nell'art. 97 Cost. costituirebbe una norma di chiusura, con la funzione di generalizzare l'obbligo dell'equilibrio di bilancio, al fine di estendendolo a tutte le pubbliche amministrazioni non immediatamente riconducibili né allo Stato (vincolato con la revisione dell'articolo 81), né alle autonomie territoriali (vincolate con la revisione dell'articolo 119). La disposizione sembrerebbe dunque comportare la necessità di un concorso di tutti gli enti pubblici diversi da quelli espressamente richiamati «alla salvaguardia della stabilità finanziaria del complessivo settore pubblico»²⁰.

Ad avviso di altri Autori²¹, invece, occorrerebbe distinguere il riferimento contenuto nell'art. 97 Cost. da quello di cui all'art. 81, sesto comma. Invero,

¹⁹ P. Canaparo, *La legge costituzionale n. 1 del 2012: la riforma dell'articolo 81, il pareggio di bilancio e il nuovo impianto costituzionale in materia di finanza pubblica*, in *Federalismi.it*, 2012, 16 ss.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ S. Caldarelli, *I vincoli al bilancio dello Stato e delle pubbliche amministrazioni. Sovranità, autonomia e giurisdizione*, Roma, 2020, 157 ss., nonché 179 ss., in cui l'A. conclude rilevando come «nel corpo della Costituzione, come di recente modificata, sono presenti sicuramente accezioni diverse di amministrazione pubblica: – una, quella dell'art. 97, che attiene alle amministrazioni pubbliche in senso stretto, cioè quelle ontologicamente tali, sicuramente astrette alla necessità di assicurare l'equilibrio del bilancio e la sostenibilità del debito in conformità all'ordinamento dell'Unione; di qui l'irrelevanza dell'elenco Istat quale presupposto per l'applicazione delle norme sulla razionalizzazione e il contenimento della spesa¹²⁴. – L'altra, che non a caso viene contemplata all'interno di una norma relativa al bilancio, che estende le sue propaggini all'intero apparato dello Stato persona, di cui le amministrazioni pubbliche costituiscono, ai fini finanziari, articolazioni determinanti. Il "complesso" (è la nozione di "complesso" delle pubbliche amministrazioni, che evoca una dimensione allargata e sostanziale, propria dell'ordinamento sovranazionale) delle amministrazioni pubbliche è quindi diverso e più ampio della nozione di amministrazione pubblica di cui all'art. 97, e la sua delimitazione finisce per dipendere da criteri statistici ed economici di derivazione europea».

mentre la prima disposizione identificerebbe le «amministrazioni pubbliche in senso stretto», la seconda, recante il riferimento al «complesso delle pubbliche amministrazioni» (assente prima della novella del 2012), farebbe emergere una categoria inedita, che evoca una dimensione allargata e sostanziale di p.a., propria dell'ordinamento sovranazionale, la cui delimitazione dipende da criteri economico-statistici di derivazione europea.

Al di là di tale dubbio interpretativo, è ad ogni modo evidente come la Costituzione non contenga una puntuale individuazione di tutti i soggetti tenuti al rispetto dei vincoli di bilancio.

A tal fine è infatti necessario richiamare l'art. 2, comma 1, lett. a) della Legge n. 243/2012²², che reca un indiretto riferimento all'art. 1 della Legge n. 196/2009, per effetto del quale la ricognizione delle amministrazioni destinatarie dei vincoli in materia di finanza pubblica viene operata annualmente dall'Istat, con proprio elenco pubblicato nella Gazzetta Ufficiale.

L'Istat utilizza, a sua volta, per la compilazione dell'elenco predetto, i criteri previsti nel Regolamento Ue n. 549/2013 (relativo al Sistema europeo dei conti, di seguito SEC 2010)²³, contenente un sistema di regole comuni per tutti gli Stati membri dell'UE, in base alle quali sono elaborati i conti delle amministrazioni nazionali.

Per mezzo dei criteri ivi contenuti vengono enumerate le unità istituzionali che fanno parte del settore delle amministrazioni pubbliche, il settore S13, rispetto al quale viene compilato uno specifico documento di bilancio, il c.d. «conto economico consolidato»²⁴, costituente il riferimento delle grandezze trasmesse dall'Istat alla Commissione europea in applicazione del Protocollo sulla Procedura per i disavanzi eccessivi annesso al trattato di Maastricht.

L'obiettivo del sistema europeo dei conti è infatti quello di definire politiche comuni e monitorare gli andamenti dell'economia degli Stati membri al fine della verifica degli impegni assunti in tema di disavanzo e debito pubblico. Ne con-

²² Secondo cui si intendono «per «amministrazioni pubbliche» gli enti individuati con le procedure e gli atti previsti, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, dalla normativa in materia di contabilità e finanza pubblica, articolati nei sottosettori delle amministrazioni centrali, delle amministrazioni locali e degli enti nazionali di previdenza e assistenza sociale [...]».

²³ S. Caldarelli, *I vincoli al bilancio dello Stato e delle pubbliche amministrazioni. Sovranità, autonomia e giurisdizione*, cit., 156 ss., peraltro, rileva come tale regolamento abbia una portata certamente vincolante per gli Stati membri, ma solo per la compiuta realizzazione del Sistema europeo dei conti. Di conseguenza, «l'influenza del diritto sovranazionale nella definizione del perimetro soggettivo di applicazione del quadro delle regole finanziarie non deriva direttamente dalle fonti europee ma costituisce l'effetto di una scelta propria del legislatore nazionale che ha assunto i criteri economico e statistici enucleati nel Sec 2010 a parametri cogenti all'interno dell'ordinamento e condizionanti la nozione di pubblica amministrazione rilevante ai fini dell'applicazione delle disposizioni in materia di finanza pubblica».

²⁴ Per maggiori approfondimenti sulla formazione del conto economico consolidato, cfr. A. Mancini, G. Giungato, *Il conto economico consolidato delle amministrazioni pubbliche*, in *Riv. Corte dei conti*, 2017, 606 ss.; G. Lo Conte, *Equilibrio di bilancio, vincoli sovranazionali e riforma costituzionale*, Torino, 2015.

segue che la corretta formazione dell'elenco ISTAT, determinando il perimetro soggettivo delle amministrazioni pubbliche tenute all'attuazione dell'equilibrio di bilancio, condiziona il rispetto degli obiettivi di convergenza delle politiche economiche e dunque dell'obiettivo di medio termine.

3. *L'elenco ISTAT delle pubbliche amministrazioni e i suoi criteri di formazione*

L'operazione di classificazione effettuata dall'Istat ai fini della redazione dell'elenco delle pubbliche amministrazioni consiste in un procedimento complesso articolato in diverse fasi, condotto secondo regole di natura statistica ed economica²⁵ dettate dal menzionato Regolamento Ue n. 549/2013 (SEC 2010).

Il sistema delineato dal citato Regolamento ruota intorno alla nozione di «unità istituzionale», definita come «entità economica caratterizzata da autonomia di decisione nell'esercizio della propria funzione principale»²⁶.

Le unità istituzionali sono poi raggruppate in cinque settori, tra i quali figura quello delle amministrazioni pubbliche, il settore S13. Quest'ultimo è costituito dalle unità istituzionali che agiscono da produttori di beni e servizi non destinati alla vendita, la cui produzione è destinata a consumi collettivi e individuali e che sono finanziate da versamenti obbligatori effettuati da unità appartenenti ad altri settori, nonché dalle unità istituzionali la cui funzione principale consiste nella redistribuzione del reddito della ricchezza del paese²⁷.

A sua volta, il settore delle amministrazioni pubbliche è suddiviso in quattro sottosectori: *i*) le amministrazioni centrali; *ii*) le amministrazioni di stati federati; *iii*) le amministrazioni locali; *iv*) gli enti di previdenza ed assistenza sociale.

²⁵ P. Gotti, *La problematica "nozione finanziaria di pubblica amministrazione", l'elenco Istat e la regola dello spending review*, cit., 179 ss., a tal proposito rileva come «Si realizza, così, un 'ponte' tra diritto ed altre scienze sociali ed il costruttore di questo 'ponte' è il diritto europeo, a cui l'ordinamento interno rimane legato». Per ulteriori approfondimenti, si v. anche F.G. Grandis, G. De Matteis, *L'elenco Istat e la nozione di "pubblica amministrazione"*, in *Riv. Corte dei conti*, 2014, 523 ss.

²⁶ Cfr. par. 2.111, SEC 2010.

²⁷ Cfr. par. 2.111 e 2.112, SEC 2010, in cui si specifica che sono pubbliche amministrazioni, a titolo esemplificativo: «a) le unità pubbliche che in forza di una legge esercitano un potere giuridico su altre unità nel territorio economico e gestiscono e finanziano un insieme di attività, principalmente consistenti nel fornire alla collettività beni e servizi non destinati alla vendita; b) una società o una quasi-società a condizione che la loro produzione consista prevalentemente in beni e servizi non destinati alla vendita ed esse siano controllate da un'amministrazione pubblica; c) le istituzioni senza scopo di lucro riconosciute come entità giuridiche indipendenti che agiscono da produttori di beni e servizi non destinati alla vendita e che sono controllate da amministrazioni pubbliche; d) i fondi pensione autonomi se la contribuzione è obbligatoria e le amministrazioni pubbliche gestiscono i fondi per quanto concerne la fissazione e l'approvazione dei contributi e delle prestazioni».

Tale articolazione è formalizzata nell'art. 2, comma primo, L. n. 243/2012, secondo cui le amministrazioni pubbliche sono articolate «nei sottosettori delle amministrazioni centrali, delle amministrazioni locali e degli enti nazionali di previdenza e assistenza sociale». Manca, per ovvie ragioni, il riferimento alle amministrazioni federali.

Più in particolare, il settore S13 comprende: i) le «unità delle amministrazioni pubbliche»; ii) le «istituzioni senza scopo di lucro che producono beni e servizi non destinabili alla vendita e sono controllate da unità delle amministrazioni pubbliche»; iii) i «produttori di beni e servizi che operano sotto l'influenza delle unità delle amministrazioni pubbliche»²⁸.

La prima figura è rappresentata da persone giuridiche istituite mediante un processo politico, che esercitano un'autorità legislativa, giudiziaria o esecutiva all'interno di una data area, la cui funzione principale consiste nel fornire alla collettività e alle famiglie beni e servizi non destinabili alla vendita e nel redistribuire reddito e ricchezza²⁹.

La seconda categoria di soggetti è solitamente utilizzata per mettere in atto politiche governative, poiché queste istituzioni sono considerate più imparziali e obiettive e meno soggette a pressioni politiche³⁰ rispetto alle amministrazioni in senso stretto.

L'inserimento di tali soggetti nell'ambito del settore delle pubbliche amministrazioni presuppone un giudizio bifasico: occorre partire da una valutazione di tipo economico, per poi esaminare il presupposto del controllo dell'organismo da parte di una pubblica amministrazione.

Ai fini della verifica del comportamento economico di un ente, il SEC 2010 prescrive l'applicazione del test *market/non market* (test del 50 per cento). Tale test è finalizzato ad operare una distinzione tra produttori di beni e servizi destinabili alla vendita e produttori di altri beni e servizi non destinabili alla vendita e verificare in quale quota le vendite coprano i costi di produzione dell'unità istituzionale considerata.

Solo ove le vendite rappresentino meno del 50% dei costi si procederà alla valutazione riguardante la sussistenza del controllo pubblico, per il quale si intende «la capacità di determinarne la politica generale o il programma»³¹.

A tal fine, il SEC 2010 fa riferimento a cinque indicatori: «a) nomina dei funzionari; b) altre disposizioni come gli obblighi contenuti nello statuto; accor-

²⁸ Cfr. par. 20.05, SEC 2010.

²⁹ Cfr. par. 20.06, SEC 2010.

³⁰ Cfr. par. 20.14, SEC 2010.

³¹ Cfr. par. 20.15, SEC 2010.

di contrattuali; c) accordi contrattuali; d) grado di finanziamento; e) esposizione al rischio»³². Anche uno solo di essi può essere sufficiente per stabilire il controllo.

La terza figura richiamata, costituita dai produttori di beni e servizi che operano sotto l'influenza delle unità delle amministrazioni pubbliche³³, è quella che presenta maggiori difficoltà di classificazione. A tal fine, è determinante la sussistenza del requisito del controllo da parte delle amministrazioni pubbliche: se non sussiste il controllo, i produttori di beni e servizi sono qualificati nei settori privati, benché operino sotto l'influenza di un'amministrazione. Se invece il controllo sussiste, diviene determinante accertare se la produzione sia o meno destinabile alla vendita: se lo è, l'unità è classificata come società pubblica; se non lo è, essa rientra nelle amministrazioni pubbliche a tutti gli effetti.

Da quanto esposto è possibile enucleare almeno due caratteristiche relative alla nozione di pubblica amministrazione in senso finanziario, così sintetizzabili: *a)* essa comprende una categoria di soggetti molto ampia, la quale non coincide solo con lo Stato e gli enti territoriali nei quali esso si articola, ma anche con una serie di altri soggetti che devono essere identificati singolarmente; *b)* i criteri finalizzati a tale identificazione, fotografando il comportamento economico degli enti, costituiscono inevitabilmente grandezze mutevoli, determinando la conseguente mutevolezza della stessa nozione di amministrazione in senso finanziario.

4. *La giurisdizione in materia di elenchi ISTAT*

L' inserimento di un ente nell'elenco Istat, pur rappresentando in apparenza un atto neutro, comporta inevitabilmente, come si è visto, una compressione della sfera giuridica dei propri destinatari, determinando l'assoggettamento delle pubbliche amministrazioni ivi inserite ai vincoli europei in materia di finanza pubblica e dunque, di fatto, una limitazione della discrezionalità amministrativa.

Ne consegue che l'inclusione di un ente nell'elenco di cui trattasi può certamente far sorgere un interesse diretto dello stesso a chiederne l'estromissione innanzi all'autorità giurisdizionale.

Per quanto attiene all'organo munito di giurisdizione in tali controversie esso, fino al 2012, coincideva con il giudice amministrativo. Successivamente, invece, la giurisdizione è stata attribuita alla Corte dei conti in composizione speciale ed in unico grado³⁴. Il legislatore, invero, all'art. 1, comma 169, della Legge

³² *Ibidem*.

³³ Cfr. par. 20.18 e ss., SEC 2010.

³⁴ Per un approfondimento sulle funzioni delle Sezioni riunite in speciale composizione della Corte dei conti, si veda A. Police, *La tutela degli equilibri di bilancio tra controllo e giurisdizione: le prospettive delle sezioni riunite della Corte dei conti in speciale composizione*, in *Riv. Corte dei conti*, 2018, 596 ss., il quale, con partico-

2012, n. 228, ha espressamente previsto che «avverso gli atti di ricognizione delle amministrazioni pubbliche operata annualmente dall'ISTAT ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della Legge 31 dicembre 2009, n. 196, è ammesso ricorso alle Sezioni riunite della Corte dei conti, in speciale composizione, ai sensi dell'articolo 103, secondo comma, della Costituzione».

La norma è stata successivamente reiterata all'art 11, comma 6, lettera *b*), del Codice di giustizia contabile, il quale dispone che «Le sezioni riunite in speciale composizione, nell'esercizio della propria giurisdizione esclusiva in tema di contabilità pubblica, decidono in unico grado sui giudizi [...] in materia di ricognizione delle amministrazioni pubbliche operata dall'ISTAT».

Il regime giuridico appena esposto ha tuttavia di recente subito delle modifiche. Dapprima l'art. 5, comma 2, del D.L. 23 novembre 2020, n. 154 (non convertito) e, successivamente, l'art 23-*quater*, comma 2, del D.L. 28 ottobre 2020, n. 137, introdotto dalla L. 18 dicembre 2020, n. 176, hanno disposto che «All'articolo 11, comma 6, lettera *b*), del codice della giustizia contabile, [...], dopo le parole: "operata dall'ISTAT" sono aggiunte le seguenti: "ai soli fini dell'applicazione della normativa nazionale sul contenimento della spesa pubblica"».

Dal tenore letterale della disposizione poc'anzi richiamata appare chiaro come, a seguito della intervenuta modifica normativa, l'ambito della giurisdizione della Corte dei conti risulti fortemente limitato, restando essa sussistente unicamente laddove l'interesse ad impugnare l'atto di inserimento nell'elenco sorga in conseguenza dell'applicazione della normativa nazionale in materia di contenimento della spesa pubblica. La novella suscita dunque alcuni dubbi interpretativi.

In primo luogo, vi è da chiedersi se vi sia spazio per un sindacato giurisdizionale sull'atto di inserimento nell'elenco Istat diverso ed ulteriore rispetto a quello relativo all'applicazione della normativa nazionale in materia di contenimento della spesa pubblica esercitabile dalla Corte dei conti, ovvero se la nuova disposizione sia finalizzata a precludere l'impugnazione dell'atto predetto a fini diversi da quelli citati innanzi a qualsiasi giudice.

La risposta a tale primo quesito sembra essere affermativa. La formulazione della norma, che limita la giurisdizione della Corte dei conti «ai soli fini» dell'applicazione della normativa nazionale in materia di contenimento della spe-

lare riguardo alle attribuzioni relative alla definizione dell'elenco Istat, rileva come «Il passaggio della giurisdizione sull'introduzione nell'elenco Istat dalla giustizia del Consiglio di Stato e dei Tar alla Corte dei conti ha tolto a quella giurisdizione una missione importantissima, quella di definire il perimetro della soggettività pubblica...» e come, in questo modo, la Corte divenga «giudice del proprio perimetro», così determinandosi un'evidente espansione delle competenze delle Sezioni riunite. Secondo l'A., peraltro, si è in presenza di un'ipotesi di giurisdizione di merito, intesa quale «piena giurisdizione sul fatto e quindi piena estensione della cognizione giurisdizionale alla conoscenza del fatto, alla sua qualificazione e alle conseguenti statuizioni in termini di assunzione di decisioni sui fatti e sugli atti oggetto del sindacato».

sa, appare infatti implicitamente presupporre la sussistenza di possibili ulteriori ipotesi di sindacato giurisdizionale circa l'inserimento nell'elenco Istat.

Ove tale interpretazione fosse corretta, si porrebbe, in secondo luogo, il problema di identificare quali possano essere tali ipotesi ulteriori e, di conseguenza, quale sia in questi casi il giudice competente.

Gli interrogativi suscitati dalla nuova disposizione normativa forniscono così l'occasione per rimeditare su diverse questioni che interessano la nozione di amministrazione in senso finanziario, quali la funzione svolta dall'elenco Istat all'interno dell'ordinamento, nonché i possibili strumenti di tutela giurisdizionale esperibili a fronte dell'esercizio del potere di iscrizione.

5. *Il sindacato giurisdizionale sulla corretta formazione del conto economico consolidato. Dubbi di legittimità costituzionale e comunitaria*

Sulla novella in parola sono stati sollevati dubbi di legittimità costituzionale e comunitaria, che hanno determinato la rimessione della questione, da parte della Corte dei conti, alla Corte di Giustizia.

In particolare, il giudice contabile, con due ordinanze quasi contestuali, rispettivamente del 3 giugno 2021 n. 5/2021/RIS e del 10 giugno 2021 n. 6/2021/RIS³⁵, aventi entrambe ad oggetto l'accertamento dell'insussistenza dei presupposti per l'inclusione di alcuni enti nell'elenco Istat, ha interrogato il giudice europeo circa la corretta interpretazione dell'art. 11, comma 6, lett. b) del Codice di giustizia contabile, così come modificato dall'art. 23-*quater* del D.L. n. 137/2020, inserito in sede di conversione dall'art. 1, della Legge n. 176/2020, che ha limitato la giurisdizione delle Sezioni riunite in speciale composizione, in materia di elenco ISTAT «ai soli fini dell'applicazione della normativa nazionale di contenimento della spesa pubblica».

Le ordinanze di rimessione traggono entrambe origine da una diversa interpretazione, emersa nel corso dei rispettivi giudizi, della disposizione citata.

Invero, ad avviso della Procura Generale della Corte dei conti, dal momento che la norma non indica specificamente quale sia il giudice competente a giudicare dell'inserimento nell'elenco a fini diversi da quelli in tema di applicazione di norme sul controllo della spesa, ne precluderebbe l'impugnazione innanzi a qualsiasi giudice, comprimendo così la tutela giurisdizionale.

Al contrario, ad avviso dell'Avvocatura dello Stato, la norma introdotta, comprimendo la giurisdizione della Corte dei conti, espanderebbe quella del giu-

³⁵ Cfr., sul punto, A. Abbate, *I rapporti tra diritto interno e diritto europeo e le recenti applicazioni in tema di equilibrio di bilancio*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 477 ss.

dice amministrativo, laddove l'atto di inserimento nell'elenco Istat venisse impugnato per fini diversi da quelli relativi all'applicazione della normativa nazionale di contenimento della spesa pubblica.

Le Sezioni riunite hanno condiviso la prima posizione, sulla base della considerazione secondo cui, essendo ad esse attribuita una giurisdizione per materia ed esclusiva sul bilancio³⁶, ove quest'ultima dovesse venire meno, non potrebbe in alcun modo determinarsi la riespansione di un'altra giurisdizione, con la conseguenza di una mancanza assoluta di tutela in merito alla corretta formazione del conto economico consolidato.

Invero, secondo l'interpretazione delle Sezioni riunite, la disposizione oggetto di censura, limitando la verifica sulla corretta individuazione degli enti inclusi nell'elenco ISTAT, determinerebbe l'esclusione del sindacato giurisdizionale sul conto consolidato dello Stato italiano, rischiando così di compromettere l'effettivo raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica assunti in sede europea.

Per tali ragioni è stato ravvisato, in entrambi i giudizi, un conflitto implicante la cd. *doppia pregiudizialità*³⁷, costituzionale ed europea, dal momento che ogni limitazione imposta alla giurisdizione della Corte dei conti si presenterebbe violativa non solo delle norme nazionali che ad essa assegnano la materia del bilancio pubblico, ma anche della normativa europea che predispone i criteri contabili per la valutazione dei bilanci pubblici.

Di conseguenza, il Giudice contabile ha ritenuto necessario il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, affinché quest'ultima fornisca la propria soluzione interpretativa ad una questione che, come si è visto, interessa non solo l'effettivi-

³⁶ Nell'ordinamento costituzionale italiano la Corte dei conti è titolare di una giurisdizione esclusiva sul bilancio. Tale giurisdizione assume forma non contenziosa, con le attribuzioni di controllo previste dall'art. 100, comma 2, Cost. («La Corte dei conti esercita il controllo preventivo di legittimità sugli atti dello Stato e anche quello successivo sulle gestioni del bilancio dello Stato») e quella contenziosa con l'art. 103, comma 2, Cost. («La Corte dei conti ha giurisdizione in materia di contabilità pubblica»). Il giudice contabile, nella pronuncia in commento, afferma peraltro che l'esclusività della giurisdizione della Corte dei conti in materia di bilancio è retta dal c.d. principio del parallelismo, il quale discenderebbe dal «combinato disposto degli artt. 100, 103 e 25 Cost. e dal principio di specialità delle giurisdizioni [...] ragione per la quale non ci può essere giudice diverso nelle stesse materie in cui la legge stabilisce un controllo di legittimità-regolarità della Corte dei conti; dal che discende, conseguentemente, che sussiste la giurisdizione contabile anche sugli atti della pubblica amministrazione che sono il presupposto o il precipitato necessario della determinazione dei saldi di bilancio e della loro perimetrazione».

³⁷ I casi di «*doppia pregiudizialità*» riguardano le fattispecie in cui, nel medesimo procedimento, il giudice comune si trovi di fronte tanto ad una pregiudiziale comunitaria (interpretativa o di validità), quanto ad una pregiudiziale costituzionale. Di qui il dibattito circa l'ammissibilità dei «*doppi rinvii*». Sul punto, cfr. M. Cartabia, *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte ai casi di "doppia pregiudizialità", comunitaria e costituzionale*, in *Foro it.*, 1997, 222 ss.; F. Sorrentino, *È veramente ammissibile il "doppio rinvio"?*, in *Giur. Cost.*, 2002, 781 ss.; F. Ghera, *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, in *Giur. Cost.*, 2000, 1193 ss.; S. Catalano, *La sentenza n. 84/2021 della Corte Costituzionale: un esempio di dialogo armonico con la Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Diritto di difesa*, 2021, 281 ss.

tà della tutela giurisdizionale, ma anche la tenuta degli impegni assunti dal nostro Paese in tema di equilibri di bilancio.

6. *L'attuale funzione dell'elenco ISTAT. Considerazioni conclusive in punto di giurisdizione*

La richiamata modifica normativa sollecita una più ampia riflessione in merito alla funzione assunta dalla nozione di pubblica amministrazione in senso finanziario, indagine che potrebbe rivelarsi utile anche ai fini della ricostruzione delle connesse problematiche emerse in punto di tutela giurisdizionale.

A tal proposito, giova ricordare come la ragione fondamentale dell'istituzione dell'elenco redatto dall'Istat, che enumera appunto le amministrazioni finanziariamente intese, consista nel rispetto del diritto dell'Unione europea, come si evince dalla normativa nazionale di rinvio alla disciplina comunitaria³⁸. Tale obiettivo viene infatti perseguito: *a)* imponendo agli enti inseriti nell'elenco il rispetto dei vincoli in materia di indebitamento; *b)* mediante la raccolta dei dati di bilancio degli enti medesimi nel conto economico consolidato, il cui saldo viene confrontato con l'OMT e quindi riscontrato anche in sede europea.

Come anticipato, tuttavia, la nuova disposizione del Codice di giustizia contabile circoscrive la giurisdizione della Corte dei conti in materia di elenco Istat «ai soli fini dell'applicazione della normativa nazionale sul contenimento della spesa pubblica». La norma, dunque, implicitamente, presuppone che l'elenco predetto venga utilizzato per un'ulteriore finalità: quella dell'individuazione del perimetro soggettivo di applicazione di disposizioni nazionali riguardanti politiche di *spending review*³⁹. Ed invero, il legislatore, negli ultimi anni⁴⁰, ha di frequente adottato una tecnica normativa secondo la quale i soggetti destinatari di disposizioni volte, implicitamente o esplicitamente, a tagliare le spese pubbliche vengono individuati mediante il rinvio all'elenco in questione.

³⁸ L'elenco è adottato ai sensi dell'art. 1, comma 3, della Legge n. 196/2009, in applicazione del Reg. n. 2013/549/UE (il cui allegato A, appunto, costituisce il c.d. "SEC 2010").

³⁹ F. Sucameli, *Il giudice del bilancio nella Costituzione italiana*, Napoli, 2022, 217 ss., il quale rileva come, nonostante la ragione fondamentale dell'elenco ISTAT rimanga il rispetto del diritto UE, la legge ricollega «diverse conseguenze all'inserimento nell'elenco che non hanno stretta attinenza con il PSC (contenuti di spending review)».

⁴⁰ Sul punto, cfr. S. Caldarelli, *I vincoli al bilancio dello Stato e delle pubbliche amministrazioni. Sovranità, autonomia e giurisdizione*, cit., 170, la quale ricorda come «A partire dalla legge finanziaria 2005 il legislatore ha iniziato a richiamarsi all'elenco Istat adottato sulla base del metodo di classificazione europeo, individuando – nelle unità istituzionali ivi ricomprese – un nuovo perimetro di applicazione delle manovre di finanza pubblica intese “a ridurre il costo complessivo della pubblica amministrazione e la sua incidenza sul bilancio dello Stato”».

Sembra pertanto che la funzione originaria dell'elenco sia profondamente mutata, non essendo esso più considerato unicamente quale documento di natura statistico-contabile, preordinato al monitoraggio delle economie degli Stati membri al fine del loro coordinamento con le politiche di bilancio dell'Unione, ma essendo sempre più spesso utilizzato anche ai fini dell'identificazione dei soggetti destinatari di norme nazionali indirizzate alla pubblica amministrazione.

Tale fenomeno fa sorgere allora alcuni interrogativi: *a)* se sia ragionevole disporre l'applicazione indistinta di previsioni normative di contenimento della spesa pubblica nei confronti di tutti gli enti inseriti nell'elenco Istat, per il solo fatto che l'ente compaia nell'elenco predetto; *b)* se sia coerente con i principi del nostro ordinamento che la collocazione all'interno dell'elenco Istat possa persino divenire decisiva, come da alcuni sostenuto⁴¹, allo scopo della perimetrazione, in via generale, della soggettività pubblica.

Al fine di fornire soluzione al primo quesito, occorre valutare come il principio dell'equilibrio di bilancio -e la conseguente necessità di riduzione della spesa pubblica-, nonostante la propria origine sovranazionale ed il riconoscimento a livello costituzionale, non possa essere considerato isolatamente e quale principio tiranno, destinato sempre e comunque a prevalere sugli altri principi dell'ordinamento giuridico, dovendo essere con essi bilanciato secondo le peculiarità della singola fattispecie in concreto.

Tale bilanciamento, tuttavia, non può che risultare pregiudicato laddove il legislatore si serva di un elenco predisposto *ex ante*, sulla base di criteri aventi diverse finalità, senza considerare le peculiarità dei singoli enti e gli obiettivi specifici dei singoli interventi normativi.

Tali conclusioni sembrano confermate, ad esempio, dalla recente pronuncia della Corte costituzionale n. 210/2022⁴², che ha dichiarato l'illegittimità di alcune disposizioni normative⁴³ nella parte in cui prevedono, limitatamente alla loro applicazione alle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, che

⁴¹ Cfr. C. Russo, *Annotazioni a margine dell'art. 23-quater D.L. 137/2020 alla luce della rilevanza generale e sistematica dell'elenco Istat*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato* n. 1/2021, 4 ss., secondo il quale sembrerebbe arduo sostenere che un determinato soggetto, considerato come pubblica amministrazione a fini contabili, sia poi, in via generale, invece, non considerato alla stessa stregua, in quanto «Certamente, essendo i regimi pubblicistici estremamente variegati, il soggetto potrà in concreto non rientrare nell'ambito di applicazione di una o più leggi amministrative, ma ciò non toglie che, a seguito dell'inserimento nell'elenco, quel soggetto all'interno del nostro ordinamento, in via generale, sarà considerato pubblica amministrazione».

⁴² A conclusioni analoghe la Corte costituzionale sembra giungere anche nella pronuncia n. 7/2017, per un commento alla quale si v. S. Caldarelli, *I vincoli al bilancio dello Stato e delle pubbliche amministrazioni. Sovranità, autonomia e giurisdizione*, cit., 172 ss.

⁴³ Art. 61, commi 1, 2, 5 e 17, del D.L. n. 112/2008, recante "Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria", convertito, con modificazioni, in Legge n. 133/2008; art. 6, commi 1, 3, 7, 8, 12, 13, 14 e 21, del D.L. n. 78/2010, recante "Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica", convertito, con modificazioni, in Legge n. 122/2010; art. 8, comma 3, del D.L. n. 95/2012, recante "Disposizio-

le somme derivanti dalle riduzioni di spesa contemplate siano versate annualmente ad apposito capitolo di entrata del bilancio dello Stato.

Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto fondata la questione per violazione degli artt. 3 e 97 Cost. in quanto la normativa censurata, riducendo le risorse disponibili, finisce per comprimere i diritti che le imprese nutrono a seguito dei versamenti annuali alle Camere di commercio.

In particolare, si è evidenziato come «L'equilibrio della finanza pubblica allargata non può essere realizzato attraverso lo "sbilanciamento" dei conti delle Camere di commercio. È di tutta evidenza, difatti, come realizzare un punto di equilibrio macroeconomico attraverso il correlato squilibrio del sistema camerale costituisca una intrinseca irragionevolezza».

Tale decisione conferma dunque come, nonostante gli obblighi assunti in sede europea possano certamente comportare l'imposizione di tagli alla spesa pubblica, il legislatore non possa servirsi, al fine di definire l'ambito di applicazione soggettiva delle relative norme, esclusivamente di parametri standardizzati.

Né a maggior ragione può sostenersi, con ciò giungendo al secondo quesito, che l'inserimento all'interno dell'elenco Istat possa essere ritenuto determinante al fine di individuare, in via generale, la natura pubblicistica di un soggetto giuridico.

A tal proposito, è noto⁴⁴ come la nozione di ente pubblico abbia ormai assunto una portata estremamente flessibile e mutevole, dal momento che ad un soggetto giuridico può essere applicata, di volta in volta e a prescindere dalla propria veste formale, una diversa disciplina, pubblicistica o privatistica, a seconda delle esigenze che in un determinato settore il legislatore reputa prevalenti. Ciò potrebbe indurre a ritenere che un elenco che operi una completa ricognizione delle pubbliche amministrazioni, conferendo uno *status* pubblicistico permanente, recherebbe il vantaggio di offrire una maggiore certezza e stabilità dei rapporti giuridici, consentendo di individuare in maniera univoca la disciplina applicabile.

ni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario», convertito, con modificazioni, in Legge n. 135/2012.

⁴⁴ Sul punto, cfr. S. Cimini, *L'attualità della nozione di ente pubblico*, in *Federalismi.it*, 2015, 2 ss., il quale dà conto di come sia in atto una svalutazione della rilevanza «soggettiva» della nozione di ente pubblico, a favore di una sua rilevanza «oggettiva», «Processo accentuato anche dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria, che utilizza un criterio funzionale che ha dato luogo ad una nozione di pubblica amministrazione variabile, che si restringe o si allarga a seconda dello scopo che la specifica disciplina persegue (si pensi, ad esempio, alla nozione di organismo di diritto pubblico)»; A. Pajno, *La giustizia amministrativa nel 2016*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2016, 140, ove l'A. rileva come il concetto di ente pubblico diventi «a "geometria variabile", a seconda della normativa da applicare e degli interessi che vengono in rilievo»; S. Cassese, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1996, 922, secondo il quale la nozione di pubblica amministrazione individuata dalla Corte di giustizia possiede un carattere «funzionale», con la conseguenza che «potrebbero esservi, nel diritto comunitario, tante definizioni di pubblica amministrazione quante sono le volte che c'è bisogno di esse».

D'altra parte, tuttavia, considerare dirimente l'inserimento nell'elenco al fine di determinare la qualifica pubblicistica di un ente non appare corretto per almeno due ordini di ragioni.

In primo luogo, in quanto ciò si porrebbe in evidente contrasto con il principio di legalità. La natura pubblicistica, infatti, o è stabilita direttamente dal legislatore ovvero si deve desumere dall'interpretazione del testo normativo di riferimento, sicché si deve escludere che sia sufficiente un mero atto amministrativo a conferire tale qualifica.

In secondo luogo, anche a volere superare un tale ostacolo (che pare difficilmente superabile), esisterebbe una seconda ragione ostativa alla definizione della natura pubblica di un ente da parte dell'Istat. Tale ragione è rappresentata dai criteri utilizzati per la redazione dell'elenco, i quali, come si è visto, fondandosi sul comportamento economico degli operatori, evocano -per loro stessa natura- una situazione giuridica di carattere temporaneo e non permanente.

Tali considerazioni possono rivelarsi utili al fine di offrire qualche ulteriore riflessione sulle perplessità che la novella ha sollevato.

Alla luce di quanto esposto, in disparte i dubbi di compatibilità comunitaria esposti dalla Corte dei conti, sembra potersi affermare che, ove si voglia evitare l'applicazione della normativa nazionale sul contenimento della spesa pubblica, venga in rilievo non tanto un problema di impugnazione dell'elenco Istat, quanto piuttosto un problema di ragionevolezza della singola normativa di contenimento della spesa che al predetto elenco fa riferimento per delimitare il proprio ambito soggettivo di applicazione, la quale andrebbe risolta non già dal Giudice contabile, bensì innanzi al Giudice costituzionale.

Benedetta Ciferni - Abstract

La nozione finanziaria di pubblica amministrazione. Funzione dell'elenco Istat e problemi di giurisdizione

Il lavoro analizza criticamente la nozione di amministrazione finanziaria, così come individuata nell'elenco redatto annualmente dall'Istat, sulla base dei criteri di natura statistica ed economica dettati dalla normativa europea.

L'indagine trae origine anche dalla recente modifica che ha interessato il Codice di giustizia contabile, la quale, limitando la giurisdizione della Corte dei conti in materia di impugnazione dell'elenco Istat «ai soli fini dell'applicazione della normativa nazionale di contenimento della spesa pubblica», sembra aver provocato un restringimento della giurisdizione del giudice contabile. Tale modifica, oltre a suscitare dubbi di compatibilità con i principi costituzionali e comunitari in materia di tutela giurisdizionale, sollecita l'interprete anche a rimeditare l'attuale funzione dell'elenco in parola, nonché a domandarsi se esso, al di là della sua natura di documento contabile, sia idoneo a costituire il presupposto per il riconoscimento, in via generale, della natura pubblicistica di un ente.

The financial administration concept. Function of the Istat list and jurisdiction issues

The study critically examines the concept of financial administration as defined in the annual list compiled by Istat, based on statistical and economic criteria established by European regulations. The analysis also addresses the recent amendment to the Code of Auditing Justice, which limits the jurisdiction of the Court of Auditors to challenges against the Istat list solely for the purpose of enforcing national legislation aimed at containing public expenditure. This amendment has narrowed the jurisdiction of the auditing judge and likely conflicts with constitutional and EU principles regarding judicial protection. The central question is: what is the current legal status of the Istat list? Is it solely a financial document, or does it serve as the basis for the general recognition of an entity's public status?

Questioni interpretative in ordine all'art. 125-*sexies* t.u.b.

Piermaria Della Rocca

SOMMARIO: 1. L'art. 125-*sexies* t.u.b., la sentenza *Lexitor* della Corte di giustizia dell'11 settembre 2019, l'art. 11-*octies* della l. n. 106/2021 e la sentenza n. 263/2022 della Corte costituzionale. Stato dell'arte. – 2. Le ulteriori problematiche non considerate dalla sentenza n. 263/2022 della Corte costituzionale. – 3. Il bilanciamento tra gli interessi del finanziatore, del consumatore e dell'intermediario a seguito dell'estinzione anticipata del contratto di credito.

1. *L'art. 125-*sexies* t.u.b., la sentenza Lexitor della Corte di giustizia dell'11 settembre 2019, l'art. 11-*octies* della l. n. 106/2021 e la sentenza n. 263/2022 della Corte costituzionale. Stato dell'arte*

La versione vigente dell'art. 125-*sexies*, comma 1, del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia) in tema di estinzione anticipata dei contratti di credito con i consumatori, dispone che «Il consumatore può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore e, in tal caso, ha diritto alla riduzione, in misura proporzionale alla vita residua del contratto, degli interessi e di tutti i costi compresi nel costo totale del credito, escluse le imposte»¹.

Tale disposizione è stata introdotta dall'art. 11-*octies* del d.l. 25 maggio 2021, n. 73, (c.d. decreto *Sostegni-bis*), recante “Misure urgenti connesse all'emergenza da COVID-19, per imprese, lavoro, giovani, salute e servizi territoria-

¹ In argomento, U. Malvagna, *La nuova disciplina dell'estinzione anticipata dei contratti di credito ai consumatori: tra legge, ABF e Corte Costituzionale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1, 2022, 49 ss. Ritiene che la nuova disciplina possa «sortire effetti di indubbio interesse, anzitutto in termini di efficienza e competitività» del sistema R. Santagata, *Prime note sulla disciplina del rimborso anticipato del credito ai consumatori (e del credito immobiliare)*, *ivi*, 2022, 2, I, 185 ss., pur esprimendo alcune perplessità sui criteri individuati dal legislatore per calcolare le somme che l'intermediario deve restituire al cliente (188).

li”, poi convertito, con modificazioni, nella l. 23 luglio 2021, n. 106, che ha riformulato il testo dell’art. 125-*sexies* t.u.b.² in tema di estinzione anticipata dei contratti di credito con i consumatori.

La precedente versione dell’art. 125-*sexies* t.u.b.³, nel riprodurre il contenuto dell’art. 16, par. 1⁴, della direttiva 2008/48/CE (“Direttiva sul credito al consumo”) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, laddove si stabi-

² In particolare, l’art. 11-*octies* introduce nel decreto Sostegni-*bis* la seguente riformulazione dell’art. 125-*sexies* t.u.b.: «Art. 125-*sexies* (Rimborso anticipato). - 1. Il consumatore può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l’importo dovuto al finanziatore e, in tal caso, ha diritto alla riduzione, in misura proporzionale alla vita residua del contratto, degli interessi e di tutti i costi compresi nel costo totale del credito, escluse le imposte. 2. I contratti di credito indicano in modo chiaro i criteri per la riduzione proporzionale degli interessi e degli altri costi, indicando in modo analitico se trovi applicazione il criterio della proporzionalità lineare o il criterio del costo ammortizzato. Ove non sia diversamente indicato, si applica il criterio del costo ammortizzato. 3. Salva diversa pattuizione tra il finanziatore e l’intermediario del credito, il finanziatore ha diritto di regresso nei confronti dell’intermediario del credito per la quota dell’importo rimborsato al consumatore relativa al compenso per l’attività di intermediazione del credito. 4. In caso di rimborso anticipato, il finanziatore ha diritto a un indennizzo equo e oggettivamente giustificato per eventuali costi direttamente collegati al rimborso anticipato del credito. L’indennizzo non può superare l’1 per cento dell’importo rimborsato in anticipo, se la vita residua del contratto è superiore a un anno, ovvero lo 0,5 per cento del medesimo importo, se la vita residua del contratto è pari o inferiore a un anno. In ogni caso, l’indennizzo non può superare l’importo degli interessi che il consumatore avrebbe pagato per la vita residua del contratto. 5. L’indennizzo di cui al comma 4 non è dovuto:

- a) se il rimborso anticipato è effettuato in esecuzione di un contratto di assicurazione destinato a garantire il credito;
- b) se il rimborso anticipato riguarda un contratto di apertura di credito;
- c) se il rimborso anticipato ha luogo in un periodo in cui non si applica un tasso di interesse espresso da una percentuale specifica fissa predeterminata nel contratto;
- d) se l’importo rimborsato anticipatamente corrisponde all’intero debito residuo ed è pari o inferiore a 10.000 euro».

³ La previgente norma era stata introdotta nel nostro ordinamento con il d.lgs. 13 agosto 2010 n. 141 che recepiva la direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008. Prima delle modifiche introdotte con il d.l. n. 73 del 2021, l’art. 125-*sexies* t.u.b. così recitava: «1. Il consumatore può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l’importo dovuto al finanziatore. In tale caso il consumatore ha diritto a una riduzione del costo totale del credito, pari all’importo degli interessi e dei costi dovuti per la vita residua del contratto. 2. In caso di rimborso anticipato, il finanziatore ha diritto ad un indennizzo equo ed oggettivamente giustificato per eventuali costi direttamente collegati al rimborso anticipato del credito. L’indennizzo non può superare l’1 per cento dell’importo rimborsato in anticipo, se la vita residua del contratto è superiore a un anno, ovvero lo 0,5 per cento del medesimo importo, se la vita residua del contratto è pari o inferiore a un anno. In ogni caso, l’indennizzo non può superare l’importo degli interessi che il consumatore avrebbe pagato per la vita residua del contratto. 3. L’indennizzo di cui al comma 2 non è dovuto:

- a) se il rimborso anticipato è effettuato in esecuzione di un contratto di assicurazione destinato a garantire il credito;
- b) se il rimborso anticipato riguarda un contratto di apertura di credito;
- c) se il rimborso anticipato ha luogo in un periodo in cui non si applica un tasso di interesse espresso da una percentuale specifica fissa predeterminata nel contratto;
- d) se l’importo rimborsato anticipatamente corrisponde all’intero debito residuo ed è pari o inferiore a 10.000 euro».

⁴ «1. Il consumatore ha il diritto di adempiere in qualsiasi momento, in tutto o in parte, agli obblighi che gli derivano dal contratto di credito. In tal caso, egli ha diritto ad una riduzione del costo totale del credito, che comprende gli interessi e i costi dovuti per la restante durata del contratto». Le norme comunitarie sono esaminate da A. Ciatti, *La corresponsione anticipata delle somme dovute dal consumatore al creditore*, in *La nuova*

lisce che il consumatore ha diritto ad «una riduzione del costo totale del credito», aveva sostituito al comma 1 la locuzione «che comprende gli interessi e i costi dovuti per la restante durata del contratto», presente nel testo comunitario, con quella «pari all'importo degli interessi e dei costi dovuti per la vita residua del contratto».

La diversa articolazione testuale dei due lessemi indicati: uno dall'art. 16, comma 1, della direttiva 2008/48/CE «costo totale del credito, che comprende»; e, l'altro, dall'art.125-sexies, comma 1, t.u.b. «costo totale del credito, pari» ha portato gli interpreti a ritenere che la norma italiana si riferisse ai soli costi *recurring* correlati unicamente alla vita residua del contratto di credito⁵.

La novellata formulazione dell'art. 125-sexies t.u.b. si è, *medio tempore*, conformata agli intervenuti principi affermati nella sentenza *Lexitor*⁶ della Corte di giustizia dell'Unione europea.

La sentenza *Lexitor* ha, infatti, prescritto che nell'ipotesi di rimborso anticipato del credito il consumatore abbia diritto ad una riduzione degli interessi e di tutti i costi compresi nel costo del credito, ad esclusione delle sole imposte.

Per questo motivo veniva introdotta nel primo comma dell'art. 125-sexies t.u.b. la diversa formulazione: «Il consumatore può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore e, in tal caso, ha diritto alla riduzione, in misura proporzionale alla vita residua del contratto, degli interessi e di tutti i costi compresi nel costo totale del credito, escluse le imposte»⁷.

disciplina europea del credito al consumo. La direttiva 2008/48/Ce relativa ai contratti di credito dei consumatori e il diritto italiano, G. De Cristofaro (a cura di), Torino, 2009, 153 ss.

⁵ Questo un tempo era, infatti, il consolidato orientamento dell'Arbitro Bancario Finanziario (ABF) a partire dalla nota decisione: ABF, Collegio di coordinamento decisione 22 settembre 2014, n. 6167; v. anche ABF, Collegio di coordinamento decisioni 11 novembre 2016, nn. 10003; 10017 e 10035, tutte reperibili in www.arbitrobancariofinanziario.it. In giurisprudenza di merito, da ultimo, Trib. Napoli, 4 dicembre 2018, reperibile in *Dejure*. In dottrina, U. Malvagna, *Cessione del quinto ed estinzione anticipata: la sorte delle "commissioni accessorie"*, reperibile in www.ilcaso.it, doc. 341/2013, 2; M. Maugeri e S. Pagliantini, *Il credito ai consumatori. I rimedi nella ricostruzione degli organi giudicanti*, Milano, 2013, 121; F. Quarta, *Estinzione anticipata dei finanziamenti a tempo determinato e modulazioni del costo del credito (commissioni di intermediazione, oneri assicurativi e penalità)*, reperibile in dirittobancario.it, 2013; A. Zoppini, *Gli effetti della sentenza Lexitor nell'ordinamento italiano*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, 1, 3 s. Tale orientamento era condiviso anche dall'Autorità di vigilanza italiana; in proposito: *Comunicazioni di Banca d'Italia, Cessione del quinto dello stipendio o della pensione e operazioni assimilate. Comunicazione*, 7 aprile 2011 e *Cessione del quinto dello stipendio e operazioni assimilate: cautele e indirizzi per gli operatori*, 10 novembre 2009; ma v. anche le *Disposizioni di vigilanza sulla Trasparenza dei servizi bancari e finanziari - Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*, 29 luglio 2009, sez. VII, par. 5.2.1; e, da ultimo, gli *Orientamenti di vigilanza sulle operazioni di finanziamento contro cessione del quinto dello stipendio o della pensione* (Delibera 145/2018, parr. 12 e 62).

⁶ Corte di giustizia dell'Unione europea, 11 settembre 2019, C-383/18, *Lexitor Sp. z.o.o. c. Spółdzielca Kasa Oszczędnościowa - Kredytowa im. Franciszka Stefczyka, Santander Consumer Bank S.A., mBank S.A.* Il testo della sentenza è pubblicato in *Banca, borsa tit. cred.*, 6, 2019, II, 639 ss., con nota di A.A. Dolmetta, *Anticipata estinzione e "riduzione del costo totale del credito". Il caso della cessione del quinto*.

⁷ In giurisprudenza, *ex multis*, per l'inclusione di tutti i costi, sia *recurring* sia *up-front*, in ossequio alla sentenza *Lexitor*, Trib. Napoli, 7 febbraio 2020; Trib. Torino, 21 marzo 2020; Trib. Roma, 22 ottobre 2020;

Successivamente la Corte costituzionale, a seguito dell'ordinanza del 2 novembre 2021, iscritta al n. 8 del registro ordinanze dell'anno 2022, sollevata dal Tribunale ordinario di Torino, sezione prima civile, si pronunciava, con la sentenza n. 263, depositata il 22 dicembre 2022⁸, sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 11-*octies*, comma 2, del d.l. n. 73 del 2021, come convertito nella l. n. 106 del 2021, «nelle parti in cui: - prevede che alle estinzioni anticipate dei contratti sottoscritti prima della data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto continuano ad applicarsi le disposizioni dell'articolo 125-*sexies* del testo unico di cui al decreto legislativo n. 385 del 1993 e le norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia vigenti alla data della sottoscrizione dei contratti; [e] - limita ai contratti sottoscritti successivamente all'entrata in vigore della legge il principio, espresso nell'art. 16 par. 1 della direttiva 2008/48/Ce, come interpretata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in data 11 settembre 2019 C-383/18 e recepito nel novellato art. 125-*sexies*, comma 1, TUB che “il consumatore che rimborsa anticipatamente, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore ha diritto alla riduzione, in misura proporzionale alla vita residua del contratto, degli interessi e di tutti i costi compresi nel costo totale del credito, escluse le imposte”».

La questione verteva sugli artt. 3, 11 e 117, comma 1, cost., in relazione all'art. 16, par. 1, della direttiva 2008/48/CE, concernente i contratti di credito ai consumatori che ha abrogato la direttiva 87/102/CEE del Consiglio del 22 dicembre 1986, come interpretato dalla sentenza *Lexitor*.

La suddetta sentenza della Consulta prendeva in esame la legittimità costituzionale dell'art. 125-*sexies*, comma 1, t.u.b., il quale aveva dato attuazione nell'ordinamento italiano all'art. 16, par. 1, della direttiva 2008/48/CE.

Trib. Milano, 3 novembre 2020; Trib. Savona, 14 novembre 2020; Trib. Pavia, 17 novembre 2020; Trib. Bologna, 7 gennaio 2021; Trib. Palermo, 14 gennaio 2021; Trib. Milano, 9 aprile 2021; Trib. Brindisi, 4 ottobre 2021; Trib. Genova, 14 ottobre 2021; contra Trib. Monza, 22 novembre 2019; Trib. Napoli, 22 novembre 2019; Trib. Napoli, 10 marzo 2020; Trib. Vicenza, 13 novembre 2020; Trib. Cassino, 2 febbraio 2021; Trib. Bari, 16 settembre 2021; Trib. Roma, 11 febbraio 2021; Trib. Crotone, 11 ottobre 2021. In dottrina, per quest'ultima soluzione, negando l'efficacia vincolante della sentenza *Lexitor*, A. Zoppini, *op. cit.*, 17 s.; ritenendo l'art. 125-*sexies*, comma 1, di contenuto contrario al principio *Lexitor* e questo criticando G. De Cristofaro, *Estinzione anticipata del debito e quantificazione della “riduzione del costo totale del credito” spettante al consumatore: considerazioni critiche sulla sentenza “Lexitor”*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, I, 286 e 288; riconosce l'efficacia vincolante della sentenza, ma ne contesta la soluzione, R. Santagata, *Rimborso anticipato del credito e diritto del consumatore alla restituzione della quota parte dei costi indipendenti dalla durata del contratto (c.d. up front)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, II, 26 ss. e 24 ss.; riconoscono l'efficacia vincolante e ne condividono la soluzione A.A. Dolmetta, *op. cit.*, 647 ss., ma sulla base di un ragionamento parzialmente diverso; e A. Tina, *Il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito in caso di rimborso anticipato del finanziamento ex art. 125-*sexies*, primo comma, T.U.B. Prime riflessioni a margine della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. dir. banc.*, 2019, 4, II, 163 e 169 ss.

⁸ Corte cost., 22 dicembre 2022, n. 263, reperibile in www.cortecostituzionale.it.

Il quadro normativo esistente dopo la sentenza *Lexitor* comprendeva anche l'entrata in vigore dell'art. 11-*octies*, introdotto con la l. n. 106 del 2021 in sede di conversione del d.l. n. 73 del 2021, che ha sostituito, al comma 1, lettera c), l'art. 125-*sexies* t.u.b. del d.lgs. n. 385 del 1993.

Infatti l'art. 11-*octies* della l. n. 106 del 2021 introduce anche un particolare regime transitorio, volto a circoscrivere l'efficacia temporale delle predette modifiche⁹, prevedendo l'applicabilità delle norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia vigenti alla data della sottoscrizione dei contratti alle estinzioni anticipate dei contratti sottoscritti prima della sua entrata in vigore.

Prima dell'intervento della Corte di giustizia con la sentenza *Lexitor*¹⁰, la disposizione comunitaria era stata interpretata nel nostro ordinamento nel senso che il consumatore potesse ripetere dal finanziatore i soli costi dipendenti dalla durata del contratto (c.dd. costi *recurring*) non maturati al momento del rimborso del capitale.

Questa ricostruzione interpretativa era stata condivisa anche dalla normativa secondaria della Banca d'Italia.

La Corte di giustizia ha, successivamente, interpretato l'art. 16 della direttiva 2008/48/CE in senso più favorevole al consumatore considerato in "situazione di inferiorità" rispetto al professionista sia per ciò che riguarda il potere negoziale sia per il livello di informazione.

Visto il rischio legato all'innalzamento dei costi previsti alla conclusione del contratto e la difficoltà di discernere oggettivamente legati alla sola durata del contratto, la durata residua del contratto si considerava solo ai fini del calcolo della misura della riduzione.

Infatti, in caso di estinzione anticipata la Corte europea sottolineava che la riduzione dei costi del finanziamento doveva riguardare «il costo totale del credito» e non solo i costi *recurring*.

Dopo la sentenza *Lexitor*, la giurisprudenza¹¹ maggioritaria ha interpretato l'art. 125-*sexies*, comma 1, t.u.b., in senso conforme alla pronuncia della Corte

⁹ Ritiene l'ABF, Collegio di coordinamento decisione 15 ottobre 2021, n. 21676 che tale scelta del legislatore italiano discenda da specifiche «esigenze di politica economica e di tutela del principio di affidamento».

¹⁰ Che aveva interpretato l'art. 16 della direttiva 2008/48/CE in senso "più favorevole al consumatore", in quanto considerava la durata residua del contratto solo ai fini del calcolo della misura della riduzione, che deve riguardare "il costo totale del credito" e non solo i costi *recurring*.

¹¹ In giurisprudenza: Trib. Monza, 4 gennaio 2023, n. 20; Trib. Nocera Inferiore, ordinanza ex art. 702 *ter* c.p.c. del 5 gennaio 2023; Trib. Sassari, 18 ottobre 2022, nn. 1033 e 1034; Trib. Napoli, 14 dicembre 2021; Trib. Ivrea, 7 dicembre 2021; Trib. Catania, ordinanza del 19 aprile 2021; Trib. Cuneo, 30 settembre 2021, n. 761; Giud. pace Ivrea, 4 dicembre 2021, n. 691; Giud. pace Roma, 6 dicembre 2021, n. 26312; Giud. pace Lagonegro, 26 novembre 2021, n. 228; Trib. Pavia, n. 1960 del 2019; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 20 marzo 2018, n. 1009. Nello stesso senso, si esprime anche l'ABF, Collegio di coordinamento decisione 11 dicembre 2019, n. 26525, reperibile in www.arbitrobancariofinanziario.it. In dottrina, *ex multis*, A. Tina, *op. cit.*, 166.

di giustizia, nonostante non fosse ancora intervenuta l'applicazione l'art. 11-*octies* della l. n. 106 del 2021.

Giova invece osservare che in precedenza l'interpretazione dell'art. 125-*sexies*, comma 1, t.u.b., secondo la giurisprudenza di merito¹² e l'ABF¹³, con alcuni *revisement* di quest'ultima anche successivi alla sentenza *Lexitor*, vedeva ricondurre il diritto alla riduzione dei costi, conseguente al rimborso anticipato, alle sole voci dipendenti dalla maturazione nel tempo (costi *recurring*).

Venivano, pertanto, escluse le voci relative alle attività finalizzate alla concessione del prestito¹⁴ integralmente esaurite prima della eventuale estinzione anticipata (c.dd. costi *up front*).

In particolare, la *ratio* di questa prassi applicativa trovava fondamento nella teoria della giustificazione causale delle attribuzioni.

Si ritenevano, conseguentemente, recuperabili per il consumatore solo i costi riferiti a prestazioni che conferissero utilità collegate con la durata del contratto.

Diversamente, erano considerati irripetibili i costi relativi a prestazioni la cui giustificazione causale avesse già trovato compimento, a prescindere dallo sviluppo temporale del finanziamento.

La Corte costituzionale con la citata sentenza n. 263 del 2022 prendeva anche atto del fatto che, partendo dalla distinzione tra costi *up front*, non ripetibili, e costi *recurring*, soggetti a riduzione, erano emerse condotte abusive sia nella qualificazione sia nella imputazione dei costi nei confronti del consumatore.

La Consulta rilevava, inoltre, che le norme secondarie¹⁵ avevano favorito l'interpretazione secondo cui i costi soggetti a riduzione sarebbero stati i soli costi *recurring* che valorizzavano correlativamente i doveri di trasparenza.

Inoltre, prendendo in esame l'oggettiva incongruità lessicale fra la versione italiana¹⁶ dell'art. 16, par. 1, della direttiva 2008/48/CE e l'art. 125-*sexies*, com-

¹² Trib. Napoli, 4 dicembre 2018, cit.

¹³ ABF, Collegio di coordinamento decisione 22 settembre 2014, n. 6167, cit.; v. anche ABF, Collegio di coordinamento decisioni 11 novembre 2016, nn. 10003; 10017 e 10035, cit.

¹⁴ Quindi indipendenti dallo sviluppo dei segmenti temporali, anche residui, del finanziamento.

¹⁵ V. Provvedimento del 9 febbraio 2011 della Banca d'Italia: nella Sezione VII (Credito ai consumatori, par. 5.2.1, lettera q, nota 3) si legge che «[n]ei contratti di credito con cessione del quinto dello stipendio o della pensione e nelle fattispecie assimilate, le modalità di calcolo della riduzione del costo totale del credito a cui il consumatore ha diritto in caso di estinzione anticipata includono l'indicazione degli oneri che maturano nel corso del rapporto e che devono quindi essere restituiti per la parte non maturata, dal finanziatore o da terzi, al consumatore, se questi li ha corrisposti anticipatamente al finanziatore». In successive Sezioni si precisa poi che le procedure interne dell'intermediario devono quantificare «in maniera chiara, dettagliata e inequivoca gli oneri che maturano nel corso del rapporto e che, in caso di estinzione anticipata, sono restituiti per la parte non maturata, dal finanziatore o da terzi, al consumatore, se questi li ha corrisposti anticipatamente al finanziatore» (Sezione VII-*bis*, «Cessione di quote dello stipendio, del salario o della pensione», e Sezione XI, «Requisiti organizzativi», paragrafo 2, comma 1, terzo alinea, nota 1).

¹⁶ Art. 16, par. 1, della direttiva 2008/48/CE: «1. Il consumatore ha il diritto di adempiere in qualsiasi momento, in tutto o in parte, agli obblighi che gli derivano dal contratto di credito. In tal caso, egli ha

ma 1, t.u.b.¹⁷, è stato rilevato dalle pronunce di merito¹⁸ e dell'ABF¹⁹, che hanno applicato l'art. 125-sexies, comma 1, t.u.b. in senso conforme all'interpretazione della sentenza *Lexitor*, che non si potesse ragionevolmente attribuire alcun significativo rilievo a questa differenza²⁰.

Sotto il profilo connesso al dovere di attenersi ai vincoli derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea la Corte costituzionale sottolineava, nella sentenza n. 263/2022, il costante orientamento della stessa Corte²¹ che ricomprende, per l'appunto, le sentenze rese dalla Corte di giustizia in sede interpretativa²².

In questa direzione la Consulta argomentava sull'incostituzionalità dell'art. 11-octies, comma 2, del d.l. n. 73 del 2021²³ in relazione alla violazione degli artt. 11 e 117, primo comma, cost., visto che le sentenze adottate in via pregiudiziale dalla Corte di giustizia (come la sentenza *Lexitor*) compongono il quadro dei parametri ermeneutici sovranazionali.

La retroattività della pronuncia della Corte europea con la sentenza *Lexitor*²⁴ veniva attestata dalla pronuncia n. 263/2022 della Corte costituzionale valorizzando il granitico orientamento sostenuto costantemente dalla stessa Consulta.

Argomentava, infatti, che attraverso il filtro degli artt. 11 e 117, comma 1, cost. le viene consentito di esercitare il vaglio di costituzionalità sul presupposto che è la stessa Corte di giustizia, nel suo ruolo di interprete qualificato del diritto dell'Unione europea, a chiarire che la «sentenza pregiudiziale ha valore non costitutivo bensì puramente dichiarativo, con la conseguenza che i suoi effetti risalgono, in linea di principio, alla data di entrata in vigore della norma interpretata»²⁵.

diritto ad una riduzione del costo totale del credito, che comprende gli interessi e i costi dovuti per la restante durata del contratto».

¹⁷ Art. 125-sexies, comma 1, t.u.b.: «1. Il consumatore può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore e, in tal caso, ha diritto alla riduzione, in misura proporzionale alla vita residua del contratto, degli interessi e di tutti i costi compresi nel costo totale del credito, escluse le imposte».

¹⁸ *Supra* nota 11.

¹⁹ ABF, Collegio di coordinamento decisione 11 dicembre 2019, n. 26525, cit.

²⁰ In dottrina, A.A. Dolmetta, *op. cit.*, 648.

²¹ Corte cost., 11 gennaio 2022, n. 54; Corte cost., 11 marzo 2022, n. 67. V. *ex multis* Corte cost., sentenze n. 227 del 2010, n. 285 del 1993, n. 389 del 1989 e n. 113 del 1985, nonché ordinanze n. 255 del 1999 e n. 132 del 1990; e ciò vale anche per le sentenze della Corte di giustizia che dichiarano l'invalidità di un atto dell'Unione; sul punto: Corte cost., sentenza n. 232 del 1989.

²² In conformità al ruolo che l'art. 19, par. 1, Tratt. UE le assegna.

²³ Come convertito nella l. n. 106 del 2021, per la modifica dell'art. 125-sexies, comma 1, t.u.b.

²⁴ *Supra* nota 10.

²⁵ «(Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 16 gennaio 2014, in causa C-429/12, Pohl, punto 30 e le sentenze ivi citate, nonché, di seguito, *ex multis*, 10 marzo 2022, in causa C-177/20, Grossmania, punto 41; 20 dicembre 2017, in causa C-516/16, Erzeugerorganisation Tiefkühlgemüse eGen (da ora: ETG), punto 88; 28 gennaio 2015, in causa C-417/13, Starjakob, punto 63)». Così, ancora una volta, Corte cost., 22 dicembre 2022, n. 263, cit., punto 11.1.

L'art. 11-*octies*, comma 2, del d.l. n. 73 del 2021, come convertito, veniva dichiarato con la predetta sentenza n. 263/2022 costituzionalmente illegittimo limitatamente alle parole «e le norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia».

L'art. 125-*sexies*, comma 1, t.u.b. resta, dunque, vigente anche per i contratti conclusi prima dell'entrata in vigore della l. n. 106 del 2021; e a seguito dell'eliminazione della citata parte della disposizione normativa può accogliere il solo contenuto normativo conforme alla sentenza *Lexitor*, rimuovendo il contrasto ai vincoli imposti dall'adesione dell'Italia all'Unione europea.

2. *Le ulteriori problematicità non considerate dalla sentenza n. 263/2022 della Corte costituzionale*

La sentenza n. 263/2022 della Corte costituzionale non ha risolto tutti i profili di compatibilità dell'art. 125-*sexies* t.u.b. con il diritto europeo.

La norma di cui al comma 2 dell'art. 125-*sexies*, t.u.b.²⁶, riformulato nel 2021, stabilisce che nei contratti di credito debba essere presente “in modo chiaro” l'evidenza dei criteri per la riduzione proporzionale degli interessi e degli altri costi nel caso in cui, ovviamente, in base al comma 1 dello stesso articolo in attuazione dell'art. 16, par. 1, della direttiva 2008/48/CE, il consumatore, nel rimborsare al finanziatore la somma concessagli a mutuo, abbia diritto conseguentemente alla restituzione di tutti i costi sostenuti per il finanziamento stesso.

In questo caso il legislatore italiano stabilisce, sempre al comma 2 dell'articolo in commento, il criterio residuale del “costo ammortizzato”, concedendo la facoltà al finanziatore e all'intermediario di indicare nel relativo contratto di credito anche il criterio della “proporzionalità lineare”.

In altre parole, con il criterio del “costo ammortizzato”²⁷, nel caso di restituzione dei costi al consumatore, il valore del credito iniziale viene valutato al

²⁶ Art. 125-*sexies*, comma 2, t.u.b.: «2. I contratti di credito indicano in modo chiaro i criteri per la riduzione proporzionale degli interessi e degli altri costi, indicando in modo analitico se trovi applicazione il criterio della proporzionalità lineare o il criterio del costo ammortizzato. Ove non sia diversamente indicato, si applica il criterio del costo ammortizzato».

²⁷ Il modello del costo ammortizzato da utilizzare per la valutazione dei crediti, dei debiti e delle immobilizzazioni rappresentate da titoli costituisce un criterio di natura extragiuridica che successivamente è stato utilizzato come criterio valutativo in alcune norme di fonte sia comunitaria sia interna. Il costo ammortizzato è definito come «il valore a cui è stata misurata al momento della rilevazione iniziale l'attività o la passività finanziaria al netto dei rimborsi di capitale, aumentato o diminuito dall'ammortamento complessivo utilizzando il criterio dell'interesse effettivo su qualsiasi differenza tra il valore iniziale e quello a scadenza, e dedotta qualsiasi riduzione (operata direttamente o attraverso l'uso di un accantonamento) a seguito di una riduzione di valore o di irrecuperabilità»: così *International Accounting Standards* (IAS 39) - *Principio contabile internazionale n. 39. Strumenti finanziari: Rilevazione e valutazione*, par. 9, reperibile in www.dsg.univr.it, 5. L'art. 2426, comma 1,

momento della rilevazione iniziale al netto dei rimborsi di capitale, aumentato o diminuito dall'ammortamento cumulato, utilizzando il criterio dell'interesse effettivo sulla differenza tra il valore iniziale e quello a scadenza, dedotta ogni riduzione di valore o per irrecuperabilità.

Il criterio della "proporzionalità lineare" invece prima della riformulazione dell'art. 125-sexies t.u.b., in assenza di una scelta espressa da parte del legislatore, è stato applicato dalla giurisprudenza di merito²⁸, valorizzando la prevalente restituzione dei soli costi c.dd. *recurring* onde l'importo da rimborsare al consumatore si ottiene dividendo la somma complessiva delle commissioni per la durata contrattuale (in mesi) e moltiplicando l'importo per la residua durata (in mesi) del contratto estinto anticipatamente.

Chiaramente questo criterio presuppone una residua durata del contratto di finanziamento (adattandosi maggiormente alla restituzione dei costi c.dd. *recurring*²⁹) piuttosto che a quella dei costi fissi (c.dd. *up front*).

n. 8 c.c., modificato *ex d.lgs.* 18 agosto 2015, n. 139 (art. 6, comma 8) di attuazione della direttiva 2013/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 relativa ai bilanci d'esercizio, introduce il criterio del costo ammortizzato per i crediti e i debiti: «8) i crediti e i debiti sono rilevati in bilancio secondo il criterio del costo ammortizzato, tenendo conto del fattore temporale e, per quanto riguarda i crediti, del valore di presumibile realizzo». Il secondo comma dello stesso articolo stabilisce che la definizione di "costo ammortizzato" deve essere corrispondente a quanto previsto dagli IAS-IFRS adottati dall'Unione europea. Peraltro la definizione del criterio del costo ammortizzato non può prescindere dalla definizione del "metodo dell'interesse effettivo", espressamente richiamato dalla definizione di costo ammortizzato dello IAS 39.9: «Il costo ammortizzato di un'attività o passività finanziaria è il valore a cui è stata valutata al momento della rilevazione iniziale l'attività o la passività finanziaria al netto dei rimborsi di capitale, aumentato o diminuito dall'ammortamento cumulato utilizzando il metodo dell'interesse effettivo su qualsiasi differenza tra il valore iniziale e quello a scadenza, e dedotta qualsiasi riduzione (operata direttamente o attraverso l'uso di un accantonamento) a seguito di una riduzione di valore o di irrecuperabilità». Lo IAS 39.9 definisce in tal modo il metodo dell'interesse effettivo: «Il criterio dell'interesse effettivo è un metodo di calcolo del costo ammortizzato di un'attività o passività finanziaria (o gruppo di attività o passività finanziarie) e di ripartizione degli interessi attivi o passivi lungo il relativo periodo». Nella direttiva 2013/34/UE non vi sono espressi riferimenti al criterio del costo ammortizzato, poiché è un criterio che rientra a pieno titolo nell'alveo del criterio del costo storico applicato alle attività e passività finanziarie. La definizione generale di costo contenuta nell'art. 2, n. 6 della direttiva supporta ed include anche quella di costo ammortizzato: «6) "prezzo di acquisto": somma del prezzo da pagare e degli eventuali costi accessori, detratte eventuali riduzioni accessorie del costo di acquisto». Ancora più segnatamente tra i principi contabili internazionali IAS/IFRS previsti dall'IFRS 9, recepiti dal regolamento (UE) 2021/2036 della commissione del 19 novembre 2021, quello del costo ammortizzato viene richiamato espressamente al par. 5.4. Con la conseguenza che l'immediata efficacia del regolamento (UE) 2021/2036 nei singoli Stati membri determina l'immediata efficacia del principio del costo ammortizzato nelle situazioni soggettive attestandosi come fonte primaria nella graduazione della gerarchia delle fonti interne.

²⁸ In mancanza di una scelta espressa del legislatore, per il calcolo della riduzione del costo totale del credito si deve applicare il criterio della proporzionalità lineare. Tale criterio presenta, infatti, il pregio di individuare l'importo della restituzione in maniera direttamente proporzionale al tempo residuo previsto per l'estinzione del finanziamento: Trib. Napoli Nord, 26 gennaio 2022, in *Banca borsa tit. cred.*, 1, 2023, II, 66, con nota di E.R. Restelli, *Il primato del diritto europeo. La sentenza Lexitor è davvero così importante?*

²⁹ I costi *recurring* ("ricorrenti") sono tutte quelle spese, diverse dai tassi di interesse, poste a carico del consumatore e legate alla durata del contratto stipulato.

Questi ultimi, *up front* (“in anticipo”), fanno parte del costo complessivo del credito e sono rappresentati da tutte le spese che il consumatore affronta all’inizio per avviare la pratica dell’apertura del finanziamento.

Sono dunque voci assolutamente sganciate dalla durata del mutuo, quali, ad esempio, le spese di istruttoria, di gestione della domanda, le commissioni bancarie e quelle eventualmente di intermediazione.

Appare, quindi, indubbia e ragionevole la scelta di fondo operata dal legislatore italiano nella commentata disposizione.

In altre parole, laddove non sia indicato analiticamente il relativo criterio alternativo da adottare (proporzionalità lineare o costo ammortizzato) nel contratto di credito, dovrà essere applicato il criterio del “costo ammortizzato”.

La norma in esame conferisce evidentemente preferenza ad un criterio utilizzabile in relazione sia ai costi *recurring* sia ai costi *up front*.

In questa direzione il richiamato disposto appare conforme al principio costituzionale di proporzionalità (soddisfacendo i valori di solidarietà, uguaglianza sostanziale, tutela del risparmio e del contraente debole *ex artt. 2, 3 e 47, cost.*) in conformità all’interpretazione resa dalla Corte di giustizia nella sentenza *Lexitor* in merito al criterio di proporzionalità sulla riduzione del costo indicato al par. 1 dell’art. 16 della direttiva europea 2008/48/CE.

D’altra parte, lo stesso criterio del costo ammortizzato appare insito nel criterio della riduzione del costo totale del credito richiamato dalla suddetta norma della direttiva 2008/48/CE, espressione dei citati principi di proporzionalità, ragionevolezza e tutela del contraente debole indicati dalla Corte europea come principi cardine dell’*aquis* comunitario.

Senza voler scomodare la migliore dottrina che consente una lettura costituzionalmente orientata delle norme in funzione della soddisfazione dei principi ordinamentali, sarà sufficiente richiamare l’art. 12, comma 2, delle preleggi che permette all’interprete di accedere all’*analogia legis* per individuare la corretta disciplina al caso di specie.

L’esito dell’interpretazione dell’art. 125-*sexies* t.u.b. non potrà che condurre l’interprete alla lettura dell’art. 16 della direttiva 2008/48/CE alla luce dei principi di proporzionalità e tutela del contraente debole irradiati per mezzo della sentenza *Lexitor* in conformità all’*aquis* comunitario.

Non è neppure sottacibile la compatibilità ermeneutica tra l’art. 125-*sexies* t.u.b. e il par. 1 dell’art. 16 della direttiva 2008/48/CE, visto che quest’ultima norma stabilisce e determina espressamente il criterio del costo ammortizzato, affermando che il consumatore «ha diritto ad una riduzione del costo totale del credito, che comprende gli interessi e i costi dovuti per la restante durata del contratto».

Apparirebbe quindi priva di alcun dubbio la circostanza che il criterio del “costo ammortizzato” configuri sicuramente un criterio “proporzionale”, come, difatti, delineato dal comma 1 dell'art. 125-sexies t.u.b.: “in misura proporzionale”.

Con l'evidente conseguenza che i contratti di credito che dovessero prevedere una riduzione utilizzando il criterio della “proporzionalità lineare”, peraltro indicato come criterio “alternativo” (ma non residuale) dallo stesso legislatore italiano al comma 2 dell'art. 125-sexies t.u.b., potrebbero potenzialmente essere stipulati in violazione sia dei principi e dei criteri indicati dalla citata direttiva sia dell'interpretazione della Corte europea sulla sentenza *Lexitor*, dal momento che il predetto criterio è compatibile con la sola restituzione dei costi *recurring* legati alla durata residua del contratto e non conforme al principio della proporzionalità.

Sulla base di tale rilievo potrebbe essere sollevata una questione di legittimità costituzionale in relazione al secondo comma dell'art. 125-sexies t.u.b. nella parte in cui il legislatore riconosce la possibile applicazione ai contratti di credito del costo ammortizzato che, come detto, non è conforme al principio di proporzionalità e ai criteri indicati dal diritto comunitario.

In questo senso, sarebbe necessario eseguire un vaglio anticipato di meritevolezza sull'autonomia privata *ex art.* 1322 c.c. dei contraenti nel caso di anticipata opzione sul criterio della proporzionalità lineare.

Infatti, quando fosse in ipotesi adottato quest'ultimo criterio si dovrebbe indicare in modo analitico *ex ante* se la scelta dello stesso possa in concreto (mediante un confronto matematico con le risultanze del calcolo estintivo mediante costo ammortizzato) violare sia i principi comunitari espressi dalla sentenza *Lexitor* sia i principi costituzionali di proporzionalità, uguaglianza sostanziale, tutela del contraente debole e tutela del risparmio *ex artt.* 2, 3, 47 cost., pena la possibile nullità del contratto.

Giova comunque osservare, in conclusione, che seppure il criterio del “costo ammortizzato” sia sicuramente la soluzione preferibile per le richieste di estinzione anticipata del finanziamento, dal momento che soddisfa astrattamente tutti i suindicati principi comunitari e costituzionali (innanzitutto il principio della proporzionalità), ciononostante dovrebbe essere applicato e reso conoscibile al consumatore in modo certo, chiaro e intellegibile *ex ante*.

Si tratta, difatti, pur sempre di una definizione presa in prestito dalle disposizioni in materia di bilancio d'esercizio, per la valutazione dei debiti, dei crediti e dei titoli immobilizzati, per le società che redigono il bilancio secondo le disposizioni del codice civile, laddove non esiste una normativa che stabilisca le modalità di tale calcolo in ambito strettamente finanziario.

In tal caso, una completa *compliance* preventiva corredata da un prospetto analitico di calcolo, resa effettivamente conoscibile *ex ante* al consumatore, potrebbe sicuramente risolvere anche questa problematica.

In altre parole, se il finanziatore non rendesse analiticamente intellegibile *ex ante* al consumatore la modalità di sviluppo del calcolo del costo ammortizzato in concreto (nonché i relativi costi di estinzione a seconda dei diversi tempi della richiesta), tale circostanza potrebbe avere riflessi non secondari sull'immeritevolezza dell'accordo negoziale e sulla eventuale conseguente nullità parziale del contratto *ex art.* 1419 c.c.

Laddove, quindi, dovesse rilevarsi in concreto una nullità relativa alla modalità di calcolo (non conforme al principio della proporzionalità) questa invalidità non andrebbe tuttavia ad estendersi a tutto il contratto di credito bensì alla sola modalità di calcolo espletata.

Quest'ultima dovrà conseguentemente essere conformata *ex art.* 1419 c.c. al criterio del costo ammortizzato, adeguandosi al principio di proporzionalità per la restituzione di tutti i costi, in maniera indipendente dalla durata del contratto, espresso dall'ordinamento comunitario.

Infatti, il potenziale riferimento al calcolo eseguito "secondo la curva degli interessi" potrebbe apparire anch'esso arbitrario e non rispettoso della norma, in quanto il consumatore dovrà *ex ante* conoscere in modo certo la proiezione del calcolo adottato con il suddetto criterio.

D'altra parte, la stessa Corte di giustizia nell'apparato motivazionale della sentenza *Lexitor* in relazione al criterio di calcolo, nel rilevare la posizione di inferiorità contrattuale del consumatore³⁰ come parte debole contrattuale, evidenzia a più riprese che dovrà essere utilizzato un criterio di proporzionale ed equa³¹ riduzione dei costi al consumatore; e che quest'ultima dovrà avere ad oggetto sia gli interessi sia i costi sostenuti dallo stesso nella complessiva riduzione del "costo totale del credito"³², imponendo agli Stati membri di garantire la protezione³³

³⁰ «[I]l consumatore si trova in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere di negoziazione che il livello di informazione»: Causa C-383/18-*Lexitor*, Sentenza della Corte (Prima Sezione), 11 settembre 2019, reperibile in www.eur-lex.europa.eu, punto 29, 7.

³¹ «Per quanto riguarda il contesto, occorre ricordare che l'articolo 8 della direttiva 87/102, che è stata abrogata e sostituita dalla direttiva 2008/48, stabiliva che il consumatore, "in conformità alle disposizioni degli Stati membri, (...) deve avere diritto a una equa riduzione del costo complessivo del credito"»: Causa C-383/18-*Lexitor*, cit., punto 27, 7.

³² «Dunque, occorre constatare che l'articolo 16, paragrafo 1, della direttiva 2008/48 ha concretizzato il diritto del consumatore ad una riduzione del costo del credito in caso di rimborso anticipato, sostituendo alla nozione generica di "equa riduzione" quella, più precisa, di "riduzione del costo totale del credito" e aggiungendo che tale riduzione deve riguardare "gli interessi e i costi"»: Causa C-383/18-*Lexitor*, cit., punto 28, 7.

³³ «Al fine di garantire tale protezione, l'articolo 22, paragrafo 3, della direttiva 2008/48 impone agli Stati membri di provvedere affinché le disposizioni da essi adottate per l'attuazione di tale direttiva non possano essere eluse attraverso particolari formulazioni dei contratti»: Causa C-383/18-*Lexitor*, cit., punto 30, 7.

verso la posizione del consumatore ai sensi dell'art. 22, par. 3, della direttiva 2008/48/CE, che impone agli Stati membri di provvedere affinché le disposizioni da essi adottate per l'attuazione di tale direttiva non possano essere eluse attraverso particolari formulazioni dei contratti.

3. *Il bilanciamento tra gli interessi del finanziatore, del consumatore e dell'intermediario a seguito dell'estinzione anticipata del contratto di credito*

Una parte della dottrina³⁴ ha rilevato che un aspetto meritevole di riflessione, che invece la Corte costituzionale avrebbe tralasciato, consisterebbe nelle perdite economiche³⁵ che gli operatori finanziari potrebbero subire a causa della restituzione proporzionale dei costi *up front* applicati ai contratti stipulati prima del 25 luglio 2021 (data dell'entrata in vigore del nuovo art. 125-sexies t.u.b.), in considerazione degli impatti economici illustrati dalle parti interessate all'udienza dell'8 novembre 2022 innanzi alla Corte cost. e stimati in circa 5 miliardi di euro.

Seguendo, invece, i principi interpretativi emessi dalla Corte europea nella sentenza *Lexitor* potrebbe apparire davvero irragionevole sostenere quest'ultima tesi dottrinarica, in merito alle potenziali perdite (circa 5 miliardi di euro) che gli operatori finanziari rischierebbero di subire a causa della restituzione proporzionale dei costi *up front*, in quanto la stessa Corte di giustizia al punto 34 della sentenza *Lexitor*³⁶ sottolinea che il fatto di includere i costi fissi nel costo della riduzione totale del credito non è idoneo a penalizzare in misura sproporzionata il concedente il credito, visto che al finanziatore è riconosciuto il diritto all'equo

³⁴ Vedi M. Romanelli, *La sentenza della Corte Costituzionale sul caso Lexitor: interrogativi e dubbi irrisolti*, reperibile in www.dirittobancario.it, 4 gennaio 2023.

³⁵ «Uno degli aspetti della Sentenza che meriterebbe più ampia riflessione è rappresentato dal preteso bilanciamento degli interessi del finanziatore e del consumatore che, ad avviso della Corte, sarebbe soddisfatto, da un lato, dal diritto del consumatore alla restituzione *pro quota* di tutti i costi che compongono il costo totale del credito e, dall'altro, dal diritto del finanziatore all'indennizzo equo ed oggettivamente giustificato, previsto sia nella precedente formulazione dell'articolo 125-sexies del TUB (commi 2 e 3) che nella nuova (commi 4 e 5). Nell'effettuare tale bilanciamento, tuttavia, la Corte Costituzionale sembra avere tralasciato di considerare le perdite economiche che gli operatori finanziari potrebbero subire a causa della restituzione proporzionale dei costi *up front* applicati ai contratti validamente stipulati prima del 25 luglio 2021, ivi inclusi i rapporti già estinti anticipatamente e non ancora prescritti. Tale approccio desta qualche perplessità, anche in considerazione del fatto che il tema era stato opportunamente affrontato innanzi alla Corte Costituzionale nell'udienza pubblica dell'8 novembre e gli impatti economici erano stati illustrati dalle parti interessate e stimati in circa 5 miliardi di euro»: M. Romanelli, *op. cit.*, 4.

³⁶ «Occorre aggiungere che il fatto di includere nella riduzione del costo totale del credito i costi che non dipendono dalla durata del contratto non è idoneo a penalizzare in maniera sproporzionata il soggetto concedente il credito. Infatti, occorre ricordare che gli interessi di quest'ultimo vengono presi in considerazione, da un lato, tramite l'articolo 16, paragrafo 2, della direttiva 2008/48, il quale prevede, a beneficio del mutante, il diritto ad un indennizzo per gli eventuali costi direttamente collegati al rimborso anticipato del credito, e, dall'altro lato, tramite l'articolo 16, paragrafo 4, della medesima direttiva, che offre agli Stati membri una possibilità supplementare di provvedere affinché l'indennizzo sia adeguato alle condizioni del credito e del mercato al fine di tutelare gli interessi del mutante»: Causa C-383/18, *cit.*, punto 34, 8.

indennizzo verso il consumatore in grado di bilanciare la perdita del valore intrinsecamente legato alla restituzione dei costi fissi del finanziamento.

Infatti, al finanziatore è riconosciuto: il diritto all'indennizzo per gli eventuali costi direttamente collegati al rimborso anticipato *ex art. 16, par. 2*, della direttiva 2008/48/CE; e l'adeguamento dello stesso indennizzo alle condizioni del credito e del mercato al fine di tutelare gli interessi del mutuante *ex art. 16, par. 4*, della medesima direttiva.

Sarebbe invece oltremodo sproporzionato eliminare la riduzione del costo fisso al consumatore, sempre seguendo la logica interpretativa della Corte di giustizia, visto che tutti i costi e la loro ripartizione sono determinati unilateralmente dalla banca e che la fatturazione di costi può includere un certo margine di profitto.

La Corte europea ha sostenuto che limitare la riduzione del costo totale del credito ai costi correlati alla durata del contratto comporterebbe il rischio per il consumatore di vedersi imporre dalla banca pagamenti più elevati e non ricorrenti al momento della conclusione del contratto di credito, agevolando una strategia tesa a ridurre i costi legati alla durata del contratto.

A tale quadro va comunque aggiunto che, sempre come rilevato dalla Corte europea, risulta sempre difficile sia per il consumatore sia per il giudice riuscire a determinare i costi "oggettivamente" correlati alla durata del contratto di credito, dato il margine di manovra di cui dispongono gli istituti di credito nella loro fatturazione e nella loro organizzazione interna.

Alcuni interpreti³⁷ sottolineano questo aspetto rilevando che il fondamento della decisione *Lexitor* si ricollega «ineludibilmente ad un sistema ordinamentale nel quale il professionista sia effettivamente libero di qualificare discrezionalmente le diverse voci di costo dell'operazione di finanziamento, calibrandone opportunisticamente l'inquadramento nella voce delle spese non dipendenti dalla durata del contratto al fine di ridurre arbitrariamente i propri obblighi restitutori in caso di rimborso anticipato da parte del cliente»³⁸.

Una parte della dottrina sosteneva, peraltro, che la Consulta applicando il principio della certezza del diritto avrebbe sacrificato il legittimo affidamento riposto dagli operatori di mercato nello *ius positum*³⁹; e che la Corte di giustizia «avrebbe potuto considerare la limitazione temporale degli effetti della senten-

³⁷ Vedi F. Gigliotti, *Rimborso anticipato del finanziamento e riduzione dei costi del credito. variazioni ermeneutiche sull'art. 125-sexies t.u.b. (tra sentenza "Lexitor" e decreto sostegni bis)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2022, 2, 198.

³⁸ A. Zoppini, *op. cit.*, 11.

³⁹ M. Romanelli, *op. cit.*, 3: «Ritenendo che il principio della certezza del diritto debba cedere dinanzi alla necessità di adeguare l'ordinamento interno ai precetti (innovativi) stabiliti dalla Corte di Giustizia – principio che talvolta la Corte costituzionale ha utilizzato per delimitare le conseguenze derivanti dall'incostituzionalità della norma ad essa sottoposta – ha sacrificato completamente il legittimo affidamento riposto dagli operatori finanziari nello *ius positum*. Non si comprende se la Corte, nell'operare tale scelta, abbia tenuto in considerazione, tra l'altro, la nuova proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al credito al consumo, a mezzo della quale il legislatore europeo ha avvertito la necessità di precisare all'art. 29 che "nel

za *Lexitor* basandosi sul principio della certezza del diritto in virtù di una norma europea non chiara»⁴⁰.

Altra parte invocava un intervento chiarificatore⁴¹ del legislatore italiano sempre a tutela del principio del legittimo affidamento e della certezza del diritto, evidenziando che gli impatti economici derivanti dalla eventuale retroattività della sentenza *Lexitor* siano enormi (potendosi arrivare fino a 15 milioni di contratti estinti anticipatamente) con l'effetto che i potenziali indennizzi (stimati in 5 miliardi di euro) potrebbero compromettere la stabilità di alcuni operatori del settore⁴².

Invero, la Corte costituzionale ha correttamente affermato che la sentenza pregiudiziale della Corte di giustizia, avente natura dichiarativa, esplica ontologicamente i propri effetti in misura retroattiva sino alla data di entrata in vigore della norma impugnata con l'ulteriore funzione di attuare il principio della certezza del diritto⁴³ e di applicazione uniforme del diritto dell'Unione europea⁴⁴,

calcolare tale riduzione vengono presi in considerazione tutti i costi che il creditore pone a carico del consumatore», citando tra i considerando (considerando 62) del nuovo testo normativo la stessa sentenza *Lexitor*».

⁴⁰ «Peraltro, la stessa Corte di Giustizia avrebbe potuto considerare la limitazione temporale degli effetti della sentenza *Lexitor*, basandosi sul principio della certezza del diritto e dei rapporti instaurati dagli Stati membri in virtù di una norma europea non chiara»: M. Romanelli, *op. cit.*, 4.

⁴¹ F. Masera, *L'applicabilità della "Sentenza Lexitor" al contesto italiano*, reperibile in www.febub.it, 2020: «In sintesi, si rende oltremodo opportuno un intervento legislativo chiarificatore diretto da un lato a precisare le voci oggetto del rimborso (ad esempio escludendo le imposte e gli importi corrisposti a soggetti diversi dal finanziatore e indipendenti dalla durata del contratto) e dall'altro ad eliminare o contenere gli effetti retroattivi. Occorre infatti tenere conto della trasparenza delle condizioni contrattuali sottoscritte e dell'adeguata informazione resa al momento della sottoscrizione dei contratti al consumatore per consentire a consumatori e operatori finanziari di operare in un "playing field" livellato, fatto di chiarezza e di eliminazione dei contenziosi che tanto nuociono alla efficacia del sistema finanziario. Vorrei aggiungere che, essendo i principi della tutela del legittimo affidamento e della certezza del diritto principi generali del diritto europeo, ed essendo la sentenza *Lexitor* obiettivamente imprevedibile per i legislatori nazionali che sono stati chiamati a recepire la direttiva del 2008, un intervento legislativo come quello indicato non dovrebbe esporre lo Stato italiano al rischio di alcuna procedura di infrazione».

⁴² «4. Gli impatti economici derivanti dalla eventuale retroattività di *Lexitor* sono di una portata talmente rilevante, oltre 5 Mld di potenziali [indennizzi ...] da compromettere la stabilità ("going concern") di alcuni operatori del settore. Tra l'altro questo effetto *shock* si manifesterebbe nel corso degli esercizi 2020 e 2021 proprio in una fase dove l'*equity* del sistema bancario dovrebbe essere destinato alla stabilità del sistema stesso. 5. I 5 Mld di indennizzi, da parte delle Banche, si tradurranno certamente in un minor gettito fiscale netto stimabile in oltre 1,5 Mld di euro per gli esercizi 2020/2021. Questo aspetto può avere un impatto significativo sulla prossima legge di bilancio. 6. Occorre infine sottolineare, che gli effetti della retroattività degli indennizzi innescheranno una spirale di dilatazione degli interessi per il credito al consumo (per compensare almeno parzialmente le perdite subite a danno dei "futuri consumatori", creando una "asimmetria dei beneficiari")»: F. Masera, *op. cit.*

⁴³ V. Corte cost., sentenza n. 263/2022, cit., punto 11.1: «[...] "[s]olo in via del tutto eccezionale la Corte, applicando il principio generale della certezza del diritto intrinseco all'ordinamento giuridico dell'Unione, può essere indotta a limitare la possibilità per gli interessati di far valere una disposizione da essa interpretata onde rimettere in discussione rapporti giuridici costituiti in buona fede" (Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenze 20 dicembre 2017, in causa C-516/16, ETG, punto 89; 27 febbraio 2014, in causa C-82/12, Transportes Jordi Besora SL, punto 41; 12 ottobre 2000, in causa C-372/98, The Queen, punto 42; nello stesso senso sentenze 17 dicembre 2015, in causa C-25/14, Union des syndicats de l'immobilier (UNIS), punto 50; 8 aprile 1976, in causa 43/75, Defrenne, punti 71-75)».

⁴⁴ «[...] "spetta solo alla Corte, alla luce dell'esigenza fondamentale dell'applicazione uniforme e generale del diritto dell'Unione, decidere sulle limitazioni nel tempo da apportare all'interpretazione che essa fornisce" (Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 21 dicembre 2016, in cause riunite C154/15, C307/15

estendendolo alle situazioni soggettive (senza disparità di trattamento tra le stesse situazioni giuridiche relative alla data di sottoscrizione dei relativi contratti) sottese ai rapporti giuridici in considerazione della non applicabilità diretta della direttiva 2008/48/CE.

Infatti, è la stessa Corte di giustizia, nel suo ruolo di interprete qualificato del diritto dell'Unione europea, a chiarire che la sentenza pregiudiziale ha valore dichiarativo i cui effetti risalgono alla data di entrata in vigore della norma interpretata⁴⁵.

Poiché la Corte di giustizia ritiene di non poter limitare *a posteriori* l'efficacia temporale di una propria pregressa interpretazione, non è consentita, sempre secondo la Consulta, una modulazione temporale dei suoi effetti da parte dei singoli Stati membri, tanto più in presenza di una direttiva che dà luogo, salvo espresse deroghe, ad una armonizzazione piena.

Nel generale contesto interpretativo offerto dalla sentenza *Lexitor* appaiono sostanzialmente irragionevoli le contestazioni di una parte della dottrina indirizzate verso la sua vigenza retroattiva.

L'opinione della dottrina⁴⁶ largamente maggioritaria opta, difatti, per una interpretazione della sentenza *Lexitor* conforme all'ordinamento italiano.

Correttamente osservando le statuizioni della Corte di giustizia europea e della Corte costituzionale può, al contrario, rilevarsi come l'interpretazione della direttiva europea 2008/48/CE data dalla pronuncia pregiudiziale e dichiarativa *Lexitor* (con effetto retroattivo) sia confluita nella corretta pronuncia della Corte cost. n. 263/2022.

Tale pronuncia, in conformità del principio della certezza del diritto, invece, ha stabilizzato l'affidamento degli operatori del settore e dei consumatori sia nella citata direttiva (di non diretta applicazione) sia nel novellato art. 125-*sexies*

e C308/15, Gutiérrez Naranjo e altri, punto 70; nello stesso senso, sentenze 6 marzo 2007, in causa C-292/04, Meilicke e altri, punto 37; 28 settembre 1994, in causa C-57/93, Vroege, punto 31; 2 febbraio 1988, in causa 309/85, Barra e altri, punto 13; 27 marzo 1980, in causa 61/79, Amministrazione delle finanze dello Stato, punto 18). E la Corte di giustizia può farlo esclusivamente "nella sentenza stessa che statuisce sull'interpretazione richiesta", a garanzia della "parità di trattamento degli Stati membri e degli altri soggetti dell'ordinamento nei confronti di tale diritto", nonché nel rispetto degli "obblighi derivanti dal principio della certezza del diritto" (Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 6 marzo 2007, in causa C-292/04, Meilicke e altri, punto 37): Corte cost., sentenza n. 263/2022, cit., punto 11.1.

⁴⁵ *Supra* nota 25.

⁴⁶ V., *ex multis*, R. Cosio, *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, in *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clause generali*, G. Bronzini e R. Cosio (a cura di), Milano, 2017, 41 ss.; Aa.Vv., *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Atti del Convegno inaugurale del Dottorato di ricerca "Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali" del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara Rovigo, 15-16 maggio 2014, A. Bernardi (a cura di), Napoli, 2015; C. Acocella, *Interpretazione conforme al diritto comunitario ed efficienza economica: il principio di concorrenza*, in *Interpretazione conforme e tecniche argomentative. Atti del Convegno di Milano svoltosi il 6-7 giugno 2008*, M. D'Amico e B. Randazzo (a cura di), Torino, 2009, 96 ss.; A. Celotto e F. Donati, *Interpretazione conforme al diritto comunitario ed efficienza economica*, *ivi*, 478 ss.; M. Ruvolo, *Interpretazione conforme e situazioni giuridiche soggettive*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, 4, 1407 ss.

t.u.b., garantendo uniformità di trattamento a tutte le situazioni giuridiche (non prescritte) sottese alle predette disposizioni.

Analizzando, invece, il comma 3 dell'art. 125-sexies t.u.b., che non è stato oggetto della pronuncia della Consulta, si potrebbe evidenziare un profilo problematico, di dubbia legittimità costituzionale, inerente allo squilibrio delle posizioni negoziali a sfavore dell'intermediario del credito.

Infatti, la citata norma stabilisce che «il finanziatore ha diritto di regresso nei confronti dell'intermediario del credito per la quota dell'importo rimborsato al consumatore relativa al compenso per l'attività di intermediazione del credito».

Questa disposizione potrebbe apparire come una norma punitiva in contrasto con gli artt. 2, 3, 41 e 47 cost. nei confronti degli intermediari.

Questi ultimi, pur avendo potere di impulso (eteroindotto) contrattuale essendo parte del contratto collegato di finanziamento, a seguito della citata disposizione sarebbero obbligati a subire solo passivamente, senza poter esercitare alcuna azione rimediabile di bilanciamento della propria posizione, sia l'azione di regresso del finanziatore sia gli effetti patrimoniali delle vicende estintive del finanziamento generate dalla richiesta del consumatore relativa alla definizione anticipata dei rapporti dinamico-patrimoniali consumatore-finanziatore.

Infatti, se da un lato la norma dell'art. 125-sexies t.u.b. tutela il valore costituzionale della tutela e dell'accesso al risparmio del consumatore (*ex* art. 47 cost.), attraverso il diritto da esercitare nei confronti del finanziatore alla riduzione di tutte le spese a seguito dell'estinzione anticipata del finanziamento, la stessa disposizione tuttavia non prevede alcun adeguato bilanciamento degli interessi patrimoniali dell'intermediario a seguito dell'azione di regresso di cui è titolare il finanziatore, come prevista al comma 3 dello stesso articolo, a seguito dell'estinzione anticipata del contratto di credito.

La mancata previsione nell'art. 125-sexies t.u.b. di azioni rimediali a favore dell'intermediario volte a controbilanciare gli interessi patrimoniali della propria posizione negoziale, a seguito dell'estinzione anticipata del contratto da parte del consumatore e della conseguente azione di regresso del finanziatore, evidenzerebbe una potenziale violazione degli artt. 2, 3, e 41 cost. a danno degli stessi intermediari del contratto di credito.

Per questa ragione l'assetto di interessi del contratto trilatero potrebbe vedersi sbilanciato in violazione dei valori dell'uguaglianza sostanziale, dell'iniziativa economica privata a tutela della posizione negoziale dell'intermediario.

Quest'ultimo potrebbe, infatti, vedersi aggredito dal finanziatore per mezzo dell'azione di regresso esercitabile *ex* art. 125-sexies, comma 3, t.u.b. per la quota dell'importo rimborsato al consumatore e relativa al compenso per l'attività di intermediazione del credito.

Inoltre il finanziatore, ai sensi dell'art. 125-*sexies*, comma 4, t.u.b., in caso di rimborso anticipato ha comunque diritto, nei confronti del consumatore (come evidente anche dalla lettura dei par. 2, 3 e 4 dell'art. 16 della direttiva 2008/48/CE), ad un indennizzo equo e oggettivamente giustificato per eventuali costi direttamente collegati al rimborso anticipato del credito.

Infatti, l'art. 16, par. 2, della direttiva 2008/48/CE stabilisce che l'indennizzo cui ha diritto il creditore deve essere «equo e oggettivamente giustificato per eventuali costi direttamente collegati al rimborso anticipato del credito, sempre che il rimborso anticipato abbia luogo in un periodo per il quale il tasso debitore è fisso».

Pertanto, l'equo indennizzo cui ha diritto il finanziatore verso il consumatore nel caso di rimborso anticipato del finanziamento dovrà: essere oggettivamente giustificato e riscontrabile; avere ad oggetto i costi direttamente collegati al rimborso anticipato; e riguardare i costi legati al rimborso anticipato solo quando il tasso debitore è fisso.

Secondo l'art. 125-*sexies*, comma 4, t.u.b. tale indennizzo non può superare l'1 per cento dell'importo rimborsato in anticipo, se la vita residua del contratto è superiore ad un anno, ovvero lo 0,5 per cento del medesimo importo, se la vita residua del contratto è pari o inferiore ad un anno.

In ogni caso, l'indennizzo non può superare l'importo degli interessi che il consumatore avrebbe pagato per la vita residua del contratto.

Ciò posto, in considerazione sia dell'azione di regresso esercitabile da parte del finanziatore verso l'intermediario, ai sensi dell'art. 125-*sexies*, comma 3, t.u.b., avente ad oggetto la quota dell'importo rimborsato al consumatore relativa al compenso per l'attività di intermediazione del credito, sia del diritto all'equo indennizzo, per eventuali costi direttamente collegati al rimborso anticipato del credito, a favore dello stesso mutuante verso il consumatore *ex art.* 125-*sexies*, comma 4, t.u.b., sarebbe ragionevole ancorare in misura proporzionale (nonché analiticamente prevista *ex ante*) la quantificazione dei suddetti costi "collegati" ai meri "costi fissi" della pratica di rimborso anticipato del credito da parte del consumatore. Dal momento che diversamente si potrebbe creare uno squilibrio significativo dell'assetto di interessi patrimoniale a sfavore del consumatore, quale parte debole negoziale, in assoluta violazione dei principi interpretativi espressi con la sentenza *Lexitor*⁴⁷ dalla Corte di giustizia.

⁴⁷ «Quanto all'obiettivo della direttiva 2008/48, una consolidata giurisprudenza della Corte ha riconosciuto che questa mira a garantire un'elevata protezione del consumatore (v., in tal senso, sentenza del 6 giugno 2019, Schyns, C-58/18, EU:C:2019:467, punto 28 e la giurisprudenza ivi citata). Questo sistema di protezione è fondato sull'idea secondo cui il consumatore si trova in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere di negoziazione che il livello di informazione (v., in tal senso, sentenza

Nel caso in cui l'equo indennizzo dovesse superare il valore della restituzione di tutti i costi sostenuti dal consumatore si potrebbe, difatti, violare surrettiziamente la disposizione dell'art. 16, par. 1, della direttiva 2008/48/CE, in relazione alla differenza del valore tra i costi fissi cui quest'ultimo ha diritto in base al rimborso del finanziamento e quello relativo all'indennizzo cui avrà diversamente diritto il finanziatore.

Senza sottacere il fatto che il creditore potrà comunque chiedere, con l'azione di regresso (*ex art. 125-sexies*, comma 3, t.u.b.), anche verso l'intermediario la quota dell'importo rimborsato al consumatore relativa al compenso per l'attività di intermediazione del credito.

La possibilità di esercizio dell'ulteriore azione di regresso contro l'intermediario *ex art. 125-sexies*, comma 3, t.u.b. per il finanziatore potrebbe quindi evidenziare, contrariamente alle diverse posizioni espresse dalla citata dottrina⁴⁸, in mancanza sia di un'azione rimediale a favore dell'intermediario sia della violazione surrettizia del valore dei costi fissi sostenuti dal finanziatore ai fini dell'equo indennizzo, una reale disparità di trattamento a svantaggio dell'intermediario e del consumatore.

Per i motivi esposti, laddove si verificassero in concreto tali circostanze, il bilanciamento delle posizioni negoziali delle parti deboli (consumatore e intermediario) non potrebbe dunque concretizzarsi neppure in astratto, vista la mancata previsione nell'art. 125-sexies t.u.b. delle potenziali rispettive azioni rimaliali volte al ragionevole (e proporzionale) ripristino dell'equilibrio patrimoniale delle stesse parti a seguito della conclusione anticipata del contratto di credito.

Sarebbe pertanto opportuno e ragionevole emendare l'art. 125-sexies t.u.b. con l'espressa previsione che i contratti di credito, in caso di estinzione anticipata, dovranno esattamente indicare la quota di spettanza del compenso per l'attività di intermediazione tra finanziatore e intermediario senza eccessivo pregiudizio di quest'ultimo in caso di azione di regresso, facendo salva un'apposita azione e/o eccezione a favore dell'intermediario in caso di eccessiva onerosità sopravvenuta.

Inoltre, si dovrebbero indicare nello stesso art. 125-sexies t.u.b. espressamente azioni a favore del consumatore volte a richiedere il risarcimento del danno (interesse positivo) nel caso in cui venga rilevata una modalità di calcolo lesiva in concreto e/o difforme dal criterio del costo ammortizzato, con una previsione di automatica conformazione *ex lege* della rilevata nullità parziale *ex art. 1419 c.c.* al principio della proporzionalità e ai criteri del diritto comunitario.

del 21 aprile 2016, Radlinger e Radlingerová, C-377/14, EU:C:2016:283, punto 63)»: così Causa C-383/18, cit., punto 29, 7.

⁴⁸ Vedi F. Masera, *op. cit.*; nonché M. Romanelli, *op. cit.*

Questioni interpretative in ordine all'art. 125-sexies t.u.b.

Con il presente lavoro si intende ripercorrere l'evoluzione normativa dell'art. 125-*sexies* t.u.b. alla luce della sentenza *Lexitor* e della sentenza n. 263/2022 della Corte costituzionale. In particolare si evidenzia la compatibilità del criterio della "proporzionalità lineare" previsto dal predetto articolo con i principi comunitari, viste le sue intervenute applicazioni da parte della giurisprudenza di merito prima della modifica della stessa disposizione. Inoltre si ipotizza un taglio anticipato di meritevolezza sull'autonomia privata ex art. 1322 c.c. dei contraenti ai fini della effettiva realizzazione dei principi costituzionali di proporzionalità, uguaglianza sostanziale, tutela del contraente debole e tutela del risparmio ex artt. 2, 3, e 47 cost. Da ultimo si analizzano tutte le posizioni soggettive sottese al novellato art. 125-*sexies* t.u.b. attraverso il bilanciamento tra gli interessi del finanziatore, del consumatore e dell'intermediario a seguito dell'estinzione anticipata del contratto di credito, ponendo all'interprete l'interrogativo: il terzo comma dell'articolo in oggetto può costituire una norma punitiva nei confronti dell'intermediario in possibile contrasto con gli artt. 2, 3, 41 e 47 cost.?

Interpretative issues regarding Article 125-sexies t.u.b.

Through this paper we would like to investigate the legal and regulatory evolution of Article 125-*sexies*, t.u.b., taking into consideration the *Lexitor* ruling and the Constitutional Court ruling No. 263/2022. In particular, we intend to highlight the matching of the principle of "straight proportionality" set forth by said article with EU principles, given its application by the case law before the amendment of the latter itself. In addition, it should be carried out an anticipated assessment of deservingness on the private autonomy of parties provided by Article 1322 of the Italian Civil Code for the purpose of the effective enforcement of constitutional principles of proportionality, substantive equality, protection of the weaker party and protection of savings under Articles 2, 3, and 47 of the Italian Constitution. Lastly, we would like to analyze all the subjective positions underlying the amended Art. 125-*sexies* t.u.b. through the balancing of interests of the lender, the consumer and the intermediary following the early extinction of the financing agreement, leaving the interpreter with the following question: is the third paragraph of the article under exam a punitive rule against the intermediary in possible conflict with Articles 2, 3, 41 and 47 of the Italian Constitution?

La forma come garanzia di sostanza “umana”: l’impatto dell’automazione procedimentale sull’art. 21-*octies*, co. 2, della legge n. 241 del 1990

Daniele Diaco

SOMMARIO: 1. L’importanza sistematica dell’art. 21-*octies*, co. 2, della legge sul procedimento. – 2. Sulla natura dell’art. 21-*octies*, co. 2. – 3. *Segue*: le correlate incidenze sul piano probatorio. – 4. Forma e procedimento come garanzia del corretto esercizio della funzione amministrativa. – 5. La portata applicativa dell’art. 21-*octies*, co. 2, nel procedimento automatizzato. – 6. I principi di legalità algoritmica alla prova della dequotazione. – 6.1. La teoria del rafforzamento della legalità procedimentale. – 6.2. La barriera euro-unitaria. – 6.3. Un cambio di prospettiva: la valenza sostanziale e non formale dei principi di legalità algoritmica. – 7. Il peculiare caso del vizio di motivazione. – 8. L’omessa comunicazione di avvio del procedimento automatizzato. – 9. Conclusioni.

1. *L’importanza sistematica dell’art. 21-*octies*, co. 2, della legge sul procedimento*

Tra le disposizioni più dirompenti della l. 241/90, non vi è dubbio che un posto di rilievo spetta all’art. 21-*octies*, co. 2¹.

¹ Il comma è stato introdotto dall’art. 14, co. 1, della legge 11 febbraio 2015, n. 15, recependo precedenti e consolidati indirizzi giurisprudenziali (cfr., *ex plurimis*, Cons. St., Sez. V, 22 maggio 2001, n. 2823, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 1245): «[n]on è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell’avvio del procedimento qualora l’amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. La disposizione di cui al secondo periodo non si applica al provvedimento adottato in violazione dell’articolo 10-*bis*». La previsione trae origine dal diritto tedesco, in particolare dal par. 46 *VwVfG*, che, però, diversamente dal modello italiano, sembrerebbe andare oltre l’art. 21-*octies*, co. 2, e ricomprendere nel suo alveo anche le decisioni discrezionali, non già solo quelle vincolate: sul punto, E. Schmidt Aßmann, *L’illegittimità degli atti amministrativi per vizi di forma del procedimento e la tutela del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2011, 3, 471 ss.

Le conseguenze che il suo ingresso ha comportato sul piano della teoria generale del diritto amministrativo sono notevoli e ampiamente dibattute².

In primo luogo, l'art. 21-*octies*, co. 2, ha sancito l'abdicazione dell'antico "dogma" secondo cui la violazione di tutte le disposizioni, sostanziali e procedurali, del diritto amministrativo comportava automaticamente l'annullabilità del provvedimento³.

Strettamente connesse sono, poi, le ripercussioni sulla stessa ontologia del processo amministrativo, realizzando, quantomeno per gli atti vincolati, il sugello ultimo al passaggio da una giurisdizione sull'atto a una giurisdizione sul rapporto. Per poter esaminare l'incidenza del vizio formale o procedurale sul contenuto del provvedimento, infatti, il giudice deve compiere una valutazione di carattere sostanziale in ordine alla fondatezza della pretesa (entrando, perciò, nel merito del rapporto amministrativo): laddove riscontri che, palesemente, il contenuto dispositivo del provvedimento privo di vizi non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato, egli non procede all'annullamento della decisione amministrativa per i vizi sollevati⁴.

Infine, la norma abbatte la perfetta simmetria tra illegittimità e invalidità del provvedimento amministrativo, configurando ipotesi in cui lo scostamen-

² Non considera, invece, la norma rivoluzionaria B.G. Mattarella, *La nuova legge sul provvedimento amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 5, 480, perché, già prima dell'introduzione dell'articolo in questione, la giurisprudenza aveva elaborato diversi metodi per eludere l'annullamento di provvedimenti contrassegnati da vizi influenti nella sostanza.

³ Sull'imperatività di tutte le norme di diritto pubblico, cfr. Cons. St., Sez. VI, 14 luglio 1999, n. 948, in *Cons. St.*, 1999, I, 1179, per il quale sono «di regola imperative» tutte le norme di diritto pubblico, in particolare quelle concernenti «lo svolgimento procedimentalizzato dei poteri pubblici». Per una riflessione sul problema dell'eccessiva pervasività della normazione amministrativa e la conseguente dilatazione dell'area dell'invalidità degli atti amministrativi, v. V. Cerulli Irelli, *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 1, 187 ss.

⁴ Il che pone – come si approfondirà *infra* – il problema circa la condizione giuridica dell'atto connotato dai vizi formali e procedurali e la qualificazione delle conseguenze discendenti dalla violazione delle relative norme: in particolare, si destreggiano le opposte tesi di chi ritiene che si tratti di vizi minimali, che non inficiano aspetti di legalità sostanziale (cfr. A. Romano Tassone, *Vizi formali e vizi procedurali*, in *GiustAmm.it*, 2006, 6) e chi sostiene sia opportuno distinguere la «non annullabilità» dell'atto dalla relativa validità sostanziale, configurando l'art. 21-*octies*, co. 2, come ipotesi di «invalidità non pronunciata» (L. Ferrara, *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: verso il tramonto del processo di legittimità?*, in *Dir. amm.*, 2006, 3, 605 ss.); in quest'ultimo caso, rievocando la distinzione di stampo privatistico tra regole di validità e regole di condotta, i vizi non invalidanti potrebbero determinare, in ogni caso, una qualche forma di responsabilità in capo all'autore: cfr. L. Ferrara, *La partecipazione tra "illegittimità" e "illegalità". Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008, 1, 105 ss.; D. Sorace, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 2, 394; D. Corletto, *Vizi "formali" e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 2, 72. Sulla sussistenza di un potere in capo al giudice di condannare la pubblica amministrazione al risarcimento del danno, senza esercitare i poteri di annullamento, v. G. Greco, *Ampliamento dei poteri cognitori e decisori del giudice amministrativo nella legge 241/1990 e successive modifiche*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Riforma della l. n. 241 del 1990 e processo amministrativo* (supplemento a *Foro amm. T.A.R.*, n. 6/2005), Milano, 2006, 75.

to dalla disciplina procedimentale non provoca automaticamente (secondo una valutazione *ex ante*) l’annullamento del provvedimento stesso⁵.

2. Sulla natura dell’art. 21-octies, co. 2

Effettuate queste brevi riflessioni sulla tenuta della disposizione all’interno del sistema di diritto amministrativo, in questa sede si porrà l’attenzione in merito alle conseguenze teoriche e applicative derivanti dall’introduzione dei moderni strumenti di automazione nel procedimento amministrativo sulla sua natura e sulla sua portata. In particolare, si tenterà di capire se la dequotazione dei vizi formali e procedimentali possa riguardare anche i provvedimenti amministrativi automatizzati e, in caso affermativo, in che termini.

Spostando la lente d’ingrandimento sulla natura dell’art. 21-octies, co. 2, è noto l’annoso dibattito in dottrina e giurisprudenza.

Senza pretesa di esaustività, un primo orientamento ritiene che i vizi formali declinati dall’art. 21-octies, co. 2, rientrerebbero nella categoria delle “irregolarità” degli atti amministrativi, ossia quelle difformità attinenti ad aspetti estrinseci dell’atto e che non intaccano il corretto esercizio della funzione⁶.

Altra tesi, ricalcando il modello processualcivilistico della nullità degli atti processuali, sostiene che la previsione introduca nel sistema amministrativo una norma analoga a quella contenuta nell’art. 156, co. 3, c.p.c., il quale esclude la

⁵ La dottrina, un tempo, infatti, individuava il principio dell’eguale rilevanza dei vizi, sicché qualunque ipotesi di legittimità non avrebbe potuto che comportare l’annullamento del provvedimento: cfr. F. Guarino, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, 237 ss. L’attuale giurisprudenza, piuttosto, incardina sul giudice il dovere di vagliare il contenuto sostanziale del provvedimento «alla luce del caso concreto», non annullandolo aprioristicamente per ragioni meramente formali (v., *ex plurimis*, Cons. St., Sez. III, 13 luglio 2017, n. 2935, in www.giustizia-amministrativa.it). Il nodo da sciogliere è, poi, se, «sancendo la non annullabilità del provvedimento, la legge abbia inteso escludere la possibilità che esso (comunque illegittimo) ed i suoi effetti vengano eliminati dal giudice amministrativo, ovvero si sia spinta a concludere nel senso che l’atto non sarebbe più qualificabile, sul piano sostanziale, come annullabile» (F. Fracchia, M. Occhiena, *Teoria dell’invalidità dell’atto amministrativo e art. 21-octies, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in *GiustAmm.it*, 2005, 4): è il tema della natura della norma, su cui *infra*, spec. 18 ss.

⁶ Cfr. A. Romano Tassone, *Contributo sul tema della irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993; D.U. Galetta, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003, 159 ss.; F. Luciani, *Il vizio formale*, cit.; P.M. Vipiana, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003. La principale critica che può rivolgersi – ed è stata rivolta – alla tesi dell’irregolarità concerne la rilevanza della norma violata: svilendo il vizio a mera irregolarità, non è difficile comprendere come la non incidenza dello stesso sull’atto amministrativo derivi già in astratto dall’attività di interpretazione e ricostruzione della *ratio* dispositiva, non essendo, invece, necessaria, come al contrario richiesto dall’art. 21-octies, co. 2, una verifica *ex post* da parte del giudice.

pronuncia di nullità dell'atto processuale laddove quest'ultimo abbia comunque raggiunto il suo scopo⁷.

Infine, le due principali teorie sull'argomento, alle quali occorrerà dedicare qualche riflessione in più, sono, senza subbio, la tesi processualistica e quella sostanzialistica.

Secondo la prima, «la circostanza che il contenuto [del provvedimento amministrativo] non possa essere diverso priva il ricorrente dell'interesse a coltivare un giudizio, da cui non potrebbe ricavare alcuna utilità»⁸.

Si tratta della tesi maggiormente seguita dalla giurisprudenza⁹, ma non per questo esente da obiezioni, poiché il giudice amministrativo, seguendo tale impostazione, nega la tutela al cittadino sulla base non già di circostanze obiettive, ma di una prognosi circa la possibile determinazione successiva della pubblica amministrazione¹⁰. Da qui il timore che l'impostazione seguita produca un'immotivata lesione del diritto alla tutela giurisdizionale di cui agli artt. 24 e 113 Cost¹¹.

Orbene, la solidità di quest'orientamento viene ancor di più ad erodersi nel momento in cui si ha a che fare con vizi di un provvedimento automatizzato. Va, infatti, precisato che la prognosi svolta dal giudice-essere umano non può certo riguardare il "comportamento" della macchina, non essendo di sua assoluta comprensione, quanto piuttosto quello della pubblica amministrazione nella sua

⁷ Cfr. Cons. St., Sez. VI, 2 marzo 2017, n. 990, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui: «[I]a norma di sanatoria dell'art. 21 *octies* (annullabilità del provvedimento) L. n. 241/1990 ha carattere processuale ed è espressione di un principio generale dell'ordinamento, codificato anche dall'art. 156 c.p.c., per cui il raggiungimento dello scopo sana i vizi formali di un atto. Per tal ragione, essa è applicabile come parametro di legittimità anche ai procedimenti svoltisi prima della sua formale introduzione»; negli stessi termini, Cons. St., Sez. VI, 28 gennaio 2016, n. 283, *ibidem*. Si constata, però, che il portato dell'art. 21-*octies*, co. 2, va ben al di là rispetto a quello dell'art. 156, co. 3, c.p.c.: non si tratta, infatti, di verificare che la norma violata con riferimento a un certo atto abbia comunque raggiunto il suo scopo, quanto, piuttosto, che, nonostante la sua violazione, il contenuto dell'atto non avrebbe potuto essere diverso da quello concretamente adottato.

⁸ Cons. St., Sez. VI, 16 maggio 2006, n. 2763, in *Urb. e app.*, 2006, 7, 861.

⁹ *Ex multis*, Cons. St., Sez. III, 24 novembre 2022, n. 10353, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹⁰ Così F. Follieri, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, 2016, 405: «bisogna immaginare un ipotetico corso della realtà che differisce da quello effettivo solo per il fatto che l'amministrazione ha tenuto il comportamento imposto dalla norma formale o procedimentale violata e per ciò che ne consegue»; allo stesso modo, E. Follieri, *L'annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2005, 6, 625 ss.; F. Volpe, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 2, 327 ss.

¹¹ Si veda G. Farina, *L'art. 21-octies della nuova legge 241/1990: la codificazione della mera irregolarità del provvedimento amministrativo*, in *www.lexitalia.it*, 2005, 9. I dubbi di incostituzionalità vengono superati dalla dottrina tradizionale sulla base di due argomenti: da un lato, insistendo sulla mancanza di un interesse del privato meritevole di tutela o, comunque, sull'impossibilità, pur sussistendo, di soddisfarlo mediante una sentenza di annullamento, che comunque non garantirebbe la spettanza del bene finale (L. Ferrara, *I riflessi sulla tutela giurisdizionale*, cit., *passim*, spec. 604); dall'altro, sviluppando un'interpretazione degli artt. 24 e 113 Cost. coerente con il principio di ragionevolezza, si da ritenere legittima l'esclusione dell'annullamento laddove i vizi riscontrati appaiano irrilevanti rispetto al contenuto dispositivo del provvedimento (G. Morbidelli, *Invaldità e irregolarità*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, 99).

umana composizione¹². In sostanza, secondo la ricostruzione che qui si sta discutendo, riscontrato l'errore formale o procedurale, il giudice dovrebbe chiedersi cosa l'amministrazione umana (e non già la macchina) avrebbe fatto in assenza di quel vizio. Non potendo, infatti, prevedere le azioni degli attuali strumenti di automazione, specie se di *machine-learning* o di *deep-learning*, al giudice non rimarrebbe altro che operare un salto mentale, in cui tornerebbe ad essere protagonista la pubblica amministrazione umana: una previsione, insomma, ancor meno certa di quanto già non lo sia utilizzando *ab initio* il metodo tradizionale, perché riguarderebbe la probabile azione di un apparato “fisico” in risposta a irregolarità dell'apparato “digitale”.

Si può, allora, escludere con assoluta sicurezza che manchi l'interesse a ricorrere? Piuttosto, si ritiene opportuno riconsiderare la natura giuridica della norma, approdando alla c.d. tesi sostanzialistica¹³, sulla base della quale il comma 2 della disposizione in esame contribuirebbe a specificare il significato della formula “violazione di legge”, presente nel comma 1, determinando un'ipotesi di giustizia della decisione pur in presenza di un provvedimento illegittimo¹⁴.

La dottrina ha, al riguardo, enunciato l'insorgere di una nuova categoria di vizio: la c.d. “mera illegittimità”, diversa tanto dall'annullabilità, stante la giustizia del contenuto dispositivo dell'atto, quanto dall'irregolarità, essendo comunque relativa alla violazione di regole primarie di garanzia dei diritti del cittadino nel rapporto autorità-libertà¹⁵.

Sul piano applicativo, queste riflessioni contribuiscono, altresì, a risolvere un altro tema, strettamente connesso a quello della natura giuridica: la risarcibilità del danno.

In astratto, se si adottasse la tesi processualistica e, dunque, si ritenesse che il provvedimento sia invalido, ma non annullabile, potrebbe ammettersi la sussistenza di un danno derivante dall'illegittimità provvedimentoale; diversamente,

¹² Il tema, fortemente sentito soprattutto quando si ha a che fare con l'Intelligenza Artificiale (IA), è connesso a quello dell'opacità, cui prima si è fatto cenno. Lo stesso Libro bianco sull'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino sottolinea che «a causa della mancanza di trasparenza (opacità dell'IA) è difficile individuare e dimostrare eventuali violazioni delle disposizioni normative (comprese quelle che tutelano i diritti fondamentali)» (in *ia.italia.it*, Versione 1.0, marzo 2018, 15). Se questo è vero, ancor più difficile è dimostrare quanto necessario per l'applicazione dell'art. 21-*octies*, co. 2.

¹³ Cons. St., Sez. V, 20 marzo 2007, n. 1307, in *Foro Amm. CdS*, 2007, 3, 912 ss.

¹⁴ Neanche questa tesi è esente da obiezioni: se è vero che il comma sembra porsi in linea di perfetta continuità con il primo (che – com'è noto – descrive un profilo sostanziale), è da considerare anche che tanto il primo quanto il secondo periodo della disposizione si occupano altresì delle regole di ripartizione dell'onere della prova (profilo meramente processuale).

¹⁵ M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, 213.

accogliendo la tesi sostanzialistica, il provvedimento sarebbe legittimo già sul piano sostanziale, precludendosi, dunque, l'esistenza di un danno risarcibile¹⁶.

In realtà, anche adottando la tesi sostanzialistica, è possibile ipotizzare una tutela risarcitoria partendo da un'altra prospettiva. Quando l'amministrazione ricorre a uno strumento informatico per automatizzare un procedimento, trasla la fiducia che il cittadino ripone in essa sulla macchina: ne consegue che quei pochi vizi formali del procedimento automatizzato suscettibili di dequotazione *ex art. 21-octies*, co. 2, seppur non invalidanti, determinano comunque una violazione, quantomeno, della buona fede nei rapporti amministrazione-cittadino, aggravata dall'affidamento che la prima ha riposto nel sistema informatico¹⁷, con ciò giustificando la risarcibilità del danno¹⁸.

3. Segue: le correlate incidenze sul piano probatorio

Chiuso il tema della natura, non si può non effettuare qualche cenno sul problema probatorio, tanto nel primo quanto nel secondo alinea della disposizione in commento.

Partendo dal primo, la questione è se l'art. 21-*octies*, co. 2, debba entrare in giudizio in via di eccezione o all'interno del ricorso¹⁹.

In quest'ultimo caso, il rischio potrebbe essere, infatti, quello di addossare sul privato un onere eccessivamente gravoso, una vera e propria *probatio diaboli-ca, a fortiori* per le decisioni automatizzate, ove si è in presenza di un sistema di cui, per ovvie ragioni, non si hanno informazioni dettagliate né necessariamente competenze idonee per comprenderne il funzionamento.

¹⁶ In vero, anche adottando la tesi processualistica, si hanno seri dubbi, in dottrina, circa la configurabilità di una tutela risarcitoria, non già per l'insussistenza dell'annullamento dell'atto, quanto per l'inconfigurabilità dell'ingiustizia del danno: «infatti, una volta che risulti palese (mercè il carattere vincolato del provvedimento lesivo di cui alla norma più volte menzionata) che il contenuto dispositivo del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, ne risulta escluso – per così dire – ‘a monte’ lo stesso carattere di ingiustizia, intesa come contrarietà *sostanziale* al diritto obiettivo, concretantesi nell'adozione di un atto non conforme, nella sua parte dispositiva, al proprio paradigma normativo» (C. Contessa, *La previsione di ipotesi di “illegittimità non invalidante” fra pregiudiziale e logica della spettanza*, in *GiustAmm.it*, 2005, 4, 4). M. Clarich, *op. ult. cit.*, 214, sostiene che, pur non potendo percorrere la strada della tutela risarcitoria, si potrebbe ipotizzare «una responsabilità di tipo disciplinare nei confronti del funzionario al quale sia imputabile la violazione formale o procedurale riscontrata»; ancora «[d]e *jure condendo*, potrebbe essere valutata l'opportunità di introdurre una sanzione di tipo pecuniario a carico dell'amministrazione, analogamente a quanto già dispone il Codice del processo amministrativo in materia di contratti pubblici».

¹⁷ Per approfondire, G. Pesce, *Funzione amministrativa, intelligenza artificiale e blockchain*, Napoli, 2021, 116 ss.

¹⁸ Viene, infatti, violata una norma d'azione: l'art. 1, co. 2-*bis*, della l. n. 241/1990.

¹⁹ La giurisprudenza, sul punto, è altalenante, e, alle volte, riconosce finanche un potere officioso del giudice: Cons. St., Sez. V, n. 1307/2007, cit.

Sembrirebbe più logico, al contrario, far ricadere l'onere sull'amministrazione, in via d'eccezione, essendo quest'ultima a scegliere di dotarsi di uno strumento informatico e, quindi, maggiormente in grado di sondarne le caratteristiche tecniche. In questo modo, oltretutto, già in sede difensiva, l'amministrazione umana darebbe modo di confrontarsi con la propria controparte digitale, facilitando il successivo lavoro “prognostico” del giudice, tutt'altro che scontato.

Il secondo inciso dell'art. 21-*octies*, co. 2, invece, semplifica la questione, individuando nell'amministrazione il soggetto competente a introdurre la norma mediante formulazione di un'apposita eccezione, sul cui concreto contenuto, però, non v'è unanimità di opinioni.

Secondo una tesi, infatti, la pubblica amministrazione dovrebbe dimostrare l'impraticabilità assoluta di soluzioni diverse prospettabili dal privato²⁰; altro orientamento, invece, esige dal ricorrente un'indicazione concreta, in sede di ricorso, circa l'apporto che avrebbe potuto esercitare nel rispetto delle forme per indirizzare a suo favore l'azione amministrativa. La parte pubblica avrebbe poi semplicemente l'onere di dimostrare l'ininfluenza dell'apporto specifico che il ricorrente sostiene che avrebbe potuto rendere, se messo in condizione di partecipare al procedimento²¹.

Giustamente, in dottrina è stato notato che il trasferimento della prova dell'utilità della partecipazione in capo al privato, da un lato, consente di constatare che, almeno per una certa giurisprudenza, l'omessa comunicazione di avvio del procedimento sarebbe priva di un rilievo autonomo invalidante e, dall'altro, introdurrebbe sul singolo una prova molto più gravosa di quella che eventualmente sarebbe richiesta all'amministrazione seguendo il primo orientamento²².

Spostando le suddette riflessioni sul piano del procedimento automatizzato, è di immediata comprensione che incardinare un simile onere sul ricorrente sarebbe oltremodo iniquo, non avendo questi la possibilità di comprendere appieno il funzionamento del *software*: ancora una volta, una *probatio diabolica*, del tutto ingiustificata e *contra legem*, atteso che, chiaramente, l'art. 21-*octies*, co.

²⁰ Così, Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 26 luglio 2006, n. 440, in *www.giustizia-amministrativa.it*: «la dimostrazione che l'Amministrazione è onerata di fornire in giudizio circa il fatto che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato non può essere intesa come limitata alla mera illegittimità dell'atto emanato, ma dovrebbe spingersi a dimostrare che in nessun caso sarebbe stato materialmente possibile adottare un atto di contenuto diverso». Oltretutto, secondo questo filone giurisprudenziale, non basta asserire l'impossibilità di adottare un provvedimento di contenuto diverso, ma si richiede una «prova particolarmente rigorosa»: Cons. St., Sez. VI, 7 luglio 2006, n. 4307.

²¹ *Ex plurimis*, Cons. St., Sez. III, 7 aprile 2021, n. 2809, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Campania-Salerno, Sez. II, 13 aprile 2022, n. 993, *ibidem*; T.A.R. Sicilia-Palermo, Sez. III, 27 marzo 2023, n. 1002, *ibidem*. Sul punto, per una critica, v. F. Saitta, *Omessa comunicazione dell'avvio del procedimento: il lupo perde il pelo, ma non il vizio (ovvero “in claris... fit interpretatio”)*, in *GiustAmm.it*, 2009, 1; Id., *Art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990; ecco perché si finisce per “rimpiangere il passato”*, in *ivi*, 2008, 5.

²² F. Saitta, *op. cit.*, 2.

2, nel secondo paragrafo, pone l'*onus probandi* in capo all'amministrazione e non già al cittadino (è il caso, allora, di ammettere che *in claris... fit interpretatio*²³).

4. *Forma e procedimento come garanzia del corretto esercizio della funzione amministrativa*

Passando, adesso, ad esaminare la portata concreta dell'art. 21-*octies*, co. 2, a seguito dell'avvento delle decisioni automatizzate, occorre partire da una preventiva analisi della disposizione nei procedimenti tradizionali.

L'attenzione sarà rivolta, principalmente, al primo alinea dell'articolo, atteso che la mancata comunicazione d'avvio del procedimento – oggetto del secondo capoverso – riveste, comunque, la qualifica più generale di vizio formale.

Nello specifico, la disposizione normativa effettua una netta distinzione tra vizi sostanziali e vizi di forma e di procedimento²⁴, ponendo i primi in una posizione sovraordinata ai secondi.

Il rischio discendente da quest'impostazione gerarchica è lapalissiano e si sostanzia nella possibile svalutazione dei requisiti di forma e delle garanzie del procedimento amministrativo, definiti dalla l. 241/1990 (e non solo), tanto da renderne del tutto inutile la predisposizione in appositi testi normativi²⁵.

Allo stesso modo, un'altra importante conseguenza dell'articolo in commento si ravvisa nella necessità di rivedere il significato e la portata delle cc.dd. norme d'azione²⁶.

²³ F. Saitta, *ibidem*; Id., *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2023, 488-491.

²⁴ Entrambe le categorie possono essere ricondotte alla più generica formula di "vizi formali". Per una definizione delle due tipologie di vizio, v. D. Sorace, *Il principio di legalità*, cit., 389-390: i vizi di forma si ricollegano a norme che stabiliscono «con quale veste e secondo quali modalità la decisione deve apparire, essere manifestata»; i vizi procedurali, invece, concernono «le norme che stabiliscono quali atti ed in quale relazione reciproca sono necessari a tal fine».

²⁵ Parte della giurisprudenza aveva, in effetti, sollevato la questione in relazione, principalmente, all'obbligo di comunicazione d'avvio del procedimento, in particolare sostenendo che lo stesso fosse «subordinato alla condizione che dalla comunicazione [potesse] conseguire, attraverso la partecipazione del privato al relativo procedimento, una qualche utilità all'azione amministrativa sotto forma d'arricchimento del contenuto conoscitivo delle fonti di prova o di diverse prospettazioni degli interessi coinvolti»: così TAR Calabria-Reggio Calabria, 12 ottobre 2000, n. 1662.

²⁶ Sull'opposizione tra norme d'azione e norme di relazione, v. E. Guicciardi, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, 51 ss.; Id., *Giustizia amministrativa*, Padova, 1957, 9 ss.; A. Romano, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, 33 ss.; più recentemente, F. Volpe, *Norme di relazione, norme d'azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2004, 12 ss., secondo cui le norme di relazione si limitano a costituire un potere in capo a un soggetto, attribuendo ad esso la capacità di produrre effetti giuridici, mentre le norme d'azione disciplinano in modo dinamico il modo con cui il potere viene esercitato.

Notoriamente, queste ultime hanno la funzione di determinare in dettaglio l'esercizio del potere riconosciuto dalla legge, sicché gli ordinari vizi di legittimità (violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere) conseguono alla loro violazione²⁷.

È evidente, tuttavia, alla luce dell'art. 21-*octies*, co. 2, che non tutte le violazioni delle norme d'azione costituiscono il presupposto per l'annullamento, in sede giurisdizionale, del provvedimento amministrativo²⁸: qualora la violazione di una di queste norme si sostanzi in un vizio formale, infatti, il provvedimento vincolato, che non avrebbe potuto avere contenuto diverso da quello in concreto adottato, non potrà essere annullato²⁹. Ne discende un ridimensionamento dello stesso principio di legalità.

La dottrina, in merito, si è attestata su fronti opposti: da un lato, valorizzando più l'incidenza dei vizi sul contenuto del provvedimento rispetto al «monopolio della legalità delle forme», secondo una logica fondata sui principi di efficienza e di risultato³⁰; dall'altro, escludendo che esigenze fondate su questi ultimi principi possano essere poste sul medesimo piano della legalità³¹.

Il pericolo avvertito dai sostenitori di questo secondo orientamento, sostanzialmente, è quello di finire per svuotare di senso il procedimento come «forma

²⁷ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, XXIII ed., Milano, 2021, 498.

²⁸ E. Casetta, *op. cit.*, 326, secondo cui l'art. 21-*octies*, co. 2, «dequota la rilevanza di alcune norme sull'azione amministrativa».

²⁹ L'art. 21-*octies*, co. 2, esprime limpidamente la duplice finalità sottostante alle norme d'azione, le quali non necessariamente si pongono a tutela del solo interesse pubblico, ma anche eventuali interessi privati, purché, però, vi sia, «oltre all'obbligo, anche un presupposto dovere che proteggendo un diverso interesse pubblico spinga la pubblica amministrazione ad un'azione coincidente con quella pretesa dal privato»: F. Volpe, *op. cit.*, 340. Nei casi di applicabilità del 21-*octies*, co. 2, l'interesse privato sotteso alle norme di forma e di procedimento non potrebbe comunque trovare tutela, stante l'indiscutibilità del contenuto decisorio finale dell'amministrazione, sicché quelle norme non possono che cedere il passo al prioritario interesse pubblico discendente dal principio di buon andamento della pubblica amministrazione, il quale sarebbe inevitabilmente violato qualora si consentisse la riedizione di un potere che finirebbe per estrinsecarsi nelle medesime modalità, pur nel rispetto della singola norma precedentemente violata.

³⁰ F. Luciani, *L'annullabilità degli atti amministrativi*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 381 e 384; S. Cognetti, “Qualità” e “quantità” della partecipazione. Tutela procedimentale e legittimazione processuale, Milano, 2000, 71; v., altresì, A. Romano Tassone, *Osservazioni su invalidità e irregolarità degli atti amministrativi*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, 103, secondo cui l'esigenza del risultato in via preordinante rispetto alla forma rientrerebbe nel nuovo e mutato «quadro delle aspettative sociali nei confronti dell'amministrazione», evidenziando la «fondamentale discrasia ed inadeguatezza di una disciplina dell'invalidità calibrata sulla pura illegalità del provvedimento»; nonché F. Mangano, *Principio di legalità e semplificazione dell'azione amministrativa*, Napoli, 2000, 181 ss., che ha ben precisato come non sempre il rispetto delle regole, sul piano formale, garantisce una decisione adeguata rispetto al bene giuridico tutelato dall'ordinamento, ammettendo il “declassamento” ogniqualvolta il vizio formale non incida sul contenuto sostanziale del provvedimento.

³¹ In questi termini, cfr. F. Satta, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969, 120, secondo cui il principio di efficacia, o di risultato, diversamente dal principio di legalità, non esprimerebbe un valore sociale condiviso, quanto un elemento di ordine economico; negli stessi termini, altresì, F. Ledda, *Dal principio di legalità al principio d'infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, 3307; S. Perongini, *Principio di legalità e risultato amministrativo*, in M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati* (Atti del Convegno di Palermo, 27-28 febbraio 2003), Torino, 2004, 44 ss.

della funzione» amministrativa³²: se è vero, infatti, che l'amministrazione è preordinata al raggiungimento di determinati fini, è altrettanto vero che essa è chiamata a farlo nel rispetto di precisi vincoli³³. In altri termini, nell'ottica del principio di legalità, le garanzie formali posseggono un medesimo livello di rilevanza di quelle sostanziali e s'inseriscono nella corretta definizione degli interessi in conflitto all'interno della norma attributiva del potere, ragion per cui non può ottenersi un risultato conforme all'interesse pubblico che sia del tutto avulso dalle regole di forma previste per l'esercizio dell'azione diretta al suo conseguimento³⁴.

Si tratta, certo, di critiche pertinenti, che mettono in risalto il rischio conseguente di sacrificare il principio di certezza del diritto «sull'altare dell'antiformalismo»³⁵; allo stesso tempo, la loro pregnanza si affievolisce per il ristretto ambito applicativo della disposizione (sebbene non del tutto pacifico)³⁶, nonché in quanto la dequotazione, più correttamente, si deve ritenere operativa solo con riferimento a quei «difetti procedurali che non abbiano alterato i valori e l'andamento di un *iter*

³² F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, 118 ss., spec. 123.

³³ G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, IX ed., Torino, 2020, 378.

³⁴ Si vedano le due anime del procedimento amministrativo, garantista ed efficientista, secondo E. Casetta, *La difficoltà di semplificare*, in *Dir. amm.*, 1998, 3-4, 345 ss., spec. 351; sul tema, *amplius*, M.A. Sandulli, *Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultati*, in M. Immordino, A. Police, *op. cit.*, 233; F. Fracchia, M. Occhiena, *Articolo 21 octies, comma 2*, in N. Paolantonio, A. Police, A. Zito (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2006, 639.

³⁵ D. De Carolis, *La "forma" e la "sostanza" della comunicazione di avvio del procedimento*, in S. Civitarese Matteucci, G. Gardini (a cura di), *Dal procedimento amministrativo all'azione amministrativa*, Bologna, 2004; F. Fracchia, M. Occhiena, *op. cit.*, 619.

³⁶ Ad esempio, la giurisprudenza amministrativa ha applicato l'art. 21-octies, co. 2, primo alinea, in relazione alla mancata acquisizione di pareri o valutazioni tecniche: v., *ex multis*, Cons. St., Sez. VI, 21 settembre 2010, n. 7007, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Sez. IV, 31 luglio 2014, n. 4043, *ibidem*; Cons. Giust. Amm. Reg. sic., 24 gennaio 2022, n. 116, *ibidem*. Ancora, un altro vizio per il quale la giurisprudenza ha provveduto ad applicare l'istituto in questione è quello dell'incompetenza relativa: *ex plurimis*, Cons. St., Sez. III, 13 maggio 2020, n. 3046, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., Sez. VI, 18 ottobre 2022, n. 8846, *ibidem*, che qualifica il vizio come di organizzazione; T.A.R. Campania-Napoli, Sez. VII, 10 marzo 2022, n. 1614, *ibidem*; *contra*, Cons. St., Sez. IV, 31 agosto 2023, n. 8099, *ibidem*, secondo cui «[I]e norme sulla competenza non possono essere incluse tra quelle sul procedimento amministrativo o sulla forma degli atti giacché, nel comma 1 dell'art. 21 octies, si è inteso fare riferimento alla classica tripartizione dei vizi di legittimità dell'atto amministrativo, in base alla quale la violazione delle norme sulla competenza configura il vizio di incompetenza, mentre la violazione delle norme sul procedimento o sulla forma rientra nell'ambito più generale della violazione di legge». Un altro settore travagliato di applicazione dell'art. 21-octies, co. 2, riguarda il preavviso di rigetto: secondo l'orientamento da ultimo emerso in giurisprudenza, la mancanza del preavviso non comporta l'annullamento del provvedimento laddove si tratti di attività vincolata: v., *ex multis*, Cons. St., Sez. III, 24 ottobre 2016, n. 4452, *ibidem*; Sez. IV, 10 febbraio 2020, n. 1001 e 20 gennaio 2021, n. 594, *ibidem*; Sez. II, 1° settembre 2021, n. 6166 e 2 febbraio 2022, n. 711, *ibidem*. Per le applicazioni della disposizione in presenza di vizio di motivazione e omessa comunicazione di avvio del procedimento, v. *infra*, par. 5-6.

istruttorio già funzionalmente corretto», poiché solo questi ultimi non mortificherebbero «i valori sottostanti alla prescrizione violata»³⁷.

Da ultimo, il rilievo dell'elemento formale può desumersi anche da un'ulteriore constatazione: non è affatto detto che la sussistenza di un vizio del provvedimento sia automaticamente causa di annullabilità di quest'ultimo, e ciò a prescindere dall'applicazione dell'art. 21-*octies*, co. 2.

La forma, infatti, riveste, in alcune circostanze, la qualifica di carattere essenziale dell'atto e del provvedimento amministrativo: in questi casi è la legge stessa a prevederla a pena di nullità *ex art. 21-septies*³⁸.

Ciò conferma che l'art. 21-*octies*, co. 2, non può essere interpretato nel senso di bypassare *tout court* l'elemento formale o, ancor peggio, i canoni procedurali: il procedimento costituisce, come si è già detto, il canale di manifestazione della funzione amministrativa e la forma, se prevista, ha un evidente scopo di tutela di interessi bilanciati all'interno con quello pubblico perseguito dalla norma attributiva del potere. Insomma, entrambi costituiscono dei limiti all'esercizio del potere amministrativo, impedendo che lo stesso sfoci nell'arbitrio e, piuttosto, favorendo la sua riconduzione nell'alveo della legalità³⁹.

Una lettura squisitamente antiformalistica finirebbe per rendere non più giustificabile la situazione di potere che la pubblica amministrazione innatamente possiede ed esercita per il benessere dei cittadini⁴⁰.

³⁷ P. Lazzara, *Annullabilità del provvedimento*, in A. Romano *et al.*, *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 852.

³⁸ Si pensi agli accordi *ex art. 11* della l. n. 241/1990, per i quali è espressamente prevista la forma scritta a pena di nullità. In generale, nonostante la dottrina sostenga la vigenza, nel diritto amministrativo, del principio di libertà delle forme, esso è limitato a quei pochi casi in cui la legge non prescrive una forma (di qualunque genere): E. Casetta, *op. cit.*, 483.

³⁹ Si considerino le parole di R. Von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel, Leipzig, II.2, § 45, 471, secondo cui la forma è da considerare «nemica giurata dell'arbitrio e sorella gemella della libertà».

⁴⁰ Interessantissime riflessioni vengono poste da S. Civitarese Matteucci, *La forma presa sul serio*, Torino, 2006, che, in particolare, sottolinea come non si possa rinunciare alla dimensione formale del diritto; anzi, può dirsi che il ragionamento giuridico si differenzia «da altri ragionamenti pratici per il fatto di incontrare limitazioni legali rispetto alle ragioni che possono essere addotte a giustificazione di una determinata scelta» (97). Pur tuttavia, l'A. ritiene che il procedimento abbia una rilevanza preponderante quando si elabora una decisione «secondo la funzione» (espressione con la quale egli indica la discrezionalità), meno pregnante, invece, quando la stessa viene adottata «secondo la regola» (ossia, sia vincolata): in questi ultimi casi, la procedura non è inutile (208), ma è discutibile se la violazione di quelle norme debba essere posta sul piano della validità o se, piuttosto, a queste ultime debba essere riconosciuta una «valenza 'interna' (proprio come le regole procedurali di una organizzazione privata) o comunque riferita ad un ordinamento normativo distinto da quello generale» (211).

5. *La portata applicativa dell'art. 21-octies, co. 2, nel procedimento automatizzato*

Le precedenti riflessioni valgono con ancor più forza nel caso in cui si abbia davanti un provvedimento adottato mediante strumenti di automazione⁴¹.

Per prima cosa, è necessario chiarire se vi sia o meno il rischio, sul piano del campo applicativo, della dequotazione *ex art. 21-octies, co. 2*, anche laddove il procedimento sia connotato dalle elaborazioni della macchina su più livelli.

Al riguardo, è doveroso distinguere le ipotesi di automazione completa da quelle di automazione parziale.

In quest'ultimo caso, infatti, si estenderanno pacificamente ai procedimenti in esame le medesime riflessioni che ordinariamente concernono i procedimenti tradizionali, di matrice totalmente umana; in aggiunta, bisognerà verificare la rispondenza del meccanismo di automazione al canone della conoscibilità⁴².

L'automazione completa, che postula inevitabilmente una forma di decisione da parte della macchina, richiede, invece, qualche osservazione in più.

Il nostro sistema amministrativo, nella sua attuale configurazione, non contempla astrattamente la possibilità di un'automazione completa, poiché, sotto l'operatività del principio di non esclusività (sul quale si dirà più approfonditamente *infra*), nessun procedimento può essere retto dalla sola macchina⁴³.

Epperò, pur condividendo quest'impostazione, si ritiene comunque possibile distinguere tra procedimenti parzialmente automatizzati, dove l'automazione interviene solamente o nella fase dell'iniziativa o in quella dell'istruttoria, e procedimenti con decisione automatizzata, in cui il provvedimento è, in effetti, ela-

⁴¹ Sul tema, al giorno d'oggi, la letteratura è sterminata: per tutti, L. Torchia, *Lo Stato digitale*, Bologna, 2020; G. Avanzini, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Napoli, 2019. Sul tema del rapporto tra forma e provvedimento automatizzato, V. Brigante, *Garanzie della forma e pubblica amministrazione*, Napoli, 2020, 247 ss., nel quale, in particolare, l'A. mette in guardia dal rischio di una «rinuncia consapevole alla legalità e alla forma per accedere a incerti, ma ad oggi irrealizzati, vantaggi in termini di efficienza amministrativa».

⁴² Si vedrà *infra*, infatti, che i vizi discendenti dalla violazione di uno dei tre principi di legalità algoritmica resistono alla dequotazione dell'art. 21-octies, co. 2. Tuttavia, nell'ipotesi di automazione parziale, il tema si pone solo con riguardo all'eventuale violazione del principio di conoscibilità/comprendibilità. Ha, invece, meno rilievo interrogarsi sui vizi che determinino una discriminazione, essendo chiaramente risalenti alla programmazione sul piano sostanziale. Non si pone, infine, il problema del principio di non esclusività, perché il procedimento ad automazione parziale è nel pieno dominio del responsabile-funziionario amministrativo.

⁴³ Sul punto, G. Avanzini, *Decisioni amministrative*, cit., 130: «nessuna decisione è mai completamente automatizzata; quelle definite come tali escludono l'intervento umano nella fase conclusiva relativa all'adozione materiale del provvedimento. Tuttavia anche questa forma di decisione presuppone un intervento umano sia a monte che a valle»; nonché, *amplius*, G. Gallone, *Digitalizzazione, amministrazione e persona: per una "riserva di umanità" tra spunti codicistici di teoria giuridica dell'automazione*, in *Pers. e Amm.*, n. 2023, 1, 373-374, secondo il quale sarebbe finanche sbagliato parlare di "decisione automatizzata", in primo luogo perché sarebbe contraddittorio sul piano logico, prima ancora che giuridico, parlare di una decisione che poi venga sottoposta a "validazione" da un funzionario umano; ancora, perché striderebbe con quell'impostazione dogmatica «che vuole l'algoritmo come mero *instrumentum* incapace di esprimere un'autentica decisione in senso giuridico».

borato dalla macchina, mentre il controllo umano avviene in una diversa fase del procedimento amministrativo, che è quella dell'integrazione dell'efficacia⁴⁴.

Altro tema al quale non si può non accennare brevemente, sia pur solo per richiamarne le conclusioni, concerne il dibattito circa l'utilizzo degli strumenti di automazione nelle attività amministrative vincolate e discrezionali.

La giurisprudenza e la dottrina più risalenti riconoscevano la possibilità di automatizzare la sola azione vincolata⁴⁵. Ciò, prim'ancora che ad argomenti giuridici, era probabilmente dovuto ai limiti tecnici degli strumenti utilizzabili all'epoca, fondati sulla semplice logica dell'*if...then*, e, quindi, incapaci di operare valutazioni discrezionali, che di per sé postulano un'ampiezza di significato, non pienamente riconducibile ad un meccanismo consequenziale⁴⁶.

Una prima apertura giurisprudenziale vi è stata con una celeberrima pronuncia del Consiglio di Stato⁴⁷, la quale, seppur in principio riconosca che la discrezionalità non possa essere integralmente demandata a un *software*, in realtà prevede che essa possa essere esercitata dalla pubblica amministrazione (e non già, quindi, dal *software*) in una fase antecedente allo stesso avvio del procedimento, ossia al momento della programmazione della macchina: è la c.d. teoria della discrezionalità *ex ante*⁴⁸.

Come giustamente evidenziato, essa poggia sull'implicito assunto «che ogni fattispecie sia predeterminabile e prevedibile *a priori*, come se il sistema informatico operasse in uno spazio finito di cui fosse ipotizzabile ogni possibile variante»; il che, di fatto, riduce l'applicabilità della stessa alle sole fattispecie procedi-

⁴⁴ Si è, invece, meno propensi ad accogliere la tesi che, al riguardo, valorizza l'art. 6, co. 1, lett. e), della l. n. 241/1990: cfr. R. Rolli, M. D'Ambrosio, *La necessaria lettura antropocentrica della rivoluzione 4.0*, in *Pers. e Amm.*, 2021, 1, 590; G. Gallone, *Digitalizzazione*, cit., 352; Id., *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, Milano, 2023, 169 ss. Ritenere applicabile, nel caso di specie, la struttura dell'art. 6, co. 1, lett. e), implicherebbe immaginare l'utilizzo della macchina per i soli fini istruttori (automazione parziale), ossia per l'accertamento dei fatti e l'acquisizione degli interessi; al contrario, gli attuali strumenti digitali sono in grado di compiere un passo ulteriore, che è quello di offrire una valutazione e rendere, quindi, un concreto risultato alla luce dell'istruttoria condotta (funzione decisoria). Diverso è il discorso – che qui si può solo accennare – con riferimento alle attività amministrative connesse al ciclo di vita dei contratti pubblici, ove il meccanismo procedimentale, del tutto peculiare, si connota per la compresenza di una proposta di aggiudicazione, atto endoprocedimentale privo di valore decisorio, e l'aggiudicazione vera e propria, ossia il provvedimento definitivo (con carattere decisorio). In tale settore, la struttura del procedimento – che non è quella di cui alla l. n. 241/1990 generalmente applicabile – sembrerebbe avvalorare la tesi circa l'arretramento della soluzione automatica alla soglia della proposta di aggiudicazione, lasciando al competente organo (di composizione umana) la definitiva decisione sull'affidamento o meno dell'opera, del servizio o della fornitura.

⁴⁵ Per tutti, S. Civitaresse Matteucci, L. Torchia, *La tecnificazione dell'amministrazione*, in S. Civitaresse Matteucci, L. Torchia, *La tecnificazione*, Firenze, 2016, 7 ss.

⁴⁶ G. Avanzini, *Intelligenza artificiale e discrezionalità*, in *Annuario AIPDA 2022*, Napoli, 2023, 131.

⁴⁷ Cons. St., Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁴⁸ Il padre fondatore di questo nuovo modo di concepire il procedimento automatizzato è, senza dubbio alcuno, A. Masucci, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie*, Torino, 2011, 82-85.

mentali caratterizzate «da un basso tasso di discrezionalità o la cui discrezionalità possa esaurirsi»⁴⁹.

Da ultimo, l'intervento, sempre più imponente, delle tecnologie di *machine-learning* e *deep-learning*, unitamente al superamento della mera logica causale, ha sfondato definitivamente la barriera giurisprudenziale della limitazione aprioristica ai procedimenti discrezionali. Ecco, allora, che «anche l'attività discrezionale, ed in specie tecnica, può in astratto beneficiare delle efficienze e dei vantaggi offerti dagli strumenti stessi»⁵⁰.

Un'indagine più accurata di quest'ultima giurisprudenza, tuttavia, rivela delle difficoltà notevoli nella combinazione di un'automazione integrale (nei termini che abbiamo chiarito *supra*) e procedimenti discrezionali, sicché, alla fine, sembra proprio che la valutazione debba essere compiuta caso per caso.

Non essendo questa la sede per approfondire il tema⁵¹, ai fini che più interessano, invece, possiamo concludere che la giurisprudenza attuale pacificamente concorda sull'uso dell'automazione integrale non solo nei procedimenti vincolati, ma anche in quelli a bassa discrezionalità o a discrezionalità tecnica⁵², secondo il modello della discrezionalità *ex ante*.

Delineato il perimetro applicativo dell'automazione procedimentale, occorre adesso individuare i punti di contatto con quello dell'art. 21-*octies*, co. 2.

Partendo dal primo alinea, sono noti i dibattiti circa la nozione di «natura vincolata del provvedimento». Sul punto, la dottrina preminente aveva sposato una concezione restrittiva, intendendo come provvedimento vincolato il solo atto predeterminato *in toto* nel contenuto⁵³; la giurisprudenza, invece, in linea con un

⁴⁹ G. Avanzini, *op. ult. cit.*, 133.

⁵⁰ Cons. St., Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁵¹ Trattasi di una questione affatto sopita in dottrina e che ha dato adito anche a riconfigurazioni dello stesso paradigma della discrezionalità. Interessantissime conclusioni, ad esempio, si rinvencono in A. Zito, *Teoria della scelta razionale e teoria giuridica della discrezionalità amministrativa: prolegomeni per un inquadramento sistematico*, in *Scritti in onore di Maria Immordino*, Napoli, 2023, IV, 4065 ss., che, in particolare, riconduce la teoria della discrezionalità amministrativa alla teoria economica della scelta razionale, con specifico riferimento alla razionalità rinforzata, e individua dei punti di contatto tra la decisione discrezionale (in senso amministrativo) e la decisione automatizzata: entrambe si basano sull'esame di dati passati, su un'ipotesi di sviluppo degli scenari futuri (in termini amministrativi, delle alternative decisionali), sul rispetto di vincoli (parametri normativi, eventualmente riproposti sul piano informatico) e sono finalizzate alla massimizzazione della funzione di utilità (ossia, per quel che riguarda l'attività amministrativa, la cura dell'interesse pubblico).

⁵² Sull'impatto delle tecnologie d'automazione, specie di IA, sui provvedimenti caratterizzati dalla discrezionalità tecnica, v. L. Parona, *Poteri tecnico-discrezionali e 'machine learning': verso nuovi paradigmi dell'azione amministrativa*, in A. Pajno, F. Donati, A. Perrucci (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, Bologna, 2022, II, 131 ss., il quale mette in chiaro come «il ricorso all'IA può contribuire a rendere maggiormente prevedibile ed oggettivo l'esercizio della funzione amministrativa quand'essa coinvolga poteri discrezionali – in particolare, di natura tecnica», sebbene non manchino rischi per siffatta integrazione tecnologica, quali la riduzione di flessibilità che ordinariamente giustifica l'attribuzione di un potere discrezionale, anche tecnico, all'amministrazione e la potenziale reiterazione di pratiche discriminatorie dovute ai *biases* nella configurazione dei *set* di dati per l'addestramento dei sistemi di automazione.

⁵³ V., *ex multis*, F. Luciani, *L'annullabilità degli atti amministrativi*, cit., 385.

orientamento più esteso e ad oggi preferibile, considera vincolato anche quel provvedimento che risulti delimitato nel contenuto a seguito dell'istruttoria svolta⁵⁴.

Traslando queste considerazioni sul piano del procedimento a decisione automatizzata, i vizi relativi a un'attività vincolata sono tranquillamente suscettibili di dequotazione *ex art. 21-octies*, co. 2, in presenza di tutti gli altri presupposti previsti dalla norma. Non solo. Alla luce della teoria della discrezionalità *ex ante* – che, come visto, sembrerebbe essere ormai accolta con una certa enfasi dalla giurisprudenza – non si pongono ostacoli aprioristici anche alla dequotazione dei vizi formali e procedurali nelle attività a bassa discrezionalità o a discrezionalità tecnica: questo per la chiara ragione che, seguendo la tesi del Consiglio di Stato, l'attività discrezionale verrebbe tutta sviluppata dall'amministrazione nella fase di programmazione della macchina.

Se questo è vero in linea teorica, il passo successivo è verificare se le garanzie procedurali, in combinazione con le nuove logiche dell'automazione, mantengano la medesima forza che hanno nei procedimenti tradizionali o si rivestano di una qualche forma di protezione, quasi un giubbotto antiproiettile per evitare di perire miseramente dinanzi ai colpi delle pistole automatiche.

6. *I principi di legalità algoritmica alla prova della dequotazione*

6.1. *La teoria del rafforzamento della legalità procedimentale*

Cosa succede nel momento in cui il vizio formale o procedimentale s'insinua nel provvedimento finale, a carattere decisorio, elaborato da una macchina? Quale valore assumono le garanzie formali e procedurali con riguardo a tale categoria di decisioni amministrative?

Un'analisi compiuta della giurisprudenza in materia porta a concludere che queste ultime, ritenute ineliminabili con riferimento al provvedimento algoritmico, siano finanche potenziate dallo sviluppo dei cc.dd. principi di legalità algoritmica: principio di conoscibilità/comprendibilità, principio di non esclusività e principio di non discriminazione⁵⁵.

⁵⁴ *Ex plurimis*, Cons. St., Sez. VI, 26 ottobre 2005, n. 5969, in www.giustizia-amministrativa.it; Sez. III, n. 2935/2017, cit., e 28 luglio 2020, n. 4791, *ibidem*, secondo cui il dovere del giudice non è tanto quello di non annullare formalisticamente l'atto, ma di valutare il contenuto sostanziale del provvedimento “alla luce del caso concreto”.

⁵⁵ V. Cons. St., Sez. VI, nn. 2270/2019 e 8472/2019, cit., e 4 aprile 2020, n. 881, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Campania-Napoli, Sez. III, 14 novembre 2022, n. 7003, *ibidem*. Per approfondire, E. Carloni, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, 1, 273 ss. Sul concetto di “legalità dell'algoritmo”, v. G. Marchianò, *La legalità algoritmica nella giurisprudenza amministrativa*, in *questa Rivista*, 2020, 3, 236-240.

Questi principi, sia pur elaborati compiutamente dai giudici amministrativi, trovano il loro fondamento nel diritto sovranazionale⁵⁶ e hanno l'obiettivo di rafforzare la tutela dei destinatari dell'azione amministrativa, evitando, così, il rischio di veder compromesso quel "giusto procedimento" che, dopo tanti sforzi, è stato riconosciuto quale principio generale del nostro ordinamento⁵⁷.

Essi disvelano delle precise regole di legalità al nucleo del procedimento automatizzato, instaurando «una nuova generazione di pretese procedurali, dopo quelle riconosciute all'interno della l. 241/1990»⁵⁸.

Orbene, proprio per l'importanza che la forma (così come il procedimento) di per sé assume a sugello del principio di legalità, quindi come limite effettivo all'esercizio del potere, la dequotazione di eventuali vizi formali o procedurali *ex art. 21-octies*, comma 2, non può operare nel momento in cui le sotto-stanti garanzie siano rafforzate⁵⁹. Dunque, se i succitati principi di legalità algoritmica determinano il rafforzamento della legalità procedimentale in un contesto di automazione, la loro inosservanza produce l'annullabilità del provvedimento amministrativo, ancorché quest'ultimo «non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato».

Stando così le cose, non resta che interrogarsi sulle condizioni da soddisfare affinché la giurisprudenza amministrativa riconosca il rafforzamento delle singole garanzie procedurali.

In linea di principio, la creazione di una barriera più spessa attorno alla legalità procedimentale è strettamente connessa a un *deficit* di legalità sostanziale⁶⁰: si

⁵⁶ In particolare, nel Regolamento generale sulla protezione dei dati (*GDPR*): per i riferimenti alle puntuali disposizioni, v. *infra*, par. 4.2. Accanto a *GDPR*, vi sono altri importanti atti europei di *soft law* che hanno contribuito a declinare le regole di legalità della decisione algoritmica: fra gli altri, CEPEJ, *Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi*, 3-4 dicembre 2018 (<https://rm.coe.int/carta-etica-europea-sull-utilizzo-dell-intelligenza-artificiale-nei-si/1680993348>).

⁵⁷ Questi principi integrano le garanzie della l. n. 241/1990, mirando a una maggiore trasparenza e comprensibilità del *software*, nonché alla necessità dell'intervento umano: F. Nassuato, *Legalità algoritmica nell'azione amministrativa e regime dei vizi procedurali*, in *CERIDAP*, 2022, 1, 163.

⁵⁸ E.N. Fragale, *La cittadinanza amministrativa al tempo della digitalizzazione*, in *Dir. amm.*, 2022, 2, 501.

⁵⁹ È da salutare con favore quell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale l'art. 21-*octies*, co. 2, «ha previsto in generale una "dequotazione della legalità procedimentale"», ma, nelle ipotesi in cui la legalità sostanziale, in stato di deficienza, viene compensata mediante la legalità procedimentale, occorre «realizzare un rafforzamento di tale legalità», e dunque delle garanzie di contraddittorio e di partecipazione al procedimento, «per compensare la "dequotazione della legalità sostanziale"»; ovviamente, questo «impone di interpretare l'art. 21-*octies* nel senso che esso non possa trovare applicazione» nei casi suddetti (Cons. St., Sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972, 24 maggio 2016, n. 2182 e 14 dicembre 2020, n. 7972, in *Giur. it.*, 2007, 1811, e in www.giustizia.amministrativa.it).

⁶⁰ Il tema, com'è noto, riguarda la configurabilità di poteri impliciti nel nostro ordinamento. La questione ha principalmente riguardato le autorità indipendenti, per le quali il riconoscimento di poteri impliciti, in particolare normativi, è stato spesso giustificato dalla giurisprudenza mediante il rafforzamento delle regole procedurali e partecipative. Per un approfondimento, si vedano M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, 155 ss.; R. Titomanlio, *Potestà normativa e funzione di regolazio-*

ritiene, cioè, che l’indeterminatezza legislativa nella delimitazione del potere possa essere compensata da un irrobustimento delle forme o delle garanzie procedurali volte a garantire un certo risultato⁶¹.

Non è né semplice né immediato individuare una norma che abiliti l’esercizio del potere amministrativo mediante algoritmi⁶². Ciononostante, a nostro avviso, difficilmente potrebbe parlarsi di un *deficit* assoluto di legalità sostanziale, trattandosi di un potere secondario, comunque discendente da un potere primario in capo all’amministrazione “fisica” e per il quale sussiste un adeguato fondamento legislativo.

È pur vero, però, che i caratteri intrinseci di esercizio di questo potere secondario comportano un insieme di valutazioni ulteriori, non contemplate ad oggi nel nostro ordinamento se non nella giurisprudenza amministrativa e, sia pur con un evidente aggancio a un preciso settore, nel nuovo Codice dei contratti pubblici⁶³.

È doveroso, a questo punto, distinguere: nell’esercizio delle attività amministrative connesse al ciclo di vita dei contratti pubblici, i principi di legalità algoritmica, espressamente codificati, rientrano appieno nella legalità procedimentale, la connotano *ab interno*, non la rafforzano *ab externo*. Così ragionando, a una prima lettura, non si individua il presupposto della teoria giurisprudenziale della legalità procedimentale rafforzata, né, di conseguenza, il limite alla paventata dequotazione *ex art. 21-octies*, co. 2.

Parzialmente diverso è il discorso con riferimento a quei procedimenti connessi agli altri settori dell’attività amministrativa. Per questi ultimi, infatti, manca un’espressa previsione circa le modalità e le garanzie peculiari derivanti dall’uso di strumenti informatici, anche di automazione, sicché non si riscontrano ragio-

ne. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti, Torino, 2012, 52 ss.; F. Zammartino, *Il modello molteplice. La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2020, 77 ss.; F.L. Maggio, *Questioni interpretative sui poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Federalismi.it*, 2021, 10, 150 ss.

⁶¹ Sul rapporto tra legalità sostanziale e legalità procedimentale, v. G. Manfredi, *Legalità procedurale*, in *Dir. amm.*, 2021, 4, 749 ss.

⁶² Per tutti, S. Civitaresse Matteucci, *Umano troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 1.

⁶³ Il riferimento è, chiaramente, all’art. 30, co. 3, del d.lgs. 36/2023 che effettua una vera e propria trasposizione dei tre principi di legalità algoritmica elaborati dalla giurisprudenza, unitamente ad altre garanzie di cui al comma 2, ossia la disponibilità del codice sorgente e l’introduzione, negli atti di indizione delle gare, di clausole volte ad assicurare le prestazioni di assistenza e manutenzione necessarie alla correzione degli errori e degli effetti indesiderati derivanti dall’automazione: per approfondire, v. D. Diaco, *Fidarsi è bene, non fidarsi è...? L’Intelligenza artificiale entra nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 2023, 17, 133 ss. Deve essere precisato come i principi in questione ben si riconnettono ai principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici, in particolare garantendo il perseguimento di un risultato efficiente e trasparente (principio di conoscibilità/comprendibilità), un buon grado di fiducia tra operatori economici e stazioni appaltanti nonostante l’uso di strumenti tecnologici complessi (principio di non esclusività, con annesso meccanismo *human-in-the-loop*) e l’accesso al mercato senza discriminazioni di sorta (principio di non discriminazione).

ni per escludere *a priori* l'applicazione della teoria del rafforzamento della legalità procedimentale ai principi elaborati dalla giurisprudenza.

A posteriori, però, non sarà difficile notare come la diversa disciplina dell'inosservanza dei tre principi nelle procedure ad evidenza pubblica e negli altri procedimenti amministrativi appaia totalmente ingiustificata e inevitabilmente *contra Constitutionem*, per violazione degli artt. 24 e 113.

Non vi è motivo, in effetti, per cui concedere ai privati una maggior tutela nei procedimenti diversi da quelli insiti nel ciclo di vita dei contratti pubblici, anche perché i principi enunciati in quella sede, oltre a ricalcare pedissequamente le formulazioni della giurisprudenza, che non riguardavano affatto la materia dei contratti pubblici, non si riconnettono a una qualche specificità del settore, quanto, piuttosto, alle peculiarità tecniche degli strumenti adoperati. In assenza di un'espressa previsione, non è, perciò, da escludere un'applicazione analogica dei principi in questione al di fuori della contrattualistica pubblica, in un'ottica sistematica ed evolutiva⁶⁴.

È evidente, insomma, che i principi di legalità algoritmica non possono, allo stesso tempo, essere soggetti alla dequotazione di cui all'art. 21-*octies*, co. 2, nel campo dei contratti pubblici e resistere alla stessa in tutti gli altri.

6.2. *La barriera euro-unitaria*

Esaminando singolarmente i principi di legalità algoritmica, si constata la corrispondenza di ciascuno di essi a disposizioni contenute nel *GDPR*⁶⁵, il che, astrattamente, potrebbe consentire di ragionare in termini di applicazione diretta di queste ultime all'interno del procedimento automatizzato.

⁶⁴ La stessa Relazione al nuovo Codice esplicita come l'art. 30 costituisca «una disposizione volta a disciplinare il futuro (prossimo), in quanto, allo stato, nell'ambito delle procedure di gara sono utilizzati per lo più algoritmi non di apprendimento, utilizzati per il confronto automatico di alcuni parametri caratterizzanti le offerte e conoscibili. Tuttavia, non si può escludere che, a breve, la disponibilità di grandi quantità di dati possa consentire l'addestramento di algoritmi di apprendimento da applicare alle procedure di gara più complesse; da qui l'utilità dell'inserimento di una disciplina che richiami i principi destinati a governare tale utilizzo, anche alla luce dei principi affermati sia in ambito europeo che dalla giurisprudenza amministrativa». Partendo dalla Relazione, G. Carloti, *I principi nel Codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 26 aprile 2023, ritiene che quelli di legalità algoritmica siano principi proattivi che avranno una «prevedibile *vis expansiva* nei confronti di ogni profilo dell'attività procedimentale e dell'organizzazione amministrativa».

⁶⁵ Il principio di conoscibilità/comprendibilità trova il suo fondamento negli artt. 13, co. 2, lett. *f*), 14, co. 1, lett. *g*), e 15, co. 2, lett. *h*), *GDPR*, relativi al diritto di informazione di accesso; il principio di non esclusività richiama il disposto dell'art. 22 *GDPR*, riguardante il diritto a non essere sottoposto ad una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato; infine, il principio di non discriminazione ha, invece, una sua precisa connessione con il Considerando 71 del Regolamento, che manifesta, tra le altre cose, la necessità di garantire il carattere non discriminatorio delle procedure utilizzate dal titolare del trattamento dei dati personali.

Tali norme, essendo poste in una posizione di primazia rispetto al diritto nazionale, innalzerebbero un muro attorno a quei principi, contrastando qualsiasi assalto da parte della dequotazione *ex art. 21-octies*, co. 2.

È necessario, tuttavia, tener conto di due circostanze.

La prima si collega a uno dei principali problemi che si sono posti rispetto al dettato dell'art. 21-octies, co. 2, ossia la sua natura sostanziale o processuale⁶⁶.

Nel momento in cui si riconosca alla norma natura processuale (tesi prevalente), deve altresì ritenersi operativo il principio di autonomia procedurale degli Stati membri, secondo cui sono i singoli ordinamenti nazionali a fissare modalità e limiti della tutela giudiziale delle situazioni giuridiche, nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività⁶⁷: di conseguenza, l'art. 21-octies, co. 2, in presenza dei suoi presupposti applicativi, non può essere limitato dalla superiore barriera euro-unitaria costruita attorno ai principi di legalità algoritmica, a meno che l'inosservanza di questi ultimi non pregiudichi l'effettività delle norme europee, ossia l'esercizio dei diritti in esse previsti in capo al privato⁶⁸.

La seconda nota critica si riferisce all'ambito applicativo del *GDPR*, notoriamente riguardante i soli procedimenti caratterizzati dal trattamento dei dati personali: se ne desume che la primazia del diritto europeo non avrebbe comunque capacità di rafforzamento con riguardo alle garanzie di procedimenti che non contemplino un siffatto trattamento⁶⁹.

Certo, si potrebbe tranquillamente affermare che almeno i principi di conoscibilità e di non discriminazione (maggiori dubbi, invece, si pongono rispetto al principio di non esclusività) travalichino i confini del *GDPR*⁷⁰, assurgendo a

⁶⁶ La giurisprudenza è, ad oggi, salda nel riconoscimento della natura processuale: *ex multis*, Cons. St., Sez. VI, n. 990/2017, cit.; Sez. V, 15 luglio 2019, n. 4964, in www.giustizia-amministrativa.it; Sez. II, 9 gennaio 2020, n. 165 e 12 marzo 2020, n. 1800 e 14 marzo 2022, n. 1790, *ibidem*; Sez. VI, 20 gennaio 2022, n. 359, *ibidem*. La questione sarà approfondita *infra*.

⁶⁷ Sul concetto di autonomia procedurale, Corte giust. CEE, 16 dicembre 1976, C-33/76, *Rewe-Zentralfinanz eG e Rewe-Zentral AG c. Landwirtschaftskammer für das Saarland*, in eur-lex.europa.eu. In argomento si vedano D.U. Galetta, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost? Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino, 2009; di recente, A. Iermano, *I principi di equivalenza ed effettività tra autonomia procedurale e 'limiti' alla tutela nazionale*, in *Dir. Un. eur.*, 2019, 3, 525 ss. Sul rilievo dell'autonomia procedurale degli Stati membri in relazione all'ipotesi di conflitto tra l'art. 21-octies, co. 2, e il diritto europeo, cfr. S. Civitarese Matteucci, *Obbligo di interpretazione conforme al diritto UE e principio di autonomia procedurale in relazione al diritto amministrativo nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 6, 1186-1188. Da ultimo, Cons. St., Sez. IV, 9 luglio 2020, n. 4403, in www.giustizia-amministrativa.it, ha confermato che «l'applicazione del diritto europeo [...] deve sottostare alle regole del processo amministrativo».

⁶⁸ Così, F. Nassuato, *op. cit.*, 165.

⁶⁹ Cfr. S. Civitarese Matteucci, *Umano troppo umano*, cit., 27.

⁷⁰ F. Nassuato, *op. cit.*, 165. Per il principio di conoscibilità, si veda Cons. St., Sez. VI, n. 8472/2019, cit., che effettua un collegamento diretto tra tale principio e quello generale di buona amministrazione *ex art. 41* della Carta di Nizza, del quale esso costituisce «diretta applicazione specifica». Il principio di non discriminazione è, invece, un corollario del principio di eguaglianza, sancito a livello europeo dall'art. 9 TUE e dall'art. 20 della Carta di Nizza. Sul principio di non esclusività, F. Nassuato, *op. cit.*, 166, secondo la quale l'art. 22

principi generali dell'ordinamento europeo e trovando applicazione anche per i residuali procedimenti⁷¹. Rimarrebbe, però, il fatto che, per il principio di autonomia procedurale, l'art. 21-*octies*, co. 2, continuerebbe ad essere applicabile, senza limiti di sorta, pur con riferimento a inosservanze di siffatti principi.

6.3. *Un cambio di prospettiva: la valenza sostanziale e non formale dei principi di legalità algoritmica*

Alla luce di quanto sopra argomentato, la conclusione è che non vi sono ragioni per negare la dequotazione dei vizi connessi all'inosservanza dei principi di legalità algoritmica. Tutto ciò, però, partendo dall'inevitabile premessa che questi ultimi posseggono una natura meramente formale o procedimentale.

Impostando diversamente la questione, v'è da chiedersi, in prima battuta, se questi principi abbiano effettivamente un siffatto valore o, piuttosto, non acquisiscano una connotazione sostanziale: se non si trattasse di vizi di forma o di procedimento, infatti, il temuto comma 2 dell'art. 21-*octies* non riceverebbe attuazione.

Al riguardo, non si pongono dubbi sul principio di non discriminazione, diretta espressione del principio di uguaglianza.

Qualche dubbio in più si pone per il principio di conoscibilità, che certa dottrina ricollega all'obbligo di motivazione *ex art.* 3 della l. 241/1990⁷².

Invero, la valenza sostanziale del principio in questione emerge chiaramente nel momento in cui si riflette sulla circostanza che, essendo il procedimento automatizzato caratterizzato da un'esigua partecipazione umana, la conoscibilità/comprendibilità, intesa come necessità di dare una "forma" intelligibile alle risultanze algoritmiche, si ammanta di un forte valore giuridico che non può essere in alcun modo sacrificato. Se il diritto è «un viaggio dell'uomo nell'uomo, un'avventura antropologica»⁷³, allora la sua funzione è di rispondere alle esigenze umane, sicché una decisione amministrativa non comprensibile perderebbe la sua onto-

GDPR, che si è visto essere la disposizione del Regolamento connessa al principio in questione, è una regola accompagnata da eccezioni, la cui ampiezza pone il dubbio circa il residuo ambito di applicazione della regola.

⁷¹ Ciò per il rinvio di cui all'art. 1, co. 1, della l. n. 241/1990.

⁷² F. Nassuato, *op. cit.*, 166, che, a sostegno, richiama quella giurisprudenza secondo cui la violazione dell'obbligo di motivazione non integra un mero vizio di forma o di procedura, ma si ammanta di una valenza sostanzialistica: cfr. Cons. St., Sez. III, 7 aprile 2014, n. 1629, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Sez. VI, 18 luglio 2016, n. 3194, 27 aprile 2021, n. 3385, e 23 agosto 2021, n. 6018, *ibidem*; Sez. II, 6 maggio 2020, n. 2860, *ibidem*. Non si tratta, però, di un orientamento unitario: cfr. Cons. St., Sez. IV, 28 marzo 2018, n. 1959 e 21 febbraio 2019, n. 1201, *ibidem*. V. nota 61 per l'affine problema dell'integrazione della motivazione (o motivazione postuma).

⁷³ F. Caringella, G. Rovelli, *Il ragionamento giuridico*, Arzano, 2021, XVI.

logica giuridicità, la sua tendenziale natura di comporre un quadro armonico tra gli interessi degli uomini all'interno di una società.

La violazione di questi due principi, perciò, non integra un mero vizio procedimentale, invalidando in ogni caso il provvedimento amministrativo che ne sia affetto.

Il discorso sul principio di non esclusività, invece, appare connotato da una complessità intrinseca, che discende, *in primis*, dal suo fondamento.

Esso si collega all'ineliminabile componente umana all'interno del procedimento, trovando, dunque, radici nella «particolare interpretazione ed applicazione di alcune specifiche regole procedurali contenute nella l. 241/1990»⁷⁴.

Per poter teorizzare la resistenza del principio di non esclusività alla dequotazione dei vizi formali e procedimentali, si richiede, dunque, l'individuazione di un suo fondamento sostanziale e non solo procedurale.

Una recente dottrina focalizza l'attenzione sulle norme che attribuiscono compiti al responsabile del procedimento (art. 6 della l. 241/1990)⁷⁵, espressione di un generale principio antropomorfo⁷⁶.

Normalmente, le norme sul responsabile vengono considerate meramente procedurali⁷⁷, anche perché, in caso di omessa nomina e individuazione della figura, «supplisce il criterio legale d'imputazione del ruolo al dirigente preposto all'unità organizzativa competente»⁷⁸.

Tuttavia, in un procedimento algoritmico in cui l'automazione fosse astrattamente assoluta, il responsabile non interverrebbe mai nella sequenza, mentre mediante il principio di non esclusività si esaltano le garanzie riconnesse alla sua presenza e ai suoi compiti, evitando una pretermissione definitiva del contributo umano nella dinamica procedimentale: non dobbiamo dimenticare, infatti, che

⁷⁴ F. Nassuato, *op. cit.*, 167.

⁷⁵ F. Nassuato, *op. cit.*, 170 ss.

⁷⁶ L'esistenza di un principio antropomorfo è sostenuta da S. Civitarese Matteucci, *“Umano troppo umano”*, cit., 22: «[è] degna di nota la contrapposizione tra le formule impiegate rispettivamente all'art. 4 e all'art. 5. Nel primo si parla, asetticamente, dell'unità organizzativa responsabile del procedimento, nel secondo del responsabile del procedimento [...] come di un “dirigente” o altro dipendente addetto all'unità. Non a caso, i primi commentatori della legge sul procedimento sottolinearono la novità costituita dal fatto che grazie a questa disciplina sul responsabile del procedimento si dava corpo all'idea di un'interfaccia “in carne e ossa” dell'amministrazione con i cittadini». Ad avviso di E. Carloni, *I principi della legalità algoritmica*, cit., 283, «è chiara la presenza di un funzionario “umano” e di relazioni “tra persone” sullo sfondo della legge 241 del 1990. In particolare, la figura del “responsabile del procedimento”, che nel quadro della riforma degli anni '90 del secolo scorso era rivolta dichiaratamente a “dare un volto umano” all'amministrazione, ad evitare dinamiche di “spersonalizzazione burocratica”, e difficilmente, sia per motivi testuali che per ragioni di fondo, si presta ad essere trasposta su una dimensione di completa, o comunque sostanziale, automatizzazione».

⁷⁷ Sulla valenza meramente procedurale di tali disposizioni, M. Immordino, M.C. Cavallaro, N. Gullo, *Il responsabile del procedimento amministrativo*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 542.

⁷⁸ Cons. St., Sez. III, 24 settembre 2013, n. 4694, in www.giustizia-amministrativa.it.

«pure in presenza di un procedimento affidato interamente agli algoritmi [...] la sorte della decisione amministrativa è rimessa, o è comunque riconducibile, alla libertà/discrezionalità/responsabilità del decisore umano», il quale ben potrebbe discostarsi dal provvedimento automatizzato, fornendone le ragioni⁷⁹.

La valenza sostanziale di queste disposizioni emerge, altresì, per il pregiudizio che la loro eventuale violazione provoca per la partecipazione del privato al procedimento⁸⁰. Non è erroneo, perciò, connettere il principio di non esclusività agli istituti partecipativi, così da enfatizzarne la portata garantistica.

È nota la giurisprudenza secondo la quale, in presenza di un'attività interamente vincolata (che è il campo di riferimento del primo paragrafo dell'art. 21-*octies*, co. 2), la partecipazione del privato risulterebbe del tutto superflua. Si tratta, invero, di un orientamento non unitario e non del tutto condivisibile, dovendosi piuttosto distinguere «tra i casi in cui i fatti che ne costituiscono il presupposto e la loro valutazione siano pacifici ed incontestati da parte del privato, casi nei quali appare superfluo ogni spazio di intervento da parte del cittadino inciso, e i casi in cui, invece, tali presupposti siano contestati e la partecipazione del privato appaia proficua, essendovi circostanze che, qualora fossero state rappresentate dall'interessato, avrebbero potuto indurre l'autorità a chiudere il procedimento in senso favorevole all'interessato stesso»⁸¹.

Nelle ipotesi di fatti complessi o ad accertamento complesso, dunque, il privato sarebbe in grado di influire concretamente sul contenuto della decisione vincolata: la partecipazione avrebbe, anche in tal caso, un risvolto garantistico sostanziale tale da paralizzare l'applicazione dell'art. 21-*octies*, co. 2⁸².

Come ben sottolineato in dottrina, insomma, «la triangolazione fra partecipazione procedimentale, necessario intervento del responsabile umano e divieto di procedimenti interamente automatizzati incardinerebbe uno strumento di garanzia sostanziale – e non dequotabile – per i destinatari dell'azione amministrativa, che peraltro confliggerebbe con l'ipotesi di attuare il contraddittorio

⁷⁹ Così G. Sorrentino, *Funzione amministrativa, Costituzione e algoritmi. Divagazioni minime*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, 2020, 4721 ss.

⁸⁰ M. Immordino, M.C. Cavallaro, N. Gullo, *op. cit.*, 542.

⁸¹ Cons. St., Sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1281, in www.giustizia-amministrativa.it; in termini, Sez. III, 14 settembre 2021, n. 6288, *ibidem*, secondo cui, in caso di «situazioni peculiari e giuridicamente complesse», la «natura vincolata degli atti impugnati non costituisce valido motivo per omettere il rispetto delle garanzie partecipative [...] anche nell'ipotesi di provvedimenti a contenuto totalmente vincolato, sulla scorta della condivisibile considerazione che la pretesa partecipativa del privato riguarda anche l'accertamento e la valutazione dei presupposti sui quali si deve comunque fondare la determinazione amministrativa».

⁸² «La partecipazione, insomma, assumerebbe sempre di più le sembianze di un meta-principio di garanzia del giusto procedimento automatizzato, in grado di porsi a fondamento della valenza sostanzialistica del principio di non esclusività algoritmica, sottraendolo così all'applicazione dell'art. 21-*octies*, comma 2, anche in virtù del suo collegamento con il principio europeo di buona amministrazione»: F. Nassuato, *op. cit.*, 172.

solamente nella fase finale del procedimento, ossia facendolo vertere su uno schema di decisione già preconfezionato dallo strumento algoritmico»⁸³.

Ad abundantiam, non è peregrino ricordare che un ancor più recente contributo, meritoriamente, ricollega il principio a una imprescindibile “riserva di umanità”, che, a sua volta, ha un suo saldo appiglio nella tutela costituzionale della dignità umana, con ciò confermandone la portata sostanziale⁸⁴.

Semberebbe potersi concludere, in definitiva, nel senso della resistenza alla dequotazione anche con riferimento al principio di non esclusività⁸⁵.

D'altronde, a medesime conclusioni – ossia la natura sostanziale dei principi di legalità algoritmica – si giunge anche attenzionando l'ambito applicativo dell'art. 21-*octies*, co. 2, nei procedimenti tradizionali. Come si è già visto, infatti, la giurisprudenza fa uso della disposizione ogniqualvolta il vizio inficiante il provvedimento non possa in alcun modo alterarne la sostanza: si tratta di ipotesi in cui le guarentigie procedurali appaiono del tutto recessive, stante l'assoluta incontestabilità della decisione amministrativa a prescindere dalla regolarità procedurale, che, dunque, potrebbe essere svolta – indistinguibilmente – da un uomo o da una macchina.

Orbene, poiché i principi di legalità algoritmica trovano concretezza in tutti quei casi, assolutamente maggioritari, in cui l'attività della macchina, proprio per via della sua intrinseca distinzione con quella umana, rischia di causare distorsioni al procedimento e, conseguentemente, al provvedimento, incidendo, perciò, sulla sua sostanza, è chiaro come siffatti principi non possano che avere, a loro volta, una connotazione sostanziale.

Ovviamente, questo non significa che, in linea di principio, il primo alinea dell'articolo non possa mai trovare applicazione. Vi sono, infatti, vizi formali degli atti automatizzati che non presentano necessariamente una valenza sostanziale e non si ricollegano ai principi di legalità algoritmica appena esaminati⁸⁶. In questi casi, sia pur limitati, non si può escludere l'intervento del meccanismo di sanatoria dell'art. 21-*octies*, co. 2. Si pensi, a titolo puramente esemplificativo, al difetto discendente dalla mancata indicazione del termine e dell'autorità avanti alla quale è possibile impugnare l'atto (art. 3, co. 4, l. 241/1990)⁸⁷.

⁸³ F. Nassuato, *ibidem*.

⁸⁴ G. Gallone, *Riserva di umanità*, cit., 41 ss.

⁸⁵ Tra l'altro, i tre principi andrebbero sempre considerati reciprocamente interdipendenti, sicché la forza sostanziale di uno dovrebbe diffondersi automaticamente agli altri due: A. Simoncini, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, cit., 37; M.C. Cavallaro, G. Smorto, *op. cit.*, 18-19.

⁸⁶ In un'ottica comparatistica, si ripropone in questa sede la distinzione, operata dalla dottrina francese, tra formalità “sostanziali” e formalità “non sostanziali”: v. A. Calogeropoulos, *Le contrôle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Parigi, 1983, 189; R. Chapus, *Droit administratif général*, Parigi, 1995, 906.

⁸⁷ In realtà, però, è importante evidenziare che, con riferimento a questi vizi – che, invero, costituiscono delle mere irregolarità –, il giudice amministrativo non ha bisogno di invocare l'art. 21-*octies*, co. 2, per elu-

7. *Il peculiare caso del vizio di motivazione*

Diversa natura ha il vizio di motivazione nel momento in cui il procedimento segue le logiche di uno strumento di automazione.

Com'è noto, il dibattito sulle conseguenze della violazione dell'obbligo di motivazione è particolarmente ampio⁸⁸, riflettendosi sugli attigui problemi dell'applicabilità dell'art. 21-*octies*, co. 2, e dell'ammissibilità di una motivazione "successiva" o "postuma".

Non essendo questa la sede per approfondire la cospicua dottrina con riguardo a siffatto tema, ci si limita a ripercorrere le due letture, presenti in giurisprudenza, in relazione alla natura dell'obbligo di motivazione⁸⁹.

Sulla base di un primo orientamento, il difetto di motivazione non subisce la dequotazione riservata ai vizi di forma e di procedimento, sicché la sua presenza rende annullabile il provvedimento.

Un secondo filone giurisprudenziale considera, invece, ininfluenza tale vizio in presenza di provvedimenti vincolati, perché, connotando l'obbligo di motivazione da un punto di vista sostanziale, ritiene che, in presenza di un provvedimento

dere l'annullabilità del provvedimento. Le prescrizioni non rispettate «non hanno la finalità di indirizzare il processo decisionale dell'amministrazione, condizionandone la finale composizione di interessi [...]», in quanto «sono estranee al *decision-making process* e hanno di mira esclusivamente altri interessi, la cui eventuale lesione non può in alcun modo influire sulla corretta determinazione del contenuto decisionale del provvedimento»: così, A. Romano Tassone, *Vizi formali*, cit.; M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 429, considera queste irregolarità una «sorta di inosservanza di legge [...] innocua». Per ulteriori esempi di irregolarità, si consenta il rinvio a B.G. Mattarella, *Il provvedimento amministrativo: struttura del provvedimento*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, cit., 1019-1020; R. Villata, *L'atto amministrativo*, in L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 839; F. Luciani, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, 2003, 292 ss.

⁸⁸ Si passa, dapprima, dalla concezione c.d. "psicologica" (C.M. Iaccarino, *Studi sulla motivazione*, Società editrice del Foro italiano, Roma, 1933) all'impostazione sostanzialistica, secondo cui «ciò che balza in rilievo non è la motivazione, ma sono il motivo o il presupposto nella loro realtà effettiva (...) conta ciò che si è fatto, non ciò che si è dichiarato di voler fare»: M.S. Giannini, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 265 ss. Entrambe le posizioni vengono criticate da A. Romano Tassone, *Motivazione nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Appendice, XIII, Torino, 1997, 684, secondo cui alla concezione "psicologica" la legge oppone le ragioni giuridiche "oggettive", discendenti dalle risultanze dell'istruttoria, mentre alla concezione sostanzialistica la legge oppone la necessità di un segno linguistico. Da qui, in dottrina emerge un nuovo profilo della motivazione, la quale dovrebbe fornire degli elementi giustificativi della decisione a quei soggetti che possono valutarne la legittimità (ossia il soggetto inciso dal provvedimento, in quanto potenziale ricorrente, la collettività, ai fini della legittimazione democratica del potere, e il giudice amministrativo): in questi termini, v. Id., *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, 14; sulla stessa linea, cfr. G. Corso, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Milano, 2001, 774 ss.; A. Cassatella, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013, 249 ss.

⁸⁹ G. Mannucci, *op. cit.*, *passim*.

che non avrebbe potuto avere un contenuto diverso da quello in concreto adottato, l'eventuale difetto si ponga solo su un piano formale, e dunque sia dequotabile⁹⁰.

Orbene, a prescindere dalle successive considerazioni che verranno svolte con riferimento all'automazione procedimentale, diversi sono gli elementi a favore dell'orientamento garantista-formalista rispetto a quello sostanzialista-giurisdizionale.

In primis, la motivazione costituisce un'illustrazione del processo decisionale seguito dall'amministrazione per l'adozione di un atto: in questo senso, essa consente di «cogliere eventuali vizi del provvedimento o del processo di formazione del provvedimento, ed è in ciò che se ne manifesta la “sostanza”»⁹¹.

In secundis, la stessa lettura dell'art. 21-*octies*, co. 2, nel momento in cui esclude l'annullamento dell'atto laddove sia «palese in giudizio» che lo stesso non avrebbe potuto avere un contenuto diverso da quello adottato in concreto, implicitamente conforta sull'importanza, tanto formale quanto sostanziale, dell'ob-

⁹⁰ Il tema s'intreccia con il tradizionale divieto di motivazione postuma del provvedimento. Per una rassegna dei diversi argomenti a favore del divieto di integrazione postuma della motivazione, v. M. Occhiena, *Il divieto di integrazione in giudizio della motivazione ed il dovere di comunicare l'avvio dei procedimenti ad iniziativa di parte: argini a contenimento del sostanzialismo*, in *Foro amm. TAR*, 2003, 535 ss. Successivamente, in particolare con la riforma del 2005 della l. n. 241/1990 e l'entrata in vigore dell'art. 21-*octies*, co. 2, in giurisprudenza si è manifestata una tendenza ad ammettere l'integrazione in corso di giudizio della motivazione – che implicitamente postula una convalida del provvedimento – entro certi limiti, ossia quando si tratti di atti vincolati, in fase endoprocedimentale siano percepibili le ragioni sottese all'emissione del provvedimento gravato e non sia stato leso il diritto di difesa dell'interessato: cfr. Cons. St, Sez. IV, 4 marzo 2014, n. 1018, in *www.giustizia-amministrativa.it*. La dottrina ha, al riguardo, individuato una “circolarità” delle affermazioni giurisprudenziali che, prima, tentano di ampliare il portato dell'art. 21-*octies* per ricomprendervi il difetto di motivazione e, poi, adoperano la norma per giustificare l'integrazione postuma: in questi termini, v. R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 279 ss. Più di recente, la giurisprudenza amministrativa ha escluso l'integrazione postuma della motivazione: infatti, «[a]nche a seguito dell'introduzione da parte del legislatore [...] della regola della non applicabilità della misura caducatoria in presenza di difformità dallo schema legale che non abbiano influenzato la composizione degli interessi prefigurata nel dispositivo della decisione [...], le pronunce che hanno ritenuto di fare applicazione della predetta clausola di non annullabilità, considerando il difetto di motivazione come vizio di carattere meramente formale reso irrilevante dall'accertamento che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, sono rimaste sporadiche e isolate, in quanto l'indirizzo maggioritario della giurisprudenza amministrativa si è ben presto orientato nel senso che “il difetto di motivazione nel provvedimento non può essere in alcun modo assimilato alla violazione di norme procedurali o ai vizi di forma [...] e, per questo, (costituisce) un presidio di legalità sostanziale insostituibile, nemmeno mediante il ragionamento ipotetico che fa salvo, ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990, il provvedimento affetto dai cosiddetti vizi non invalidanti”» (Cons. St, Sez. IV, 7 giugno 2023, n. 5592, in *www.giustizia-amministrativa.it*). In questi termini, i giudici amministrativi si sono conformati anche all'orientamento sviluppato, nel mentre, dalla Corte costituzionale, che ha evidenziato a chiare lettere l'importanza della motivazione come «il presupposto, il fondamento, il baricentro e l'essenza stessa del legittimo potere amministrativo» (ord. 26 maggio 2015, n. 92, in *www.cortecostituzionale.it*), nonché della Corte di giustizia dell'Unione europea, che qualifica la motivazione come “forma sostanziale” e motivo d'ordine pubblico, il cui vizio è da sollevarsi d'ufficio (*ex plurimis*, Sez. VII, 11 aprile 2013, n. 652, C-652/11).

⁹¹ In questi termini, M.C. Cavallaro, *Attività vincolata dell'amministrazione e sindacato giurisdizionale*, in *Il Processo*, 2020, 1, 12.

bligo di motivazione, atteso che trattasi dell'«unico elemento dal quale il giudice può desumere la circostanza predetta»⁹².

La rilevanza dell'obbligo di motivazione emerge in maniera ancor più forte nell'ipotesi di provvedimenti adottati mediante i nuovi strumenti digitali di automazione.

Nel procedimento automatizzato, infatti, l'obbligo di motivazione si ricollega al più generale principio di conoscibilità/comprendibilità, incidente sul piano sostanziale e non formale.

Inoltre, preso atto che le garanzie partecipative canoniche, nella loro attuale configurazione, difficilmente riescono a incidere sulle logiche dello strumento informatico e sulla sequenza di operazioni dallo stesso sviluppata⁹³, ammettere finanche un'integrazione *ex post* della motivazione (dunque, considerare il vizio di motivazione come meramente formale) risulta oltremodo lesivo delle «irrinunciabili» garanzie della legge sul procedimento amministrativo⁹⁴.

L'immediata conclusione è che, nei procedimenti automatizzati vincolati, il difetto di motivazione non può essere sanato dalla norma in commento⁹⁵, e ciò per l'intrinseca rilevanza, nel caso di specie, della motivazione sul piano sostanziale: essa, infatti, costituisce l'aggancio ultimo del procedimento automatizzato al mondo degli uomini⁹⁶.

Si conferma, dunque, quella dottrina che aveva, a suo tempo, evidenziato come la motivazione non fosse un mero requisito di forma del provvedimento, ma elemento essenziale dello stesso⁹⁷.

⁹² M.C. Cavallaro, *op. cit.*, 13, che, tra l'altro, ritiene che la giurisprudenza che ammette la motivazione postuma conforti siffatta lettura, poiché l'integrazione *ex post* non avrebbe tanto lo scopo di sanare un presunto vizio di forma, ma quello di «accettare in modo palese che l'atto non avrebbe potuto avere un contenuto diverso da quello in concreto adottato».

⁹³ *Ex multis*, I. Alberti, *La partecipazione procedimentale per legittimare gli algoritmi nel procedimento amministrativo*, in R. Cavallo Perin (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, Torino, 2021, 285 ss.; G. Pinotti, *Amministrazione digitale algoritmica e garanzie procedurali*, in *Labour&Law Issues*, 2021, 1, 88 ss.

⁹⁴ Così ritenute dallo stesso Cons. St., Sez. V, n. 8472/2019, cit., con riguardo al procedimento automatizzato.

⁹⁵ Nei procedimenti automatizzati, perciò, può dirsi che torna quell'orientamento tradizionale della prima giurisprudenza che assimilava l'obbligo di motivazione con il dovere di *clare loqui* dell'amministrazione, ossia quel dovere a fronte del quale «sorge per il privato la legittima aspettativa a conoscere il contenuto e le ragioni giustificative del provvedimento incidente sui suoi interessi, anche al fine di poter esercitare efficacemente le prerogative di difesa dinanzi all'autorità giurisdizionale» (Cons. St., Sez. VI, 4 novembre 2013, n. 5293, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

⁹⁶ Per approfondire, D. Diaco, *L'algoritmo di cristallo: alcune considerazioni in tema di trasparenza algoritmica (nota a T.A.R. Lazio, Sez. III-ter, n. 10788/2023)*, in *GiustAmm.it*, 2023, 7, 9 ss.

⁹⁷ F.G. Scoca, *I vizi formali nel sistema delle invalidità dei provvedimenti amministrativi*, in V. Parisio (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano, 2004, 55 ss. Secondo D.U. Galetta, *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie: brevi riflessioni, anche alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali in materia*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, 2021, III, 2220, «[c]he questa autorevole Dottrina non sia rimasta inascoltata emerge [...] chiaramente anche dagli arresti giurisprudenziali del Consiglio di Stato in

L’intellegibilità umana delle logiche espresse nel linguaggio e nella logica *machinaria* sovrasta qualunque *ratio* sottostante all’art. 21-*octies*, co. 2, che sappiamo essere normalmente ricondotto ai principi di buon andamento, efficacia, efficienza, risultato⁹⁸.

8. *L’omessa comunicazione di avvio del procedimento automatizzato*

Passando, adesso, alla disamina del secondo alinea dell’art. 21-*octies*, co. 2⁹⁹, è importante chiarire l’importanza della comunicazione d’avvio del procedimento in un contesto di automazione totale (*rectius*, in un procedimento a decisione automatizzata).

In altra sede, è stato valorizzato il ruolo che potrebbe avere la comunicazione di avvio ai fini della trasparenza algoritmica¹⁰⁰. Se, infatti, l’atto in questione diviene il canale privilegiato per la conoscibilità del *pre-software*, ossia delle istruzioni impartite dall’amministrazione per la programmazione della macchina, alla luce del primo principio di legalità algoritmica, la sua omissione resisterà alla dequotazione di cui al comma 2 dell’art. 21-*octies*.

È, tuttavia, altrettanto vero che non necessariamente il *pre-software* deve pervenire alla conoscenza dell’interessato mediante comunicazione. Adottando un modello a partecipazione successiva (che, in realtà, sembrerebbe auspicabile rispetto a quello a partecipazione preventiva teorizzato dalla dottrina¹⁰¹ e dalla giurisprudenza¹⁰²), non si può escludere che il *pre-software* emerga nella motivazione del provvedimento automatizzato, consentendo, comunque, al privato di

tema di decisione algoritmica qui esaminati [il riferimento è, principalmente a Cons. St., Sez. VI, n. 8479/2019, cit.]: che è proprio intorno al rispetto del “principio di motivazione e/o giustificazione della decisione” – cui è riconducibile appunto l’esigenza di trasparenza sull’uso e sul contenuto dell’algoritmo – che costruiscono l’intero loro ragionamento».

⁹⁸ Si tratta del classico problema delle tecnologie di automazione circa il bilanciamento tra il grande apporto in termini di efficienza e la perdita in termini di intellegibilità: sul tema, in particolare con riferimento alle diverse opacità di queste ultime v., *ex multis*, F. Di Porto, *Opacità algoritmica e trasparenza delle decisioni*, in R. Cavallo Perin, *op. cit.*, 69 ss.; G. Lo Sapio, *La trasparenza sul banco di prova dei modelli algoritmici*, in *Federalismi.it*, 2021, 11, 242 ss.

⁹⁹ Per una disamina della giurisprudenza sull’omessa comunicazione di avvio del procedimento alla luce del 21-*octies*, co. 2, cfr. Cons. St., Sez. VII, 4 gennaio 2023, n. 151, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lazio-Roma, Sez. I, 4 febbraio 2020, n. 1461, *ibidem*; Sez. II, 2 marzo 2020, n. 2663, *ibidem*; T.A.R. Lombardia-Brescia, Sez. II, 30 settembre 2020, n. 672, *ibidem*; T.A.R. Lazio-Roma, Sez. II, 3 febbraio 2021, n. 1388, *ibidem*; T.A.R. Campania-Napoli, Sez. IV, 1° settembre 2021, n. 5679, *ibidem*.

¹⁰⁰ D. Diaco, *op. ult. cit.*, 7-9.

¹⁰¹ *Ex plurimis*, G. Avanzini, *Decisioni amministrative*, cit., *passim*.

¹⁰² Si rinvia a Cons. St., n. 2270/2019, cit.

instaurare il contraddittorio in una fase immediatamente successiva, una sorta di prolungamento del procedimento stesso¹⁰³.

Con quest'ultima impostazione, l'omessa comunicazione di avvio del procedimento acquisisce una connotazione ben diversa, esulando dal principio di conoscibilità/comprendibilità cui, invece, si è prima fatto riferimento: non sarebbe, cioè, da escludere *a priori* che, in tali circostanze, il vizio possa essere dequato, indipendentemente dal fatto che il procedimento sia stato avviato *ex officio* o su istanza di parte.

9. Conclusioni

Le riflessioni svolte s'inseriscono pienamente nella rivoluzione 4.0 della pubblica amministrazione¹⁰⁴, collocandosi lungo un filo sottile che consente di rimanere in equilibrio tra la necessità di «vincere la permanente tendenza a irrigidire le regole nell'ambito del diritto amministrativo per l'uso delle TIC (sempre più severe di quelle del diritto privato) e, allo stesso tempo, [...] evitare di ritenere che l'intelligenza artificiale (IA) sia la rivoluzione definitiva nella PA, che cambia tutto»¹⁰⁵.

L'avvento delle tecnologie di automazione porta inevitabilmente con sé una serie di ansie e preoccupazioni, del tutto lecite. Altrettanto lecito, però, è domandarsi se queste possano contribuire a fornire una chiave di lettura diversa del nostro sistema amministrativo, delle sue garanzie per i cittadini, dei suoi principi cardine. Ed è proprio questo ciò che si è tentato di dimostrare, in tale sede, con riferimento al dibattito art. 21-*octies*, co. 2.

Provando a trarre delle conclusioni, quanto osservato nei precedenti paragrafi dovrebbe se non altro contribuire a definire in maniera più chiara cosa si debba intendere per forma e per vizi formali e procedurali.

Si condivide, al riguardo, quell'opinione dottrinale che distingue tre categorie di vizi formali¹⁰⁶.

La prima concerne i vizi formali per marginalità della violazione, inquadrati già dalla più risalente dottrina come mere irregolarità e, dunque, di per sé sottratte al regime d'invalidità per violazione di legge¹⁰⁷. Il comma 2 dell'art. 21-*octies*

¹⁰³ D. Diaco, *Amministrazione umana versus amministrazione algoritmica: prolegomeni su un modello procedimentale a partecipazione successiva*, in *Judicium*, 10 novembre 2023, *passim*.

¹⁰⁴ D.U. Galetta, J.G. Corvalán, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 2019, 3, 2-3.

¹⁰⁵ I.M. Delgado, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi?*, in *Ist. fed.*, 2019, 3, 644.

¹⁰⁶ V. Cerulli Irelli, *Note critiche*, cit., 195 ss.

¹⁰⁷ Si pensi alla necessità di indicare termini e organi davanti ai quali è impugnabile il provvedimento amministrativo, o, ancora, il responsabile del procedimento; si pensi, ancora, ad alcune violazioni della norma-

ivi escluderebbe l’annullamento del provvedimento per siffatti vizi anche nei procedimenti ottenuti mediante automazione¹⁰⁸.

La seconda macroarea di *deficit* formali riguarda quelle norme che, nonostante la violazione, hanno in ogni caso raggiunto il loro scopo¹⁰⁹. È in questa categoria che – a nostro avviso – va ricondotta l’omessa comunicazione di avvio del procedimento.

Per riassumere, la violazione dell’art. 7 della l. 241/1990 è irrilevante laddove il soggetto portatore dell’interesse abbia comunque avuto modo di esercitare i suoi diritti di partecipazione. Se, dunque, come si ritiene preferibile, viene adottato un modello procedimentale a partecipazione successiva, il rilievo dell’omessa comunicazione acquisisce una portata del tutto marginale nel momento in cui l’interessato venga, in ogni caso, a conoscenza (ad es., in sede di motivazione del provvedimento) di tutti i dettagli circa le istruzioni fornite dall’amministrazione e la logica seguita dal sistema informatico per l’assunzione della decisione. Nessun dubbio, insomma, si manifesterebbe circa la dequotazione operata dalla norma in commento.

Infine, vi è la categoria dei vizi formali ininfluenti sul contenuto dispositivo del provvedimento, ossia quei vizi che non incidono sul precetto provvedimentale, ma hanno comunque un rilievo sostanziale non di poco conto in termini di comprensibilità dell’intera sequenza procedimentale.

Si pensi nuovamente al difetto di motivazione, la cui presenza influisce in termini di intellegibilità della decisione amministrativa, tanto nei procedimenti tradizionali quanto in quelli automatizzati.

V’è, però, una sottile differenza: se, nei primi, vi può essere una previsione, anche da parte dell’interessato, circa l’*iter* logico seguito da un funzionario amministrativo (che, in sostanza, dovrebbe limitarsi ad accertare i requisiti previsti per l’esercizio del potere), la medesima non è del tutto possibile quando a prendere la decisione sia una macchina. Ciò, forse, non crea problemi nei procedimenti in cui l’atto è obbligatorio *ex ante*, ma certamente li pone laddove vi sia stata una riduzione della discrezionalità. In questi casi, infatti, la non predeterminabilità *a priori* della fattispecie induce a qualche considerazione aggiuntiva sulla corretta programmazione del *software* che s’impiegherà per lo svolgimento della procedu-

tiva elettorale, fiscale o sulle procedure di notificazione. Per approfondire, V. Cerulli Irelli, *op. ult. cit.*, 196-197.

¹⁰⁸ Si è già detto che non necessariamente occorrerebbe riferirsi all’art. 21-*octies*, co. 2, per escludere l’annullabilità del provvedimento: a favore dell’inquadramento dell’irregolarità nel primo disposto dell’art. 21-*octies*, co. 2, cfr. A. Romano Tassone, *Vizi formali*, cit., secondo il quale, «a dispetto di qualche imprecisione del dettato normativo [...] è di immediata evidenza che, se il vizio denunciato risulta in “astratto” inidoneo a compromettere la correttezza del dispositivo del provvedimento, ciò si verificherà necessariamente anche in concreto»; L. Ferrara, *I riflessi sulla tutela giurisdizionale*, cit., 605; G. Virga, *Le modifiche ed integrazioni alla legge n. 241 del 1990 recentemente approvate. Osservazioni derivanti da una prima lettura*, in www.lexitalia.it, 2005, 1.

¹⁰⁹ Sono le ipotesi c.d. di “irregolarità estesa, forte o non minimale” (contrapposte alle precedenti irregolarità, per l’appunto, “deboli o minimali”): cfr. G. Morbidelli, *Invaldità*, cit., 88; F. Luciani, *Il vizio formale*, cit., 292 ss.

ra, sicché è del tutto doveroso, soprattutto alla luce del principio di conoscibilità, che il privato sia messo nelle condizioni di capire appieno l'*iter* seguito dalla macchina per l'adozione del provvedimento che lo riguarda.

Traendo, quindi, le fila del discorso, si può certamente concludere che l'avvento delle nuove tecnologie digitali riesumi un'importanza della forma che non può essere sottaciuta.

Invero, già negli anni '80, la dottrina aveva ritenuto che «la condizione ottimale di ogni società giuridicamente organizzata [stesse] nell'equilibrata presenza e nel corretto temperamento della componente sostanziale e della componente formale del diritto»¹¹⁰.

Si ritiene di poter condividere apertamente quest'ultima riflessione. Nell'era delle nuove tecnologie, specie di IA, la forma offre una garanzia sostanziale, che è garanzia di umanità: aiuta, cioè, a inserire l'operato della macchina all'interno del sistema giuridico, un sistema degli uomini e per gli uomini¹¹¹.

¹¹⁰ A. Falzea, *Forma e sostanza nel sistema culturale del diritto*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica civile*, Milano, 1999, I, 178.

¹¹¹ In termini, v. anche G. Gallone, *Riserva di umanità*, cit., 196-197, in riferimento alla violazione della riserva d'umanità: «[q]uanto osservato [...] con riguardo al rapporto tra riserva di umanità ed esercizio del potere amministrativo [...] spinge a ritenere che essa possa essere considerata una norma sul procedimento. Il che potrebbe importare, in teoria, l'applicabilità, nell'ipotesi di attività amministrativa vincolata, del meccanismo disegnato dall'art. 21-*octies*, comma 2, della L. n. 241 del 1990, con un conseguente, consistente rischio di dequotazione del vizio medesimo»; tuttavia, «pare difficile ridurre a meramente formale la violazione di un principio a portata immediatamente precettiva, come quello in parola, che affonda le proprie radici nell'art. 2 Cost. e nella tutela della dignità della persona. Tanto che, probabilmente, all'intervento umano nell'adozione del provvedimento va riconosciuto un rilievo non solo procedimentale ma sostanziale ed essenzialmente organizzativo, in maniera non dissimile a quanto accade per la garanzia della motivazione».

Daniele Diaco - Abstract

La forma come garanzia di sostanza "umana": l'impatto dell'automazione procedimentale sull'art. 21-octies, co. 2, della legge n. 241 del 1990

Il lavoro si pone l'obiettivo di sviluppare un quadro analitico delle implicazioni dell'automazione procedimentale sull'art. 21-octies, co. 2, della legge n. 241/1990, in particolare evidenziando i riflessi sulla reale "misura" del vizio formale, così come sulla natura sostanziale o processuale della regola in questione. Il lavoro proverà a dimostrare come la forma, nei procedimenti automatizzati, si ammanti di una più grande forza di resistenza rispetto alla logica dequotativa sottesa a quest'articolo di legge e a delineare uno schema dei principali vizi formali che, in specifici casi, nascondono un'intrinseca garanzia sostanziale.

Form as guarantee of "human" substance: the impact of procedural automation on art. 21-octies, co. 2, of law no. 241/1990

The work aims to develop an analytical framework of the implications of procedural automation on art. 21-octies, co. 2, of the law no. 241/1990, in particular highlighting the reflections on the real "measure" of the formal defect, as well as on the substantial or procedural nature of the rule in question. This paper will try to demonstrate how the form, in automated procedures, is cloaked in a greater force of resistance compared to the dequotation logic which underlies this article of law and will try to outline a scheme of the main formal defects which, in specific cases, hide an intrinsic guarantee of substance to protect human primacy over the machine.

Sull'eventuale esigenza di una rimeditazione delle categorie dogmatiche dell'autonomia privata alla luce della tutela ambientale: la moderna concezione del contratto "ecologico"

Giuseppe Maria Marsico

SOMMARIO: 1. Un nuovo perimetro dell'autonomia negoziale: tra sostenibilità ambientale, causa in concreto e meritevolezza. – 2. Autonomia privata e limiti pubblicistici: tra ragionevolezza e proporzionalità. – 3. Sostenibilità: una nuova declinazione della causa in concreto e della meritevolezza? – 4. Contratto ecologico e possibile rapporto «trilatero» tra le situazioni sostanziali d'interesse coinvolte. – 5. Brevi riflessioni conclusive: tra *civil law* e *common law*.

1. *Un nuovo perimetro dell'autonomia negoziale: tra sostenibilità ambientale, causa in concreto e meritevolezza*

Il contratto ecologico non è ancora una categoria normativa, pienamente e propriamente inquadrata dal legislatore, nondimeno si ritiene corretto configurare tale schema contrattuale non già come un'allegoria meramente descrittiva, bensì come una categoria euristica, in grado di cogliere e favorire nuovi sviluppi interpretativi, applicativi e sistematici, tali da segnare nel tempo un autentico mutamento di paradigma

La P.A., nell'esercizio delle sue funzioni pubblicistiche, ha il compito di bilanciare gli interessi coinvolti. La dottrina e la giurisprudenza si sono interrogate sui principi cui ispirarsi nell'opzione, sovente nei contratti pubblici, tra protezione dell'ambiente e tutela dei diritti degli attori del mercato.

In particolare, l'Amministrazione pubblica dovrebbe assumere le decisioni in conformità a due criteri fondamentali, ossia la ragionevolezza e la proporzionalità, per meglio dire, la fissazione di limiti all'esercizio dell'attività economica

deve essere influenzata dalla correlazione di queste limitazioni all'utilità sociale, nella cui sfera si individuano, certamente, la salute e l'ambiente; non sono, dunque, ammissibili automatismi sanzionatori.

Occorre, in via preliminare, osservare che ogni attività umana, pubblica o privata, purché giuridicamente rilevante ai sensi del codice dell'ambiente, «deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile¹» (art. 3-*quater*, comma 1, c.a.), in modo da individuare un rapporto equilibrato tra risorse da risparmiare e da trasmettere, affinché nelle dinamiche della produzione e del consumo «si inserisca altresì il principio di solidarietà per salvaguardare e per migliorare la qualità dell'ambiente² anche futuro» (art. 3-*quater*, comma 3, c.a.).

Del resto, il medesimo codice impone un pregnante vincolo a garantire la tutela dell'ambiente in capo anche ai soggetti privati, così avvalorando la conformazione “ecologica” dell'autonomia negoziale.

L'autonomia privata e la libera iniziativa economica³ sono sempre state oggetto di talune limitazioni di matrice eminentemente pubblicistica; esse rap-

¹ La questione è affrontata *funditus* in M. Pennasilico, *Contratto e uso responsabile delle risorse naturali*, in *Rass. dir. civ.*, Napoli, 2014, 753 ss.; Id., *Contratto e promozione dell'uso responsabile delle risorse naturali: etichettatura ambientale e appalti verdi*, in *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi, Atti del 9° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C.*, Napoli, 2015, 249 ss.; Id., *Sviluppo sostenibile e “contratto ecologico”: un altro modo di soddisfare i bisogni.*, in *Rass. Dir. Civ.*, Napoli, 2014, 488 ss.; in una diversa prospettiva, v. anche S. Landini, *Clausole di sostenibilità nei contratti tra privati. Problemi e riflessioni*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 611 ss. Più in generale, per l'incidenza dell'interesse ambientale sugli istituti e le categorie tradizionali del diritto civile, al punto da imporne una profonda revisione concettuale, M. Pennasilico, *Sostenibilità ambientale e riconcettualizzazione delle categorie civilistiche*, in Id. (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, 34 ss. Sulla scorta della distinzione tra «diritto primo» e «diritti secondi»; C. Castronovo, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, 397 ss., ora in A. Plaia (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, Milano, 2008, 5 ss., si osserva che il diritto “primo”, inteso come diritto comune di applicazione generale, abbisogna di «essere costantemente ripensato proprio alla luce degli elementi di novità introdotti mediante i diritti “secondi”». S. Delle Monache, *“Commercializzazione” del diritto civile (e viceversa)*, in V. Roppo e Sirena (a cura di), *Il diritto civile, e gli altri, Atti del Convegno Roma, 2-3 dicembre 2011*, Milano, 2013, 157 ss., spec. 165, che hanno la capacità «di mettere in gioco il diritto primo perché chiarisca se stesso, con ciò contribuendo alla maturazione complessiva del sistema». Se così è, il *corpus* della legislazione ambientale, come diritto secondo che disciplina anche i contratti attinenti alla conservazione e gestione razionale delle risorse naturali, pone l'interprete dinanzi all'urgenza di una «continua opera di verifica in ordine all'adeguamento del proprio quadro di riferimento concettuale» (S. Delle Monache, nega, invece, ogni esigenza di “riconcettualizzazione” della categoria contrattuale, S. Pagliantini, *Sul c.d. contratto ecologico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 337 s.).

² L'art. 3-*ter* del codice dell'ambiente così dispone: «La tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche o private, mediante una adeguata azione che sia informata ai principi della precauzione, dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché al principio “chi inquina paga” che, ai sensi dell'articolo 174, comma 2, del Trattato delle unioni europee, regolano la politica della comunità in materia ambientale» (ora art. 191, comma 2, Tratt. FUE).

³ Significativa conferma nella nuova disciplina del condominio (legge 220/2012), curvata verso l'attuazione di esigenze collettive di sicurezza e di sostenibilità ambientale. L'art. 1135, ultimo comma, c.c. prevede, infatti, che l'assemblea dei condòmini può autorizzare l'amministratore «a partecipare e collaborare a progetti, programmi e iniziative territoriali promossi dalle istituzioni locali o da soggetti privati qualificati, [...] al fine di favorire il recupero del patrimonio edilizio esistente, la vivibilità urbana, la sicurezza e la sostenibilità ambienta-

presentano il risultato di un bilanciamento di interessi pubblico-privati posto in essere *ex ante* dalla Costituzione e dal legislatore.

Talvolta, l'evoluzione socio-economica ha comportato una nuova concezione di meritevolezza del contratto⁴, con una conseguente nuova delimitazione del perimetro della meritevolezza contrattuale. L'autonomia negoziale può trovare fondamento solo se coerentemente funzionalizzata al perseguimento di un interesse sociale, in un'ottica schiettamente pubblicistica. Il problema centrale, dunque, è se la tutela ambientale sia ancillare allo sviluppo o se, al contrario, lo sviluppo sia strumentale alla tutela dell'ambiente, al punto da definirsi, in una prospettiva rovesciata, come "protezione sostenibile" l'esigenza prioritaria di evitare il sacrificio dell'ambiente fino al limite della sostenibilità.

Mentre nei contratti tipici la ponderazione della meritevolezza viene effettuata in via astratta dal legislatore, in quelli atipici, tale controllo è rimesso al giudice, il quale avrà il compito di valutare la coerenza dello schema negoziale rispetto alle istanze retrostanti l'interesse della collettività. In pratica, il contratto non può legittimarsi solo sulla base di una pretesa soddisfazione degli interessi priva-

le della zona in cui il condominio è ubicato». La norma è di particolare importanza non soltanto perché introduce per la prima volta nel codice civile un riferimento diretto alla sostenibilità ambientale e dunque indiretto all'ambiente, termine tuttora ignoto al codice del 1942, ma anche per il riferimento espresso all'iniziativa di «soggetti privati qualificati», a conferma della logica della sussidiarietà orizzontale.

⁴ Si veda, in tal senso, C. Castronovo, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 124 ss.; Id., *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, 176 ss.; Id., *La nuova responsabilità civile*, 3a ed., Milano, 2006, 443 ss., 583 ss.; L. Mengoni, *Dogmatica giuridica*, 1988, in Id., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, 25 ss., spec. 62 s.; scettici, invece, sulla solidità concettuale della categoria del contratto con effetti protettivi dei terzi, A. di Majo, *La protezione del terzo tra contratto e torto*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, 1 ss., e M. Maggiolo, *Effetti contrattuali a protezione del terzo*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 39 ss. Tuttavia, per la ragionevolezza dell'estensione degli obblighi protettivi ai terzi legati alla parte contrattuale "debole" dal medesimo rischio, v. G. Perlingieri, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, 122 s., secondo il quale il principio di relatività degli effetti – «che non è portatore di un valore in sé, ma è, come l'autonomia negoziale, un principio tecnico al servizio di valori superiori» – soccombe rispetto all'esigenza di solidarietà sociale e alla clausola di buona fede contrattuale; sul piano comparatistico e per ulteriori indicazioni, v. anche A. Procida Mirabelli di Lauro, M. Feola, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, Torino, 2014, 1 ss. La giurisprudenza è giunta a sostenere che gli effetti del contratto stipulato con una struttura sanitaria si estendono a protezione dei terzi, «più che in base alla pur rilevante disposizione di cui all'art. 1411 c.c., in virtù della lettura costituzionale dell'intera normativa codicistica in tema di efficacia e di interpretazione del contratto, per cui tale strumento negoziale non può essere considerato al di fuori della visione sociale (e non individuale) del nostro ordinamento, caratterizzato dalla centralità della persona» (Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Res. civ. prev.*, 2009, 2068 ss., spec. 2071, con nota di M. Gorgoni, *Nascituro e responsabilità sanitaria*). La protezione di terzi indeterminati solleva – sia detto per inciso – l'arduo problema di rivisitare la categoria della soggettività giuridica con riguardo ai diritti delle generazioni future. Sul punto, v. G. Corso, *Categorie giuridiche e diritto delle generazioni future*, in F. Astone, F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (a cura di), *Cittadinanza e diritti delle generazioni future*, (Atti del Convegno di Copanello, 3-4 luglio 2009), Soveria Mannelli, 2010, 9 ss.; per ulteriori indicazioni, vedasi M. Pennasilico, *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, in *Riv. quadr. dir. amb.* 2017, 337 ss

tistici, ma, per trovare una ragion d'essere nel nostro ordinamento, deve avere un rilievo sociale meritevole di tutela⁵.

Evidente risulta, peraltro, la stretta interconnessione tra il controllo che veniva esercitato con il giudizio di meritevolezza, e quello instaurato con la causa del contratto. Concepita quale meccanismo di valutazione della legittimità delle pretese e contro pretese contrattuali, ed interpretata inizialmente quale funzione economico-sociale astratta del negozio, essa contribuiva al fondamento del complessivo controllo circa la funzionalizzazione del contratto verso l'utilità sociale. Da un lato, infatti, la libertà dei contraenti trova un suo – seppur indiretto – referente costituzionale nella tutela della proprietà privata all'interno dell'art. 41 della Costituzione, dall'altro risulta necessario che le posizioni giuridiche soggettive⁶ cui l'ordinamento appresta tutela non siano sottoposte a violazione da parte delle stesse parti libere di contrarre. È sempre risultato necessario, dunque, creare un inevitabile bilanciamento tra libertà ed autorità.

Secondo una prima interpretazione, la meritevolezza avrebbe una funzione di controllo, seppur “in negativo”, non intaccante l'autonomia delle parti nel delineare la fisionomia dei loro rapporti contrattuali. In tal senso, sarebbero meritevoli i negozi compatibili e non contrari ai principi solidaristici espressi dal dettato costituzionale. Prescindendo, dunque, da un positivo controllo sull'interes-

⁵ Sul dibattito dottrinale intorno alla configurabilità della clausola dell'art. 2 Cost. come fattispecie chiusa o aperta, si rinvia, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, a E. Rossi, *Art. 2*, in R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 38 ss.; F. Polacchini, *I doveri inderogabili di solidarietà*, in L. Mezzetti (a cura di), *Diritti e doveri*, Torino, 2013, 686 ss. L'indagine più ampia e documentata in materia si deve a M. Nuzzo (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, I-II, Torino, 2014, a commento della quale si veda G. Perlingieri, *La sussidiarietà nel diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 687 ss.; v. anche Id., *Persona, ambiente e sviluppo*, in M. Pennasilico (a cura di), *Contratto e ambiente. L'analisi “ecologica” del diritto contrattuale*, Napoli, 2016, ove si osserva che se «la sussidiarietà, e dunque l'iniziativa negoziale, è prevista per disciplinare interessi generali, il contratto non è più configurabile come esclusivo strumento per regolare interessi individuali ed egoistici delle parti».

⁶ Cfr. M. Pennasilico, *Sviluppo sostenibile*, cit., 474. Non si è mancato di bollare tale paradigma come un “mito”, che richiederebbe, per essere pienamente attuato, la gestione di una quantità infinita di dati e informazioni sui modi e gli effetti di ogni attività economica [v. G. Montedoro, *Profili di criticità dell'attuale disciplina ambientale*, 2011, in www.apertacontrada.it; tuttavia, per la necessità di integrare i sistemi contabili tradizionali, al fine di creare un sistema informativo che consenta una valutazione globale dell'impresa, v. R. Carrieri, P. Puntillo, *La contabilità ambientale strumento dello sviluppo sostenibile*, in *Amb. svil.*, 2010, 553 ss.; M.E. Di Giandomenico, *Gli aspetti ambientali nella strategia e nella rendicontazione sociale delle imprese*, in M. Ciani Scarnicci, A. Marcelli, P. Pinelli, A. Romani e R. Russo (a cura di), *Economia, ambiente e sviluppo sostenibile*, Milano, 2014, 197 ss.]. Né si tratterebbe, comunque, di una novità: osserva M. Libertini, *La responsabilità d'impresa e l'ambiente*, in *La responsabilità dell'impresa, Convegno per i trent'anni di Giurisprudenza commerciale*, Bologna, 8-9 ottobre 2004, Milano, 2006, 199 ss., spec. 217, che lo “sviluppo sostenibile” è soltanto «una formula ammodernata per indicare il tradizionale criterio dell'uso razionale delle risorse naturali»; v. anche Id., *Persona, ambiente e sviluppo: ripensare la teoria dei beni*, in *Benessere e regole dei rapporti civili*, 2014, 479 ss., spec. 480 s., ove si considera lo sviluppo sostenibile un «principio insincero», che può essere efficace soltanto qualora siano in gioco risorse rinnovabili (acqua, foreste, prodotti agricoli, ecc.), ma non quando si riferisca a risorse non rinnovabili (esaurimento degli idrocarburi o di altre risorse minerarie, urbanizzazione di una parte del territorio, scioglimento dei ghiacciai, ecc.).

se sociale⁷ perseguito dal programma contrattuale, il controllo di meritevolezza si asserebbe sulla mera constatazione che il contratto non contrasta con gli obiettivi ultimi cui è orientata la nostra carta costituzionale, in sostanza esso deve risultare non socialmente dannoso. Ad avallare tale tesi vi sarebbe l'art. 41 della Cost., il quale limita la libertà d'iniziativa economica privata al perseguimento di un'utilità sociale e che quindi, porterebbe alla conclusione di dover in qualche modo limitare l'autonomia contrattuale, senza eliminarla. Un'ulteriore ricostruzione ermeneutica, per lungo tempo largamente dominante, ha teso verso una sostanziale equiparazione tra il giudizio di meritevolezza e quello di liceità della causa contrattuale. Premessa una rivalutazione della causa quale funzione voluta e realizzata in concreto dalle parti, il giudizio di meritevolezza tenderebbe a coincidere con una ponderazione circa la contrarietà del negozio, sulla base dell'interesse concretamente disciplinato da esso) rispetto a norme imperative, ordine pubblico e buon costume⁸.

Le moderne società industrializzate hanno posto il problema della ricerca di un equilibrio tra economia circolare, sostenibilità e crescita economica, Intesa, in un'ottica di analisi economica del diritto, come ottimale allocazione delle risorse (c.d. ottimo paretiano).

Si ha ottimo paretiano (detto anche efficienza allocativa) quando non è possibile alcuna riorganizzazione della produzione che migliori le condizioni di alme-

⁷ Si veda A. Postiglione, *Ambiente: suo significato giuridico unitario*, in *Riv. Trim. Dir. Pubblico*, 1986, 1, 32 ss.; M. Piccinni, *Immissioni e tutela della persona. Contaminazioni personalistiche dell'art. 844 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ.*, 2012, 30 ss.; G. Carapezza, *Disciplina delle immissioni e interpretazione sistematica. Un caso di bilanciamento tra interessi non patrimoniali in conflitto*, in *Nuova giur. civ.*, 2021, I, 850 ss.; V. Dini, *Il diritto soggettivo all'ambiente*, in *Giuristi Ambientali*, 2004, 11. Sul punto si segnala F. Sbordone, *Le immissioni, commento all'art. 844 c.c.*, in *Codice della Proprietà e dei diritti immobiliari* (diretto da F. Preite, M. Di Fabio, *I Codici notarili commentati*, G. Bonilini, M. Confortini, Milano, 2015, 720, il quale rileva che: «È fuor di dubbio che – laddove l'immissione sia direttamente nociva per la salute dell'uomo (art. 32 Cost.) oppure sia causa di inquinamento ambientale (cioè, come si sosteneva in passato, prima dell'entrata di specifiche norme di tutela dell'ambiente, causa di "insalubrità" dei luoghi) – non si possa in alcun caso ricorrere al c.d. giudizio di tollerabilità (nel senso che l'attività del fondo immittente, costituendo illecito civile extracontrattuale, non potrebbe per ciò stesso essere tollerata; cfr. C. Cost. n. 247/1974; Cass.civ., S.U., n. 3164/1975; Cass. civ. n. 8420/2006). È però, al tempo stesso indiscutibile che, nell'ipotesi di immissione lesiva, l'inibitoria di cui all'art. 844 c.c., di là dall'autonoma tutela risarcitoria, possa costituire rimedio preventivo o attenuativo del danno da preferirsi (o comunque incentivarsi) rispetto alla mera riparazione economica della lesione all'integrità psicofisica dell'individuo».

⁸ Spuntata appare, dunque, l'obiezione di S. Pagliantini, *Sul c.d. contratto ecologico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 337 ss., spec. 339, il quale dubita che l'interesse ambientale «impatti direttamente sul rapporto contrattuale», giacché il principio contenuto nell'art. 9 Cost., che presuppone la tutela dell'ambiente, ha per soggetto la Repubblica, si che «non vi potrebbe essere un'efficacia orizzontale del valore (costituzionalizzato) dell'ambiente perché l'ambito di applicazione del suddetto principio, salvo i casi nei quali si abbia il medio di una previsione normativa ad hoc, seguirebbe, almeno in prima battuta, percorsi diversi da quello del contratto». Il discorso sottintende la negazione dell'applicabilità diretta e immediata delle norme costituzionali nei rapporti interprivati: ma, sulla precettività della norma costituzionale, parte integrante e parametro di giustificazione della disciplina del caso concreto, si rinvia, anche per ulteriori indicazioni, a M. Pennasilico, *Legalità costituzionale e diritto civile*, in P. Perlingieri e A. Tartaglia Polcini (a cura di), *Novocento giuridico: i civilisti*, Napoli, 2013, 247 ss., spec. 280 ss.

no una persona senza diminuire quelle degli altri. In tale situazione, l'utilità di una persona può essere aumentata soltanto da una diminuzione dell'utilità di qualcun altro; vale a dire che nessuna persona può migliorare la propria condizione senza che qualcun altro peggiori la sua. Questa situazione di ottimo globale si verifica con molteplici possibili allocazioni delle risorse.

La condizione di partenza per un mercato efficiente in senso paretiano è la concorrenza pura. Un mercato concorrenziale rifletterà nei prezzi dei beni la loro scarsità in natura secondo il principio della domanda e dell'offerta. Se il bene è scarso, e quindi la domanda è superiore all'offerta, il prezzo sarà elevato e viceversa. Tale sistema permetterà un'efficienza completa perché metterà i beni in mano a coloro che sono disposti a pagare di più e quindi a saperli sfruttare meglio. Un mercato orientato in modo pareto-efficiente e quindi concorrenziale possiede tre caratteristiche salienti: l'efficienza della produzione, l'efficienza nello scambio e l'efficienza nella composizione del prodotto. In tale prospettiva, si tenta di ridurre al minimo le inefficienze e le esternalità negative, quali, ad esempio, l'inquinamento ambientale.

Tali aspetti di produzione e tutela ambientale, talvolta, sembrano obiettivi tra loro confliggenti; per effetto della riforma introdotta con la Legge costituzionale, n. 1 dell'11 febbraio 2022, tanto il benessere economico quanto la tutela ambientale sembrano aver trovato una chiara sintesi nel novellato testo dell'art. 9 Cost. così come nel disposto di cui all'art. 41 Cost. Al fine di comprendere le ragioni sottese all'attività di modifica dei predetti articoli, appare indispensabile ripercorrere, in via generale, il percorso che ha prodotto tale novella intorno agli anni settanta, sotto il profilo dogmatico civilistico⁹, vi fu un primo sparuto tentativo di rielaborare il diritto ambientale. Ciò avveniva mediante i modelli forniti dagli artt. 844 e 2043 c.c. Tanto rilevato, occorre precisare come la dottrina colse la tutela ambientale in via "parziale" o, quantomeno, ne sottolineò la rilevanza sulla base di una visione al tempo vigente, ben lontana da quella attuale¹⁰. Si scor-

⁹ Da ultimo sul tema G. Alpa, *Note sulla riforma della Costituzione per la tutela dell'ambiente e degli animali*, in *Contr. Impr.*, 2022, 361 ss.; D. Iacovelli, *La riforma degli artt. 9 e 41 della costituzione nell'ecologia delle idee*, in *Jusonline*, 2022, 218 ss.; M. Iannella, *L'European green deal" e la tutela costituzionale dell'ambiente*, in *www.federalismi.it*, 2022, 171 ss.; per i primi significativi contributi su tale tematica cfr. *ex multis* M. Penasillo, *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Napoli, 2014, p. 15 ss.; D. Amirante, *Diritto ambientale e Costituzione*, Milano, 2000, *passim*; D. Porera, *La protezione dell'ambiente tra Costituzione italiana e "Costituzione Globale"*, Torino, 2009.

¹⁰ Si mira, così, a superare l'antitesi "pubblico-privato", sulla quale si basa il sistema *command and control*, mediante strumenti negoziali e cooperativi di mercato, da ricondurre all'ampia categoria dei "contratti ambientali", intesi come accordi tra due o più parti, delle quali almeno una pubblica, aventi a oggetto specifiche prestazioni di rilevanza ambientale. Si veda, al riguardo, S. Nespor, *I contratti ambientali: una rassegna critica*, in *Dir. pubbl. com eur.*, 2003, 962 ss.; sui modelli d'intervento in materia ambientale tra autorità e mercato, v. anche M. Cafagno, *La cura dell'ambiente tra mercato ed intervento pubblico. Spunti dal pensiero economico*, in *Ambiente, attività amministrativa e codificazione, Atti del primo Colloquio di Diritto dell'ambiente*, Teramo, 29-30 aprile 2005, Milano, 2006, 191 ss.; Id., *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007, 327 ss.; M. Clarich, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. pub-*

se un diritto alla tutela ambientale solo con riguardo alla proprietà ed alla disciplina delle *immissiones in alienum ex art. 844 c.c.*

Tali esponenti della dottrina identificarono quale criterio per costituire una legittimazione attiva la mera *vicinitas* ad una fonte inquinante³. Occorre rilevare come, in una prima fase, nella Carta fondamentale non era presente una definizione esplicita di «ambiente» e, tra l'altro, si è altresì rimasti per lungo tempo smarriti sul se fosse possibile intravedere un qualche profilo di protezione costituzionale¹¹. Successivamente, intorno agli anni 70, i due fronti, comunitario e interno, disegnarono taluni tessuti legislativi che potessero regolamentare la tematica ambiente, nonché ad uno scrupoloso controllo della Pubblica Amministrazione. In tale contesto, la dottrina non è stata omogenea; si è caratterizzata – al contrario – per le posizioni contrapposte sulla nozione di ambiente; da un lato, era presente la tesi ermeneutica «pluralistica»⁴ secondo la quale la nozione di ambiente e la sua tutela si fondano, in particolare, su una pluralità o su un fascio di interessi come ad esempio la tutela del paesaggio, il governo del territorio e la tutela contro l'inquinamento; dall'altro, la tesi «monista»⁵ che sosteneva l'unicità del bene, ossia il bene tutelato è unico, di cui al massimo si possono individuare un versante di tutela di tipo soggettivo, derivante dagli artt. 2 e 32 Cost., ed uno oggettivo derivante, invece, dall'art. 9 co. 2 Cost.

Sul fronte opposto, si pongono le concezioni «ecocentriche». Secondo una tesi, per cui l'ambiente è meritevole di tutela in quanto tale; vi è poi la tesi «antropocentrica», in base alla quale l'ambiente merita tutela poiché luogo in cui prospera l'uomo, da solo e nelle formazioni sociali in cui si sviluppa la sua personalità⁶. L'ambiente è strettamente connesso all'attività umana, essendo finalizzato al benessere economico-sociale della persona umana. Per completezza espositiva, giova evidenziare che anche nella legislazione ordinaria è assente una definizione di ambiente valida a tutti gli usi.

Certamente tale non può ritenersi quella di cui all'art. 300 del d.lgs. 152/2006, riferita al solo danno ambientale risarcibile, il quale congloba l'ambiente come comprensivo dell'utilità economica dallo stesso ricavabile, né quella fornita dall'art. 5 dello stesso decreto in tema di impatto ambientale, che dà una definizione volta a considerare gli effetti sull'ambiente dell'attività antropica, non considerando, tuttavia, l'ambiente in sé. Il bene ambiente è stato oggetto di un peculiaria-

bl., 2007, 219 ss.; M. Cafagno, F. Fonderico, *Riflessione economica e modelli di azione amministrativa a tutela dell'ambiente*, in *Tratt. dir. amb.*, I, *Principi generali*, Padova, 2012, 487 ss.; V. Jacometti, *Incentivi economici a tutela dell'ambiente: le nuove "leve" verdi*, in B. Pozzo (a cura di), *Green economy e leve normative*, Milano, 2013, 63 ss.; B. Pozzo, *Le nuove regole dello sviluppo: dal diritto pubblico al diritto privato*, in *Benessere e regole dei rapporti civili*, in *Benessere e regole dei rapporti civili: lo sviluppo oltre la crisi*, 2014, 71 ss.

¹¹ Una riforma, questa, particolarmente significativa, che trae spunto (anche) dalla nota vicenda giurisprudenziale dell'ILVA di Taranto dove la Consulta è stata costretta ad intervenire per due volte nell'arco di soli cinque anni, risolvendo in modo esattamente opposto la collisione fra i medesimi diritti.

re processo evolutivo¹² sul formante legislativo europeo e interno¹³. Orbene, l'*iter* inizia dalla Conferenza di Stoccolma che ha condotto i capi di governo¹⁴, a livello mondiale, ad una sempre maggiore attenzione sulla questione inerente all'ambiente determinando, inevitabilmente, riflessi sul panorama europeo. Al riguardo preme ricordare che la protezione ambientale¹⁵ non era menzionata fra le norme del Trattato C.E.E. di Roma del 1957 e ciò per due ragioni di fondo: anzitutto, perché in quegli anni era quasi assente l'idea di mettere al centro del discorso tali tematiche, ma anche, soprattutto per motivi legati agli Stati che avevano dato in sostanza priorità a profili squisitamente finanziari ed economici¹⁶ che, all'epoca, prescindevano dalla tematica ambientale¹⁷. Vi era ancora una concenzione parziale e anelastica dell'ambiente. La tutela ambientale, in seguito, iniziò ad avere cittadinanza intorno al 1972, quando il Consiglio Europeo autorizzò il primo Programma d'Azione per tutelare l'ambiente (1973-1976) decretando, così, l'assetto politico-comunitario in materia ambientale. In tale prospettiva, si innerva il formante giurisprudenziale euro-unitario che sostenne l'esigenza di rendere uniforme la legislazione ambientale negli Stati membri, in quanto le divergenze relative conducevano a distorsioni nella concorrenza tra gli Stati comunitari.

Solo nel 1987, con l'Atto Unico Europeo, la tutela ambientale¹⁸ viene inserita nel trattato C.E.E. in un Titolo ad oggetto la politica ambientale, composto

¹² «È danno ambientale qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima». Per maggiori spunti F.D. Busnelli, *La parabola della responsabilità civile*, in Id. e S. Patti, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2013, 171; M. Trimarchi, *Danno ambientale e diritto comunitario*, in P. Perlingieri (a cura di), *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile*, Napoli, 1991, 165

¹³ Il principio dello sviluppo sostenibile «incarna la matrice di doverosità e il vincolo posto in capo alle generazioni attuali a garanzia di quelle future, vincolo che si configura come l'unico strumento realistico per garantire gli interessi della specie umana»: così, F. Fracchia, *Principi di diritto ambientale e sviluppo sostenibile*, in *Tratt. dir. amb.*, I, cit., 559 ss., spec. 571, il quale propone l'applicazione all'ambiente di un «antropocentrismo dei doveri», imperniato sullo sviluppo sostenibile e la solidarietà ambientale (v. anche Id., *Introduzione allo studio del diritto dell'ambiente. Principi, concetti e istituti*, Napoli, 2013, 112 ss.). Sennonché, tale approccio, risolvendosi nell'imposizione di limiti autoritativi esterni, di fonte pubblicistica, all'autonomia negoziale, si espone al rischio di una «iper-pubblicizzazione»

¹⁴ *Ex multis* M.S. Giannini, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 15.

¹⁵ A. Gustapane, *Tutela dell'ambiente*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1992, 507; P. Maddalena, *L'ambiente valore costituzionale nell'ordinamento comunitario*, in *Cons. St.*, 1999, n. 5-6; F. Giampietro, *Diritto alla salubrità dell'ambiente. Inquinamenti e riforma sanitaria*, Milano, 1980, p. 71 ss.; F. Fracchia, *Sulla configurazione giuridica unitaria di ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. econ.*, 2002, 215.

¹⁶ Sul punto si rinvia a M. Catenacci, *La tutela penale dell'ambiente: contributo all'analisi delle norme penali a struttura sanzionatoria*, Padova, 1996, 41 ss.

¹⁷ Sul Diritto ambientale europeo, si suggeriscono le seguenti letture: J.R. Salter, *European Environmental Law*, Nijhoff, 1995, *passim*; J.H. Jans, H.B. Vedder, *European Environmental Law*, 2008, *passim*.

¹⁸ In tal senso, R. Bifulco e A. D'Aloia, *Le generazioni future come nuovo paradigma del diritto costituzionale*, in Id. (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008, 9 ss., spec. 26. Riconosce che «la feconda indeterminazione delle due clausole generali, l'utilità sociale e la funzione sociale, contenute negli artt. 41, comma 2, e 42, comma 2, cost., consente

dai tre articoli 130 R¹¹, 130 S e 130 T. Ancora, si tende a progredire sotto il profilo normativo allorché si ebbe, nel 1993, il Trattato sull'Unione (o Trattato di Maastricht) il quale certamente è conosciuto, tra l'altro, anche per aver attribuito alla tutela ambientale lo *status* di politica comunitaria inserendo tra le finalità della Comunità quella di promuovere «una *crescita sostenibile non inflazionistica e che rispetti l'ambiente*», e di aver modificato il citato articolo 130 R, stabilendo che la politica in materia ambientale della Comunità dovesse essere tesa anche alla «promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale o mondiale», cosicché approntare «un elevato livello di tutela (ambientale), tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni della Comunità».

Più tardi, il Trattato di Amsterdam inserì la novella di cui all'art. 6 nel Trattato istitutivo della Comunità Europea, con il quale si prevedeva il raggiungimento di un punto d'incontro tra le azioni di sviluppo economico e sociale della Comunità con le esigenze di tutela ambientale, «nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile»¹². Tassello fondamentale – evidentemente la tappa legislativa che dà cittadinanza alla tutela ambientale – è l'inserimento della difesa dell'ambiente¹⁹ nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, il cui art. 37 statuisce che: «Un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile». Solo allora, la tutela dell'ambiente assume la veste di principio dell'Unione Europea e ciò influenzerà, positivamente, sia la politica nelle sue scelte che le corti nazionali ed europee.

Sulla base di quanto esposto, occorre evidenziare che gli interventi del legislatore europeo sono finalizzati a creare un apposito repertorio di diritti incompressibili pari a quelli indicati e tutelati dalla C.E.D.U.; tra l'altro i provvedimenti giurisdizionali in materia di sostenibilità della Corte di Strasburgo sono certamente, fonte di alta qualificazione tale da fornire una ermeneutica in chiave evo-

al legislatore una strategia conformativa dell'agire d'impresa e della proprietà orientata alla sostenibilità ambientale», S. Pagliantini, *Sul c.d. contratto ecologico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 339, il quale aggiunge che tale strategia è perseguita, non di rado, «con maglie alquanto fitte, secondo un crescendo che, sempre a titolo esemplificativo, vede non a caso il nuovo art. 2643, n. 2 bis, c.c. disporre la trascrivibilità dei contratti costitutivi, modificativi o traslativi di diritti edificatori previsti da «normative statali o regionali ovvero da strumenti di pianificazione territoriale»».

¹⁹ L'articolo 6, ora art. 11 del TFUE, stabiliva che: «Le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella *definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni comunitarie di cui all'articolo 3, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile*». In realtà, il concetto di «sviluppo sostenibile» è iniziato per la prima volta ad essere al centro del dibattito nel *Rapporto Brundtland* del 1987. In quella sede, la Commissione mondiale sull'ambiente e sullo sviluppo prendeva atto della costante erosione delle risorse disponibili e proponeva un modello di crescita economica proiettato al futuro, che non compromettesse la possibilità delle generazioni di domani di soddisfare i propri bisogni.

lutiva dei diritti scolpiti nella Carta dei diritti fondamentali, oltre ad essere un faro nel complicato percorso di integrazione tra i diversi ordinamenti.

Occorre, dunque, chiedersi se non siano maturi i tempi per accreditare un nuovo paradigma contrattuale, il “contratto ecologico”, che sembra avere in comune con i contratti dei consumatori e con i contratti tra imprenditori l’asimmetria informativa e la conseguente necessità di riequilibrare posizioni negoziali dispari. In effetti, se è vero che un rilevante ostacolo alla gestione ecologicamente virtuosa degli acquisti pubblici è nel *deficit* informativo, che non consente alle stazioni appaltanti di orientare opportunamente le proprie preferenze, non può sfuggire che tale deficit fa parte di una più generale e fisiologica asimmetria informativa della pubblica amministrazione nei confronti del contraente privato

La tutela ambientale è al centro della Agenda ONU 2030 che, come noto, rappresenta un accordo politico dove i governi, le organizzazioni internazionali, le imprese private, il mondo accademico e la società civile si impegnano ad un compito collettivo da assolvere: individuare le vie di sviluppo ambientale, sociale ed economico.

Tale delineato percorso ha condotto alla recente (tanto auspicata) riforma costituzionale degli artt. 9 e 41 Cost. che introducono la tutela dell’ambiente e della biodiversità²⁰ tra i principi fondamentali della nostra Carta costituzionale e che ha degli innegabili riflessi altresì sulle attività commerciali e sui mercati finanziari, che rappresentano l’essenza dell’indagine che intendo affrontare in questo scritto.

Comunque sia, il contratto ecologico si differenzia dai consueti paradigmi dei contratti dei consumatori e dei contratti tra imprese, perché l’interesse ambientale penetra e colora la causa del contratto, enfatizzando tanto la convergenza degli

²⁰ In tal senso, M. Pennasilico, *Fonti e principi del “diritto civile dell’ambiente”*, in Id. (a cura di), *Manuale di diritto civile dell’ambiente*, Napoli, 2014, 27, e già D. Amirante, *I principi generali*, cit., 15. È quanto accaduto, del resto, nell’ordinamento francese, con l’approvazione della Carta costituzionale dell’ambiente (*Charte de l’environnement*) del 2005, e nell’ordinamento portoghese, che ha introdotto all’art. 66, comma 2, della Costituzione il principio dello sviluppo sostenibile, al quale l’art. 18, comma 1, del medesimo testo attribuisce valore precettivo (e si veda, per ulteriori riferimenti, G. Majorana, *Lo sviluppo sostenibile nel codice dell’ambiente: un passo necessario, ma non sufficiente*, in I. Nicotra, U. Salanitro (a cura di), *Il danno ambientale tra prevenzione e riparazione*, Torino, 2010, 260 ss.). La “costituzionalizzazione” dello sviluppo sostenibile «segnerebbe, così, la trasformazione della legalità costituzionale, all’interno di uno Stato non soltanto “sociale di diritto”, ma anche “ambientale di diritto”, fondato sulla costante ricerca di mediazione tra le esigenze di tutela dell’ambiente e le esigenze di crescita economico-sociale» (M. Pennasilico, *Sviluppo sostenibile*, cit., 487). 21 Così, M. Monteduro, in M. Monteduro e S. Tommasi, *Paradigmi giuridici di realizzazione del benessere umano in sistemi ecologici ad esistenza indisponibile e ad appartenenza necessaria*, in Aa.Vv. *Benessere e regole*, 185 ss., 2014. In tale prospettiva, si considerano i principi generali della legislazione ambientale – precauzione, prevenzione, correzione dei danni all’ambiente, «chi inquina paga» e sviluppo sostenibile (artt. 3-ter e quater c.a.) – «principi indiscutibilmente conformativi e di regolazione dell’agire negoziale», in quanto – come si legge nell’art. 3 bis, comma 2, c.a. – essi fungono da criteri guida «nell’adozione degli atti normativi, di indirizzo e di coordinamento e nell’emanazione dei provvedimenti di natura contingibile ed urgente», S. Pagliantini, *Sul c.d. contratto ecologico*, cit., 337, il quale riconosce che amplissimo è ormai il catalogo dei contratti – tipici e atipici, pubblici e privati – che hanno a oggetto una prestazione specifica di rilevanza ambientale.

interessi dei contraenti all'utilità ambientale, indipendentemente dalla possibile ma non sempre ricorrente asimmetria informativa, quanto la doverosità dell'uso responsabile delle risorse naturali a vantaggio anche delle generazioni future. Il principio dello sviluppo sostenibile costituisce, così, un parametro di meritevolezza dei contratti ecologici, con la conseguenza che un appalto "verde", pur presentando una causa lecita, potrebbe essere non meritevole di tutela qualora non sia idoneo a realizzare il concreto interesse ambientale. L'analisi "ecologica" del diritto contrattuale, fin qui abbozzata, consente di cogliere, da un lato, che la funzione del contratto si evolve dalla tradizionale funzione di scambio o circolazione di beni individuali a quella di godimento e gestione condivisa di beni comuni, sì che il contratto ecologico è uno strumento preordinato non tanto a scambiare utilità tra soggetti portatori di interessi antagonisti, quanto piuttosto a regolare il concorso di una pluralità di interessi necessariamente convergenti alla protezione dell'ambiente e delle generazioni future; dall'altro, che la nozione stessa di contratto (art. 1321 c.c.) è insufficiente, se non integrata dai principi di solidarietà e di sostenibilità nell'uso responsabile delle risorse naturali, sì che il contratto oggi è fonte non semplicemente di rapporti giuridici patrimoniali, ma di rapporti giuridici patrimoniali sostenibili. Il nesso tra patrimonialità e sostenibilità testimonia la coesistenza, nella regola contrattuale, di interessi patrimoniali e interessi non patrimoniali (esistenziali, sociali e ambientali); coesistenza che, nel contratto ecologico, non è meramente eventuale (come si desume dall'art. 1174 c.c.), ma è necessaria e indissolubile.

Particolari problemi ha posto, in dottrina e in giurisprudenza, l'individuazione delle delicate situazioni sostanziali d'interessi²¹ rapportate all'ambiente; in altre parole occorre individuare i soggetti titolari della tutela dell'ambiente²². A tale questione si connette, primariamente e in via prodromica, il concetto di ambiente. Difatti, non si può prescindere dal condividere talune posizioni maturate tra gli studiosi della materia sul concetto di "diritto all'ambiente". Esattamente, si è affermato che questo vada inteso come «formula evocativa di una rosa di situazioni soggettive diversamente strutturate e protette» ovvero come un «fascio di rapporti giuridici»¹⁵. Ciò posto, le posizioni giuridiche in rassegna sono state, negli anni, sottoposte al crivello del giudice sia amministrativo che di legiti-

²¹ D. Denny, D. Castro, E. Yan, *Agenda 2030 Measurements and Finance: Interaction of International Investment Law and Sustainability*, in *Veredas do Direito*, 2017, 59

²² M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente. Come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007, 185 ss.; B. Caravita, *Costituzione, principi costituzionali e tecniche di formazione per la tutela dell'ambiente*, in S. Grassi, M. Cecchetti, A. Androino. (a cura di), *Ambiente e diritto*, II, Firenze, 1999, passim; G. Morbidelli, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in *Studi in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996, 1133 ss.

timità. Infatti, sono stati acclarati, a più riprese, l'esistenza di un diritto soggettivo strettamente collegato agli artt. 32 e 42 Cost²³.

Più precisamente, ci si riferisce a due pronunce, non di recente conio, della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, riprese, tra l'altro, dal Giudice delle leggi nella parte in cui si imprime la veste di diritto fondamentale dell'individuo alla tutela ambientale²⁴. Sul punto occorre precisare, per puntiglio dottrinale, che in ciascun *decisum* non emerge una stretta correlazione tra ambiente e posizione del soggetto, ma un filo rosso che permea il diritto alla salute, infatti, spesso è richiamata la posizione giuridica attraverso la dizione «diritto ad un ambiente salubre». In tale contesto, non va nemmeno sottaciuta la circostanza che la predetta giurisprudenza ha affermato che il diritto soggettivo andrebbe interpretato in una triplice dimensione, esattamente: personale, sociale e pubblica.

In tale contesto, si è rilevato, sia in dottrina che in giurisprudenza, come il concetto di relatività delle posizioni giuridiche soggettive in tema di diritto ambientale, ossia il medesimo rapporto di un soggetto con un bene può presentarsi, come è stato acutamente affermato in dottrina «a seconda dei casi e dei momenti, e perfino a seconda del genere di protezione che il soggetto faccia valere²⁵ [...], ora come un diritto soggettivo, ora come un interesse protetto in modo

²³ B. Caravita, A. Morrone, *L'organizzazione costituzionale e l'ambiente*, in L. Nespor, A.L. De Cesaris (a cura di), *Codice dell'ambiente*, Milano, 1999, 71 ss.

²⁴ Chiarisce, al riguardo, R. Stiglitz, *Comentario al art. 1094*, in M. Herrera, G. Caramelo, S. Picasso, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, II ed., tomo III, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2016, 490 (disponibile in www.sajj.gob.ar): «La protección de los más altos intereses de la comunidad determina que sea hoy insoslayable exigir que toda actividad productiva o de comercialización de bienes y servicios respete las exigencias propias de la preservación de un medio ambiente sustentable, lo que exige que en la comercialización de productos de consumo se prevean los mecanismos necesarios para el reciclado o la disposición adecuada de los residuos que puedan generarse». Si guardi anche, nel nostro ordinamento, agli artt. 6, lett. d, 30, comma 1, e 136, comma 3, c. cons. Vedasi ancora R. Sacco, in R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, III ed., tomo I, in *Tratt. dir. civ.*, Torino, 2004, 35 (ora Id., in R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, IV ed., Torino-Milano, 2016, 32); R. Bifulco, A. D'Aloia, *Le generazioni future come nuovo paradigma del diritto costituzionale*, in Id. (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008, IX ss., spec. XXVI. In questa prospettiva, la nozione di «utilità sociale» comprende la protezione delle aree di particolare interesse, la tutela delle tradizioni locali e l'incremento culturale ai sensi dell'art. 9 Cost.

²⁵ Cass. S.U. 9 marzo 1979 n. 1463, in *Banca Dati Dejure* e Cass. S.U. 6 ottobre 1979 n. 1572, in *Banca Dati Dejure*; Corte Cost. 28 maggio 1987 n. 210, in *Banca Dati Dejure*.

solo riflesso»²⁶. Quindi, trovando l'ambiente²⁷ tutela a livello costituzionale, ad avviso di chi scrive, ciò comporta una significativa dilatazione della sfera di di posizioni giuridiche dallo stesso interessate.

Alla luce delle predette argomentazioni e toccando più concretamente il tema oggetto del presente lavoro, certamente, si può sostenere che al concetto di ambiente è possibile saldare posizioni soggettive variegata. Questo, a torto, induce a parlare di «diritto all'ambiente», che indubbiamente mira a favorire l'esistenza contemporanea di multiformi situazioni giuridiche tratteggiate da relatività in funzione di quei valori da ponderare anche con specifico riferimento al diritto dei contratti e dei mercati finanziari strettamente collegati all'art. 41 Cost. che, come noto, oltre a disegnare un principio pone delle limitazioni relative all'esercizio delle iniziative economiche pubbliche e private che, con la nuova formulazione, non potranno più nuocere alla salute e all'ambiente e dovranno, al contempo e per quanto *infra* specificato, essere sottoposte a controlli, allo scopo precipuo di indirizzarle a fini ecologisti.

Difatti, in ossequio alle predette finalità, l'art. 41 Cost. ha da sempre rappresentato un paradigmatico esempio di disposizione “complessa” e di non immediata interpretazione: da una parte, infatti, il comma 1 proclama la libertà dell'iniziativa economica privata e, d'altra parte, i successivi commi 2 e 3 pongono vari limiti a quella stessa libertà poco prima garantita²⁸. Tali limiti sono, peraltro, di due diverse specie: il secondo comma prevede quelli che possono essere definiti come limiti “negativi”, ossia divieti di esercitare l'iniziativa economica²⁹ in quelle forme che si rivelino dannose per altri valori costituzionali; mentre il comma terzo presenta i cosiddetti limiti “positivi”, consistenti nella possibilità di interventi pubbli-

²⁶ In particolare la giurisprudenza ha statuito che in particolare, ad avviso dell'organo nomofilattico «[...] la stessa configurabilità del bene-ambiente e la risarcibilità del danno ambientale, pur specificamente regolato dalla L. n. 349 del 1986, art. 18, trovano “la fonte genetica [...] direttamente nella Costituzione, considerata dinamicamente e come diritto vigente e vivente, attraverso il combinato disposto di quelle disposizioni (artt. 2, 3, 9, 41 e 42) che concernono l'individuo e la collettività nel suo habitat economico, sociale e ambientale” ed ha ritenuto, pertanto, che, anche prima della L. n. 349 del 1986, la Costituzione e la norma generale dell'art. 2043 c.c., “apprestavano all'ambiente una tutela organica” così Cass., 19.6.1996, n. 5650 (relativa alla catastrofe del *Vajont* del 1963)».

²⁷ C.E. Gallo, *Ambiente e posizioni soggettive della persona*, in R. Ferrara, M. Vipiana (a cura di), *I “nuovi diritti” nello stato sociale in trasformazione*, Padova, 2002, p. 81 ss.; E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 293 E. Casetta, *op. cit.*, 95; G. Miele, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1966, 183 ss.

²⁸ Per alcune interessanti notazioni cfr. F. Fracchia, *La tutela dell'ambiente come dovere di solidarietà*, in *Il diritto dell'economia*, 2009, 491 ss.; B. Caravita di Toritto, *Diritto all'ambiente e diritto allo sviluppo: profili costituzionali*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Tomo I, Milano, 1996, 345 e M. Cecchetti, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000 che sottolineano che l'affermazione del valore costituzionale ambientale consente di superare la prospettiva che ricostruisce l'ambiente unicamente come situazione giuridica soggettiva configurandolo invece come obiettivo primario dell'ordinamento, che ben può includere al suo interno la tutela di determinate situazioni soggettive diversamente strutturate, ma non può certamente esaurirsi in esse.

²⁹ Così, secondo nozioni manualistiche, P. Caretti, U. De Siervo, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 2001, 465; G. Amato, A. Barbera, *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1994, *passim*.

ci, coperti da riserva di legge, volti ad indirizzare e coordinare l'attività economica³⁰ verso interessi diversi da quelli che caratterizzano i singoli imprenditori.

A partire dalla summenzionata novella costituzionale, inoltre, lo spettro dei limiti che l'art. 41 Cost. pone all'iniziativa economica pare aver subito un ampliamento. In particolare, il comma 2 non si limita più a prescrivere che l'iniziativa economica non possa svolgersi «in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà³¹, alla dignità umana», bensì estende il novero dei beni tutelati, riformulando il divieto di arrecare danno nei seguenti termini: «alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana». Inoltre, il comma 3 prevede ora che l'attività economica possa essere soggetta a programmi e controlli che la indirizzino non più solo «a fini sociali», bensì anche «a fini ambientali».

A ben vedere, dunque, l'art. 41 Cost. risulta, oggi, una norma in cui il dialogo tra attività economica e tutela ambientale, pare aver trovato un esplicito riconoscimento costituzionale. L'introduzione di nuove limitazioni alla libertà di iniziativa economica privata sarebbe suscettibile di ridisegnare gli equilibri fondamentali incorporati nella Carta costituzionale, che sono alla base della stessa forma di stato sociale, in quanto verrebbe a rideterminare i parametri dell'intervento dello Stato nell'economia. In particolare, la riforma vuole segnare una svolta ambientalista nella Costituzione, non solo proclamando nuove garanzie per l'ambiente rispetto alla libertà di cui all'art. 41 Cost. comma 1, ma anche antepoendole – stando all'ordine positivo – a quelle della sicurezza, della libertà e della dignità umana³².

³⁰ La prassi degli appalti verdi potrebbe porre delicati problemi di bilanciamento tra l'esigenza di protezione ambientale e gli obiettivi di tutela della concorrenza, con particolare riguardo ai corollari della parità di trattamento e del divieto di discriminazione. Si veda, a conferma di un orientamento giurisprudenziale consolidato, TAR Puglia-Lecce, 17 novembre 2006, n. 5373, in *Urb. ap.*, 2007, 479, con nota di L. Masi, *Appalti pubblici e risparmio energetico: un esempio di appalto verde*; in dottrina, G. Fidone, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2012, 819 ss., spec. 822 ss.; Id., *Osservazioni critiche sull'utilizzo dei criteri ambientali nei sistemi di contrattazione pubblica*, in M. Amadei e M. Cozzio (a cura di), *Appalti di servizi e criteri ambientali. Aspetti giuridici e tecnici*, Trento, 2013, 13 ss.

³¹ Per maggiori delucidazioni si rimanda a M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 79 ss.

³² Sulla delicata questione del bilanciamento dei diversi diritti e sul carattere preminente di alcuni diritti su altri, sebbene con riferimento ad altro articolo della Carta, valga ricordare che, in senso contrario, il Giudice delle leggi non condivideva l'assunto per cui l'aggettivo «fondamentale», contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore del «carattere preminente» del diritto alla salute rispetto agli altri diritti della persona. Del pari, la qualifica giurisprudenziale dei cd. «valori primari», riferita a salute e ambiente (sent. cost. n. 365 del 1993), non varrebbe a collocarli all'apice di una rigida gerarchia tra diritti fondamentali. Difatti, la menzionata sentenza statuisce che: «se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona». Di qui il rigetto della questione di costituzionalità sollevata dal g.i. di Taranto in merito al celeberrimo caso dell' ILVA che sottolinea a chiare lettere: «la ratio della disciplina censurata [il d.l. n. 207 del 2012, convertito con modificazioni dalla l. n. 231 del 2012] consiste nella realizzazione di un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in particolare alla salute (art. 32 Cost.), da cui deriva il diritto all'ambiente salubre e al lavoro (art. 4 Cost.), da cui deriva l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali ed il dovere delle istituzioni

Dunque, la portata della riforma che qui ci occupa non può essere compresa senza prima aver correttamente inquadrato il contesto normativo di riferimento e, quindi, la struttura dell'art. 41 Cost. In particolare, laddove si volesse ipotizzare che la Legge costituzionale n. 1 dell'11 febbraio 2022 abbia sovvertito l'originario impianto della disposizione di cui all'art. 41 Cost., introducendovi una nuova gerarchia di valori e beni costituzionali di stampo marcatamente ambientalista, diverrebbe imprescindibile valutare in che modo il contenuto della riforma possa dirsi innovativo rispetto ad un testo che poneva proprio al centro i concetti di "utilità sociale" e "fini sociali", senza invece mai preoccuparsi di menzionare il bene-ambiente³³.

Ebbene, l'art. 41 Cost. costituisce una disposizione dal complesso tessuto sintattico e concettuale, contenendo l'espressa previsione del delicato rapporto tra libertà e autonomia negoziale ed i suoi limiti conformativi pubblicistici. Tra questi ultimi, certamente spiccano – anche nell'attuale formulazione – quelli legati al concetto di "utilità sociale", come sancito al comma 2 dell'articolo in commento, ed alla possibilità che la legge fissi «i programmi e i controlli» per indirizzare e coordinare l'attività economica "a fini sociali", di cui al successivo comma 3. Si vogliono, in altri termini, regolare le esternalità negative derivanti dall'attività private, in una prospettiva di sostenibilità. Il risultato sarebbe una visione dell'utile sociale tale per cui il mercato e l'ambiente si fondono in una prospettiva di ineludibile e mutuo beneficio, dovendo il mercato sostenere e promuovere l'ambiente, sia per non sottrarne la fruibilità alle future generazioni ma anche per far fronte alla pochezza di risorse da cui il mercato stesso è attanagliato³⁴.

pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso». Invece in senso difforme, a distanza di pochi anni, nella sentenza cost. n. 58 del 2018, al contrario, la continuità produttiva dell'ILVA di Taranto doveva cedere dinanzi alle «esigenze di tutela della salute, sicurezza e incolumità dei lavoratori, a fronte di situazioni che espongono questi ultimi a rischio della stessa vita». Per indicazioni in tale senso cfr. I. Speciale, *Il nuovo paradigma dell'impresa sostenibile*, in *Cont. im.*, 2022, 763 la quale rileva: «al netto degli elementi di diversità fra i due "decreti Salva ILVA", si percepisce un chiaro mutamento di prospettiva da parte della Consulta che, nel 2018, ha richiamato espressamente i limiti costituzionali all'attività d'impresa, la quale, a norma dell'art. 41 Cost., deve esplicarsi in modo da non recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana». Per uno studio del celeberrimo, quanto oggettivamente complesso, caso ILVA di Taranto appare utile rimandare, *ex plurimis*, alle analisi in F. Pirro, *L'incidenza dello stabilimento siderurgico dell'ILVA di Taranto sull'economia provinciale e regionale*, in *Rivista Economica del Mezzogiorno*, 2011, 1-23, 235-264; G. Amendola, *La magistratura e il caso ILVA. Prime riflessioni*, in *Questione Giustizia*, 2012, 5, 9-18; R. Bin, *L'ILVA e il soldato Baldini*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, 1, 122-124; R. Bin, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza 'Ilva'*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2013, 3, 1505-1511; M. Meli, *The Environment, Health, and Employment: Ilva's NeverEnding Story*, in *The Italian Law Journal*, 2020, 2, 477-504.

³³ Per un primo commento cfr. R. Bifulco, *Prmissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, in *www.federalismi.it*, 2022, 4, che rileva: «l'ingresso della tutela dell'ambiente all'interno dei principi fondamentali della Costituzione segna [in modo indelebile] un punto di svolta nella dogmatica costituzionale».

³⁴ In questo senso sembra indirizzarsi M. Cafagno, *Analisi economica del diritto e ambiente. Tra meta-narrazioni e pragmatismo*, in *Il Diritto dell'economia*, 2019, 2, 155 ss. e da ultimo R. Cabazzi, *Dalla "contrapposizione" alla "armonizzazione"? Ambiente ed iniziativa economica nella riforma (della assiologia) costituzionale*, in

I due “ambienti”, naturale ed economico, non si porrebbero in ottica gerarchica, ma di co-essenzialità e mutua assistenza: rispecchiando tanto le logiche economiche del mercato europeo, quanto il piano personalistico di sviluppo umano che è l'asse portante della nostra Carta fondamentale. In buona sostanza, la novella costituzionale del 2022 non sembra voler stravolgere l'impianto dogmatico costituzionale³⁵, quanto porre una logica di indirizzo e promozione verso nuove forme di equilibrio tra ambiente ed impresa che si rivelino più idonee allo sviluppo sostenibile della moderna società economica, secondo una prospettiva evolutiva di utilità sociale.

L'odierna struttura del disposto costituzionale novellato è il corollario dell'avvicendamento, avvenuto in tempi recenti, tra due modelli di intervento pubblico in economia³⁶. Il primo, presente fino a pochi decenni fa, nell'Europa continentale ed in Italia, prevede l'intervento dirigitico e assai penetrante dello Stato nella negoziazione dei valori mobiliari: il mercato è concepito come servizio pubblico e lo Stato interviene direttamente come controllore anche per garantirne l'efficacia allocativa delle risorse. “Controllo”, in tale contesto, equivale a “governo” dei mercati e come tale lo intende l'art. 41 comma 3 Cost., quando menziona i «programmi e controlli». Tale impostazione ritiene che il mercato, naturalmente, non sia in grado di allocare secondo una efficienza paretiana le risorse. Le esternalità negative devono, in tale prospettiva, essere regolate, in via penetrante dallo stato che *ex ante* interviene nell'economia. Il secondo modello, proprio della tradizione anglosassone di *common law*, concepisce il mercato – quale luogo della contrattazione – almeno inizialmente, come aggregazione nascente “dal basso”, come attività imprenditoriale privata. L'intervento pubbli-

Federalismi, 2022, 39 che rileva «Non si tratta di mercificare l'ambiente, ma, semmai, di ecologizzare il mercato, con il quale, ancor oggi, pare imprescindibile fare i conti».

³⁵ La portata della problematica è stata già messa suggestivamente in rilievo da P. Perlingieri, *Diritto civile nella legalità costituzionale nel Sistema italo comunitario delle fonti*, 2020, Napoli, 526 ss. Condivido il pensiero di A. Mitrotti, *Territorio, interessi in contesa e modifiche agli articoli 9 e 41 Cost. Prime riflessioni sul “permitting” ambientale*, in *Società e diritti*, 2022, 107 secondo cui «[...] se volessimo dirla con altre parole, non sarebbe fantasioso leggere le recenti modifiche costituzionali come potenzialmente suscettibili di arricchire le tradizionali tecniche di bilanciamento tra interessi sotto il profilo di (squisita) “natura” teleologica: ossia sotto l'angolo visuale di un nuovo vincolo finalistico, direttamente, “posto” dalla Carta repubblicana in capo ai risultati “qualitativi” dei futuri bilanciamenti che impegneranno il legislatore ordinario, come pure gli interpreti della giurisprudenza, nonché l'attività delle Amministrazioni Pubbliche».

³⁶ Tale delicata tematica merita di essere associata, ancora una volta al caso ILVA ove, come noto, occorre valutare la legittimità costituzionale di «disposizioni urgenti», emesse nel 2012 e nel 2015, per consentire la prosecuzione dell'attività produttiva di aree sottoposte a sequestro penale. Come la stessa Corte costituzionale ha chiarito, il legislatore può astrattamente intervenire in «settori strategici per l'economia nazionale» e prevedere che sequestri preventivi disposti dall'autorità giudiziaria non impediscano la continuazione dell'attività d'impresa; ma può farlo «solo attraverso un ragionevole ed equilibrato bilanciamento dei valori costituzionali in gioco». A tal fine, la sentenza cost. n. 85 del 2013 precisava che «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre “sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziali conflitto tra loro» (così nella sentenza Cort. Cost n. 264 del 2012, in *Banca Dati Dejure.it*).

co assurge nel tempo caratteristiche differenti rispetto al primo modello. Lo Stato interviene per “vigilare” *ex post*, senza alcuna finalità dirigitica: si fa proprio l'insegnamento del teorema di Coase. In modo più preciso, l'enunciato di Coase afferma che se i costi di negoziazione e transazione sono nulli, la contrattazione tra agenti economici porterà a soluzioni efficienti da un punto di vista sociale (dette Pareto-efficienti) anche in presenza di esternalità e a prescindere da chi detenga inizialmente i diritti legali. Una formulazione equivalente afferma che, in assenza di costi di transazione, tutti i modi in cui un governo può allocare inizialmente delle proprietà sono ugualmente efficienti, perché le parti interessate contratteranno privatamente per correggere ogni esternalità.

Come corollario, l'enunciato implica che, in presenza di costi di transazione, un governo può minimizzare le inefficienze allocando inizialmente le proprietà alla parte a cui assegna maggiore utilità. Si noti che, quando si parla di proprietà, si intende la proprietà privata, composta cioè di beni appropriabili: tale teorema non è perciò applicabile alla proprietà pubblica. A questo secondo modello l'Italia si converte sotto la spinta dell'integrazione comunitaria, andando altresì a creare un apparato di controlli pubblicistico-conformativi rappresentato dalle attività delle Autorità indipendenti. Le Autorità creano un controllo appunto “conformativo”³⁷, una valutazione del comportamento dei soggetti vigilati “oggettiva”, di adeguamento a *standard* oggettivi. Pertanto, il “criterio guida” della legislazione economica diviene la salvaguardia della “eguaglianza nei rapporti economici”, fondata proprio sugli artt. 3 e 41 Cost. che mira a prevenire che un soggetto economico “si assicuri un'indebita posizione di vantaggio nell'esercizio dell'attività imprenditoriale”³⁸.

³⁷ In effetti, il passo decisivo, a voler prendere sul serio l'uso responsabile delle risorse naturali in materia contrattuale, è proprio quello dell'integrazione degli interessi ambientali nella contrattazione pubblica mediante “clausole verdi” obbligatorie: dalla facoltatività all'obbligatorietà potrebbe dirsi per cogliere in sintesi un percorso che, dopo aver segnato alcune tappe rilevanti nella disciplina europea (v. l'art. 5, § 3, della direttiva 2009/33/CE, sulla promozione di veicoli puliti e a basso consumo energetico nel trasporto stradale) e nella legislazione interna speciale, regionale e locale, trova finalmente compimento in sede di legislazione generale. Su tale evoluzione si veda M. Pennasilico, *Contratto e promozione dell'uso responsabile delle risorse naturali: etichettatura ambientale e appalti verdi*, in *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi, Atti del 9° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C.*, Napoli, 2015, 261 ss.; diversamente, S. Biancareddu, G. Serra, *Gli appalti verdi: la soddisfazione di interessi ambientali attraverso le procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici. Qualche riflessione alla luce dei recenti interventi normativi*, (2014), in *www.sentenzeitalia.it*, 1 ss., spec. 24 ss., secondo le quali apparirebbe contraddittoria la garanzia della diffusione dell'appalto verde «attraverso l'introduzione di norme a carattere obbligatorio, proprio in considerazione del fatto che l'istituto agisce sulla “sensibilità ambientale” dei singoli e delle amministrazioni».

³⁸ In tale fase storica si consuma il passaggio “dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore”, che nel nostro Paese è accompagnato dalla privatizzazione e dallo smantellamento dell'impresa pubblica. Il passaggio allo Stato “regolatore” è un potente detonatore del sistema dei controlli. La privatizzazione dei mercati, infatti, reca con sé enormi semplificazioni nella gestione, ma pure non trascurabili complicazioni: *in primis*, appunto, la creazione di un apparato di controlli, quello delle Autorità indipendenti.

Del resto, è proprio il rapporto tra contratto e ambiente che consente di superare definitivamente il principio secondo il quale il contratto produce effetti soltanto tra le parti (art. 1372 c.c.): se l'atto negoziale incide sull'ambiente inteso come "bene comune", sistema di risorse a uso condiviso insuscettibili di appropriazione esclusiva e caratterizzate dal godimento collettivo, «deve escludersi che gli effetti di quell'atto possano essere limitati alle parti contraenti e che solo ad esse possa essere riservata la tutela riferita ai suoi effetti». Si è in presenza di un nuovo paradigma contrattuale, preordinato a disciplinare il concorso di una pluralità di interessi convergenti, che conferma l'irriducibilità delle relazioni di mercato a una «visione bidimensionale», basata sui parametri del costo e della utilità, e segna il percorso verso un differente approccio all'economia e ai consumi. Il "contratto ecologico" è, dunque, strumento elettivo nella costruzione di un'altra economia, un'economia "circolare"³⁹, equa e solidale, in una parola, un'economia sostenibile.

2. *Autonomia privata e limiti pubblicistici: tra ragionevolezza e proporzionalità*

Sotto il profilo dell'equilibrio tra interessi coinvolti, non va tralasciato che il Giudice delle leggi ha statuito, proprio in merito ai criteri di ragionevolezza e proporzionalità, il punto di separazione tra norma a tutela dell'ambiente e diritti d'impresa. Allora occorre, nel bilanciamento degli interessi, considerare il peso specifico attribuito alla tutela ambientale, in particolare, il criterio della ragionevolezza deve essere impiegato per accertare se le norme limitative degli altri diritti fondamentali siano o meno ragionevoli, in considerazione del valore ambientale.

³⁹ Questo tipo di economia comporta l'abbandono graduale del modello economico lineare, basato sul semplice schema "produzione-consumo-smaltimento", nel quale ogni prodotto è destinato a giungere al "fine vita". Nell'ambizioso programma dell'economia circolare, invece, i prodotti dovrebbero conservare il proprio valore aggiunto il più a lungo possibile, restando all'interno del sistema economico anche alla fine del ciclo di vita primario, in modo da essere riutilizzati più volte ai fini produttivi e creare così nuovo valore. In tal senso, sono le comunicazioni della Commissione UE, COM (2014) 398, «Verso un'economia circolare: programma per un'Europa a zero rifiuti»; COM (2015) 614, «L'anello mancante – Piano d'azione dell'Unione europea per l'economia circolare»; e le relazioni COM (2017) 33, «sull'attuazione del piano d'azione per l'economia circolare»; SWD (2017) 47 «Riesame dell'attuazione delle politiche ambientali dell'UE. Relazione per paese – Italia». In linea con la strategia della Commissione europea sull'economia circolare si pone la proposta di direttiva COM (2015) 635, «relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita online e di altri tipi di vendita a distanza di beni», in virtù della quale i consumatori potranno beneficiare di prodotti di migliore qualità e più duraturi [per un quadro generale, v. A. Addante (a cura di), *Tutela del consumatore nei contratti telematici e nuove frontiere del diritto europeo della vendita*, Milano, 2016]. Nel diritto interno, assecondano la transizione verso un'economia circolare la legge 221/2015, sulla *green economy*, la legge 166/2016, sulla donazione e distribuzione di prodotti alimentari e farmaceutici a fini di solidarietà sociale e di limitazione degli sprechi, mentre l'art. 95 c. ap, sui criteri di aggiudicazione dell'appalto, enuncia al comma 6, lett. c, «l'obiettivo strategico di un uso più efficiente delle risorse e di un'economia circolare che promuova ambiente e occupazione».

La questione in punto di bilanciamento è comprendere se il valore ambientale esaminato assieme agli altri interessi meritevoli di tutela, compori, nei riguardi di questi ultimi, quella che mi permetto di definire «compressione omeopatica»⁴⁰. Si può limitare una limitazione di tale diritto o interesse quando risulti ragionevole e proporzionata rispetto agli obiettivi di tutela ambientale da realizzare. In questa direzione è noto che gli interessi pubblicistici prevalgono sempre sugli interessi privatistici, poiché i primi mirano al soddisfacimento degli interessi generali, e l'interesse ambientale, in quanto tale, è prevalente su ogni altro interesse dell'ordinamento, sebbene tale interesse, benché si presuma prevalente, incontra il limite di non compressione in maniera definitiva delle altre libertà. Però, contrariamente a quanto detto, è verosimile che lo stesso valore ambientale possa comprimere altre libertà, a condizione che ciò sia giustificato sempre da una necessità razionale, ovvero soddisfare le ragioni collettive espresse nell'integrità ambientale. Occorre, pertanto, un attento e funzionalizzato bilanciamento di interessi.

In tale prospettiva, assumono rilevanza le «clausole verdi»⁴¹. Il tratto fisiologico della figura è la combinazione di attività e servizi strumentali al miglioramento dell'efficienza energetica, finalità che costituisce la causa o funzione del contratto, ben oltre i contingenti interessi delle parti. L'efficienza energetica, infatti, è un valore che tende sempre più a imporsi nell'ordinamento italo-europeo, al fine di assicurare un futuro energetico ecosostenibile. Esattamente, il soggetto pubblico, secondo ragionevolezza e proporzionalità, indica fra i criteri di aggiudicazione, appunto, dette clausole, con lo scopo di individuare imprenditori concorrenti che possano offrire prodotti e servizi eco-efficienti, garantendo, in tal guisa, una gestione ecologicamente virtuosa degli acquisti e delle opere pubbliche.

Sul punto preme ricordare che la Commissione europea negli ultimi anni ha, in più occasioni, resa esplicita l'importanza di agevolare, in coerenza con la sostenibilità, i mezzi volti a presidiare gli interessi ambientali nell'ambito del mercato unico e, dunque, anche dei contratti pubblici. Su tale aspetto, infatti, la contrattualistica pubblica sovranazionale, sempre più spesso, si caratterizza per i richiami all'ambiente; basti pensare ai *green public procurement* proprio al fine di spingere l'evoluzione del mercato dei prodotti e servizi caratterizzati da una minore incidenza sull'ambiente. Pertanto, la prospettiva futura è quella di inno-

⁴⁰ Corte Cost. 23 luglio 1997 n. 27, in *Banca Dati Dejure*. Con riferimento alla decisione dei giudici costituzionali ad oggetto la tutela ambientale, si legga in tema, anche per ulteriori riferimenti G. Perlingieri, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *I rapporti civilistici nell'interpretazione costituzionale nel decennio 2006-2016*, P. Perlingieri, S. Giova (a cura di), Napoli, 2018, 284 ss. Sia consentito rinviare per notazioni analoghe sul tema a G. Passarelli, *Contractual autonomy between internal and ecological dimension in Italy*, in *Juscivile*, 2022, 1334.

⁴¹ Sulla questione cfr. C. Irti, *Gli "appalti verdi" tra pubblico e privato*, in *Contratto e Impresa Europa*, 2017, 197.

vare immettendo sul mercato prodotti altresì non impattanti da un punto di vista ecologico, grazie a ricerche volte ad apportare soluzioni di cambiamento.

Tuttavia, la prevalenza del valore ambientale sull'esercizio dell'attività d'impresa non vada interpretata astrattamente ma concretamente, nel senso che la scelta della A. deve essere concreta nella realizzazione degli obiettivi prefissati e, pertanto, la "compressione", più volte citata, delle libertà fondamentali va intesa in maniera sostanziale, agganciata a una verifica degli scopi presi di mira.

Il *punctum controversum* è evitare che il concetto di ragionevolezza si trasformi in abuso, o meglio che la A. entri nel regno dell'arbitrio. Proprio per questo attenta dottrina ha precisato che occorre «legittimare la decisione non in ragione di principi astratti, ma di realtà concrete e verificate; di interessi reali⁴², anziché di finalità artificiali o prefigurate». Concludendo, è indispensabile che la A. dimostri una sua idoneità nella cognizione di realtà socio-economiche sulle quali il suo «agere» andrà ad incidere e gli eventuali effetti che si produrrebbero a seguito della sua azione. In definitiva, se tolleriamo che le politiche e i valori ambientali abbiano impatto sui contesti socio-economici e se, dunque, si ammette il primato del valore ambientale su altre libertà fondamentali, è indispensabile altresì che le decisioni maturate siano fondate su un procedimento trasparente.

3. *Sostenibilità: una nuova declinazione della causa in concreto e della meritevolezza?*

La drammatica incidenza delle problematiche di stampo ecologico sulla realtà contemporanea e la crescente sensibilità della collettività sociale verso le tematiche ambientali, nonché il consolidamento del modello globale dello sviluppo sostenibile⁴³, impongono, in particolare al civilista, di rielaborare i model-

⁴² Inoltre, lo stesso regolamento n. 178 stabilisce, al considerando n. 17, che «quando la legislazione alimentare è intesa a ridurre, eliminare o evitare un rischio per la salute, le tre componenti interconnesse dell'analisi del rischio, vale a dire la valutazione, gestione e comunicazione del rischio, forniscono una metodologia sistematica per definire provvedimenti, o altri interventi a tutela della salute, efficaci, proporzionati e mirati». Il concetto è poi ribadito nel considerando n. 35: «L'Autorità dovrebbe essere una fonte scientifica indipendente di consulenza, informazione e comunicazione del rischio per accrescere la fiducia dei consumatori». Infine, l'art. 22 assegna esplicitamente tale funzione all'Autorità europea per la sicurezza alimentare.

⁴³ F. Forno, R. Graziano, *Il consumo critico. Una relazione solidale tra chi acquista e chi produce*, Bologna, 2016, come risposta alla «logica predatoria che presiede l'attuale economia di mercato [...] responsabile dei crescenti problemi ambientali e sociali che affliggono, in modo sempre più evidente, le nostre società», propongono un modello di «consumo critico», definito come «una modalità di acquisto di beni e servizi che tiene conto non solo del prezzo e della qualità percepita dei prodotti, bensì anche – in alcuni casi, soprattutto, – del comportamento dei produttori e della sostenibilità ambientale e sociale della filiera produttiva». Il principio dello «sviluppo sostenibile» trova la sua più compiuta definizione nel Rapporto della Commissione mondiale su ambiente e sviluppo del 1987 (c.d. Rapporto Brundtland), che considera «sostenibile» lo «sviluppo che soddisfi i bisogni della generazione presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddi-

li giuridici classici alla luce dei valori non patrimoniali ecologici e dei sottesi interessi ambientali per far fronte alle rinnovate esigenze comuni. L'interesse alla protezione dei beni ambientali e alla conservazione delle limitate (poiché esauribili) risorse naturali pone il problema della gestione di tali beni e risorse comuni in funzione tanto di godimento (attuale), quanto di manutenzione a favore delle generazioni future, alle quali occorrerebbe, con sempre maggiore urgenza, riconoscere (anche nel nostro sistema ordinamentale) la soggettività giuridica.

La dialettica tra mercato – improntato a parametri di concorrenza, produttività e competitività – e ambiente – strettamente connesso ai valori della dignità umana e della giustizia sociale – troverebbe la sua sintesi proprio nel principio dello sviluppo sostenibile. La tutela dei diritti fondamentali della persona diventa il modo per realizzare un mercato sostenibile, in grado di arginare l'emergenza ecologica dei nostri tempi. L'attività economica che non è sostenibile lede la persona, la collettività, ma anche l'economia sociale di mercato. Alla competitività economica deve, dunque, affiancarsi la stabilità sociale, in modo da coniugare l'utile al giusto.

D'altro canto, preme ricordare che negli anni è emersa non solo la preoccupazione ma, soprattutto, l'esigenza di approfondire il tema dell'ambiente, specificamente, sulle tecniche della sua tutela, volgendo lo sguardo a quelli che sono gli istituti del diritto comune. Più precisamente, si è posta al centro di tale riflessione, la tutela del terzo ovvero la possibilità di prevedere rimedi a tutela dell'ambiente e, contemporaneamente, se tali rimedi comprimano, per tutelare l'ambiente, la sfera giuridica dei diritti dei terzi che *medio tempore* siano sorti, in particolare considerando anche un eventuale risarcimento del danno che questi abbiano patito. Tutto ciò ha condotto la letteratura civilistica a rivalutare la classica *summa divisio* «pubblico-privato» in considerazione dell'enorme spessore teorico che ha il tema in rassegna, considerando proprio il ruolo che, nell'ottica della gestione dell'ambiente, il diritto privato può assumere ma soprattutto il contributo che in tale gestione può fornire⁴⁴.

Ebbene, se consideriamo di integrare il corredo dei rimedi fondamentali idonei a contrastare le nuove forme di lesione al bene ambiente, ci accorgiamo che le relazioni sottili esistenti tra diritto privato e diritto ambientale possano essere, in realtà, inquadrare come bifronte. Per un verso, infatti, il diritto privato assume sempre più una curvatura sulle tematiche e sulle questioni sensibili legate all'ecologia⁴⁵

sfare i propri». Per ulteriori indicazioni si veda I. Alogna, *La circolazione del modello di sviluppo sostenibile. Prospettive di diritto comparato per un percorso multidirezionale*, in G. Cerrina Feroni, T.E. Frosini, L. Mezzetti, L. Petrillo (a cura di), *Ambiente, energia, alimentazione. Modelli giuridici comparati per lo sviluppo sostenibile*, I, 1, in www.cesifn.it, 2016, 145 ss.

⁴⁴ Sulla meritevolezza di una tutela ambientale ultraindividuale tra i primi cfr. v. G. Alpa, *La natura giuridica del danno ambientale*, in P. Perlingieri (a cura di), *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile*, Napoli, 1991, 97.

⁴⁵ P. Vitucci, *Protezione dell'ambiente e diritto privato*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, *Diritto civile*, Milano, 1995, 933 ss.

e dall'altro, alla riconsiderazione di quegli istituti del diritto civile forgiati sotto l'influenza dei principi del diritto europeo, dalla natura caratteristica delle leggi in tema ambientale⁴⁶ e dal formante giurisprudenziale.

Bisognerebbe, in realtà, disancorarsi (se il pensiero corre al tema ambiente e al ruolo del contratto in tale contesto) da tale impostazione al fine di raggiungere una visione del contratto nella quale si possano «fondere» ambiente e mercato⁴⁷. Assume, in tale prospettiva, notevole rilevanza la relazione tra ambiente e contratto poiché tale relazione ci permette di andare oltre la concezione dell'accordo inteso come strumento produttivo di effetti esclusivamente tra i contraenti (art. 1372 c.c.). Sul punto in dottrina è stato autorevolmente sostenuto che se l'ambiente è «il necessario contesto entro il quale è possibile leggere il modo d'essere del soggetto anche nella sua dinamica negoziale, nessun rapporto contrattuale è pensabile entro l'ottica riduttiva di una pattuizione anelastica, perché questa va necessariamente letta (e, in ipotesi, ridimensionata) in funzione delle sue ricadute non solo sui soggetti contraenti, ma anche su tutti coloro che dai riflessi di quel contratto vengono incisi o anche soltanto sfiorati»⁴².

Per comprendere il profilo problematico della questione, occorre guardare la tematica da un'altra ottica, nel senso che gli istituti dogmatici, di natura patrimoniale, devono essere riveduti in una chiave più elastica e moderna. Pertanto, se consideriamo la funzione sociale questa non attiene solo con il diritto di proprietà⁴⁸, ma la solidarietà emerge, evidentemente, anche nei rapporti obbligatori *ex art.* 1174 c.c. In tale prospettiva, tale rimeditata lettura ermeneutica si pone riguardo anche all'interesse non patrimoniale del soggetto attivo. Da tale assunto discende che un contratto stipulato tra due soggetti privati, pure se all'interno non contenga «clausole verdi» certamente non può contrastare con valori costituzionalmente protetti come la salute e l'ambiente. Particolare attenzione dovrà essere posta sul rapporto funzionale tra sviluppo sostenibile ed equilibrio contrattuale. Tale equilibrio, non è il ben noto equilibrio o simmetria contrattuale tra le parti ma, viceversa, quello di contenuto non patrimoniale ovvero di giustizia contrattuale. In tale prospettiva, essa è intesa come una esaltazione dei principi di solidarietà e proporzionalità. In buona sostanza, l'accordo contrattuale va inteso

⁴⁶ Sull'accesso agli atti da parte delle associazioni ambientaliste il Tar Lombardia il 24 settembre 2021 con la sentenza n. 2017 ha sancito che la qualifica di associazione ambientalista, portatrice di interessi diffusi per la protezione dell'ambiente, non comporta necessariamente la sussistenza dell'interesse diretto, concreto ed attuale richiesto per l'esercizio del diritto d'accesso *ex L. n.* 241/1990.

⁴⁷ Si sono occupati del tema M. Clarich, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 221 s.; E. Navarretta, *Principi fondamentali e autonomia privata, in Crisi della legge e produzione privata del diritto*, in *Bibl. fond. it. not.*, 2018, 147 ss. Sulle differenti tecniche di protezione ambientale, v. U. Mattei, *I modelli nella tutela dell'ambiente*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, II, 389 ss.

⁴⁸ F. Bocchini, E. Quadri, *Diritto Privato*, Torino, 2011, 414; A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2001, 447.

non solo in quegli accordi a contenuto patrimoniale ma anche di relazioni giuridiche patrimoniali sostenibili⁴⁹.

Da quanto premesso, sebbene in via generale, si rileva che lo studio c.d. ecologico del contratto, ha portato certuni in dottrina a ribadire l'annosa *querelle*, precisamente se è fattibile considerare un nuovo *genus* contrattuale: il «contratto ecologico o quarto contratto». La dottrina non ha mancato di evidenziare che si può parlare di «quarto» o, forse, «quinto contratto», qualora si ipotizzi, come «quarto contratto», lo schema di un contratto asimmetrico «al di fuori degli squilibri di rilevanza macroeconomica». L'analisi «ecologica» del contratto e, più in generale, l'esperienza giuridica attuale pongono in evidenza che la categoria del contratto, tradizionalmente ancorata al ruolo di accordo patrimoniale, «è ormai da concepire come un modello aperto, elastico, fisiologicamente funzionale alla realizzazione di interessi anche di natura non patrimoniale». Il contratto ecologico funge, dunque, da traino «nel processo di gestione ecologica e nel riorientamento dei consumi verso prodotti più «verdi»». Occorre, quindi, riflettere sul fatto che nella delicata opera di interpretazione del contratto è necessario vedere, ponderare, valutare la meritevolezza o immeritevolezza dell'accordo ed occorrerà, appunto, verificarne la meritevolezza secondo i valori che permeano il sistema. Occorrerà, pertanto, appurare che la struttura del contratto sarà aderente al valore-ambiente⁵⁰, solo in tal modo gli atti di un soggetto privato saranno rispettosi sotto il profilo «ecologico».

⁴⁹ Per il campo privatistico cfr. M. Pennasilico, *Contratto e uso responsabile delle risorse naturali*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2014, 768; Id., *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico": un altro modo di soddisfare i bisogni*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2016, 493.

⁵⁰ Nonostante ciò sono state sempre più numerose le azioni contro le autorità statali promosse da singoli o da associazioni, che dalla mancata adozione di una normativa e, più in generale, di strumenti di tutela ambientale, fanno discendere il diritto al risarcimento del danno per la lesione dei diritti umani. Quindi, alle istituzioni viene principalmente addebitata la mancata o l'inefficace attuazione delle politiche e degli obiettivi internazionali, da cui discende la lesione del diritto umano all'ambiente. Quanto, poi, alla Corte europea dei diritti dell'uomo va ricordato che questa, imponendo un'interpretazione estensiva degli artt. 2 ed 8 CEDU sul diritto alla vita e sul diritto al rispetto della vita privata e familiare, riconosce un diritto generale alla salubrità dell'ambiente ed un corrispondente dovere degli Stati di proteggere attivamente i diritti dell'uomo, rimuovendo gli ostacoli al loro libero godimento. Il collegamento tra il diritto alla vita e la protezione dall'inquinamento è stato affermato nel caso *Powell, Rayner v. Regno Unito* del 1990, in tema di inquinamento acustico prodotto da un aeroporto. In tale occasione la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto a chiare lettere che gli Stati hanno l'obbligo di adottare misure ragionevoli ed adeguate per proteggere i diritti invocati dalle ricorrenti. Qualche anno dopo, nel 1994, nel caso *Lopez Ostra v. Spagna*, la stessa Corte ha condannato il convenuto Stato spagnolo ritenendo che gli attentati gravi verso l'ambiente ben possono colpire il benessere di una persona e privarla del godimento del suo domicilio, in maniera da nuocere alla sua vita privata e familiare. Ancora, nel 1998, nel caso *Guerra v. Italia*, la Corte di Strasburgo ha riconosciuto il diritto al rispetto della vita privata e familiare e per l'effetto ha condannato l'Italia per non aver fornito informazioni concernenti le emissioni nocive dell'azienda chimica Enichem di Monte Sant'Angelo. Più di recente, nel 2004, la Corte Europea ha riconosciuto che il diritto alla vita può essere invocato anche in materia di inquinamento ambientale e che lo Stato ha il duplice obbligo di prevenirne la lesione dotandosi di un idoneo quadro legislativo ed amministrativo, e di mettere in atto rimedi idonei in caso di lesioni dello stesso.

Dunque, seguendo tale ultima impostazione, l'atto del soggetto privato che urti con l'interesse generale alla tutela dell'ambiente non sarà, evidentemente, meritevole di tutela. Sostanzialmente, ci si trova al cospetto di un controllo (concreto) di meritevolezza che tocca l'insieme degli atti che sono stati posti in essere, evitando che un atto proveniente dal privato (anche se in via causale è legittimo) sia avvolto da immeritevolezza poiché non si ispira all'interesse ecologico. Posta tale ultima riflessione, aggiungo e ritengo che si debba, più correttamente, parlare di «affievolimento dell'autonomia privata» ogniqualvolta il diritto soggettivo, nascente da contratto, degrada ad interesse legittimo poiché tocca un profilo pubblico, *rectius* il bene-ambiente. D'altro canto, il concetto di immeritevolezza è abbastanza ampio poiché non emergerebbe solo tra le parti ma anche qualora queste ultime, nell'esercizio della loro autonomia privata, ledano interessi di terzi (che non sono parte dell'accordo) ma che inevitabilmente, pur collocandosi questi ultimi ab externo rispetto all'accordo interno tra le parti, sono comunque portatori di interessi generali e quindi suscettibili di essere lesi.

Allora, la libertà contrattuale, incontra lo scoglio insormontabile dell'utilità sociale, quindi saranno immeritevoli di tutela quei particolari interessi che possiamo definire come «dannosi» sotto il profilo sociale. Esiste una scala dei valori costituzionalmente tutelati. Ciò significa che vi sono valori che pur avendo la stessa dignità costituzionale, come tutela, non hanno lo stesso peso specifico. Da quanto assunto è possibile concludere statuendo che l'ordine pubblico non vuole certamente espugnare l'autonomia privata ma quest'ultima dovrà sempre cedere il passo ai valori che lo Stato erge a pilastri e sui quali poggia il «consorzio umano». Uno tra tutti l'ambiente così come la novella costituzionale richiamata ha voluto certamente rimarcare.

4. *Il contratto sostenibile: tra nuova conformazione del rapporto negoziale e bilanciamento di interessi privatistici e pubblicistici*

È presente in dottrina e in giurisprudenza una annosa *querelle* sulla possibilità che l'interesse dei contraenti e la loro autonomia contrattuale possano affievolirsi per una tutela del bene ambiente⁵¹.

⁵¹ Il legislatore italiano definisce il contratto di rendimento energetico come «accordo contrattuale 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 livello di 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.lg.102/2014). Si tratta di una tecnica definitoria inusuale: si ha, infatti, non già «la definizione di una fattispecie, la descrizione di fatti al verificarsi dei quali si produce una modificazione per l'ordinamento giuridico, bensì l'individuazione di una funzione che rileva per l'ordinamento in quanto misurabile» (A. Zoppini, *L'efficienza energetica: spunti di diritto privato*, in *Annuario di Diritto dell'energia*, 2016, cit., 359 ss., spec. 360). La

Per meglio comprendere tale tematica occorre, anzitutto, fare chiarezza sulle posizioni giuridiche soggettive che si individuano in capo a tre soggetti: privato – imprenditore, Pubblica amministrazione e cittadini, oppure nel caso di due soggetti privati che si accordino per la costruzione di un'opera, non pubblica, la realizzazione della quale potrebbe ledere il bene ambiente il cui titolare è lo Stato; si rileva che i soggetti coinvolti – direttamente o indirettamente – sono sempre tre. Da tale schema trilatero di situazioni sostanziali d'interesse, diritto soggettivo o interesse legittimo la questione che preme evidenziare è se la P.A. o il privato imprenditore, possano stipulare un contratto il cui oggetto è la realizzazione di un'opera che si rilevi potenzialmente impattante con l'ambiente e che, pertanto, poggia sugli interessi dei cittadini che diventano portatori d'interessi diffusi.

In un simile scenario, avendo sempre come sfondo il quesito posto poc' anzi, possiamo certamente esaminare e comprendere la portata delle diverse situazioni giuridiche soggettive⁵² interessate dal contratto ecologico richiamato non-

prassi commerciale ha sviluppato un'ampia tipologia di EPC, sulla quale si veda P. Piselli (a cura di), *Il contratto di rendimento energetico. Energy performance contract*, Torino-Milano, 2011; in sintesi, P. Piselli, S. Mazzantini, A. Stirpe, *Il contratto di rendimento energetico (Energy Performance Contract)*, in *www.treccani.it*, 2010; M. Maugeri, *Il contratto di rendimento energetico e i suoi «elementi minimi»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, 420 ss. (ora in *Benessere e regole dei rapporti civili: lo sviluppo oltre la crisi*, 2014, 275 ss.); M. Pennasilico, *Il contratto di rendimento energetico (Energy Performance Contract)*, in Id. (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., 242 ss.; L. Parola, T. Arnoni, S. Granata, *Contratti di efficienza energetica. Profili regolamentari e prassi*, in *Contratti*, 5, 2015 525 ss.; vedasi ancora M. Nicolini, *I rapporti contrattuali tra operatori del settore*, in *Annuario di Diritto dell'energia*, 2016, 287 ss., spec. 303 ss.

⁵² Così, M. Pennasilico, *Contratto e uso responsabile*, cit., 768; Id., *Sviluppo sostenibile*, cit., 493. Diversamente, ma in una logica di segno mercantile, che patrimonializza “a cascata” l'ambiente, sovrapponendo il mezzo (la valutazione di convenienza economica) al fine (la tutela ambientale), S. Pagliantini, *Sul c.d. contratto ecologico*, cit., 337 ss. Le argomentazioni dell'A., volte a dimostrare che il “contratto ecologico”, «se da un lato è percorso da un valore non patrimoniale che talora ne indirizza la funzione, dall'altro, col fatto di operarne una sussunzione incipiente, nella sostanza lo patrimonializza», 343, sembrano contraddette dal confronto con il laboratorio del diritto europeo dei contratti, nel quale «il requisito della patrimonialità è ignorato del tutto» (U. Breccia, *Contratto e comune quadro europeo. Note introduttive*, in *Annuario del contratto*, 2009, diretto da A. D'Angelo e V. Roppo, Torino, 2010, 38, con riferimento all'art. II.-1:101 del DCFR, a norma del quale il contratto è un accordo diretto a produrre un rapporto giuridico o qualche altro effetto). L'A. intravede, altresì, nel “contratto ecologico”, inteso come fattispecie costitutiva di rapporti patrimoniali eco-sostenibili, «una (lodevole) provocazione argomentativa più che l'avvio di una riconcettualizzazione categoriale», 340, «un'espressione raffinata ma predicata di un valore soltanto descrittivo», che si presta, al più, «ad un esercizio di *dépoussiérage* delle categorie tradizionali», 344. Condivide, invece, l'esigenza della «riconcettualizzazione delle categorie civilistiche», N. Lipari, *Intorno ai «principi generali del diritto»*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 28 ss., spec. 31, nota 17, ove si osserva che l'ambiente diventa «il necessario contesto entro il quale è possibile leggere il modo d'essere del soggetto anche nella sua dinamica negoziale»; v. ancora N. Lipari, *Introduzione*, in M. Pennasilico (a cura di), *Contratto e ambiente: l'analisi ecologica del diritto contrattuale. Temi e problemi di diritto dell'ambiente*, 2015, 5 ss. Occorre, dunque, acquisire consapevolezza, sotto il profilo metodologico, che sempre più spesso, e con sempre maggior forza, si affacciano all'analisi giuridica temi e problemi che rifuggono la mera dimensione economico-patrimoniale, nel segno della tendenza alla “depatrimonializzazione” del diritto civile; concezione culturale, questa, ampiamente penetrata non soltanto nella dottrina più sensibile ai valori costituzionali (Perlingieri, *Persona, ambiente e sviluppo*, cit.; per ulteriori indicazioni, v. M. Pennasilico, *Legalità costituzionale*, cit., 254 ss.), ma anche nella stessa giurisprudenza di legittimità (v., ad es., Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 587 ss., con nota di R.F. Iannone, *Il confine tra soggetto e persona nella legalità costituzionale: la soggettività*

ché il profilo che concerne la tutela civile che il soggetto danneggiato possa azionare. Anzitutto, si precisa che la sfera dei diritti “non affievolibili” è di creazione giurisprudenziale al fine di fornire un presidio pieno a tutte quelle situazioni sostanziali d’interesse che, ricevendo copertura costituzionale, dovrebbero essere esenti da eventuali limitazioni per opera della Pubblica Amministrazione. In tale prospettiva, si pone il fenomeno della c.d. degradazione o “affievolimento” del diritto; esso ricorre quando il diritto del soggetto, ponendosi in contrasto con un potere, si trasforma – appunto degradando – in interesse legittimo. Giova rilevare che la giurisprudenza afferma che esisterebbero casi di diritti «non degradabili» o, *rectius*, non suscettibili – sul piano spiccatamente concreto – di degradazione.

Tale nomenclatura⁵³ è utilizzata per fare riferimento alla loro non sottoposizione all’*agere* amministrativo⁵⁴. Prendendo le mosse da tale ricostruzione, una tesi di matrice dottrinale ha precisato che «opinare nel senso che un diritto rimane diritto anche a fronte di un potere attribuito da una legge significa ritenere che esso sia stato giudicato «vincente» rispetto a qualsiasi altro interesse da una fonte superiore alla legge stessa e, dunque, dalla Costituzione. Si è rilevato, tuttavia, che si sarebbe – dal punto di vista fenomenico – in presenza di un potere attribuito e che si origina dalla legge; dunque, il giudice non può accordare la preferenza al diritto condannando l’amministrazione e sostanzialmente disapplicando la legge, ma semmai, ove ritenga che questa abbia attribuito all’amministrazione un potere che non le spettava, deve sollevare la questione di legittimità costituzionale della legge per contrasto con la disposizione costituzionale che configura come intangibile il diritto»⁵⁵.

In esito, è possibile verificare che, a partire dagli anni 70, l’esigenza di accordare una forma di protezione adeguata in favore di interessi di preminente rilievo riferibili alla generalità dei consociati, trascendenti come tali i limiti di un rapporto strettamente individuale, ha spinto dottrina e giurisprudenza a ricercare, anche in sede civile, soluzioni che consentissero di rinvenire in capo ai singoli delle posizioni differenziate e qualificate, tutelabili come tali in giudizio, in qualche modo ricollegabili all’interesse diffuso⁵⁶. In tale direzione, l’operazione principale com-

del concepito e il diritto a nascere sano), al punto da accreditarsi la costruzione di un sistema di diritto “civil-costituzionale”, incentrato sulla “funzionalizzazione” delle situazioni patrimoniali a quelle esistenziali (C. Donisi, Verso la «depatrimonializzazione» del diritto privato, in Rass. dir. civ., 1980, 644 ss.). Il civilista, disorientato dalle sirene del mercato, se ne avvede soltanto per alcune grandi questioni, che attengono anzitutto all’inizio e alla fine della vita, ma non sembra ancora consapevole che la dimensione assiologica, pervasiva del sistema ordinamentale, lo coinvolge immediatamente anche in altre questioni fondamentali, quali quelle ambientali.

⁵³ Sul punto cfr. Corte Cost., n. 140/2007 in *Banca dati Dejure*.

⁵⁴ L’interesse del privato sarebbe sempre vincente: in tali termini, in materia di ambiente salubre, si sono pronunciate le Sezioni Unite della Corte di legittimità con le due decisioni del 1979 nn. 1463 e 5172, entrambe in *Banca Dati Dejure*.

⁵⁵ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2009, 322

⁵⁶ Per uno spaccato del dibattito cfr. P. Rescigno, *Premesse civilistiche*, in Aa.Vv., *La responsabilità dell’impresa per i danni all’ambiente e ai consumatori*, Milano, 1978, 70 ss. Successivamente U. Salanitro, *Il dan-*

piuta dalla Corte di legittimità⁵⁷ è stata quella di distinguere tra beni collettivi «indivisibili», rispetto ai quali è inconcepibile una situazione giuridica di vantaggio vantata dal singolo e beni collettivi «divisibili», di gran lunga più numerosi e suscettibili, viceversa, di un godimento frazionato da parte di singoli soggetti. In questa seconda ipotesi, allora, si è ravvisata una vera e propria posizione di diritto soggettivo, incorporata nell'interesse diffuso ma da quest'ultimo separabile, in caso di lesione, al fine di essere attivata in giudizio ai fini risarcitori.

L'esperibilità della tutela del diritto del singolo innanzi al giudice civile è stata affermata con particolare vigore in tema di ambiente salubre, configurando un diritto alla salubrità ambientale⁵⁸ giuridicamente rilevante, nella misura in cui l'alterazione dell'integrità ambientale⁵⁹ sia tale da ripercuotersi in modo negativo e diretto sulla salute dell'individuo. Lo strumento rivelatosi maggiormente efficace per assicurare la tutela individuale degli interessi ambientali diffusi è quello di carattere demolitorio-inibitorio indicato all'art. 844 c.c.

Tale disposizione è invocata a più riprese e interpretata in senso evolutivo dalla giurisprudenza. Tale lettura ermeneutica è volta ad accordare protezione contro immissioni nocive alla salute, non solo in favore dei proprietari o titolari di un diritto reale di godimento sul fondo su cui insistono le immissioni intollerabili, ma anche di qualsiasi altro soggetto, potenzialmente esposto al pericolo di pregiudizio per la propria salute.

Successivamente, è avvenuto riconoscimento, non solo dell'ammissibilità del concorso tra l'azione inibitoria di cui all'art. 844 c.c. e quella di responsabilità acqui-

no ambientale tra interessi individuali e interessi collettivi, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 246 ss.

⁵⁷ Cfr. Cass., S.U., 9 marzo 1979, n. 1463, in *Giust. civ.*, 1980, I, 695, in *Banca dati Dejure*.

⁵⁸ Ritenuto da parte della dottrina una delle possibili forme di esplicazione del diritto alla salute, di cui all'art. 32 Cost., il diritto in questione è stato poi riconosciuto come dotato di valenza giuridica autonoma, meritevole di tutela sulla base del combinato disposto degli artt. 2, 3, 9 e 32 Cost., da Cass., sez. III, 25 settembre 1996, n. 5650, in *Foro it.*, con nota di V. Colonna, 1996, I, 3062; Cass., 3 febbraio 1998, n. 1087, in C. Vivani, *Urb. e ap.*, 1998, 721.

⁵⁹ La giurisprudenza della CEDU è, dunque, costante nel riconoscere la lesione del diritto dei cittadini ad un ambiente salubre. È da notare però, che in tutti i casi menzionati, i ricorrenti sono singoli che asseriscono di essere stati lesi da fonti di inquinamento specifiche e ben individuate geograficamente. Si tratta quindi di danni diretti e non collegati a fenomeni globali, qual è il cambiamento climatico. La prima pronuncia su un'ipotesi di danni indiretti da cambiamento climatico risale al 2015 allorché è stato discusso il caso *Dutch Urgenda Foundation v. Paesi Bassi*. In quella occasione era accaduto che i Paesi bassi si erano posti l'obiettivo di ridurre le emissioni inquinanti del 30% rispetto al 1990 entro il 2010 e del 25-40% entro il 2020 e che l'associazione di cittadini *Dutch Urgenda Foundation* aveva ritenuto che tali impegni non sarebbero stati rispettati in concreto e che al massimo le riduzioni conseguite sarebbero state del 17%, per cui essa agiva in giudizio dinnanzi alla Corte distrettuale dell'AIA, affinché fosse riconosciuto l'obbligo di quello stesso Stato di ridurre le emissioni di CO₂ di almeno il 25%. La Corte investita della questione ha affermato, in via preliminare, l'esistenza di un generale dovere di diligenza degli Stati, avente fondamento nel diritto costituzionale e internazionale, e nel merito ha riconosciuto l'obbligo dei Paesi Bassi di ridurre le emissioni in una percentuale compresa tra il 25 ed il 40% entro il 2020, stante la necessità di proteggere i cittadini dagli effetti futuri dei cambiamenti climatici. In particolare, la Corte adita non ha dato rilevanza alla circostanza secondo cui i Paesi Bassi sarebbero solo in minima parte responsabili del cambiamento climatico, ma al contrario ha riconosciuto l'utilità di ogni riduzione delle emissioni.

liana (ex art. 2043 c.c.), per la lesione del diritto alla salute, ma anche della praticabilità del rimedio inibitorio svincolata dalla rigorosa osservanza dei criteri di contenimento normativamente previsti, tutte le volte in cui venga in rilievo lesione del diritto alla salute.

Tanto rilevato in via generale, tuttavia, occorre evidenziare la circostanza per cui anche la lettura più progressista della norma sul rimedio inibitorio non è, di per sé, sufficiente ad assicurare una tutela piena all'ambiente, quantomeno nelle ipotesi in cui l'alterazione dell'integrità ambientale assuma consistenti dimensioni territoriali, essendo l'azione inibitoria comunque rimessa all'iniziativa del soggetto leso, il legislatore negli anni ha pensato di introdurre una specifica disciplina protettiva in materia di danno ambientale, che dà conto della profonda evoluzione interpretativa subita dalla stessa nozione di ambiente. Il bene immateriale ambientale, infatti, è finalmente considerato dall'ordinamento secondo una visione proteiforme e polifunzionale, comprensiva, cioè, di tutti gli innumerevoli profili d'interesse e delle differenti forme di fruizione che esso è in grado di offrire alla collettività, nella acquisita consapevolezza che la sua natura di valore trasversale ne impone una tutela a tutto campo come esigenza resa oggi ineludibile anche dall'esplicito richiamo costituzionale.

Ebbene, si è inteso distinguere un danno ambientale⁶⁰ puro, che si esplica nella compromissione dell'equilibrio ambientale. Esso è rimesso alla cognizione

⁶⁰ L'analisi "ecologica" del contratto e, più in generale, l'esperienza giuridica attuale pongono in evidenza che la categoria del contratto, tradizionalmente ancorata al ruolo di accordo patrimoniale, «è ormai da concepire come un modello aperto, elastico, fisiologicamente funzionale alla realizzazione di interessi anche di natura non patrimoniale» (così, M. Pennasilico, *Art. 1321*, in G. Perlingieri (a cura di), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, 3a ed., IV, 1, Napoli, 2010, 353 ss., spec. 359 s., con riguardo a figure quali il contratto di sponsorizzazione, la vendita di dati personali non sensibili, il vitalizio assistenziale). L'impiego dello strumento contrattuale in nuovi settori ne mostra «l'idoneità a realizzare utilità economiche mediante sacrifici non direttamente patrimoniali, ma compatibili con il pieno sviluppo della persona» (P. Perlingieri, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 545 ss., spec. 546). D'altra parte, l'equazione contratto-patrimonialità è già smentita dallo stesso codice civile. Basti pensare all'art. 5 c.c., dal quale si desume la validità degli accordi dispositivi del proprio corpo che non incorrano nel divieto ivi comminato. Se i diritti sul proprio corpo, pur non avendo carattere patrimoniale, sono, in talune ipotesi, negoziabili, è lecito convenire, con autorevole dottrina, che la definizione legislativa di contratto «appare troppo restrittiva» (R. Sacco, in R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, I, 3a ed., in *Tratt. dir. civ.*, Torino, 2004, 67). In questa direzione, l'art. 26 del progetto di «codice europeo dei contratti» precisa che «il contenuto del contratto è utile quando corrisponde ad un interesse anche non patrimoniale di entrambe le parti o almeno di una di esse» (sul punto, v. Stein, *Norme fondamentali: in tema di accordo, contenuto, forma, interpretazione del contratto nel «codice europeo dei contratti»*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 233, il quale sottolinea la «funzione sociale» del contratto espressa da tale disposizione). Eloquenti testimonianze di questo approccio "esistenziale" al contratto e al mercato sono costituite, da un lato, dall'incidenza del principio europeo di precauzione sulla programmazione dell'attività d'impresa, «come momento che concorre ad una politica più generale di attuazione del principio di solidarietà» a difesa dell'ambiente e della salute (così, V. Buonocore, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Napoli, 2006, 228 ss., spec. 231; v. anche P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema Italo-Europeo delle fonti*, ESI, 2020, 754 ss.); dall'altro, dalle istituzioni del commercio alternativo quali, ad es., le *non profit organizations* (v., infra, nel testo, con riguardo all'impresa sociale).

del giudice ordinario, a prescindere dalla natura soggettiva, di pubblico funzionario o comune cittadino, dell'autore dell'illecito, dal danno amministrativo – contabile ed erariale, consistente nella spesa che l'amministrazione deve sostenere per riparare – ripristinando lo *status quo ante* – la lesione ambientale cagionata dal comportamento doloso o colposo di un suo funzionario (rimesso, secondo i principi generali in tema di azione di rivalsa, alla competenza della Corte dei Conti). In secondo luogo, la particolarità della tecnica risarcitoria adottata dal legislatore del 1986 – rappresentata dalla stessa configurazione dell'illecito ambientale strutturato – a differenza dell'illecito aquiliano atipico *ex art. 2043 c.c.*, quale clausola volutamente generica che ben si presta ad accogliere un illecito a struttura aperta – come illecito tipico o chiuso. Dunque, in concreto, presuppone cioè una specifica violazione di legge dalla quale possa derivare un pregiudizio all'ambiente, in un'ottica dichiaratamente attenta alla compromissione sostanziale, piuttosto che alla lesione formale del bene giuridico oggetto di tutela.

In particolare, nella piena autonomia delle parti, il contratto ecologico dovrà tenere necessariamente conto anche del singolo consociato, inteso come terzo nella posizione trilatera oggettiva che dall'attività economica scaturente dal contratto potrebbe vedere leso il proprio interesse meta individuale, ma che inevitabilmente tocca anche la propria sfera individuale. Si evidenzia che il cittadino che agisce *uti singulo* potrà certamente impugnare un provvedimento della P.A. lesivo per l'ambiente in cui vive, però dovrà segnalare il bene ambiente (quale complesso sistema di risorse naturalistiche, umane e sociali⁶¹) che a seguito della decisione della P.A. potrebbe essere leso; successivamente, dovrà fornire la prova che, rispetto a tale bene, versi in una situazione di interesse legittimo (posizione differenziata) che lo legittima ad agire singolarmente.

In sostanza, il bene ambiente giustifica una ampia dilatazione della legittimazione ad agire a favore di soggetti rappresentanti del bene ambiente come interesse diffuso con la conseguenza che l'ambiente è un limite all'iniziativa economica pubblica e privata e la liceità di tale iniziativa può misurarsi dall'intensità di tutela accordata all'ambiente⁶². Il “peso ambientale”, quindi, assurge a parametro di qua-

⁶¹ Sulla qualificazione di ambiente, anche se in prospettiva giuslavoristica, in questo senso, A. Perulli, V. Speziale, *Dieci tesi sul diritto del lavoro*, Bologna, 2022, 140, 765.

⁶² Sul punto v. M. Pennasilico, “*Ménage à trois*”: la correzione giudiziale dei contratti, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 179 ss., spec. 206 ss.; v. anche A. Albanese, *I contratti della filiera agroalimentare tra efficienza del mercato e giustizia dello scambio*, in *Annuario del contratto*, 2015, cit., 3 ss. Riconosce il nesso tra sviluppo sostenibile e contratto giusto, Perlingieri, *Persona, ambiente e sviluppo*, cit. Più in generale, sulla simbiosi tra “giusto” e “utile” nel diritto ambientale, v. J. Morand-Deville, *Il giusto e l'utile nel diritto dell'ambiente*, 2006; R. Ferrara, M.A. Sandulli, *Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, a cura di R. Ferrara e C.E. Gallo, Milano, 2014, 1 ss., ove si osserva che nel diritto dell'ambiente, più che in altri rami del diritto, «il giusto riveste un ruolo essenziale per l'importanza degli equilibri naturali e per i rischi di fenomeni irreversibili qualora questi equilibri non venissero rispettati», 3. La protezione dell'ambiente porta in sé una rinascita della nozione di giu-

lificazione della legittimazione ad agire per la tutela di un interesse leso oppure, nei contratti pubblici, di aggiudicazione e con deroga al principio di economicità⁶³.

Pertanto, in considerazione del fatto che il contratto ecologico non ha, ancora, cittadinanza legislativa (intesa come categoria normativa) va da sé che la relazione intercorrente tra ambiente e contratto, porterebbe quest'ultimo a non essere più inteso così come lo abbiamo sempre conosciuto nella sua disciplina, per come costruita, (essenzialmente connotata dallo scambio) ma come «risorsa», al fine di intercettare nuovi ambiti, come quello ambientale, e spingere la speculazione giuridica civilistica a nuove sfide delineandosi un futuro nel quale i presenti traguardi saranno soltanto nuovi suggestivi punti di partenza.

5. *Brevi riflessioni conclusive: tra civil law e common law*

La rivisitazione di rimedi tradizionali di diritto privato, come le norme sulle immissioni o sulla responsabilità civile, allo scopo di fare fronte a nuove problematiche ha costituito infatti il fulcro di una esperienza comune sia ai sistemi di *civil law* che a quelli di *common law*.

Nel tentativo di superare i dogmi anelastici della tradizione, i *common lawyers* ed i *civil lawyers* hanno cercato di liberare la struttura di istituti tradizio-

sto, che sarà misurato «non più secondo sistemi filosofici artificiosi, ma in sintonia con sistemi ecologici che il progresso scientifico permette di conoscere con più certezza», 16.

⁶³ Appare calzante quanto affermato da attenti studiosi della tematica, secondo cui, «siffatta conformazione segna una fondamentale metamorfosi della pubblica amministrazione, che deve non soltanto esercitare i tradizionali poteri di pianificazione, autorizzazione e controllo delle attività private a impatto ambientale, ma anche diventare “consumatore” di prodotti e servizi ecocompatibili». In questi termini M. Pennasilico, *Contratto e promozione dell'uso responsabile delle risorse naturali: etichettatura ambientale e appalti verdi*, in *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi, Atti del 9° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C.*, Napoli, 2015, 257. La “relativizzazione” del principio di economicità «implica che tale principio debba essere perseguito dalle amministrazioni nei limiti in cui lo stesso non risulti essere un ostacolo per il perseguimento di altri fini pubblici ritenuti apprezzabili, come appunto il fine della protezione dell'ambiente». Per uno spaccato del dibattito cfr. anche G. Fidone, *Ecoefficienza e sviluppo sostenibile nell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*; E. Picozza (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Vol. III, Padova, 2015, 1085. Reputa, invece, che una simile conformazione debba fare i conti con il principio di legalità, sotto forma di riserva di legge, giacché la stessa disposizione dell'art. 30, comma 1, c. ap prevede che il principio di economicità possa essere subordinato a interessi sociali e ambientali «nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti». S. Villamena, *Appalti pubblici e clausole ecologiche. Nuove conquiste per la 'competitività non di prezzo' anche alla luce della recente disciplina europea*, in *Il diritto dell'economia*, 2015, II, 366, il quale segnala l'atteggiamento di timore della disposizione, che rimanda «alle scelte discrezionali (future ed eventuali) del Legislatore». Per alcuni spunti oltre confine cfr. A.H. Tavares Saldanha, *Função socioambiental dos contratos e instrumentalidade pró-sustentabilidade: limites ao exercício de autonomias públicas e privadas*, in *Veredas do Direito*, 2011, p 99 ss. World Bank Group Initiative 2017. Argomenti trattati su ampio respiro anche dal Forum per la Finanza Sostenibile che ha recentemente redatto il paper “*Greenwashing e finanza sostenibile: rischi e risorse di contrasto*”. Il Forum per la Finanza Sostenibile (ItaSIF) in occasione dell'Italian Sustainability Week di Borsa Italiana (gruppo Euronext) si è svolto dal 5 al 9 settembre 2022.

nali dalla loro base sostanziale, tentando di fare rientrare il nuovo bene ambiente nella serie dei beni da essi tutelati.

Le esperienze giuridiche maggiormente esemplificative dimostrano la presenza di un comune sforzo finalizzato ad estendere al massimo la portata di norme tradizionali, generalmente poste a tutela di beni altrettanto tradizionali, per apprestare una tutela quanto meno indiretta dell'ambiente.

Nei sistemi di *common law*, con l'emergere della problematica collegata ai rischi ambientali ed in assenza di una specifica legislazione in materia ambientale che andava solo allora formandosi, le Corti ricorsero ad una rivisitazione delle dottrine tradizionali che si basavano sul sistema dei *torts*⁶⁴.

Come è noto, i *torts* sono per i privatisti fra gli strumenti più ricchi dal punto di vista del tasso di progettualità sociale. Non deve quindi stupire come proprio in questo settore soprattutto la dottrina americana si sia cimentata in elaborazioni tendenti a riassorbire le nuove fattispecie di rischio ambientale nell'ambito dei *torts* tradizionali, sviluppando – ad esempio – il concetto di *toxic torts*, non come singolo e separato *tort*, ma piuttosto come *genus* tendente a ricomprendere i *torts* tipici applicati, di volta in volta, ai casi di inquinamento ambientale.

Gli strumenti che sono stati presi in considerazione a questo fine sono stati quei *torts* che per loro natura offrivano maggiori punti di contatto con la problematica ambientale ed in particolare i *torts di nuisance, trespass, strict liability, negligence*, e i c.d. *riparian rights*⁶⁵

Tra gli anni 70 e gli inizi degli anni 90 appaiono sulle maggiori *law reviews* americane tutta una serie di articoli volti ad identificare i vantaggi e gli svantaggi del *traditional tort system*, che si concretizza in un dibattito diritto privato v. diritto pubblico nella disciplina delle nuove problematiche ambientali.

I fautori dell'approccio privatistico hanno sostenuto che l'azione privata, piuttosto che quella pubblica, si presenterebbe come la più adatta ad affrontare le problematiche connesse con il rischio scaturente dalle nuove attività scientifiche della società moderna. Le Corti, di fronte alle nuove problematiche in tema di protezione dell'ambiente, avrebbero il vantaggio, rispetto ad altre istituzioni, di poter usu-

⁶⁴ F.E. Maloney, *Judicial Protection of the Environment: A New Role for Common Law Remedies*, in *Vanderbilt Law Review*, 145 ss., 1972; sui rimedi vecchi e nuovi per la tutela dell'ambiente nell'esperienza americana, cfr. G. Alpa, M. Bessone, A. Gambaro, *Aspetti privatistici della tutela dell'ambiente: l'esperienza americana e francese*, in *Aa.Vv., La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*, a cura di A. Gambaro, Milano, 1976, 295 ss., 4; Cfr. W.B. Alcorn Jr., *Liability Theories for Toxic Torts*, in *Natural Resources & Environment, American Bar Association*, 1988, 3 ss.

⁶⁵ W.H. Rodgers, *Handbook on Environmental Law*, St. Paul, Minnesota, 1977, 100 ss.; F.E. Maloney, *Judicial Protection of the Environment: A New Role for Common Law Remedies*, in *L.R. Vanderbilt*, 145, 1972, in particolare 146; T.A. Brennan, *Environmental Torts*, in *L.R. Vanderbilt*, 1, 1993; W.B. Alcorn, *Liability Theories for Toxic Torts*, in *Nat. Res. Env.*, 1988, vol. 3, 3; R.L. Rabin, *Environmental Liability and the Tort System*, in *L.R. Houston*, 1987, vol. 24, 27; J. Strand, *The Inapplicability of Traditional Tort Analysis to Environmental Risk: The Example of Toxic Waste Pollution Victim Compensation*, in *L.R. Stan*, 1983, vol. 35, 575.

fruire di metodi particolarmente duttili ed elastici per determinare la responsabilità in concreto del convenuto. A contrario, la tesi che sosteneva la sostanziale inapplicabilità del *tort system*, mostrandosi più propensa ad abbandonare quest'ultimo a favore di misure di diritto pubblico, richiamava in particolare due punti deboli del sistema di responsabilità civile rispetto alle peculiarità specifiche dei danni ambientali, ed in particolare: – il fatto che i danni ambientali possono venire alla luce anche molto tempo dopo il verificarsi dell'azione dannosa, mettendo in crisi il requisito della *remoteness of damage* ed i tradizionali criteri in materia di nesso causale; – la natura superindividuale degli interessi ambientali, che metteva in crisi le regole comuni in materia di *standing* e di legittimazione attiva; – il fatto che i fenomeni di inquinamento si possano presentare come *mass torts*, in cui né tutti i danneggiati, né tutti i danneggianti possano essere facilmente identificati⁶⁶.

Un analogo dibattito lo si può ritrovare negli stessi anni in Francia, in Germania ed in Italia.

In Francia il dibattito ha riguardato soprattutto le *troubles de voisinage*. Come si ricorderà, in assenza di una norma specifica che le prevedesse, le *troubles de voisinage* sono state sussunte nell'alveo dell'art. 1382 *Code Napoléon* e sono servite come appiglio per accordare una prima tutela – almeno indiretta – all'ambiente⁶⁷.

Inizialmente ancorate allo statuto giuridico della proprietà fondiaria, le *troubles de voisinage* sono state sottoposte ad un processo di adattamento alle nuove esigenze ambientali, tanto che in dottrina si era arrivati ad affermare che più che di *troubles de voisinage* si dovesse parlare di *troubles de l'environnement* e ad affermare che: «*Nul, ou presque, n'as pris le parti qui nous semble s'imposer, de déclarer qu'il y a exactement le même rapport entre le statut juridique de la propriété foncière et les troubles de voisinage, qu'entre le statut juridique d'un pot de fleurs et les droits du passant qui le reçoit sur sa tête*»⁶⁸.

⁶⁶ La prevenzione costituisce un po' la parola-chiave nelle politiche ambientali. Tuttavia la centralità assegnata agli strumenti che, grosso modo, si collocano tra i moduli caratteristici del diritto amministrativo non deriva solo dalla loro maggior efficacia preventiva, quanto dal sentimento che attribuisce grandi potenzialità terapeutiche ai metodi della pianificazione. Proprio perché il diritto pubblico è in grado, più del diritto privato di effettuare una pianificazione a livello preventivo degli usi permessi di una determinata risorsa naturale, ad esso è stata attribuita un'enorme importanza nella disciplina dell'ambiente. È questa l'epoca in cui negli Stati Uniti vengono promulgati i grandi *Federal Acts* in campo ambientale: il *Clean Air Act* e il *National Environmental Policy Act* del 1970, il *Clean Water Act* del 1972. Dall'altro lato dell'oceano, con la previsione di una specifica competenza in campo ambientale nell'Atto Unico Europeo nel 1986, si assiste alla proliferazione di tutta una serie di direttive volte a proteggere l'ambiente in tutte le sue forme.

⁶⁷ Per la nozione di *indeterminate plaintiff* e di *indeterminate defendant* si veda J.G. Fleming, *The American Tort Process*, Oxford University Press, 1988, 252. Dello stesso autore cfr. Anche *Mass Torts*, in *Am. J. Com. L.*, 507 (1994), che racchiude i contributi presentati nel General Report al XIV Congresso Internazionale di Diritto Comparato di Atene del 1994, 8.

⁶⁸ In questo senso, B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, 1947, 167.

Non solo la giurisprudenza, ma anche la dottrina francese affermò che nelle *troubles de voisinage* il rapporto di responsabilità si veniva a creare non tra proprietari di diversi fondi, ma – piuttosto – tra una vittima, sovente lontana, e solo in alcuni casi titolare di un diritto reale, ed un imprenditore, che poteva non essere titolare di un diritto di proprietà sul fondo, per cui il rapporto di vincolo tra i due soggetti diventava sempre più fittizio.

Non diversamente anche in Germania, ove si riscontrano istanze omologhe a quelle presenti negli altri Stati. Il § 823 BGB sulla responsabilità civile ed il § 906 BGB sulle immissioni sono stati anche qui i primi a servire da base per elaborare una tutela dell'ambiente.

Anche qui il dibattito non è solo quello che nasce dalla giurisprudenza, ma è anche la dottrina ad occuparsi della problematica ambientale, ponendosi su due fronti: il primo più incline a sostenere l'adattabilità del vecchio diritto (in Germania, il *Bürgerliches Gesetzbuch*, negli Stati Uniti il *common law* in generale) alla nuova fattispecie di danno ambientale. Il secondo, invece, contrapposto al primo, per cui la nuova problematica ambientale costituirebbe un *quid* completamente nuovo, che non troverebbe nelle norme giuridiche già esistenti in seno all'ordinamento un'adeguata disciplina e per cui qualsiasi tentativo di adattamento comporterebbe una stortura.

Una parte della dottrina tedesca si è a lungo interrogata su come fosse possibile estendere l'applicabilità delle norme del BGB riguardanti la responsabilità extra-contrattuale (in particolare la disciplina contenuta nel § 823 BGB) alla fattispecie di illecito derivante da danno all'ambiente⁶⁹.

Come è noto, l'ordinamento tedesco recepisce un sistema di tipicità degli illeciti, per cui il § 823 BGB configura un obbligo di risarcimento del danno solo nelle ipotesi in cui venga lesa con dolo o colpa ed in modo contrario all'ordinamento giuridico uno dei beni specificatamente indicati nel paragrafo stesso, ossia la vita, la salute, il corpo, la libertà, la proprietà od un altro diritto analogo (*ein sonstiges Recht*)⁷⁰.

Parte della dottrina tedesca ha sostenuto che il primo comma del § 823 BGB sia applicabile alla fattispecie del danno ambientale talora considerando il diritto all'ambiente pulito come un diritto alla personalità – come un *Persönli-*

Conformemente v. P. Girod, *La réparation du dommage écologique*, Parigi, 1974, 90; J.B. Blaise, *Responsabilité et obligations coutumières dans les rapports de voisinage*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1965, 275. Cfr. per una visione d'insieme, A. Pignatelli, *Responsabilità per danni ambientali secondo l'ordinamento giuridico tedesco*, in *Res civ. prev.*, 1988, 935.

⁶⁹ Sull'applicabilità del § 823 BGB ai danni derivanti da inquinamento cfr. R.H. Ganten, M. Lemke, *Haftungsprobleme im Umweltbereich*, in *Umwelt- und Planungsrecht*, 1989, 1.

⁷⁰ Il testo del § 823 BGB, comma 1, recita infatti: «*Schadenersatzpflicht Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet*». Cfr. B. Schafer, in *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse* §§ 823-826, sub Rn. 1 ss.

*chkeitsrecht*⁷¹ –, talaltra interpretando la locuzione *sonstiges Recht* in modo ampio e ricomprendendo in questo termine piuttosto lato anche il concetto di ambiente⁷².

L'altro aggancio che la dottrina tedesca ha trovato nel BGB per far fronte ai nuovi rischi ambientali è costituito dalla disciplina delle immissioni⁷³.

Il § 906 BGB, inserito nel terzo libro del Codice civile tedesco dedicato ai diritti reali (*Sachenrechte*), prevedeva originariamente la seguente disciplina: il proprietario di un fondo non poteva impedire l'immissione di gas, vapori, odori, fumo, fuliggine, calore, rumori, vibrazioni ed altri fenomeni analoghi provenienti da un altro fondo, qualora questi fenomeni non avessero pregiudicato o avessero pregiudicato solo in modo non essenziale l'utilizzo del suo stesso fondo. La norma prevedeva inoltre che il proprietario avrebbe dovuto comunque sopportare il pregiudizio anche se essenziale, qualora ciò fosse derivato da un uso consueto dell'altro fondo, avuto riguardo alla situazione dei luoghi (*ortsübliche Benutzung des anderen Grundstücks*).

Questa disciplina, che prevede un tipo di responsabilità oggettiva – con funzione *lato sensu* punitiva – a carico dell'imprenditore-inquinatore, ed in combinato disposto con il § 1004 BGB dà diritto all'inibitoria, può essere considerata analoga a quella che si ritrova nel nostro art. 844 c.c.⁷⁴ Tale tendenza fu in seguito sancita dal legislatore, che nel 1960 introdusse una riforma del testo del § 906 BGB, aggiungendo agli altri criteri che rendono obbligatorio sopportare un'immissione la caratteristica che questa non possa essere evitata applicando le misure offerte dalla moderna tecnologia; per cui oggi il comma secondo del § 906 recita:

⁷¹ Cfr. H. Forkel, *Immissionsschutz und Persönlichkeitsrecht*, Köln, 1968, 47 ss.; G.H. Roth, *Materiellrechtliche und prozessuale Aspekte eines privatrechtlichen Umweltschutzes*, in *NJW*, 1972, 921 ss.

⁷² Cfr. J. Kondgen, *Überlegungen zur Fortbildung des Umwelthaftpflichtrechts*, in *UPR* 1983, 345 ss.; quest'ultimo Autore viene poi criticato da D. Medicus, in *Zivilrecht und Umweltschutz*, in *JuristenZeitung*, 1986, 778 ss., e da U. Diederichsen, in *Die Haftung für Umweltschäden*, in *BB*, 1973, 485 ss.

⁷³ Cfr. J.F. Baur, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 15a ed., Monaco, 1989, § 25 IV, 228 ss.; Id., *Zur Entstehung des Umweltschutzes aus dem Sachenrecht des BGB*, in *Juristen Zeitung*, nr. 7, 1987, 317; H. Westermann, *Die Funktion des Nachbarrechts: Zugleich eine Untersuchung der Bedeutung eines Immissionsschutzgesetzes für das Privatrecht*, in *Festschrift für Karl Larenz*, München, 1973, 1003 ss.; O. Jauernig, *Zivilrechtlicher Schutz des Grundeigentums in der neueren Rechtsentwicklung*, in *JuristenZeitung*, 1986, 605; U. Diederichsen, *Schadenersatz und Entschädigung im Umweltschutz*, in *Natur und Umweltschutz*, Heidelberg, 1989, 23 ss.; M. Ronellen, Fitsch, R. Wolf, *Ausbau des Individualschutzes*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, 1960. Cfr. A. Procida Mirabelli Di Lauro, *Immissioni e "rapporto proprietario"*, Napoli, 1984, 74.

⁷⁴ La disciplina contenuta nell'art. 844 c.c. italiano e quella del § 906 BGB, così come quella dell'art. 685 del Codice civile svizzero in pari materia, hanno infatti la stessa matrice, costituita dalla teoria elaborata da Rudolph von Jhering (*Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse des Nachbarn*, apparso negli *Jahrbücher für die Dogmatik des Heutigen Römischen und Deutschen Privatrechts*, Jena, 1863, 81 ss.) al quale si devono l'individuazione della fattispecie e l'inquadramento di essa nell'ambito della disciplina della proprietà fondiaria, nonché la determinazione del criterio della normale tollerabilità (R. v. Jhering, o cit., 115) come principio generale in questa materia. Le conclusioni raggiunte da questo Autore verranno poi riprese dal Bonfante, *Criterio fondamentale dei rapporti di vicinanza*, in *Foro it.*, 1910, Anno XXXV, fasc. XXII e serviranno da modello al legislatore italiano. Cfr. a questo proposito C. Salvi, *Le immissioni industriali, rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente*, Milano, 1979, 108 ss.; A. Gambaro, *La proprietà*, *Trattato Indica-Zatti*, 1990, 386 ss.

«Lo stesso vale qualora un pregiudizio essenziale sia arrecato dall'impiego dell'altro fondo secondo la consuetudine dei luoghi e non possa essere evitato da misure che debbano ritenersi economicamente accettabili da coloro che effettuano tale impiego. Qualora il proprietario debba in ogni caso sopportare un pregiudizio, potrà richiedere al proprietario dell'altro fondo un equo indennizzo, qualora il pregiudizio rechi danno ad uno sfruttamento del suo fondo secondo gli usi del luogo, oppure qualora il pregiudizio sia tale da superare la misura accettabile».

In dottrina, inoltre, vi è stato chi, come Mittenzwei, ha ipotizzato di sostituire la formula *Ortsüblichkeit*, ossia l'uso del fondo secondo la consuetudine dei luoghi, di cui al § 906 BGB, con la *Umweltverträglichkeit*, ossia l'uso del fondo nel modo più compatibile con l'ambiente e più consona con le nuove esigenze ecologiche.

Senz'altro si può affermare, in conclusione, che si è assistito ad un'inversione di tendenza nell'interpretare alcuni termini e concetti che il legislatore tedesco del 1900 aveva voluto intendere in altro modo, ossia a favore dell'industria.

In Italia, l'art. 844 c.c. è stato fatto oggetto di rilettura sia da parte della dottrina che da parte della giurisprudenza al fine di addivenire ad una migliore tutela del patrimonio ambientale.

Vanno a questo proposito ricordate quelle decisioni giudiziali che, sulla base del combinato disposto dell'art. 844 c.c. ed art. 32 Cost., hanno definito come comunque intollerabili quelle immissioni dannose per la salute⁷⁵, e che hanno determinato l'esclusione della possibilità di continuare l'attività dannosa in cambio di un indennizzo. Di qui la propensione in questi casi a concedere senz'altro il rimedio inibitorio⁷⁶.

⁷⁵ Cfr. Cass. sez. un. 9 aprile 1973, n. 999, in *Foro it.*, 1974, I, c. 843. 26 Sulla tutela privatistica dell'ambiente cfr., oltre all'opera di Salvatore Patti già segnalata, i contributi di G. Morbidelli, *Strumenti privatistici contro l'inquinamento delle acque interne*, in *Foro amm.*, 1971, 369; M. Paradiso, *Inquinamento delle acque interne e strumenti privatistici di tutela*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, 1391; C. Salvi, *Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente*, Milano, 1979; F. Di Giovanni, *Strumenti privatistici e tutela dell'ambiente*, Padova, 1982; A. Procida Mirabelli Di Lauro, *Immissioni, tutela proprietaria e diritto dell'ambiente*, ESI, 1984, 398 ss.; F. Nappi, *Le regole proprietarie e la teoria delle immissioni*, Napoli, 1986, 170 ss. 27 F. Forte, *Per una lettura alternativa dell'art. 844 del codice civile*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1976, 650.

⁷⁶ La problematica della possibile estensione della disciplina delle immissioni a situazioni diverse da quelle originariamente previste dal legislatore ha avuto una certa risonanza quando l'art. 844 è stato sottoposto al vaglio della Corte costituzionale dal Pretore di Bologna nel 1972. In quella sede le ragioni che il Pretore bolognese fece valere per sottoporre l'art. 844 c.c. al vaglio di costituzionalità furono, in primo luogo, quella della violazione del principio di uguaglianza dei cittadini colpiti dagli effetti dalle immissioni e, in secondo luogo, quella della insufficiente tutela predisposta nei confronti di beni come quello della salute dalla norma stessa. La Corte costituzionale respinse nel 1974 l'eccezione di incostituzionalità, poiché pur ammettendo che tramite l'art. 844 c.c. non si poteva pervenire a tutela più ampia dei soggetti lesi di quelli che dovevano considerarsi proprietari vicini, sostenne anche che l'art. 844 c.c. era meramente diretto alla tutela della proprietà. Alla tutela della salute e dell'ambiente sarebbe preposta, secondo quanto affermato dalla Corte, la legislazione penale ed amministrativa in materia, «salva in ogni caso la applicazione dell'art. 2043». Questa sentenza segnò praticamente una svolta nella storia dell'interpretazione dell'art. 844 c.c., che venne collocato in una dimensione proprietaria, quindi difficilmente estendibile ad altre fattispecie non direttamente previste dalla norma stessa.

Giunti a questo punto della riflessione, si ritiene indispensabile modulare risposte al problema ed in particolare chiedersi quali potrebbero essere i rimedi che, a seguito della costituzionalizzazione del diritto all'ambiente, potrebbero essere adottati dall'interprete e/o dall'autorità preposta. Certamente può essere applicato il classico rimedio legale come quello risarcitorio, che mira, come è noto, a ripristinare gli effetti dannosi derivanti dalle violazioni create da terzi⁷⁷.

A questo proposito preme sottolineare che nel contesto ambientale il principio di "precauzione" gioca un ruolo centrale, proprio al fine di evitare l'insorgere di danni⁷⁸. Pertanto, la tutela dell'ambiente si applica già laddove sussista il "rischio" che il bene ambiente possa essere compromesso. Di conseguenza, le autorità – comprese quelle di vigilanza⁷⁹ – potranno adottare misure volte a prevenire eventuali rischi per l'ambiente con protezione preventiva, ma solo se esiste una prova scientifica che l'ambiente è a rischio.

Un ulteriore aspetto che, ad avviso di chi scrive, è degno di nota, alla luce della recente modifica dell'art. 41 Cost., è che il giudice di fronte ad una clausola contrattuale che contrasta con la tutela dell'ambiente, conciliando l'interesse di tutte le parti coinvolte, disporrebbe di un margine di intervento nella relazione contrattuale e, pertanto, potrebbe dichiarare nullo il contratto, o comunque la clausola in questione, *ex art.* 1418 c.c. e art. 1421 c.c.

Lo stesso ragionamento, sebbene da una diversa prospettiva, potrebbe trovare applicazione per le Autorità indipendenti che – si auspica con poteri sanzionatori ed investigativi anche più incisivi di quelli attuali – potrebbero tutelare il bene ambiente con specifici provvedimenti anche essi con margini di intervento nei rapporti degli operatori bancari e finanziari. A margine e completamento del discorso sin qui condotto, non resta che chiedersi se sarebbe più opportuno che i legislatori vadano a disciplinare ancora più dettagliatamente la capacità recettiva

⁷⁷ Per alcuni spunti cfr. U. Salanito, *Tutela dell'ambiente e strumenti di diritto privato*, in M.R. Mauge-ri, A. Zoppini (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009, 381 ss.

⁷⁸ Già, oltreconfine, S. Bandopadhyay, *An other history of knowledge and decision in precautionary approaches to sustainability*, in *Fordham envtl. l. rev.*, 2014, 552 ss.

⁷⁹ In realtà con riferimento ad alcune Autorità indipendenti, ci si dovrebbe chiedere quale sia il rischio di confusione tra funzioni di regolazione e funzioni di vigilanza, nonché la distinzione tra il potere inibitorio o sanzionatorio da quella di *rule making* (regolazione). Un problema di recente emersione è rappresentato dalla indispensabilità di mantenere separate l'adozione di provvedimenti inibitori o sanzionatori, come quelli adottati dalla Consob e Banca d'Italia. Più precisamente, si ritiene, su tale ultimo segmento del discorso, di impattare con un enorme rischio, ossia quello della commistione tra gli interessi *ex post* con cui si colpiscono le condotte che non sono in armonia con il libero gioco concorrenziale e che ne pregiudicano lo sviluppo, e gli interventi *ex ante* dell'Autorità, volti primariamente a fissare le regole asimmetriche per il funzionamento del mercato. Allora, la riflessione è la seguente. Bisogna tenere in debito conto la circostanza che talvolta il confine tra attività di regolazione, che deve avvenire *ex ante*, e interventi sanzionatori, che avvengono invece *ex post*, può essere labile. In buona sostanza, in questi settori, è necessario, si ritiene, che le regole siano chiare, per consentire ai destinatari (immagina gli operatori del mercato finanziario) della disciplina di valutare in modo autonomo ed *ex ante* con un grado di elevata certezza se i propri e gli altrui comportamenti siano leciti o meno.

delle Autorità indipendenti, nel senso della loro relativa attitudine a modificare i propri assetti in funzione ora del rispetto ora dell'effettiva attuazione della tutela costituzionale dell'ambiente. Coerentemente con l'impianto metodologico adottato appare opportuno rimarcare che al giorno d'oggi un percorso importante ed immediato volto a tutelare l'ambiente potrebbe essere quello di creare incentivi (quali agevolazioni fiscali o nel pagamento dei professionisti incaricati alla redazione dei contratti in particolare avvocati e notai) per i contraenti quando adottano clausole che garantiscono la sostenibilità o la tutela dell'ambiente. In effetti, l'attenzione ai dettagli del contratto o dell'operazione finanziaria dovrebbe coincidere con il rafforzamento delle capacità, le misure integrate di impatto ambientale⁸⁰ nonché vantaggi per tutti gli attori. Questa ricostruzione – che consente

⁸⁰ In realtà, l'inquinamento ambientale che uccide l'uomo «non è giustificabile anche se aumenta il profitto (o persino il numero dei lavoratori) di un'impresa», sí che «un bilanciamento che leda la salute a vantaggio della ricchezza altrui è scorretto, perché le situazioni della persona prevalgono sulle situazioni del patrimonio» (P. Perlingieri, P. Femia, in P. Perlingieri e Aa.Vv., *Manuale di diritto civile*, 7a ed., Napoli, 2014, 17). Eppure, nonostante questa ragionevole premessa, si reputa che l'immagine del contratto ecologico sbiadirebbe, e con essa quella di un rapporto patrimoniale ecosostenibile, giacché talune recenti sentenze della Corte costituzionale hanno sostenuto che «non esiste una gerarchia tra i diritti fondamentali, disattendendo per ciò stesso la precomprensione di un valore-ambiente come interesse provvisto un carattere assorbente perché tutt'uno colla persona umana» (così, S. Pagliantini, *Sul c.d. contratto ecologico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 337 s.). In particolare, Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85 (in *Foro it.*, 2014, I, c. 441 ss., con nota di richiami di R. Romboli), nel respingere i dubbi di legittimità sollevati dalla magistratura tarantina sul d.l. 207/2012 (c.d. decreto “salva Ilva”, convertito con modifiche in l. 231/12), ha negato che la rilevanza “primaria” del diritto alla salute e all'ambiente possa tramutarsi in una preminenza gerarchica sugli altri diritti della persona: «La ratio della disciplina censurata consiste nella realizzazione di un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in particolare alla salute (art. 32 cost.), da cui deriva il diritto all'ambiente salubre, e al lavoro (art. 4 cost.), da cui deriva l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali». I diritti fondamentali «si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. [...] Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona». La Costituzione esigerebbe un bilanciamento continuo tra diritti fondamentali: il «punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale». Tuttavia, poiché il processo di risanamento dell'Ilva è destinato a protrarsi per molti anni, il diritto alla produzione e al lavoro sarebbe tutelato pressoché integralmente, mentre quello alla salute e all'ambiente dovrebbe fare i conti con la parzialità e la lentezza degli interventi di risanamento, ciò che ingenera piú di un dubbio sulla realizzazione del ragionevole punto di equilibrio evocato dalla Corte (v. Pascucci, *La salvaguardia dell'occupazione nel decreto “salva Ilva”. Diritto alla salute vs diritto al lavoro?*, in *Working Papers Olympus*, 2013, 27, 1 ss., spec. 11 s., consultabile in <http://olympus.uniurb.it>). In realtà, il ragionamento della Corte Costituzionale – condizionato da pressioni governative e mediatiche (v. S. Cassese, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, 2015, 209) e diretto nella sostanza a dirimere un conflitto di attribuzioni tra potere politico e potere giudiziario (così, V. Onida, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 85 del 2013*, in www.rivistaaic.it, 2013, 3, spec. 2 s.) – appare «pericoloso e debole» (M. Meli, *Ambiente, salute, lavoro: il caso Ilva*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 1017 ss., spec. 1026), in quanto contraddice il precedente orientamento, secondo il quale l'esigenza di tutelare i livelli di produzione e di occupazione è certamente recesiva a fronte della compromissione del limite «assoluto e indefettibile» costituito dalla tollerabilità dell'emissione inquinante per la salute umana e per l'ambiente (così, Corte cost., 16 marzo 1990, n. 127, in *Giur. cost.*, 1990,

una rilettura delle categorie della proprietà e del contratto alla luce del valore non patrimoniale della sostenibilità ambientale, assecondando la tendenza alla “depatrimonializzazione” del diritto civile – non è certo fuori del sistema, se si considera che la Costituzione offre solidi appoggi per ripensare entrambe le categorie in una prospettiva più moderna, attenta ai valori ambientali italo-europei (il riferimento è agli artt. 2, 4, 9, 32, 41, 42, 44 e 118 cost.). Oltremodo, l’attenzione alle tematiche ambientali è significativa nelle fonti sovranazionali, ove ai tradizionali valori economico-patrimoniali si sono affiancati valori personalistici e solidaristici (in particolare il richiamo è agli artt. 11 Tratt. FUE e 37 Carta UE, ma anche all’art. 191 Tratt. FUE). Si delinea, pertanto, un nuovo perimetro dell’autonomia privata, in una prospettiva di tutela dell’ambiente e della sostenibilità: in tale ottica, l’interprete riveste un ruolo fondamentale, nell’operare un bilanciamento di interessi, senza mortificare l’innovazione tecnologica, garantendo, altresì, il rispetto, d’altro canto, dei principi Costituzionali ed Euro-unitari.

718); prende le distanze dal neutro bilanciamento equiponderale M. Monteduro, in M. Monteduro e S. Tommasi, *Paradigmi giuridici*, cit., 194 ss., il quale nota che l’interesse gerarchicamente prevalente «non può che essere logicamente (e quindi giuridicamente) quello alla difesa della vita nella dimensione ecologica». L’intera vicenda dell’Ilva «dimostra quanto si riveli miope il perseguimento di una politica d’impresa che miri ad accumulare facili profitti a scapito della salute e dell’ambiente, senza investire adeguatamente in tecniche di produzione moderne e sostenibili che possano, oltretutto, rendere l’impresa più competitiva» (M. Meli, *Il principio comunitario chi inquina paga*, Milano, 1996, 1032 ss.). Non sorprende, dunque, se di recente la Corte di Strasburgo ha accolto il ricorso di numerosi cittadini di Taranto, mettendo sotto accusa lo Stato italiano per non aver saputo proteggere la vita e la salute dei medesimi dalle emissioni dell’Ilva.

Sull'eventuale esigenza di una rimediazione delle categorie dogmatiche dell'autonomia privata alla luce della tutela ambientale: la moderna concezione del contratto "ecologico"

La recente modifica degli artt. 9 e 41 Cost. comporta taluni effetti anche sul piano dei limiti dell'autonomia privata e, in particolare, sul diritto dei contratti. Il saggio analizza l'impatto dell'inserimento della tutela dell'ambiente tra i principi fondamentali e i limiti posti alla autonomia contrattuale ed alle operazioni nei mercati finanziari. Assume maggiore rilievo, in tale prospettiva, il potere discrezionale del giudice, nel suo delicato ruolo di interpretazione del contratto e del bilanciamento degli interessi (anche di terzi) sottesi, come altresì quello delle autorità di vigilanza. L'indagine si conclude con l'elaborazione di differenti soluzioni ed auspici con l'obiettivo di garantire una forte ed adeguata tutela al bene costituzionale ambiente.

On the possible need for a reconsideration of the dogmatic categories of private autonomy in the light of environmental protection: the modern conception of the "ecological" contract

The recent amendment of the articles 9 and 41 of the Constitution. It has certain effects also on the level of private autonomy and, in particular, on the law of contracts. The essay analyzes the impact of including environmental protection among the fundamental principles and the limits placed on contractual autonomy and operations in the financial markets. In this perspective, the discretionary power of the judge assumes greater importance, in its delicate role of interpreting the contract and balancing the underlying interests (including those of third parties), as well as that of the supervisory authorities. The investigation concludes with the elaboration of different solutions and auspices with the aim of guaranteeing strong and adequate protection of the constitutional asset of the environment.

Economic Violence: which Economy Law instruments are more effective? Proposals for the foreseen future*

Eugenio Maria Mastropaolo

SUMMARY: Background. – 1. Legal framework, definition and classification of economic violence. – 2. Economic violence schemes. – 3. The impact on the women, the society and the economy. – 4. Gender equality and economic violence as a matter of macroeconomy and connections with ESG principles. – 5. Gender based financial inclusion. – 6. Italian Economy Law current instruments promoting women entrepreneurship. – 7. EU Economy Law instruments promoting the presence of women in governance and executive bodies. – 8. Establishing success rate of measures promoting the gender based financial inclusion in Italy. – 9. Establishing success rate of Italian instruments promoting women entrepreneurship. – 10. Establishing success rate of EU Economy Law measures promoting the presence of women in governance and executive bodies in Italy. – 11. The way forward. – 12. Conclusions.

Background

Often the performing arts, in depicting scenes from the life reality, reproduce situations that provide insights into everyday events. Paola Cortellesi's film *C'è ancora domani* is on the topic of economic violence against women. After all, the starring, in addition to being a victim of physical and psychological violence, is also

* First results of the research have been presented to the Makelearn & TIIM 2018 Conference, Pegaso WEB University, Naples (Italy), on 16 May 2018. A first edition of the paper appeared on *Management Studies*, May-June 2019, Vol. 7, No. 3, 214-221. Based on further research, the paper has been integrated and is published in its final form. All the quoted web pages have been consulted in February 2024. I would like to thank (in a chronological order): CNGEI International Team, an Italian Scout association who gave me the possibility to cooperate on the World Association of Girl Guides and Girl Scouts «Stop the Violence» project implementation; Prof. Luigia Melillo, Rector at Pegaso Int.l – Malta for her support in stimulating me in putting in writing the first results of this paper; Mrs. Rosa Salvati, the first student I had, who discussed her degree thesis in the economic violence topic; Prof. De Vido and Prof. Desana for their support in discussing their research domain; Mrs. Maltese, for her support in literature searching; Mrs. Profeta, Mrs. Guida and Mrs. Staderini of the Bank of Italy for their support in data searching. This paper is dedicated to my grandmother Attilia, born in 1907, who took a degree in Pedagogy in 1930 but before attending such faculty she was firstly obliged to renounce to medical studies and degree, because in the Naples University Medical Faculty there were almost all male students.

a victim of economic violence, and precisely because of its perpetration, she cannot escape the first two forms of violence. Even the starring's daughter, had she married, without completing her studies, would have been a victim of all kind of violences: this insight leads the starring to make courageous, even "explosive" choices.

1. *Legal framework, definition and classification of economic violence*

The Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence of 11th May 2011 (the so-called «Istanbul Convention») addresses the economic violence as one kind of violence a woman may face¹.

Economic violence may be defined as the violence which women may face when dealing with income from work, access to labour market, healthness and security of the working place, establishment of business, access to entrepreneurial activities and governance bodies or leading positions in business.

As such, economic violence is a consequence of gender inequality, which may be fought by economically empowered women. Such goal is, pursuant to High-Level Panel on Women's Economic Empowerment established in 2016 by the United Nations Secretary-General, the right and smartest thing to do to develop the World's economy and business².

Acknowledging economic violence is therefore instrumental to achieving gender inequality reduction rates and goals, but also to prevent looping situations which may hamper such achievements³.

Economic violence can be classified as a second tier violence against women, within three different meanings: (i) although it is not a direct violence, physically hurting a woman, economic violence hinders a woman to make decisions freely on whether or not leave a situation where she is at risk of additional injuries, or worse being killed; (ii) economic violence may be considered on the other hand as a preliminary violence to psychologically justify subsequent violence and finally compress woman to make decisions freely about her professional life,

¹ On the Istanbul Convention, see S. De Vido, *Donne, violenza e diritto internazionale, La Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa del 2011*, Milan-Udine, 2016.

² United Nations Secretary-General's High-Level Panel Report on Women's Economic Empowerment, 2016.

³ As stated by the Bank of Italy in the presentation of its educational programme aiming at fostering financial inclusion: see website «Le donne contano» (Women counts) in <https://economiepertutti.bancaditalia.it/progetti-educativi/donne-contano/index.html>. To a deeper analysis of the definition refer to «*What is economic abuse?*», by the «Canadian Center for women's empowerment», 2023 in the website <https://ccfwe.org/what-is-economic-abuse/>, with references to most recent scientific literature connecting physical and psychological violence (abuse) to economic and financial violence (abuse) (from now the «Canadian Study»).

which may lead to the difficulty or impossibility, in the situation described above under (i), to leave it; (iii) by pursuing some goals in terms of increasing women's participation in labour force through gender equality policies, economic violence may be considered as a consequence of the implementation of such policies, if these policies are not properly implemented, by preventing distorting effects and further economic violence.

In this sense, economic violence is subtle and, due to profitable cultural environments to women economic discrimination, it is not easily perceived or at least distinguished from other kinds of violence. Worse, economic violence is a kind of permanent violence which once started always leads to a bad situation. Each discrimination, each gesture of economic violence, adds a single brick to the complex situation, preparing a fruitful ground for the next episode of economic violence or other kind of more serious violence. For such reason economic violence may be qualified as a sliding door, as it gives access to further violence⁴.

2. *Economic violence schemes*

International scientific literature in respect of economic violence is very scarce in the definition of the different situations.

Economic violence has been the subject of few medical and psychological papers from US, Africa or South-East Asia scholars addressing some definitions more connected to the general women wealth or with solutions applicable to the local context⁵.

By expanding the research, however, through the analysis of international reports and studies with a more economic and social vocation than medical and psychological, as the quoted Canadian Study which adapts The Duluth Model of economic and financial violence (abuse) scheme firstly elaborated in 2008⁶, one

⁴ This is the reason why economic violence is just qualified by the Istanbul Convention as one of the form of violence against women and part of domestic violence and therefore no specific crime shall be provided into national legislation to counter it (see S. De Vido, cit., 47-48 and 115 ss.). Against 2023 EIGE Report (see below note No 59).

⁵ The first leading study on the psychological effects of economic violence is the one wrote by A.E. Adams, C.M. Sullivan, D. Bybee, M.R. Greeson, *Development of the Scale of Economic Abuse*, in *Sage Journals*, May 2008, Volume 14 - Issue 5, 563-588. For the African context O.I. Fawole, *Economic violence to women and girls is it receiving the necessary attention?*, in *Trauma, Violence, & Abuse*, July 2008, Vol. 9, No. 3, 167-177. Another leading study again on the medical / psychological affected women recovery side, is the one made by C.K. Sanders, *Economic abuse in the lives of women abused by an intimate partner: a qualitative study*. *Violence Against Women*, January 2015, 3-29, in <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/25548376/>

⁶ The connection between domestic violence (abuse) over women and their children, performed through physical or psychological violence, has been deeply and firstly explored by N. Sharp. *'What's yours is mine' The different forms of economic abuse and its impact on women and children experiencing domestic violence*,

can arrive at defining and qualifying many more schemes of economic violence against women with insights that go beyond the mere economic and social aspect but are framed in a legal perspective, which is also very interesting for that branch of law that studies the enterprise and its financing aspects. For such reason other very recent studies propose a broader definition of domestic violence which may partially overlap with economic and financial violence⁷.

Thus, starting from some subsequent studies that we could define as “leading”⁸ six different economic violence schemes have been found.

(A) “First scheme - Working denial”. The first scheme is quite simple and common. The woman’s male partners or the woman’s original family deny or suggest that she avoid working on the basis that she has to take care of children or other family members or they suggest that professional activities will be overly time consuming with respect to family activities, such as housework⁹.

This appears more as a psychological violence, conditioning affected woman will and weakening her possibilities in the future from a professional point of view. Normally these women end, before completion, their secondary educational process or fail to complete any kind of educational process, placing them in a not suitable position for finding satisfactory work and often as a consequence creating the conditions for them to ultimately give-up from searching any job.

(B) “Second Scheme - Revenues or assets seized. Denied access to property”. The second scheme is more complex and violent. In this case, the woman’s male partner or males in her original family (normally the father or a brother) seizes incomes gained by the woman or obliges the woman to work for free in a

ed. Refuge, 2008 through the elaboration of the wheel scheme reproduced in the website <https://www.theduluthmodel.org/wheels/understanding-power-control-wheel/#economic-abuse> and <https://survivingeconomicabuse.org/wp-content/uploads/2020/11/Economic-abuse-wheel.pdf>.

⁷ Ref. is made to R. Legal-Pallaro, *Violences économiques, vers une mutation de la définition des violences domestiques?*, paper of the «07/03/2023, Institut du Genre en Géopolitique, igg-geo.org/?p=11602».

⁸ Based on the analysis of many last reports, working and policy papers. *Ex multis*: (i) Gender Equality Advisory Council to the G7 Canadian Presidency, *Make Gender Inequality History – Recommendations from the Gender Equality Advisory Council*, 2018, Charlevoix (Canada) (the «Canada G7 Advise»); (ii) IMF (International Monetary Fund), *How to Operationalize Gender Issues in Country-Level Work - Policy paper*, 2018, Washington DC, ed. IMF (the «IMF Report»); (iii) OECD (Organisation for Economic Co-Operation and Development), *Opportunities for All: A Framework for Policy Action on Inclusive Growth*, 2018, Paris, (the «OECD Framework»); (iv) European Union - European Institute for Gender Equality (EIGE), *2023 Gender Equality Index report*, 2023, Luxembourg, ed. EU (the «EIGE 2023 Report»), which is published on an yearly basis and which shows how the gender gap is slightly going to be reduced (however the gap is still huge – less than 29% in all the covered comparable matters); (v) World Economic Forum, *Gender Gap Report 2023*, June 2023, which considers most of world countries. Also the Bank of Italy in recent times published an interesting paper on different gender gaps at international level (I. Buono, A. Polselli, *An international map of gender gaps*, in *Bank of Italy - Questioni di Economia e Finanza (Occasional Papers)*, No 714, September 2022).

⁹ From an economical point of view, such activities are relevant, because they have a financial value if not provided by family women: in such case they shall be provided by someone else upon consideration. This is the reason why these activities are qualified as «unpaid caregiving job activities», by the OECD Framework.

family enterprise (in such cases revenues for the woman's work are not paid and the example must be turned to monies that she would have gained if she were employed out of the family context).

This kind of economic violence is more visible when the woman involved has no or poor access to financial resources or this access is not proportional to the quantity or quality of her work or is conditional on the willingness of her partner or the original family (i.e., the woman receives a certain sum of money, but this appears more as a gift than a salary). In all the above situations the woman has no evidence of the financial situation of her family and the money received is only granted for basic and specific needs, hampering any possibility of savings for future expenses or other expenses such as leisure or cultural ones.

In other situations, some laws of the country deny or create barriers to the access to land, movable or financial assets of women.

Sometimes this kind of violence has a legal impact as the woman is requested to issue personal guarantees on her personal assets (like dowry or inherited assets) for the benefit of lending entities and in the interest of the family business or the partner (in this case the woman faces the risk of being deprived of her assets as a consequence of lender actions) or worse the woman is formally appointed as the entrepreneur but in fact she is only a figurehead.

The impact of such kind of violence may be amplified by corrupted, poor or discriminatory legal and judiciary system.

(C) "Third scheme - Poor healthy or secure working place and acceptance of low wages". The third scheme is widely spread all over the World and is very frequent. Although women are part of the labour force, due to social and economical conditions, they accept to work in unsafe or unsecure conditions. Such conditions may hamper their health or may put women in a situation where further or different kinds of violence may be perpetrated against them, as their bosses are men. On the other hand, in order to continue working, women may accept any salary level but one. In a very competitive world where lowering unit labour costs counts, their bargaining power, in order to get better wages or better condition in the working place, is very small.

(D) "Fourth scheme – Economic cycle" – The fourth scheme is again common and historically spread all over the World. Women are the last to get in the labour force and the first to get out (CoViD19 common experience shows this situation). Historically during the First World War while many men were fighting, numbers of women took their working places. This destroyed a lot of stereotypes, but once war were ended, winner countries economies felt in an economic crisis due to the reconversion of their productions. Women in work had to give up their job to men coming back home, on the basis that women may work at

home as (unpaid) caregivers, an activity that in any case they were continuing to perform during war years.

Such scheme is reproduced during and at the end of all economic crisis or in poor countries or zones of even developed countries, where competition for the access to a small number of working place is frequently won by men for social and demographic reasons.

Results of this fourth scheme of economic violence, are that women loose their job, they break their training on the job, they do not improve their skills and, once the crisis is ended and the economic cycle is inverted and new working places are created, they found themselves out of the market with poor skills and motivation and they continue in their unpaid care activities.

(E) "Fifth scheme - Heredity of the Family Business". In the fifth scheme although the woman has proper skills and aptitude to run the family business as an heir or potential heir, she has been convinced to build her educational career in a manner that she will be discriminated in the succession or, notwithstanding, even if she may be fit to take an executive role within the business, male family members are preferred.

Again, as in the second scheme, this economical violence does not emerge in one single episode, but grows little by little and finally at the end seems the unavoidable and reasonable consequence. It may even be as such, if one looks only at the end of the story but it would not be unavoidable if the concerned woman was properly educated and involved in the family business from the beginning. But even proper education and knowledge of the family business sometimes are not considered enough to run it at the time of generational change, as men are preferred to women. In certain situations the preferred man is the woman's partner who then becomes an executive and takes an important role in lieu of the woman, which *per se* it is not bad, as there are many successful examples of this situation, but there are as well examples of men who wasted assets inherited by their female partners.

(F) "Sixth Scheme - Access to quality jobs, hierachical positions and governance bodies and executive roles". The woman has high relationship, educational and professional skills but has to double compete (as a result of the competition for the single position *per se* and the competition because she is a woman) to get quality jobs or to step hierarchy or to get access to company governance bodies and in particular to executive position and/or bodies.

As a lateral consequence of the third and the fourth schemes, the quality of jobs women may get, compared to men, is in most of the cases worst.

Once carriers are started (let say after 5-10 years from the starting point which may be the end of university and post-graduation masters), the possibil-

ity that a woman gets the same quality job or scales hierarchy starts reducing as women may have stopped for a short time due to pregnancy (which still is considered as a barrier) or they have a family or just for mere stereotypes¹⁰.

Although this is not perceived as a form of economic violence, this discrimination can be brought back to the broad definition of it, as it involves economic factors such as business, enterprises, companies ... decision making, and executive roles¹¹.

Because this kind of economic violence involves women with high education and professional skills, it is more addressed and contrasted by legal measures and at a cultural level context, although results at least in EU, are long to come, if we move in the private sector from top and large companies to small – medium companies and in some countries even in some areas of the public sector, as pointed out by EIGE yearly reports.

3. *The impact on the women, the society and the economy*

(A) – “Impact on the women” – As mentioned above economic violence generates three kinds of risks for women.

A woman who is subject to economic violence faces (i) the risk of being regarded as a minus if compared with men and consequently her poor self-esteem, which leads to undeveloped skills, laying the ground work for other kinds of violence; (ii) eventhough she gets access to labourforce, working environment is not expecially safe for a woman, who may face injuries to her reproductive system as well as she may face sexual harassment or violence due the use of raw mate-

¹⁰ As shown in *EIGE 2023 Report*, 36, and in EIGE, *Tackling the gender pay gap: not without a better work-life balance*, 2019, in <https://eige.europa.eu/publications/tacklinggender-pay-gap-not-without-better-work-lifebalance> wages gender gap, for the same job and title position, starts almost at the same point when a young man and a young woman start working (just a 7% pay gap), but the gap, for the same job and title position, starts widening during the years to a 38%. Both researchs show that «family formation and corresponding gender norms and stereotypes are key factors in both the occurrence and widening of gender inequalities in pay during the life-course» and also that this gap may be increased also by different access to key and quality job positions. The *EIGE 2019 Report*, 31- 33 (<https://eige.europa.eu/gender-equality-index/2019>), found that the EU overall men / women FTE (full-time equivalent) gap amounts to 16% (57% against 41% of employment rate of each gender), but 31% of women (against 8% of men) have a part-time job, which *per se* prevents them to scale hierarchy or get better salaries. In addition they are over-represented in education, human health and social works (perpetrating the stereotype based on which women are better caregivers because they learned it at home). As pointed out by a very recenty study, indeed the gap starts at earlier stages of human resources selection process as reference letters define with different qualities men candidates and women candidates. Men are more often described with supposed and stereotypized positive qualities, while women are more often described with qualities which define them as «followers» and less brilliant then men: A. Baltrunaite, A. Casarico, L. Rizzica, *Women in economics: the role of gendered references at entry in the profession*, in *Bank of Italy - Working Papers*, No 1438, February 2024.

¹¹ Ref. *EIGE 2023 Report*, 51 for the gender equality in decision-making processes.

rials, lack of security measures, lack of hygiene, sexual requests by bosses, mobbing and bossing behaviors by men colleagues; and (iii) the risk of not having any choice other than remaining in the violent situation, at risk of being harmed, badly injured, or even killed.

If we focus on poor self-esteem the consequence is not only psychological (which *per se* is highly negative) but also leads a woman to under-develop her own skills, to avoid pursuing her dreams or happiness, to give up what should be reasonably attained based on her education level and in line with expected professional growth.

(B) – “Impact on society” – For any society, economic violence is a pure loss.

Women’s contribution to the growth of a better and peaceful society is fundamental.

The link between such contribution and the women’s participation may be represented by the application of ESG principles (Environmental, Social, Governance) in any individual or collective activity. Such connection will be explored in subsequent paragraphs.

Work and business relationships are better once they involve women who more easily and practically find reasonable solutions to the most disruptive situations where normally men would fight and take useless risks.

As we would point out below, women are less likely to be risk takers than men, if they have an economic goal they rather prefer to anticipate than postpone the adoption of measures, instead of bearing a risk¹² and are less keen to align themselves to groupthink. Although this approach may seem to be based on stereotypes, it is the same approach that has been taken by European Banking Authority and European Securities and Markets Authority in a formal document addressed to European Union banks and other financial institution (see below).

But the impact on the society is not limited to the above. There is a certain kind of systemic risk in economic violence. If perpetrated at a single level, it gives ground and it may seem possible for it to be perpetrated towards more women. Furthermore, even if not directly hampered, women start behaving as if they were victims of such violence, renouncing their rights (again a sliding door effect).

(C) “Impact on the economy” – From society to economy the step is very close.

Women’s contribution is necessary for a growing and sustainable economy in the picture of and in the light of pursuing ESG goals. Such contribution must

¹² As pointed out in D. Masciandaro, P. Profeta, D. Romelli, *Do Women Matter in Monetary Policy-making*, in *Bocconi Working Paper*, 2018, No. 87, as they show «that central bank boards with a higher proportion of women set higher interest rates for the same level of inflation», i.e. they apply before reductive monetary basis measures or they delay the adoption of monetary basis expansive measures, if they look to the inflation risk.

be equal to the contribution of men in terms of quality and quantity. But the impact of economic violence may hamper such contribution.

Firstly: economic violence is a loss of financial resources for growing economies as well as mature economies. Education costs. If a well-educated woman faces difficulties in finding a job or has to fight against discrimination, culturally based stereotypes and unfit business organizational structures and fully or partially gives up, this will be a loss of financial resources because money spent for her education will not be recovered by ordinary and progressive taxation on her revenues, which – by the way – finances education for future generations. In the long period this may create further risks as the diversion of education investments to areas where men are prevalent workers or carrying out business activities¹³.

Secondly: economic violence can be regarded as a loss of opportunity. Hampered through economic violence, female participation in the economic process in terms of not working, working as a non-skilled or poorly-skilled employee (these employees are more at risk of unemployment due to changes in the labour market and in industrial and commercial production and distribution processes), working in a job position which is personally perceived as unsuitable or which is perceived as the consequence of discrimination, generates economic damage in terms of frustrated employees which, in turn, slows working process, which issue shall be added to the loss of exploitable blue ocean economic ideas (through the establishment of start-up and new businesses or new products and services design) and the loss of the opportunity to change mentality in, and approach to, production and distribution processes.

Thirdly: the existence of economic violence schemes in an enterprise hampers the goodwill of the enterprise business¹⁴. An enterprise that in its business organisation does not promote the participation of women in managing and executive roles, that remunerates women in a discriminatory manner, compared to men, that discriminates women in their career progression, often in connection with maternity and during compulsory maternity leave, that does not represent a secure workplace for women, is a company whose goodwill cannot have the same value as an enterprise that does not implement at least such (negative) practices, but rather applies positive ones.

An extended concept of goodwill shall therefore be proposed.

¹³ As pointed out by V. Moghadam, *Modernizing Women: Gender and Social Change in the Middle East*, 2003, Boulder, CO: Lynne Rienner Publishers. The Author substantially points out that growth of economies that generates job places mainly covered by men workers, as in many of the oil economies of Middle-East, confirms existing ideologies of the male «breadwinner», confirming stereotypes and gender inequality effects.

¹⁴ On goodwill under Italian law, ref. is made to M. Casanova, *vc. Azienda*, in *Dig. Sez. Comm.*, 79; C. Sasso, *vc. Avviamento d'impresa*, in *Dig. Sez. Comm.*, 56 ss.; G.U. Tedeschi, *L'azienda*, in *Tratt. Dir. Priv.*, dir. by P. Rescigno, ed. Utet, Turin, 2012, 20 ss.; F. Martorano, *L'azienda*, in *Tratt. Dir. Comm.*, dir. by V. Buonocore, Turin, 2010, 39-43.

By classical definition, goodwill means the ability of the enterprise to produce income, i.e. the ability to regenerate at least the working capital and to repay the initial investments expressed in fixed assets given by the fixed capital investment. While it is true that the economic and legal concept of goodwill is only relevant in cases where the company or company branch becomes the object of legal transactions, such as contribution in-kind, merger, sale or lease, it is also true that the goodwill of an enterprise is relevant over any balance evaluation, if in the ability of the enterprise to regenerate income, other types of stakeholders (lenders, investors ...) have placed their trust.

However, goodwill of an enterprise it should be also considered closely linked to the organisation of such enterprise, in terms of social relations, procedures and operational processes. Regardless of whether it is so-called subjective goodwill or objective goodwill (given that in a complex organisation, the former must necessarily be spread over a plurality of hierarchical levels and functions, each in charge of implementing a part of the entrepreneurial design), goodwill is indeed composed of certain subjective or quasi-subjective elements that better than others allow the ability to produce income to be projected into the future¹⁵: e.g. the capacity of the employees and other connected human resources; the relational capacity of the enterprise and in particular the relationships of the owners of the enterprise (shareholders or unitholder of the company owning the enterprise) and its executives or board of directors members with third parties; the reputation of the enterprise and, if represented by a company, of its shareholders, executives and board of directors members; the consensus that these people may have in the local area, the attitude of public administrations towards the enterprise as well as good industrial relationships with trade unions and broadly social forces; the enterprise ability to grasp and foresee the needs and expectations of customers; the ability to foresee market trends with reference to product demand; the ability to create new and high quality goods or services, enabling the acquisition of new customers and the consolidation of the relationship with long-standing customers; the enterprise image; and the composition and diversification of its management. An organisation that is differentiated in its composition by gender (and not only), in executives and management roles and broadly in all jobs positions at any level, is an organisation that is structurally more resilient and strong with respect to the evolutions of any reference market, because in the diversity of approaches, experiences and gender lies the capacity of the above human capital of the enterprise, which compose the organisation and applies the operational procedures and processes, to respond and anticipate risks and thus to reduce the possible impact

¹⁵ On the composition of goodwill G.U. Tedeschi, cit., 23-24.

of weaknesses and threats (to the market positioning of the enterprise) and thus to its ability to (re)generate working capital through income¹⁶.

Very broadly, as the organisation of an enterprise impacts on its goodwill and goodwill is one of its quality, although it cannot be considered an intangible asset, as it cannot be disconnected from the enterprise and cannot be an autonomous object of legal relations (in fact, it is not possible to purchase goodwill without the related enterprise or business branch), it is also true that goodwill with a strong subjective connotation or subjective elements can be valued not necessarily in an economic sense, but also in economic-social relationships sense once again with lenders and investors, as well as with prospective employees, suppliers and customers themselves. As demonstrated, such relations may have an indirect economic or financial impact. Consequently it can be argued that without the subjective or quasi-subjective component of goodwill, to which contributes a work organisation and connected operating procedures and processes that are respectful of women's rights and therefore does not give rise to forms of economic violence against them, it would not be possible or would be very complex to achieve and maintain over time any positive economic and financial result, i.e. on the "financial means" factor of production.

4. *Gender equality and economic violence as a matter of macroeconomy and connections with ESG principles*

Recent studies changed the approach to gender equality and economic violence, from social and labour legislation policies to a macroeconomic approach involving taxation, financing, monetary issues, supply-side and aggregate demand side.

The way suggested by OECD Framework is to establish an educational system that allows «lifelong acquisition of skills», «supporting business dynamism and inclusive labour markets through broad-based innovation and technologies diffusion, sharing competition and vibrant entrepreneurship and access to good quality jobs, especially for women». The OECD Framework is focusing on the economic growth and not on how such achievement is realised and costs of it (sometimes the gap results increased).

Also the IMF Report proposes to increase women work participation through applying taxation and financing policies.

¹⁶ Ref. is made to the whole essay of G. Mucciarone, *L'adeguatezza degli "amministratori" della banca. Dal capitale al capitale umano*, Turin, 2019.

The way suggested by Canada G7 Advise still focuses on economy, but not only on mere growth and macroeconomic tools. In order to achieve gender equality and reduce the impact of economic violence through women's economic empowering the Canada G7 Advise made some recommendations to G7 member States to create a gender-based, gender-responsible budget and gender-audits approach to any macroeconomic policy, close the financial inclusion gap between men and women for financial services and accounts ownership, enable conditions for decent works, uncluding informal sector and incentivize private sector to achieve pay equality for both genders, in companies and at all levels of management, with fines in case of breach.

All this studies focus themselves on promoting gender equality and consequently stop economic violence (although this is not a recognized goal, but shall be deemed the most direct and visible result), through growth and economic empowerment in order to speed the supply-side of economy (through macroeconomic tools) and increase the rate of women labour force participation, assuming that by removing barrier to women entry on the labour market, this will raise women's economic power, reducing the percentage of their time in unpaid care activities at home, which at that point must be shared with men.

This aim is unfortunately long to come through this way as UN Woman¹⁷ pointed out in the UN Woman 2019 Study¹⁸ about the impact of an effective gender equality and women inclusion process may have in achieving sustainable development growth, on how macroeconomic policies may foster this achievement and which kind of inclusion may harm such process, by turning and reshaping the approach of the above recent studies from focusing all policies on increasing women's labour force participation on the supply-side of the economy to a global approach which includes instruments dedicated to increase aggregate demand of goods and services, that respect in their production principles of participation and respect for women in the concerned business and in the business activity, exactly in the same way as for the respect of the environmental protection principles aimed at combating global warming.

In particular the UN Woman 2019 Study confirms that economic progress may increase inequalities because the process may increase and form barriers to a equally shared prosperity. The Study recalls that although the women's labour force participation rate may increase, this information does not means *per se* that the gender discrimination in wages or hierarchy is eliminated. In turn, woman's entry in the labour force may result in an increased competition among workers,

¹⁷ UN Women is the United Nations entity dedicated to gender equality and the empowerment of women.

¹⁸ D. Elson, A. Seth, *Gender Equality and Inclusive Growth: Economic Policies to Achieve Sustainable Development*, New York, 2019 (the «UN Woman 2019 Study»).

by lowering unit labour costs, leaving less interesting quality jobs, part-time jobs and social, education and caregiving jobs to women.

«Demand-stimulating policies» through taxation «can support the goal of creating full and productive employment, and thus more decent work opportunities for women». Public spending can promote «health and physical and social care infrastructure». Monetary policy may include «real economy targets such as employment growth, gender equality in employment, and improved incomes for workers in the informal sector or for women farmers» and may use prudential regulation such «asset-based reserve requirements and credit allocation policies» to speed the achievement of such goals. Other monetary policies may be put in place in order to compensate economic cycles and currency crisis, therefore systemic financial risk and volatility. Also the definition of costs and investments for public monies spent in health, education and training shall be changed by enlarging the scope of the investment definition in order to have more fiscal space to create a «gender-equitable inclusive growth».

As shown in the UN Woman 2019 Study, all policymakers at any level and in any domain must work with the aim of focusing themselves on gender equality and the economic violence consequence, fostering, through an appropriate mix of pushing and pulling marketing strategies, leveraging on the position the human rights and gender equality principles have in the value scale of each individual, the aggregate demand of good and services produced in a women rights and environment respectful way¹⁹. In particular public intervention legislation over production of goods and services and with particular focus on financial aspects of business (in broader terms, the scope of Economy Law, in Italian legal theory and system), must integrate and evaluate the impact of any measure in order to reduce gender inequality and give its contribution to prevent and fight economic violence.

Therefore Economy Law must change the way these areas are studied and scrutinised, if they help to achieve above goals: taxation or direct public intervention in the economy legislation; banking, finance and insurance products; governance and organization for both regulated and unregulated private sector; the supervisory authority intervention for prudential supervision.

¹⁹ The successful pursuit of supply-side policies to counter economic violence against women, can only be successful with reference to individual initiatives, but can never lead to a generalized benefit about its countering, with respect to different economic violence schemes. Policies must therefore be implemented in order to change the attitudes of end consumers, so that they demand products and services that in their production cycle have respected women's rights and are not based on economic violence schemes. In other words, it may be worth to borrow some instruments of climate change contrast, which from the pure and simple ban on the production and marketing of certain goods (e.g., petrol derivatives engines for cars, gas boilers ...), are turning themselves to the consumer so that, regardless of any tax-based government contributions and incentives, he or she will change his or her spending habits and demand goods or services produced in a way that is climate change-neutral or climate change-counteracting.

The above can be regarded also as an advantage in pursuing ESG principles and goals. The connection between the macroeconomic aspects of gender equality and (the contrast) of economic violence and opposing the climate change is very straightforward. A very recent European Investment Bank study pointed out that pursuing gender equality (and therefore opposing economic violence in both a direct and indirect way) is “2X” objective as it has impacts on the environment and economy and viceversa²⁰.

But the situation may turn rapidly worse, if not properly managed as pointed in the most recent EIGE yearly report (i.e. the *EIGE 2023 Report*), which from one side welcomes results from the green transition which «is set to drive innovation and structural change towards a more environmentally friendly economy and society», but on the other side points out how «the gains and costs of adjustment are likely to be unequally distributed. Most job growth towards green transition is expected in sectors currently dominated by men and may therefore increase inequality between women and men if a gender perspective is not considered. A fair and socially sustainable green transition must account for these aspects.»²¹.

5. *Gender based financial inclusion*

Financial inclusion of women, as a way to pursue gender equality and therefore directly and indirectly contrasting economic violence, is a topic which is explored by researchers since few years²².

Without any doubt an inclusive economic development, with all advantages in terms of macroeconomic impact and ESG principles and goals meeting, shall consider also the financial inclusion of the women.

Indeed women financial inclusion i.e. access and subscription of quality financial products and services, allowing women to get their incomes, spend monies, save monies and invest them, has a positive effect over gender equality, preserving women from economic violence, as well as access to microcredit ini-

²⁰ EIB, *Gender equality and women's economic empowerment. Overview 2023*, with data on the impact of EIB activities in pursuing the “2X” goals.

²¹ *EIGE 2023 Report*, 11 ss.

²² Among others: L. Cabeza-García, E.B. Del Brio, M.L. Oscanoa-Victorio, *Female financial inclusion and its impacts on inclusive economic development*, in *Women's Studies International Forum*, Nov.-Dec. 2019, 77 ss. and M. Antonijević, I. Ljumović, D. Ivanović, *Is there a Gender Gap in Financial Inclusion Worldwide?*, in *Journal of Women's Entrepreneurship and Education*, Jan.-Feb. 2022, 79 ss. The two papers analyse information and data from 91 and 144 countries comprised Italy, with different methodologies. The 2nd paper segmented the financial sector in 7 different activities in order to carry out a more precise analysis. See also: A. Demirguc-Kunt, B. Hu, L. Klapper, *Financial Inclusion in the Europe and Central Asia Region: Recent Trends and a Research Agenda*, Policy Research Working Paper No. 8830, World Bank Group, 1999.

tatives, fundamentals for establishing any kind of business. The greater financial inclusion of women is, the higher is economic development and consequently the higher is the possibility to face economic violence and at the end the other kind of physical and psychological violences.

Specific EU directives indirectly address such goals: EU Directive on consumer credit²³, EU Directive on consumer mortgage credit (so-called Mortgage Directive)²⁴, 2nd EU Directive on financial instruments markets²⁵, EU Directive on payment accounts (so-called PAD)²⁶, 2nd EU Directive on payment services²⁷ and finally EU Regulation on markets in crypto-assets (so-called MICAR)²⁸ mention the general consumer / investor protection as the aim of the above measures (as well as the 2nd level measures and EBA and ESMA 3rd level measures), but only PAD in «whereas» No 3 considers the access to payment accounts as an instruments to achieve a socially inclusive economy, while «whereas» No 54 of such Directive and «whereas» No 6 and No 17 of Mortgage Directive consider the borrowing consumer protection as a matter of protecting the financial inclusion of socially disadvantaged people. Only MICAR in «whereas» No 2 goes a little beyond considering the access to crypto-assets as a way to get inclusive way of financing people and new businesses (but the issue is strangely not mentioned in EU Regulation on crowdfunding service providers²⁹).

At Italian level some data kept from the annual survey carried out by the Bank of Italy on the degree of financial knowledge of Italian adults³⁰, shows that women are less included from a financial point of view as such gap is the mirrored image of the economical gap: therefore almost Italian women have a banking or postal account and electronic payment means, with a percentage similar to the one achieved by men, but less women have investments in fixed income, equity,

²³ Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers.

²⁴ Directive 2014/17/EU of the European Parliament and of the Council of 4 February 2014 on credit agreements for consumers relating to residential immovable property.

²⁵ Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on markets in financial instruments.

²⁶ Directive 2014/92/EU of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 on the comparability of fees related to payment accounts, payment account switching and access to payment accounts with basic features.

²⁷ Directive (EU) 2015/2366 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on payment services in the internal market.

²⁸ Regulation (EU) 2023/1114 of the European Parliament and of the Council of 31 May 2023 on markets in crypto-assets.

²⁹ Regulation (EU) 2020/1503 of the European Parliament and of the Council of 7 October 2020 on European crowdfunding service providers for business.

³⁰ The Bank of Italy, *Indagini sull'alfabetizzazione finanziaria e le competenze di finanza digitale in Italia: adulti*, July 2023 (the 2023 IACOFI Adults Report) and The Bank of Italy, *Indagini sull'alfabetizzazione finanziaria e le competenze di finanza digitale in Italia: giovani*, January 2024 (the 2023 IACOFI Youngs Report), both available in <https://www.bancaditalia.it/publicazioni/indagini-alfabetizzazione/index.html>.

collective investment schemes or pension funds³¹. The percentage differences is reduced while the considered age fork looks to younger people and is taking into account financial knowledge compared to the occupational status³².

6. *Italian Economy Law instruments promoting women entrepreneurship*

Italian Economy Law's provides some measures aiming at promoting the presence of women as entrepreneurs³³. Measures may be classified in 2 categories: (i) financing with or without the capital reimbursement obligation and in the first case with a promotional interest rate; (ii) access to mutual guarantee funds; and (iii) tax incentives. Each measure may concur with one of the others. Measures may be at a state level, but also at local level as each Italian Region may establish local measures in order to promote women enterprises.

Aim of each measure is to increase women presence as entrepreneurs, reducing the connected gap, fostering economy and, although not expressly stated in the law, to prevent or fight economic violence, giving women the possibility to create their way to professional and economic independence (which allow them to get free from dangerous situations).

Measures are subject to frequent changes and their funding depends on annual or pluriannual state or regional budgets.

However a certain degree of certainty may be noticed in terms of the economic sector of women enterprises: usually incentives go to enterprises which must invest in industry, commerce, handcraft, agriculture, services, and tourism. However, measures are pushing towards the establishment of tech start-ups and innovative projects, as such enterprises are more resilient in the medium – long period.

³¹ From the data set analysed by the Italian collective investment schemes managers association (Assogestioni), the gender gap in such kind of asset class is slightly reducing (from a 16% in 2002 to a 6% gap in 2022), although women are still more cautious in the choice of investment profiles, despite their young age once subscribing pension purpose products (which will be a disadvantage in terms of pension revenues once a woman will retire). The reduction of the gender gap is more evident for the oldest and is even overturned in favour of women once the data set considers women of the age older than 75 years (Assogestioni, *Focus Risparmio*, September-October 2023, 8-10).

³² M. Bianco, *Libere di contare. Più consapevolezza finanziaria, meno violenza economica*, Rome, Presentation at CONSOB Seminar, 27 November 2023, based on the 2023 IACOFI Adults Report and the 2023 IACOFI Youngs Report data.

³³ An enterprise is considered governed by women if (i) for limited liability companies, women hold a stake in the paid-in capital greater than 50% and they are majority in the board of directors; (ii) for partnerships with unlimited liability and mutual companies, if the percentage of women partners is greater than 50% of the overall number of partners; (iii) for individual enterprises if the entrepreneur is a woman and for other kind of legal entities if the number of women directors is greater than 50%. Ref. to <https://www.imprenditoriafemminile.camcom.it/P42A0C0S806/Osservatorio-imprenditoria-femminile.htm>.

7. *EU Economy Law instruments promoting the presence of women in governance and executive bodies*

Interesting Economy Law instruments are the ones (A) providing that EU banks and financial institutions shall promote diversity and inclusion, with particular reference to underrepresented gender to achieve prudential supervision targets and (B) obliging joint-stock companies per shares listed in EU regulated markets, to provide in their articles of association a quota of at least 40% of places in governance bodies to the underrepresented gender (normally women).

(A) The first set of measures is arising from the application of Article 88(2) letter (a) of EU Directive 2013/36 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013, hereinafter CRD IV.

Such measures have been transposed in Italian legislation³⁴, but in order to understand the rationale, scope and potential consequences of the application of the EU measure it may be worth to go through the whereas to the CRD IV and the subsequent legislation.

CRD IV provides that major banks must appoint within the board of directors a special committee that evaluates candidates suitable for executive and non-executive roles. The nomination committee «shall decide on a target for the representation of the underrepresented gender in the management body and prepare a policy on how to increase the number of the underrepresented gender in the management body in order to meet that target. The target, policy and its implementation shall be made public in accordance with Article 435(2) (c) of Regulation (EU) No. 575/2013».

However more interesting is whereas No. 60 to CRD IV. Basically this whereas says that the lack of monitoring by management bodies of management decisions is partly due to the phenomenon of «groupthink». This phenomenon is, *inter alia*, caused by a lack of diversity in the composition of management bodies. To facilitate independent opinions and critical challenge, management bodies of institutions should therefore be sufficiently diverse with regard to age,

³⁴ Basically for banks with (i) Minister of Economy and Finance Decree No 169 of 23rd November 2020 (hereinafter the MEF Decree) and (ii) Bank of Italy Regulation No 285 (Part I, Title IV, Chapter 1, Section IV, Paragraphs 1 and 2) containing supervisory provisions for banks. Although financial intermediaries, payment institutions and electronic money institutions board of director composition and members requirements are covered by the MEF Decree, the specific Bank of Italy regulation does not address the issue as such entities are considered too small to be targeted by the diversity regulation. In turn, the gender diversity issue in investment firms (which domain is covered by 2021 EBA and ESMA GL – see next) is targeted by the Bank of Italy regulation (enacted with Provision of 5 December 2019, as modified by 23rd December 2022 Provision, both implementing Legislative Decree No. 58 of 24 February 1998, the so-called «Consolidated Finance Act» or «CFA»), in a lighter form compared with the regulation applicable to banks. However the investment firm regulation provision on gender diversity is not applicable to collective investment schemes managers board of directors composition.

gender, geographical provenance and educational and professional background to present a variety of views and experiences. Gender balance is of particular importance to ensure adequate representation of population. In particular, institutions not meeting a threshold for representation of the underrepresented gender should take appropriate action as a matter of priority ... More diverse management bodies should more effectively monitor management and therefore contribute to improved risk oversight and resilience of institutions. Therefore, diversity should be one of the criteria for the composition of management bodies. Diversity should also be addressed in institutions' recruitment policy more generally. Such a policy should, for instance, encourage institutions to select candidates from shortlists including both genders.

The European Banking Authority together with the European Securities and Markets Authority implementing whereas No. 60 to CRD IV³⁵ issued Joint Guidelines Implementing CRD IV, CRD V and MiFID2 No 6-2021 of 2nd July 2021 (hereinafter the 2021 EBA and ESMA GL replacing the 2017 EBA and ESMA GL) and (partially) transposed through the MEF Decree. Paragraph No. 3 of the 2021 EBA and ESMA GL and 2017 EBA and ESMA GL preparation works, identify as one of the reasons of the 2008 banking sector crisis weakness of bank governance bodies due to lack of diversity and the lack of independence of mind. Therefore the need to have diversity³⁶ in board of directors and executive roles as well as for «management and supervisory functions where a sufficiently large management body exists» and controlling functions, provided that for small entities the target may be reached through quality instead of quantity (i.e., one experienced woman against more women with less experience in the management body) (Paragraph No 103 of the 2021 EBA and ESMA GL) «to achieve a variety of views and experiences and to facilitate independent opinions and sound decision-making within the management body» (Paragraph No. 102 of the 2021 EBA and ESMA GL), which has been defined as «Independence of mind», a «psychological behavior that allows a person with courage, conviction and strength effectively assess and challenge the proposed decisions of other members of the management body; being able to ask questions to the members of the management body in its management function; and being able to resist groupthink». (Paragraph No. 81 of the 2021 EBA and ESMA GL recalled also in Paragraph No. 43).

³⁵ As well as the EU Directive No 2019/878 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 amending Directive 2013/36/EU (hereinafter the CRD V).

³⁶ Indeed 2021 EBA and ESMA GL go far beyond the concept of gender diversity as they cover "diversity" in the broader sense CRD IV depicted (see Title V) as a quality of the composition of the board of director.

(B) The second set of measures are provided under EU Directive 2022/2381 of the European Parliament and of the Council of 23 November 2022 on improving the gender balance among directors of listed companies and related measure³⁷ now transposed into Italian legislation by Article 147-ter, Paragraph 1-ter, CFA. Before the applicable provision was contained in Law No. 120 of 12 July 2011 providing for gender quotas³⁸, but not for the obligation to include such provision in the company article of association. The provision regarding the 40% percentage minimum threshold will apply for the next six mandates of the governance body starting from the first composition renewal of the concerned governance body, subsequent to the implementation of Article 147-ter, Paragraph 1-ter, of CFA amending the previous applicable legislation, i.e. roughly until 2040 (six mandates means normally 18 years starting from 2022). Aim of such provision is that by that time, governance bodies composition will be naturally perfectly mixed in their gender composition as a result of at that time normal natural equilibrium.

³⁷ The Directive contents have been commented in its final stage of drafting by C. Fioravanti, *La riviviscenza della proposta di Direttiva Women on Boards: un vecchia proposta per problemi attuali*, in *Eurojus.it*, 2022, vol. 2, who points out that introduction in EU legislation of such directive, which has been delayed for 10 years, comes too late and E. Hickman, *The EU Directive on women on boards*, in *European Company Law*, Milan, 2023, 84-90 who points out that the scope of the directive in imposing the gender balance among non-executive directors of companies listed on stock exchanges in order to diversify corporate boardrooms and thereby boost economic growth and gender equality (among other objectives), shall be considered as a missed opportunity as a 2022 directive should have been effective if its contents and obligations were addressed to executive director diversity. She reaches the conclusion «that the Directive, as drafted, might have been suitable 10 years ago but is not necessarily today. The changes of the last 10 years threaten to mean the Directive becomes obsolete before its pre-destined end date in 2038». In support of the Author conclusion, indeed the mentioned Whereas No. 60 to CRD IV refers to executives members of the banks and investment firms board of directors and not non-executives directors, as the first are the people taking decisions and risks or making proposals to the higher governance body (i.e. the whole board of directors), while the second group of directors are more keen on the controls side performance in a decision making process. Although the difference stands and shall be considered connected to the governance model (which is strictly linked to national corporate law), undoubtedly the Women on Boards Directive should have been more courageous. Nevertheless, is a question of perception as such results emerge from a very interesting study made by M. Wiersema, M.L. Mors, *How Women Improve Decision-Making on Boards*, in *Harvard Business Review*, 2023. The Paper contains results of a study carried out with women and men directors at more than 200 publicly traded companies on the major stock exchanges in the U.S. and Europe. Aim of the research is to assess as women influences boards: here are the results: «First, it turns out that women directors come to board meetings well-prepared and concerned with accountability. Second, women are not shy about acknowledging when they don't know something, are more willing to ask in-depth questions, and seek to get things on the table. As a result, the presence of women improves the quality of discussion».

³⁸ About the scope and the application of Law No. 120/2011 and the amended Article 147-ter of CFA, ref. is made to: E. Desana, *La legge n. 120 del 2011: luci, ombre e spunti di riflessione*, in *Riv. Dir. Soc.*, 2017, 539 ss.; E. Desana, *La legge Golfo – Mosca alla prova dei fatti: prime riflessioni a margine dell'applicazione della legge n. 120 del 2011*, in *Seminar Proceeds CIRSDe – Un progetto che continua. Riflessioni e prospettive dopo 25 anni di studi di genere*, 2018, dir. by C. Belloni, A. Bosia, A. Chiarloni, C. Saraceno, Turin, 178 ss.; E. Desana, *Gender Diversity e L. 120 del 2011: le nuove "Capitane d'industria"?*, in *Seminar Proceeds Saperi di genere – Prospettive interdisciplinari su prospettive, università, lavoro, politiche e movimenti sociali*, dir. by A. Murgia, B. Poggio, Trento, 671 ss.

8. *Establishing success rate of measures promoting the gender based financial inclusion in Italy*

The success rate of such measures in terms of percentage gap decreasing shall be considered not properly exciting, despite the huge efforts the Bank of Italy (the Italian banking authority legally mandated to promote financial education and inclusion) to foster financial education and financial inclusion³⁹. Data contained in both adults and youngs 2023 IACOFI Reports⁴⁰ are in line with 2020 data⁴¹. Women are using less traditional banking services, electronic payment products or asking savings and investment services than men and such gap increases when the considered age is higher, the work situation is less professional, wages are lower and the education level is lower (naturally one would say as the above factors are strictly combined).

9. *Establishing success rate of Italian instruments promoting female entrepreneurship*

Data from Unioncamere (the organization grouping all Italian Chambers of Commerce) 2022 Press release on the topic are self-explanatory⁴².

Sector segmentation of women enterprises, overall number, percentage and yearly difference – data at 31 December 2022

<i>Sector</i>	<i>Women Enterprises 2022</i>	<i>Rate of Women Enterprises</i>	<i>Yearly difference 2022-2021</i>	<i>Var. % 2022-2021</i>
A Agriculture, forestry and fishing	202.870	28,11%	-4.068	-1,97%
B Mining and quarrying	373	9,95%	-17	-4,36%
C Manufacturing	92.330	17,55%	-1.569	-1,67%
D Electricity, gas, steam and air conditioning supply	1.415	10,32%	44	3,21%

³⁹ The educational programme is contained in the website <https://economyapertutti.bancaditalia.it>. However, due to its format is very unlikely that the information contained therein are spread towards women which may benefit of them, considering that the possession of IT skills normally goes in parallel with financial and economical knowledge.

⁴⁰ Ref. Footnote No 31.

⁴¹ G. D'Alessio, R. De Bonis, A. Neri, C. Rampazzi, *L'alfabetizzazione finanziaria degli italiani: i risultati dell'indagine della Banca d'Italia del 2020*, in *Bank of Italy - Questioni di Economia e Finanza*, No 588, 2020.

⁴² <https://www.unioncamere.gov.it/comunicazione/comunicati-stampa/imprese-femminili-6milano-nel-2022>. For 2021 data ref. to <https://www.unioncamere.gov.it/osservatori-economici/imprenditoria-femminile/rapporto-nazionale-imprenditoria-femminile> with a wider data set.

E Water supply; sewerage, waste-water management and water supply activities ...	1.476	12,76%	1	0,07%
F Building	55.993	6,68%	918	1,67%
G Wholesale and retail trade; ...	339.959	23,56%	-7.701	-2,22%
H Transportation and storage	18.025	11,07%	178	1,00%
I Hosting, Hotellerie and food service activities	133.819	29,19%	-1.243	-0,92%
J Information and communication activities	27.132	19,20%	579	2,18%
K Financial and insurance activities	29.530	21,91%	354	1,21%
L Real estate activities	65.471	21,73%	1.438	2,25%
M Professional, scientific and technical activities	47.035	19,71%	2.197	4,90%
N Hire, travel agency, business support service activities	57.561	26,60%	808	1,42%
P Education	10.524	30,93%	359	3,53%
Q Health and social work activities	17.474	37,19%	285	1,66%
R Arts, sports, entertainment ...	19.046	23,53%	288	1,54%
S Others service activities	130.150	52,17%	1.423	1,11%
Other sectors	86.506	21,83%	-288	-0,33%
Total	1.336.689	22,21%	-6.014	-0,45%

Source: Osservatorio per l'imprenditorialità femminile, Unioncamere-InfoCamere – Author's translation

Policies to foster women participation in enterprises are successful in terms of increasing the percentage of women enterprises compared to men enterprises. Indeed the decreasing of the number of women enterprises is more evident in a year where 48 thousand new enterprises were created⁴³.

However the difference is essentially due to the closure of enterprises in agriculture, manufacturing, wholesale and retail trade (shops) and hosting, hotellerie and food service activities (restaurants, bars ...), while the boosting sectors for women enterprises are the most innovative ones, with higher knowledge content: professional and scientific activities, real estate and building activities, communication services and financial activities, rental, travel agencies and business services. Furthermore: 572 new enterprises in innovative sectors in the 2021 – 2022 year were created (and this is of key importance as such sector is targeted by financing and tax benefits measures)⁴⁴. Women (and young people) participation in cultural enterprises (another

⁴³ <https://www.unioncamere.gov.it/comunicazione/comunicati-stampa/48mila-imprese-piu-nel-2022-08-21mila-nelle-costruzioni>.

⁴⁴ <https://www.unioncamere.gov.it/comunicazione/comunicati-stampa/imprese-cresce-linnovazione-femminile-572-start-innovative-2-anni>.

sector heavily targeted for financing and tax benefits measures) which establishment needs high education skills is increasing faster compared to other sectors⁴⁵.

10. *Establishing success rate of EU Economy Law measures promoting the presence of women in governance and executive bodies in Italy*

(A) EU Banking measures transposed into Italian legislation and regulation (through MEF and Bank of Italy applicable regulation to banks and investment firms) are too young to be evaluated. However, there are strong expectations regarding the implementation of such measures, which shall be complied by major banks (pursuant to the definition provided by CRD IV), not listed in EU regulated stock exchanges, by the 30 June 2024, through the appointment of at least 1/3 of the members of the board of directors and the board of statutory auditors of the under-represented gender, and by minor banks requested to appoint by the 30 June 2024 at least 1/5 of the members of the board of directors and the board of statutory auditors of the under represented gender, percentage to be increased at 1/3 within the first occurrence between the next corporate bodies renewal or the 30 June 2027.

In respect of the other regulated entities weakly or not yet obliged to provide gender diversity in their board of directors and board of statutory auditors, it could be possible that a spillover effect will cause the same effect of the hard law principle. Indeed such effect has not been observed by some researchers of the Bank of Italy, analysing data in respect of the composition of listed banks board of directors and board of statutory auditors, compared to non-listed banks⁴⁶.

(B) Application of provisions under Article 147-ter, Paragraph 1 ter, of CFA are monitored by the Italian Securities and Exchange Commission (CONSOB). The 2022 Annual Report on Corporate Governance (<https://www.consob.it/web/area-pubblica/rapporto-sulla-corporate-governance>) of March 2023 (the 2022 CONSOB Report) shows that the 2/5 target has been reached (43% on average of the number of directors assignments corresponding to 836 women of 2050 directors positions⁴⁷ and 41% of the number of statutory auditors positions corresponding to 271 women of 664 statutory auditors positions).

⁴⁵ <https://www.unioncamere.gov.it/comunicazione/comunicati-stampa/piu-donne-e-giovani-fanno-impresa-nel-mondo-della-cultura>.

⁴⁶ S. Del Prete, G. Papini, M. Tonello, *Gender quotas, board diversity and spillover effects. Evidence from Italian banks*, in *Bank of Italy - Working Papers*, No. 1395, Dec. 2022.

⁴⁷ More precisely the 2022 Consob Report points out that: «most companies (180 accounting for 96.8% of market capitalization) have enacted the two-fifths quota for the underrepresented gender mandated by Law 160/2019. Such companies display on average 4 women, representing 43.6% of the seats. Fourteen

Based on 2021 data:

- the educational level of women directors is high (93.7% of women held a university degree vs. men at 86.6%)⁴⁸;
- women directors are younger (the average age of 54.2 years old for women and 59 for men);
- women directors have more a professional and academic background than a managing background (respectively 37.4% vs. 16.4% for professionals; 13% vs. 5.7% for academics; 48.3% vs. 77.3% for managers).

Based on 2022 data, the last information is reflected in the position women held in the board of directors: «women serve as the company's CEO in 17 small-sized companies (2.1% of total market value) and chair the board of directors in 32 larger companies (27.4% of total market capitalisation), with both figures showing a slight increase as compared to the previous years. Nearly three women out of four (73%) serve as independent directors and one woman out of ten was appointed by minority shareholders through the slate voting system (86 directors in 68 large companies, accounting for 76% of total market value».

Based again on 2022 data:

companies have applied the one-fifth quota mandated by the same [i.e. the CFA] for the first appointment after listing and display on average over 3 women on board, representing 37.1% of the body. Finally, 13 newly listed companies, that have not yet undergone a board appointment under the new rules, show similar figures for gender board diversity (3 women accounting for 36.3% of the board» (32-33).

⁴⁸ A very interesting data is the kind of degree women directors hold:

YEAR	2011	2019	2020	2021
Total No of directors	2476	2130	2084	2005
Total No of women directors	184	787	821	838
Total No of men directors	2292	1343	1263	1167
Total No of directors with a degree	2174	1937	1902	1836
Total No of women directors with a degree	146	741	774	793
Total No of men directors with a degree	2028	1196	1128	1043
Total No of directors with an economy degree	1122	1009	951	914
Total No of women directors with an economy degree	81	385	381	392
Total No of men directors with an economy degree	1041	624	570	522
Total No of directors with a law degree	405	388	408	397
Total No of women directors with a law degree	18	199	220	221
Total No of men directors with a law degree	387	189	188	176
Total No of directors with an engineering degree	358	273	279	260
Total No of women directors with an engineering degree	10	39	40	40
Total No of men directors with an engineering degree	348	234	239	220

Source: Table 2.14 – 2023 Consob Report

- family links with controlling shareholders are reducing (directors could also be the controlling shareholder or a member with a family relationship with minority shareholders): 8.5% of family-linked women vs. 20.3% of men;
- there is a reduction of interlocking ratio for women (i.e., the same director member of one or more listed company boards or board of statutory auditors), from the peak reached in 2019. It means that listed companies prefer to have in their board of directors more experienced women, member of other listed companies board of directors. But it could also mean that unless a growing request, there is still a lack of women who are willing to be involved or who lack proper skills, although the percentage is reducing (in 2019 was 34.9% of the women directors sitting in more than one board of directors, while in 2022 this percentage is reduced to 28.6%. For men the percentage is 20.9%).

11. *The way forward*

(A) As UN Woman 2019 Study pointed out all the described measures to reduce gender inequality and consequently economic violence are focusing only on the supply side. The assumption is that to reduce gender inequality it may be enough to increase women's labour force participation as women's unpaid work at home is considered as a mere consequence of the lack of jobs offered to women. By removing barriers to women's access to labour force this will result in a deployment of their economic potential, although this may cause more issues as shown before on the short time.

To become really effective, Economy Law measures designed to have an impact on the result of gender inequality (i.e. economic violence), must consider also the demand side, pushing other businesses (as intermediate suppliers) and consumers to choose services and products from entities respecting publicly measurable and transparent gender equality standards.

Such goal may be only achieved through tax incentives measures, even accepting a certain degree of competition distortion (somehow similar to the promotion of low carbon dioxide products, achievable through a promotional tax incentive reducing the value added tax on green products), upon condition that producers met some standards in gender equality salaries, hierarchy and corporate governance bodies composition.

In respect of this last point the way forward should see the implementation of even tough measures in respect of women in governance and executive bod-

ies of any limited liability company per shares which average total turnover, net assets and number of employees are greater of certain thresholds⁴⁹.

(B) In addition to any supply and demand side policy pushing gender equality as a mean of preventing economic violence, as all the quoted recent studies point out, special education must be fostered, in order to allow better educated women to take the job / role in domains where their presence is not significant such as top manager and executives.

This should be the aim of next EU legislation in respect of the presence of women in the boards of directors.

(C) But in order to achieve (B) it is necessary to address the “educational” aspects of the issue.

(i) There is a lack of educational opportunities exclusively dedicated to women who may wish to become entrepreneurs, top managers and executives and speed-up their careers (i.e. filling the real or hypothetical gap of their managing preparation⁵⁰), because the current issue (the gap between the kind of studies women made and the current needs in terms of knowledge and hard skills) comes from their past education choices and previous working experiences, by applying principles of lifelong learning as recalled by OECD Framework and therefore do not fall under the six risk scenarios, because even their good education is out of time.

The lack of better and specific education and training is more evident if one puts together the effects of previous Law 120/2011 and interlocking cases, which are reducing for women but are still higher in respect of men holding more positions. If more managers and executives women are needed in order to balance the proportions with male managers and the interlocking ratio be reduced, then more women are requested or the number of directors position shall be proportionally reduced.

In other words, any measure fostering gender quotas must be anticipated by educational measures in order to prevent lack of women able to take the position or a reduction in terms of quality (in the hypothesis that all women with a prop-

⁴⁹ As pointed out by Unioncamere in a 2022 survey women holding a position in a board of directors are increasing, while single woman enterprises are diminishing as well as relevant women company shareholders or participants. In 2022 the percentage of women holding a director position in any kind of company was 1/4 of the overall positions, not bad but far beyond the percentage in listed companies, considering also that unlimited liability partnerships (a kind of companies) legislation normally provide that partners must also be considered as directors. Ref. <https://www.unioncamere.gov.it/comunicazione/comunicati-stampa/unioncamere-solo-un-amministratore-su-4-e-donna>.

⁵⁰ The selfish perception of women as people engaged in business is weaker than men. It could be a psychological issue of self-esteem, but it is also a cultural issue: women are less keen to take risks and being self-employed professionals, entrepreneurs, managers or directors automatically creates risks, which shall be addressed but shall also be prevented by education and training in order to foster the “independence of mind” women skills. Ref. to EY – SWG 2023 Survey, 17-22 @ https://www.ey.com/it_it/news/2023-press-releases/09/donne-e-leadership-a-che-punto-siamo-in-italia.

er education are fully occupied) with the waterfall consequence of an increasing business, reputational and liability risk on them.

Such issue will be more evident once gender diversity obligations become effective for boards of directors and board of statutory auditors of banks and other intermediaries (more or less 1,000 entities in Italy), where interlocking measures prohibits to hold positions in different entities, carrying out their activity in the same market segment.

(ii) There is a lack of women in Italy with a STEM degree⁵¹. People with a STEM degree are less affected by the economic cycle as they hold informations and hard skills to recover and restart or to plan new business.

(D) Incrementing all kind of incentives to foster women enterprises through financings, public guarantees and tax incentives is crucial. Results shall be spread on an annual basis. Because these monies are tax-payers monies the surviving rate of these enterprises is fundamental as well as the financial results of these companies, in order to create a positive buzz and promote women enterprises. This would avoid the risks pointed out in the EY – SWG 2023 Survey, which can be summarized under (i) the resistance of men and (ii) the permanence of poor self-esteem in the background.

And the reasons to promote such kind of measures are evidenced by the EIB in a very interesting survey⁵²: «Women-led enterprises employ more women; support for female-led businesses has clear knock-on effects on female employment; the share of female workers and female-led firms differs strongly across sectors, but despite these sectoral differences, female-led firms have higher levels of female workers across all sectors; female-led firms generate further positive spillovers; female-led firms achieve higher environmental, social and governance scores; higher ESG scores attest to the broader benefits female-led businesses can generate; women-led firms differ from male-led companies on several key dimensions; female-led firms are more likely to undertake innovation, introducing new products and processes; female-led firms are more likely to have established good management practices; female-led firms are more likely to have started their digitalisation journey but there remain gaps on advanced digital technologies; few-

⁵¹ F. Carta, M. De Philippis, L. Rizzica, E. Viviano, *Women, labour markets and economic growth*, in *Bank of Italy - Workshops and Conferences*, 2023, No 26, 29 ss. and A. Perrazzelli, *Le donne, il lavoro e la crescita economica*, Bank of Italy - Conference of 22 June 2023, slide No 6, quoting G. Bovini, M. De Philippis, L. Rizzica, *The origins of Gender Wage Gaps: the Role of School to Work Transition*, in *Bank of Italy - Working Papers*, 2024.

⁵² European Investment Bank (EIB), *Support for female entrepreneurs - Survey evidence for why it makes sense*, 2022, <https://www.eib.org/en/publications/support-for-female-entrepreneurs-survey-evidence-for-why-it-makes-sense> with some conclusions confirmed also by a recent study: A. Cintolesi, E. Frattola, *Do female leaders choose women? Evidence from visible and hidden appointments*, in *Bank of Italy - Working Papers*, No. 1432, December 2023.

er female firms are fully self-financing, qualifying as autarkic; access to finance is among the top five obstacles female-led firms face; female and male-led businesses cite very similar issues in their operating environment; women-led firms differ in their financing mix; women-led firms in the most dynamic segment face challenges accessing adequate funds; differences in ambition and business activities could be confounding factors; accounting for differences in ambition and business activities, the financing differences between male and female founders remain; policy support can help mitigate some gaps for women founders; venture capital gaps may work to exacerbate gender disparities in the digital sector; structural differences, barriers and constraints female entrepreneurs face can also affect their resilience to shocks». All the above findings from the survey brought the EIB to these conclusions: «gender gaps are still prevalent in the European Union and in other regions around the world; supporting female-led businesses makes good economic sense, as these firms generate wider economic, social and environmental benefits; persistent gaps show that advances in educational and legal parity are not enough; stepping up efforts to achieve gender parity is needed to live up to global and EU commitments, and to revert recent setbacks; creating the right conditions for women-led firms to thrive serves to narrow gender employment gaps and bring wider socioeconomic benefits; a crucial enabler for women remains the availability of affordable childcare services; to tackle gender entrepreneurship gaps, particularly in dynamic sectors, improving access to finance and networks is crucial; countering a deepening of the digital gender divide requires comprehensive efforts; financial markets and ESG-conscious investors can help generate opportunities for women; policymakers, social partners and civil society need to work together to ensure that the twin transition is also an opportunity for women». All these conclusions are fully shareable and are in line with other organization and different studies conclusions.

(E) Financial education is key⁵³. The Bank of Italy made a very good job and designed a very comprehensive tool. However financial education must be spread at all school levels, from children age and must be taught by experienced people in a nice and engaging way, through role-playing games.

Financial institutions must be engaged as this should be considered part of their institutional role towards the society in the light of client protection and transparent application of business of conduct rules⁵⁴.

(F) Proposing positive models is crucial: it is not only a question of perception, a marketing issue or “pink washing” approach. As pointed out in several

⁵³ Ref. to <https://www.secondowelfare.it/terzo-settore/donne-educazione-finanziaria-e-violenza-economica/>.

⁵⁴ E.g. ref. to <https://www.eticasgr.com/storie/news-eventi/violenza-economica-di-genere-etica-sgr> with its educational programme called «Monetine» (i.e. small coins).

studies⁵⁵ proposing positive STEM women models, women entrepreneurs, women in business, women managers, results of women enterprises and of enterprises which reduced the gender gap helps in overturning stereotypes. In an internationally leading book of 1973 (frankly still actual in its conclusions) Elena Gianini Belotti, leader in the Montessori's educational methodology, argues that it is all an issue of stereotypes⁵⁶. Therefore results and studies, such the ones which demonstrate overperformance result of all the above women⁵⁷, must be more highlighted as they undoubtedly give evidence of all the already positive achieved results.

(G) Finally, in order to place economic violence in the spotlight it is necessary to collect data on economic violence, create a database of such violence with or without connections with other forms of violence and address it in a separate form from the mere gender pay gap or employment and management gender gap. This is one of the aims of EIGE who issued 3 specific recommendations to EU Member States in its 2023 paper on «Understanding Economic Violence against Women»⁵⁸.

As EIGE pointed out in respect of data collection, this task shall be considered instrumental for the exchange of information and good preventing practices at EU level, in the picture of a common definition of economic violence to be implemented with an EU directive. At national level, economic violence should be criminalised separately from other kinds of violence against women and dedicated financial measures shall be provided.

12. Conclusions

In order to foster effectiveness in Economy Law measures to contribute to the prevention of economic violence against women, through gender equality, quick and high level investments must go in the direction of increasing the managerial skills of women through proper executive business administration edu-

⁵⁵ For all of them, ref. should be widely made to F. Carta, M. De Philippis, L. Rizzica, E. Viviano, cit.

⁵⁶ E. Gianini Belotti, *Dalla parte delle bambine*, Milan, 2023.

⁵⁷ G.S.F. Bruno, A. Ciavarella, N. Linciano, *Boardroom gender diversity and performance of listed companies in Italy*, in *Consob - Finance Working Papers*, No. 87, 2018; S. Del Prete, M.L. Stefani, *Women as 'gold dust': gender diversity in top boards and the performance of Italian banks*, in *Bank of Italy - Working Papers*, No 1014, June 2015; EBA, *Report on the benchmarking of diversity practices and the gender pay gap (at the level of the management body at European Union level under Directive 2013/36/EU)*, based on 2021 data, (EBA/REP/2023/07) of 7 March 2023.

⁵⁸ https://eige.europa.eu/sites/default/files/documents/EIGE_Factsheet_EconomicViolence.pdf and in particular these actions: «Collect, analyse and share administrative data», «Regularly conduct population-based surveys» and «Improve coordination between institutions when recording, processing and sharing administrative and survey data». Data collection is also the focus of this study: <https://www.ingenere.it/articoli/violenza-economica-rifacciamo-i-conti>.

cation in order to allow more women as possible to take managerial and executive roles or to start new businesses as entrepreneurs, also pushing on the demand side, through tax incentives.

The overall picture of European Economy Law instruments, which may be used to stop economic violence which arise from gender inequality and may transform itself in physical violence, is rather good and there are huge possibilities to improve such level, as all economic instruments shall be employed and may be requested by women to remove themselves from potential and uninclusive dangerous situations and to enhance the overall women condition.

But I would like to conclude my paper quoting some Mrs. Gianini Belotti's book (and introduction) words: «If each child were seen as a unique individual, endowed with his or her own potential and to be given the maximum to help him or her develop in his or her direction, the question of gender would automatically lose its importance. The traditional difference in character between male and female is not due to 'innate' factors, but to the 'cultural conditioning' that the individual undergoes in the course of his or her development. Why then 'dalla parte delle bambine?' [(on the girls side)]. Because this situation is all 'to the disadvantage of the female sex'. The culture to which we belong – like any other culture – uses all the means at its disposal to get individuals of both sexes to behave in the way that best suits the values it wishes to preserve and transmit: these include the 'myth' of 'natural' male superiority as opposed to 'natural' female inferiority. In reality, there are no 'male' qualities and 'female' qualities, only 'human qualities'. The operation to be performed, therefore, 'is not to shape girls in the image and likeness of males, but to restore to every new born individual the possibility of developing in the way that is most congenial to him / her, regardless of the sex to which he belongs'».

Economic Violence: which Economy Law instruments are more effective? Proposals for the foreseen future

The 11th May 2011 Council of Europe Convention addresses the economic violence as one kind of violence a woman may face when dealing with income from work, access to the labour market, establishment of enterprises, access to entrepreneurial activities and governance bodies. Economic violence is a sliding door connected to gender inequality and physical violence. Some typical situations of economic violence and subsequent risks for the women and society and economy are shown. Economy Law may propose the use of tax, economic, financial and legal instruments to prevent or fight economic violence, through fostering the reduction of the gender gap, acting on the offer side but also on the demand side.

The paper will discuss data with respect to the effectiveness of certain instruments within the EU and Italian legal framework and address needs for better and specific education and training before introducing new Economy Law measures in respect of further economic violence prevention.

Violenza economica: quali strumenti del Diritto dell'Economia sono i più efficaci? Proposte per il prossimo futuro

La Convenzione del Consiglio di Europa dell'11 maggio 2011 considera la violenza economica come una delle violenze che una donna può subire sul posto di lavoro, rispetto al suo accesso al mercato del lavoro, all'attività imprenditoriale e alla creazione di imprese o al ruolo in organi societari.

La violenza economica è una porta scorrevole connessa all'ineguaglianza di genere e violenza fisica. Vengono pertanto illustrati alcuni esempi tipici di violenza economica e conseguenti rischi per la donna, la società e l'economia.

Il diritto dell'economia può proporre l'utilizzo di strumenti fiscali, economico-finanziari e legali per prevenire e combattere la violenza economica, attraverso la riduzione del divario di genere, agendo dal lato dell'offerta di beni o servizi, ma anche da lato della loro domanda.

L'articolo analizza i dati rispetto all'efficacia di certe misure nell'ambito del diritto dell'Unione Europea e del diritto italiano e si conclude nel ritenere necessaria una migliore e più specifica istruzione e formazione professionale delle donne rispetto a certe misure, prima che nuove misure normative di diritto dell'economia siano introdotte per prevenire ulteriormente la violenza economica.

I *golden powers* italiani nel settore della difesa e sicurezza nazionale

Manfredi Matassa

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Alcuni cenni sull'assetto normativo dei *golden powers* nei settori della difesa e della sicurezza nazionale. – 3. L'ambito oggettivo di applicazione. – 4. Le nozioni di difesa e sicurezza nazionale rilevanti in materia di *golden powers*. – 5. Le modalità di esercizio dei poteri speciali. – 6. Prassi e caso d'uso. – 7. I *golden powers* nella prospettiva del giudice amministrativo.

1. *Premessa*

Il presente lavoro intende mettere a fuoco l'ambito di applicazione dei poteri speciali affidati alla Presidenza del Consiglio dei ministri volti alla tutela dell'interesse nazionale rispetto agli investimenti esteri, prestando particolare attenzione all'esercizio di tali poteri nell'ambito della difesa e della sicurezza nazionale. Posto che esigenze di sinteticità e di sviluppo ordinato della trattazione suggeriscono di rinviare l'inquadramento generale del tema dei *golden powers* a contributi dal taglio più generale¹, si intende mettere fin da subito in evidenza come il

¹ Tra i contributi più rilevanti volti ad approfondire il tema si vedano M. D'Alberti, *Il golden power in Italia: norme ed equilibri*, in G. Napolitano (a cura di), *Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, Bologna, 2019, 83-90; F. Annunziata, *Infrastrutture finanziarie e controllo degli investimenti esteri*, in ivi, 105-114; M. Clarich, *La disciplina del golden power in Italia e l'estensione dei poteri speciali alle reti 5G*, in ivi, 115-120; G. Napolitano, *I golden powers italiani alla prova del Regolamento europeo*, in ivi, 121-140; R. Garofoli, *Golden power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, in *federalismi.it*, 2019, 17, 2-14; A.F. Zumbini, *I principi dell'Unione europea in materia di golden power: opportunità e limiti*, in G. Della Cananea, L. Fiorentino (a cura di), *I "poteri speciali" del governo nei settori strategici*, Napoli, 2020, 13-37; L. Fiorentino, *Verso un sistema integrato di sicurezza: dai poteri speciali al perimetro cibernetico*, in ivi, 39-61; G. Della Cananea, *Golden power e garanzie*, in ivi, 321-341; A. Sandulli, *La febbre del golden power*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 3, 743-764 e S. De Nitto, *Il golden power nei settori rilevanti della difesa e della sicurezza nazionale: alla ricerca di un delicato equilibrio*, in *Dir. amm.*, 2022, 2, 553-587.

tema richieda di misurarsi con diverse questioni dalla notevole complessità e dal carattere non esclusivamente giuridico².

Le maggiori difficoltà ricollegate al tema oggetto di questo lavoro non sono date esclusivamente dall'estrema ampiezza dei poteri speciali, caratteristica che rende l'esame della materia poco agevole indipendentemente dall'angolo visuale da cui viene esaminata, ma sono ascrivibili all'inevitabile contatto con ulteriori concetti che si dimostrano già di per sé «giuridicamente evanescenti»³ e riconducibili alla sfera del «pre-, extra o meta-giuridico»⁴. In tale contesto, dovendo subordinare l'avvio dell'analisi ad alcune scelte di tipo marcatamente metodologico, si ritiene opportuno ricercare il perimetro di azione dei «poteri dorati» non tanto a valle di un precedente inquadramento dei concetti di difesa (della Nazione) e sicurezza nazionale, quanto piuttosto all'interno delle reciproche interazioni tra la disciplina dei *golden powers* e il significato oggi assunto dai concetti presi in esame⁵. Tale scelta non è dettata soltanto dall'impossibilità di inquadrare con profitto tali poteri – esercitabili sulla base di un bilanciamento tra elementi di diritto e di politica internazionale – attraverso la lente di ulteriori concetti parzialmente giuridici e sostanzialmente indeterminati, ma anche dalla circostanza per cui lo stesso significato di sicurezza nazionale possa ritenersi oggetto di una nuova «fase di normativizzazione»⁶ che ha trovato il suo primo impulso proprio nella disciplina dei poteri speciali⁷. In tale prospettiva, dunque, più che ricerca-

² Tanto è vero che la più attenta dottrina ha ritenuto la disciplina italiana dei *golden powers* «frutto della crisi tra tecnica, discrezionalità e politica». In questi termini A. Sandulli, *Le relazioni tra Stato e Unione Europea nella pandemia, con particolare riferimento al golden power*, in *Dir.publ.*, 2020, 2, 413, il quale richiama a sua volta M. Clarich, *La disciplina del golden power in Italia e l'estensione dei poteri speciali alle reti 5G*, cit., 118.

³ A. Monti, *Internet e ordine pubblico*, in G. Cassano, S. Previti (a cura di), *Il diritto di internet nell'era digitale*, Milano, 75.

⁴ La stessa opinione è espressa con riferimento al concetto di sicurezza nazionale anche da C. Mosca, S. Gambacurta, G. Scandone, M. Valentini, *I servizi di informazione e il segreto di Stato. (Legge 3 agosto 2007, n. 124)*, Milano, 2008, 55, secondo cui «l'interpretazione della nozione [di sicurezza nazionale] riveste notevole complessità e coinvolge profili di pensiero che vanno oltre la mera analisi di carattere giuridico».

⁵ Tra i contributi più recenti volti a offrire una panoramica ampia e completa di questi temi si rimanda, su tutti, a R. Ursi, *Difesa* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, I Tematici, III (diretto da B.G. Mattarella e M. Ramajoli), Milano, 2022, 381-403; Id., *La difesa: tradizione e innovazione*, in *Dir. cost.*, 2022, 1, 5-20; Id., *La sicurezza pubblica*, Bologna, 2023.

⁶ A.F. Vigneri, *I profili giuridici della sicurezza nazionale. Tra collocazione sistematica e problemi definitivi: un'introduzione critica*, in R. Ursi (a cura di), *La sicurezza nel cyberspazio*, Milano, 2023, 46.

⁷ Potendo rinviare al successivo paragrafo l'analisi della disciplina normativa dei poteri speciali esercitabili dal governo, in questa sede va sottolineato come tale «fase di normativizzazione» del concetto di sicurezza nazionale abbia avuto una significativa accelerazione in funzione dell'introduzione del Perimetro Nazionale di Sicurezza Cibernetica (PNSC) istituito dall'art. 1, comma 1, del d.l. 21 settembre 2019, n. 105. Per una panoramica generale sul tema si veda S. Mele, *Il Perimetro di sicurezza Nazionale Cibernetica e il nuovo "golden power". Dalla compliance delle aziende e della pubblica amministrazione alla sicurezza nazionale*, in G. Cassano, S. Previti (a cura di), *Il diritto di Internet nell'era digitale*, cit., 2020, 185-213; F. Carchidi, *Perimetro di sicurezza nazionale cibernetica, dal d.l. 105/2019 ai d.p.c.m. n. 131/2020 e n. 81/2021: la sublimazione delle cc.dd. "information and communication technologies"*, in *ambientediritto.it*, 2021, 3, 295-305; S. Poletti, *La sicurezza cibernetica nazionale ed europea, alla luce della creazione del perimetro di sicurezza nazionale cibernetica*, in *MediaLaws*, 2022, 2, 398-

re il perimetro dei *golden powers* nell'indeterminatezza degli altri concetti (o viceversa), l'unica via efficace per tracciare correttamente l'ambito di applicazione di questi poteri va ricercata all'interno della reciprocità tra questi due elementi.

Su tali premesse, il giurista che intende esplorare il perimetro dei *golden powers* nel settore della difesa e della sicurezza è chiamato a muoversi con una particolare cautela. Come osservato dalla dottrina più avveduta⁸, nell'affrontare le differenti questioni oggetto di questo contributo occorre tenere in considerazione la circostanza per cui la disciplina dei poteri speciali governativi in esame non può essere compresa fino in fondo dallo studioso attraverso la sola esegesi delle disposizioni normative; d'altro canto, però, uscire dai binari tracciati dal legislatore finisce inevitabilmente per attrarre lo studioso del diritto verso campi di studio esterni alle sue naturali competenze. Partendo da tali considerazioni, l'analisi che segue intende affrontare l'argomento attraverso una chiave di lettura del tema proiettata senz'altro alla valorizzazione delle diverse sfumature extra-giuridiche, ma comunque strettamente legata all'assetto normativo nazionale ed europeo dei *golden powers*.

2. *Alcuni cenni sull'assetto normativo dei golden powers nei settori della difesa e della sicurezza nazionale*

Il sistema dei poteri speciali è riconducibile ad un complesso intreccio normativo ideato con l'obiettivo di attribuire al governo un ampio potere di intervento nelle operazioni di mercato ritenute strategiche. Inizialmente, nel contesto delle massicce privatizzazioni degli anni Novanta, l'Italia ha inteso tutelare gli interessi nazionali messi in pericolo da tali operazioni ricorrendo alla c.d. *golden share*, uno strumento volto a tutelare le società a partecipazione pubblica operanti in aree considerate importanti per la vita del Paese attraverso la previsione in via statutaria di alcuni rilevanti poteri di veto.

Come è noto, lo strumento del *golden share* ha trovato un limite insuperabile nei molteplici interventi con cui le istituzioni europee hanno evidenziato l'incompatibilità tra l'eccessiva genericità dei presupposti per l'utilizzo dello stesso ediversi principi fondamentali dell'Unione, tra cui quello di libertà di stabilimen-

410. Per una ricognizione di carattere generale sul tema della cibersicurezza sia consentito invece un rimando a M. Matassa, *Una strategia nazionale a difesa del cyberspazio*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2022, 2, 625-653 e Id., *La regolazione della cybersecurity in Italia*, in R. Ursi (a cura di), *La sicurezza nel cyberspazio*, cit., 21-42.

⁸ Il riferimento è a A. Sandulli, *La febbre del golden power*, cit., 749. In particolare, dopo aver evidenziato che «[i]l giurista non può capire a fondo il *golden power* studiando in modo esegetico le disposizioni normative in materia, perché questo istituto è la risposta a eventi esterne e le conseguenze giuridiche costituiscono il riflesso di tali eventi», l'autore ha avvertito anche che «il giurista deve stare molto attento quando si occupa di *golden power*, perché l'*humus* interdisciplinare può trascinarlo su terreni esterni alla materia».

to e di circolazione dei capitali⁹. Il cambio di impostazione richiesto dal legislatore europeo ha condotto il governo Monti¹⁰ a ripensare strutturalmente la disciplina degli “strumenti dorati” attraverso un deciso abbandono del legame della disciplina con il diritto societario (e con il fenomeno della privatizzazione) volto ad attrarre per intero la materia nell’alveo pubblicistico¹¹; in termini più efficaci, riprendendo una felice espressione elaborata in dottrina, si è assistito «all’apposizione di una sorta di pellicola pubblicistica, di strato pubblicistico attorno all’attività di impresa privatistica»¹².

Tuttavia, ed è questo il passaggio forse più rilevante ai fini dell’analisi proposta, la rinnovata disciplina è giunta per affidare al governo un potere discrezionale significativamente più ampio rispetto al precedente, ma giustificato dalla previa individuazione dei settori oggetto di intervento; ossia tutti quegli assetti societari operanti nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell’energia, dei trasporti e delle comunicazioni.

Prima di entrare nel merito della normativa del 2012 (e dei suoi successivi ampliamenti), occorre mettere in evidenza come gli effetti ricollegati all’affermarsi di una nuova disciplina in senso pubblicistico abbiano determinato un mutamento rilevante nel contesto dei rapporti tra l’ordinamento nazionale ed europeo. Sebbene negli anni successivi tale impostazione sia stata parzialmente supportata da una significativa rivalutazione delle priorità delle istituzioni europee in materia di tutela degli investimenti esteri, portando la Commissione ad assume-

⁹ Sul punto si rimanda al contenuto delle pronunce della Corte di giustizia dell’Unione europea 23 maggio 2000, C-58/99 e 6 dicembre 2007, C464/04. Con riferimento, invece, alla non dissimile posizione assunta dalla Commissione europea sulle medesime questioni (ossia di «apparentemente incondizionata apertura agli investimenti esteri diretti») si rimanda alla ricostruzione offerta da R. Garofoli, *Golden power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, cit., 4.

¹⁰ Il riferimento è al d.l. 15 marzo 2012, n. 21, recante «[n]orme in materia di poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell’energia, dei trasporti e delle comunicazioni», convertito con modificazioni dalla legge 11 maggio 2012, n. 56.

¹¹ Sul punto vale la pena segnalare la felice sintesi proposta da A. Sandulli, *Le relazioni tra Stato e Unione Europea nella pandemia, con particolare riferimento al golden power*, cit., 412, secondo il quale «[quello successivo al 2012] è il periodo in cui la disciplina nazionale è rientrata nello spazio-tempo europeo e si è spostata dall’area del diritto societario a quella del diritto amministrativo». Per un approfondimento sul passaggio dalla *golden share* al *golden powers* vedano, tra gli altri, D. Gallo, *Le golden shares e la trasformazione del public/private divide: criticità, sviluppi e prospettive del diritto dell’Unione Europea tra mercato interno e investimenti extra-UE*, in S.M. Carbone (a cura di), *L’Unione Europea a vent’anni da Maastricht: verso nuove regole*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, 177-232; F. Bassan, *Dalla golden share al golden power: il cambio di paradigma europeo nell’intervento dello Stato sull’economia*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2014, 1, 57-80; A. Comino, “Golden powers” per dimenticare la “golden share”: le nuove forme di intervento pubblico sugli assetti societari nei settori della difesa, della sicurezza nazionale, e delle comunicazioni, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 5, 1019-1053 e F. Gaspari, *Libertà di circolazione dei capitali, privatizzazioni e controlli pubblici. La nuova golden share tra diritto interno comunitario e comparato*, Torino, 2015.

¹² A. Sandulli, *La febbre del golden power*, cit., 749.

re una posizione di «apertura sì, ma non certo incondizionata»¹³ poi esplicitata in tempi più recenti all'interno di un apposito regolamento¹⁴, non può omettersi di evidenziare come il rinnovato assetto abbia attribuito alla disciplina nazionale un'autonomia ben maggiore rispetto a quella in passato oggetto di rilievi da parte delle istituzioni europee¹⁵. In tal senso, la scelta di avvicinare i concetti di difesa e sicurezza nazionale (che saranno meglio messi a fuoco nelle successive pagine) a quello di «geopolitica delle protezioni»¹⁶ ha attribuito al governo italiano un doppio vantaggio strategico: da un lato, come anticipato, l'elasticità dell'ambito di applicazione oggettivo ha permesso un'ulteriore estensione del perimetro dei *golden powers* rispetto alla precedente disciplina della *golden share*; dall'altro – e ciò appare meno visibile – ha permesso di limitare il potere di intervento dell'UE riconducendo una parte rilevante della disciplina all'interno nella riserva di competenza statale in materia di sicurezza nazionale prevista all'interno dell'art. 4, par. 2, del Trattato sull'Unione Europea¹⁷.

¹³ R. Garofoli, *Golden power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, cit., 4. Sul punto v. anche Commissione europea, *Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, 'Accogliere con favore gli investimenti esteri diretti tutelando nel contempo gli interessi fondamentali'*, COM(2017) 494 final, reperibile su <https://eur-lex.europa.eu> (visitato il 28 dicembre 2023), ove si è messo in luce che «sussiste il rischio che in singoli caso gli investitori stranieri possano cercare di acquisire il controllo o di esercitare influenza nelle imprese europee le cui attività hanno ripercussioni sulle tecnologie cruciali, sulle infrastrutture, sui fattori produttivi o sulle informazioni sensibili. Il rischio sorge anche e soprattutto quando gli investitori stranieri sono statali o controllati dallo Stato, anche mediante finanziamenti o altri mezzi».

¹⁴ Regolamento (UE) 2019/452 istitutivo di un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione.

¹⁵ Tanto è vero che la migliore letteratura ha messo in evidenza come, con riferimento alla materia dei *golden powers*, lo Stato abbia assunto prima le vesti di «azionista», poi di «regolatore» e infine di «stregua». Il riferimento anche in questo caso è al lavoro di R. Garofoli, *Golden power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, cit., 2, secondo il quale: «[q]uanto alla regolamentazione nazionale dei controlli statali sugli investimenti esteri si è sostenuto – nel tentativo di cogliere le implicazioni sostanziali conseguenti ai passaggi salienti lungo i quali la stessa si è sviluppata – che lo Stato ha via via assunto la veste di *azionista* (quando il sistema ruotava attorno alla *golden share*), *regolatore* (con il d.l. 15 marzo 2012, n. 21, e il passaggio al diverso sistema dei *golden powers*), sino ad atteggiarsi, a *stregua*, chiamato a perimetrare la nozione di sicurezza nazionale e a verificarne la compromissione sulla base di una pluralità di valutazioni di tipo geo-economico e geo-politico [...]».

¹⁶ Il concetto, richiamato da ultimo da S. De Nitto, *Il golden power nei settori rilevanti della difesa e della sicurezza nazionale: alla ricerca di un delicato equilibrio*, cit., 556, è da attribuire ad A. Aresu, M. Negro, *La geopolitica della protezione. Investimenti e sicurezza nazionale: gli Stati Uniti, l'Italia e l'UE*, Fondazione per lo studio dei mercati pubblici europei, Città di Castello, 2018, 7, secondo cui «la "geopolitica della protezione" consente di analizzare il ruolo dello Stato in rapporto con i mercati, indagando quindi la relazione tra geopolitica e geoeconomia, e allo stesso tempo di guardare da vicino l'evoluzione di concetti giuridici e politici che hanno implicazioni geopolitiche».

¹⁷ Art. 4, comma 2, Trattato sull'Unione Europea, il quale statuisce che «[l]'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro».

Su tali premesse, una volta preso atto della circostanza per cui la previsione di questi poteri speciali debba essere considerata nel contesto di una «corsa agli armamenti giuridici»¹⁸ sviluppata sulla base di un'esigenza generale di tutela della sicurezza nazionale, è possibile approfondire la disciplina in materia di *golden powers* partendo dall'analisi del suo perimetro di applicazione.

3. *L'ambito oggettivo di applicazione*

Qualsiasi studio volto ad affrontare il tema del perimetro della disciplina dei *golden powers* in materia di difesa e di sicurezza nazionale deve svilupparsi partendo dal presupposto per cui il carattere «camaleontico»¹⁹ dei poteri speciali risulti ostativo rispetto a un inquadramento in forma rigida e astratta dei suoi limiti applicativi. Posto dunque che la natura cangiante di tali poteri rispetto al fine perseguito richiederà di soffermarsi sulla – ormai non più trascurabile – casistica dei *golden powers* con l'obiettivo di cogliere eventuali differenze tra gli aspetti teorici e pratici della materia, l'analisi dell'assetto normativo offerta nel corso di questo paragrafo dovrà valutarsi come un primo, ma comunque essenziale, passaggio necessario per la piena comprensione della materia.

A livello unionale, il *corpus* normativo di riferimento può rintracciarsi all'interno del menzionato reg. (UE) 2019/452²⁰. Anzitutto, per mettere a fuoco il rapporto tra la valorizzazione dei capitali esteri e le esigenze di tutela degli interessi dell'UE su tale versante si ritiene opportuno soffermarsi sui riferimenti alla sicurezza nazionale e ordine pubblico contenuti all'interno del preambolo. Il bilanciamento individuato dall'Unione emerge infatti già a partire dai primi considerando, nel momento in cui, dopo aver chiarito che «[n]ella relazione con il resto del mondo, l'Unione afferma e promuove i suoi interessi»(cons. 2), il regolamen-

¹⁸ L. Arnaudo, *A l'economie comme a la guerre. Note su golden power, concorrenza e geo-economia*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2017, 3, 436.

¹⁹ Il riferimento è A. Sandulli, *Le relazioni tra Stato e Unione Europea nella pandemia, con particolare riferimento al golden power*, cit., 410, il quale evidenzia che il «golden power è uno strumento di protezione del tessuto economico e, come tale, è adattato dall'ordinamento che ne fa uso alle finalità che, di volta in volta, vengono individuate. Tale istituto, in tal senso, è esercitato attraverso un potere "camaleontico," i cui mezzi di espressione variano a seconda dell'adattamento al fine».

²⁰ Per un'analisi più approfondita sul contenuto del regolamento v. G. Napolitano, *I golden powers italiani alla prova del regolamento europeo*, in G. Napolitano (a cura di), *Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, cit., 121-137. Per un'analisi più generale sulla disciplina europea v. A.F. Zumbini, *I principi dell'Unione europea in materia di golden power: opportunità e limiti*, in G. Della Cananea, L. Fiorentino (a cura di), *I "poteri speciali" del governo nei settori strategici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, 13-37, mentre per una ricognizione generale sulla disciplina previgente all'adozione del regolamento si rimanda a G. Scarchillo, *Dalla "Golden Share" al "Golden Power": la storia infinita di uno strumento societario. Profili di diritto europeo e comparato*, in *Contr. impr./Eur.*, 2015, 2, 619-664.

to ha specificato che «l'Unione e gli Stati membri possono adottare per motivi di sicurezza o di ordine pubblico misure restrittive nei confronti degli investimenti esteri diretti, purché siano rispettate alcune condizioni» (cons. 3)²¹. Le stesse sono state meglio specificate nella parte introduttiva dello stesso reg. (UE) 2019/452 ove si è previsto che «è opportuno [per gli Stati membri] indicare un elenco di fattori che potrebbero essere presi in considerazione nel determinare se un investimento estero diretto possa incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico [...]. L'elenco dei fattori che possono incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico deve rimanere non esaustivo» (cons. 12).

Parallelamente all'ampio perimetro garantito agli Stati membri in relazione all'individuazione di tali fattori, il regolamento in esame ha inteso individuare degli elementi minimi volti a garantire una strategia coordinata dei paesi UE *in subiecta materia*. In tale prospettiva si è stabilito che «nel determinare se un investimento estero diretto possa incidere o meno sulla sicurezza o sull'ordine pubblico, dovrebbe essere possibile per gli Stati membri e per la Commissione tenere conto di tutti i fattori pertinenti, ricomprese gli effetti sulle infrastrutture critiche, sulle tecnologie, comprese le tecnologie abilitanti fondamentali e sui fattori produttivi, che sono essenziali per il mantenimento della sicurezza e dell'ordine pubblico la cui perturbazione, disfunzione, perdita o distruzione avrebbe un impatto significativo, in uno Stato membro o nell'Unione» (cons. 13).

Rinviando l'analisi delle nozioni di infrastruttura critica e operatore di servizi essenziali alle pagine successive, in questa sede è possibile segnalare che i principi descritti hanno trovato una declinazione più concreta all'interno degli artt. 3 e 4 del citato reg. (UE)2019/452. La prima disposizione, di carattere più generale, ha inteso esplicitare – in linea di continuità con la menzionata “riserva di Stato” in materia di sicurezza nazionale stabilita dall'art. 4, par. 2, TUE – la possibilità per gli Stati membri di «mantenere, modificare o adottare meccanismi per controllare investimenti esteri diretti nel loro territorio per motivi di sicurezza o di ordine pubblico»²². La seconda, invece, ha inteso circoscrivere in maniera abbastanza puntuale i fattori che possono essere presi in considerazione dagli Stati membri e dalla Commissione al fine di individuare un equilibrio ottimale tra tutela degli interessi pubblici sensibili e valorizzazione degli investimenti esteri. Poiché quest'ultima norma ambisce a svolgere il ruolo di *trait d'union* tra la dimensione europea e nazionale dei *golden powers* si ritiene opportuno individuare in maniera chiara i diversi parametri elaborati dal legislatore allo scopo di individuare i fattori in esame.

²¹ Sulla stessa linea cfr. anche cons. 11, reg. (UE) 2019/452 nella parte in cui prevede che «[...]dovrebbe essere possibile per gli stati membri valutare i rischi per la sicurezza e per l'ordine pubblico derivanti da cambiamenti significativi dell'assetto proprietario o delle caratteristiche fondamentali di un investitore estero».

²² Art. 3, comma 1, reg. (UE) 2019/452.

Il primo paragrafo dell'art. 4 reg. 452/2019 ha inteso ricercare i fattori volti a determinare se un investimento estero diretto potesse incidere o meno sulla sicurezza e sull'ordine pubblico²³. Posto in ogni caso che la disposizione in esame ha inteso esplicitare la non esaustività dei criteri presi in esame ai fini dell'individuazione del perimetro di applicazione oggettivo della materia, il regolamento europeo ha richiesto agli Stati membri di valutare l'utilizzo dei *golden powers* tenendo gli effetti potenziali a livello di: (a) infrastrutture critiche, sia esse fisiche o virtuali, quali ad esempio l'energia, i trasporti, l'acqua, la salute, le comunicazioni, i media, le infrastrutture aereospaziali e di difesa, ricomprendendo in tale novero anche gli altri beni strumentali al loro esercizio; (b) tecnologie critiche e prodotti a duplice uso²⁴, tra cui quelle riconducibili all'intelligenza artificiale, alla robotica, alla *ciber* sicurezza, alle tecnologie aerospaziali, di difesa e di stoccaggio dell'energia nonché delle nano-tecnologie e bio-tecnologie; (c) approvvigionamento di fattori produttivi critici, tra cui l'energia e le materie prime; (d) accesso a informazioni sensibili, compresi i dati personali, o la capacità di controllare tali informazioni e, infine, (e) libertà e pluralismo dei media.

Il secondo paragrafo della disposizione in esame, invece, ha ricercato dei fattori legittimanti l'utilizzo di poteri speciali facendo riferimento, non tanto al settore oggetto dell'operazione, quanto piuttosto alle caratteristiche dei soggetti coinvolti. In tal senso, il legislatore europeo ha valutato come potenzialmente lesive della sicurezza e dell'ordine pubblico degli Stati membri quelle situazioni in cui: (a) l'investitore estero sia direttamente o indirettamente controllato dall'amministrazione di un Paese terzo; (b) l'investitore estero sia già stato coinvolto in attività che incidono sulla sicurezza o sull'ordine pubblico in uno Stato membro nonché (c) che vi sia un grave rischio che l'investitore intraprenda attività illegali o criminali.

In sintesi, il regolamento europeo del 2019 ha consentito un complessivo ripensamento delle politiche europee in materia di sicurezza nazionale e valorizzazione degli investimenti esteri volto a legittimare un raggio d'azione dei poteri speciali ben più ampio rispetto a quello fino a quel momento individuato da diversi Stati membri. Infatti, prestando particolare attenzione al tema oggetto di questo lavoro, può evidenziarsi come i concetti di sicurezza nazionale e ordine

²³ La circostanza per cui la sicurezza nazionale non sia espressamente considerata deve ricondursi ai problemi che sorgerebbero in funzione dei limiti di cui all'art. 4, par. 2, TUE. Tuttavia, come evidenziato da F. Casolari, *Supranational Security and National Security in Light of the EU Strategic Autonomy Doctrine: The EU Member States Security Nexus Revisited*, cit., 324, la questione rileva esclusivamente sul profilo meramente terminologico in considerazione della «*growing marginalization of the distinction between the concepts of 'national security', 'internal security' and 'public security', which is visible in the activity of the EU institutions*».

²⁴ I prodotti a duplice uso sono beni e tecnologie che, pur essendo progettati per usi civili, possono essere utilizzati anche per scopi militari o contribuire alla proliferazione di armi. Per un approfondimento sulla disciplina di tali beni si rimanda cfr. Regolamento (CE) n. 428/2009 istitutivo di un regime comunitario di controllo delle esportazioni, del trasferimento, dell'intermediazione e del transito di prodotti a duplice uso.

pubblico siano stati utilizzati dal diritto primario dell'UE in modo da legittimare un intervento decisamente pervasivo dello Stato in tale settore. Del resto, un utilizzo incrociato dei distinti parametri individuati dai due capoversi dell'art. 4 permette ai Paesi membri di valutare l'esercizio di *golden powers* sia nel caso in cui imprese ritenute strategiche possano risultare coinvolte in operazioni riguardanti altri Paesi dell'UE, sia nel caso contrario in cui un acquirente ostile (o comunque non affidabile) intenda effettuare operazioni in settori privi di rilievo strategico.

Lo scorso 24 gennaio la Commissione europea ha inoltre presentato una nuova proposta di regolamento²⁵ volta a intervenire sui meccanismi di controllo sugli investimenti esteri diretti su cui è possibile dedicare brevi cenni²⁶. Tra le principali novità contenute all'interno della nuova bozza in fase di approvazione può mettersi in evidenza come, oltre a estendere ulteriormente l'ambito oggettivo di applicazione dell'istituto²⁷ e migliorare significativamente le modalità di cooperazione a livello unionale²⁸, il nuovo testo abbia introdotto degli inediti obblighi minimi di *screening* di tipo sia preventivo sia successivo. Sul fronte dei meccanismi preventivi può riscontrarsi una linea di continuità con la disciplina previgente, ma tra le novità più significative può segnalarsi l'introduzione a livello europeo di un sistema di preavviso obbligatorio volto a stimolare la partecipazione ai procedimenti *golden powers* dei destinatari di eventuali provvedimenti di veto o di opposizione²⁹. Sull'altro fronte, invece, la nuova proposta di regolamento ha attribuito agli Stati membri il potere di avviare una revisione successiva delle operazioni non soggette a obblighi di notifiche per un periodo non inferiore a

²⁵ *Proposal for Regulation (2024/17) of the European Parliament and of the Council on the screening of foreign investments in the Union*, la cui bozza è reperibile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52024PC0023> (visitato il 1° marzo 2024).

²⁶ Tale proposta è stata presentata nell'ambito di un ampio pacchetto di riforme che, con riferimento particolare riferimento alle nuove iniziative su investimenti e commercio, ha compreso la pubblicazione di un libro bianco sul controllo delle esportazioni e di un libro bianco sugli investimenti in uscita.

²⁷ L'art. 4, par. 4, estende il perimetro di applicazione precedentemente individuato dal reg. (UE) 2019/452 attraverso un doppio binario: da un lato sono state incluse tutte le società aderenti a programmi o a progetti di interesse dell'Unione, anche come destinatari di fondi ai sensi dell'art. 2, par. 53, del reg. (UE) 2018/1046, dall'altro sono state ricondotte alla disciplina *de qua* tutti i settori indicati all'interno dell'Allegato II della proposta (che ai sensi dell'art. 19 della proposta, la Commissione può aggiornare tramite atti delegati). Si fa riferimento, in particolare, ai settori indicati all'interno dell'Allegato II alla citata proposta di regolamento, la quale, in linea di continuità con la precedente Raccomandazione della Commissione (UE) 2023/2013 (reperibile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32023H1425>, visitato il 1° marzo 2024) ha identificato le seguenti tecnologie come critiche (attraendo così i rispettivi settori all'interno della disciplina dei *golden powers*): semiconduttori, IA, *quantum technologies*, biotecnologie, connettività, navigazione e tecnologie digitali, tecnologie di rilevamento avanzate, tecnologie spaziali e di propulsione, energia, robotica e sistemi autonomi, ricerca avanzata su materiali e manifattura.

²⁸ Si fa riferimento, in particolare, alle disposizioni (artt. 5-12) contenute all'interno del Capitolo III della Proposta riferito a *'the Union cooperation mechanism on foreign investments likely to negatively affect security or public order'*.

²⁹ Art. 4, par. 3, proposta reg. (UE) 2024/17.

quindici mesi (lasciando a quest'ultimi l'onere di individuare un eventuale termine massimo per tale tipologia di controlli)³⁰.

Con riferimento al versante nazionale, va messo in evidenza come l'impostazione originaria disegnata dal d.l. 21/2012 risulti ancora oggi pressoché intatta nonostante le significative estensioni al perimetro dei *golden powers* determinate dagli interventi degli ultimi anni. Inizialmente, infatti, il campo di applicazione oggettivo dei poteri speciali è stato individuato dal legislatore italiano attraverso una distinzione tra i settori sottoposti all'esercizio di tali poteri, ponendo da un lato le imprese operanti nel settore della difesa e della sicurezza nazionale³¹ e, dall'altro, tutti quei beni di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni³².

Sebbene questi settori siano stati negli ultimi anni oggetto di un importante ampliamento in conseguenza del rapido mutamento del contesto politico-internazionale³³, la distinzione in esame assume ancor un ruolo fondamentale in funzione dei presupposti per l'esercizio dei *golden powers*. Segnatamente, nel caso applicazione di poteri speciali in materia di difesa e sicurezza la legge richiede al governo di verificare la sussistenza di una «minaccia di grave pregiudizio per gli interessi essenziali»³⁴. Nei restanti settori, invece, i presupposti per l'esercizio di un potere analogo sono più stringenti in quanto – oltre al verificarsi di una minaccia di grave pregiudizio rispetto agli ambiti specificatamente coinvolti – richiedono il verificarsi di una «situazione eccezionale, non disciplinata dalla normativa nazionale ed europea di settore»³⁵. Allo stesso modo – e non si tratta di una circostanza meno rilevante – la tutela degli interessi previsti all'interno dell'art. 1 permette l'esercizio di poteri speciali anche con riferimento ad imprese operanti nei paesi dell'Unione, mentre quella degli interessi di cui agli articoli successivi per-

³⁰ Art. 4, par. 2, lett. c), proposta reg. (UE) 2024/17.

³¹ Art. 1, comma 4, d.l. 15 marzo 2012, n. 21.

³² Art. 2, d.l. 15 marzo 2012, n. 21.

³³ Tra gli ampliamenti più significativi può prendersi in considerazione il d.l. 25 marzo 2019, n. 22, convertito con modificazioni dalla l. 20 maggio 2019, n. 41, il quale ha aggiunto l'*1-bis* al d.l. n. 21/2012 in materia di «poteri speciali inerenti ai servizi di comunicazione elettronica a banda larga con tecnologia 5G, basati sulla tecnologia cloud e altri attivi». Un approfondimento su tale settore è offerto da M. Clarich, *La disciplina del golden power in Italia e l'estensione dei poteri speciali alle reti 5G*, in G. Napolitano (a cura di), cit., 115-120.

³⁴ Art. 1, comma 1 d.l. 15 marzo 2012, n. 21. La disposizione va completata anche dal successivo, comma 2, secondo il quale «[a]l fine di valutare la minaccia di grave pregiudizio agli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale derivante dalle delibere, dagli atti o dalle operazioni di cui alla lettera b) del comma 1, il governo considera, tenendo conto dell'oggetto della delibera, dell'atto o dell'operazione, la rilevanza strategica dei beni o delle imprese oggetto di trasferimento, l'idoneità dell'assetto risultante dalla delibera, dall'atto o dall'operazione a garantire l'integrità del sistema di difesa e sicurezza nazionale, la sicurezza delle informazioni relative alla difesa militare, gli interessi internazionali dello Stato, la protezione del territorio nazionale, delle infrastrutture critiche e strategiche e delle frontiere [...]».

³⁵ Art. 2, comma 3, d.l. 15 marzo 2012, n. 21.

mette di intervenire soltanto nei confronti delle imprese che hanno sede nei paesi extra-europei.

Rinviando una ricognizione sulle diverse modifiche che hanno interessato la disciplina tra il 2017 e il 2020 a trattazioni dal più ampio respiro³⁶, in questa sede si intendono approfondire gli interventi normativi italiani ritenuti più rilevanti allo scopo dell'individuazione dell'ambito oggettivo di applicazione dei *golden powers* nel settore della difesa e della sicurezza nazionale. Su tali premesse, al netto delle modifiche apportate alla disciplina dal d.l. 21 marzo 2022, n. 21 per far fronte alle necessità imposte dallo scoppio della guerra in Ucraina³⁷, oltre al già esaminato contenuto del d.l. 21/2012, ai fini dell'inquadramento generale della disciplina meritano di essere presi in considerazione il DPCM 6 giugno 2014, n. 108³⁸ e – con maggiore attenzione – 18 dicembre 2020, n. 179³⁹.

Il primo DPCM preso in esame ha inteso completare l'attuazione dell'art. 1, comma 1, del già menzionato d.l. 21/2012 attraverso la concreta individuazione delle attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale⁴⁰. Tale regolamento ha inteso racchiudere in un unico testo le attività del Ministero della difesa (art. 1) e del Ministero dell'interno (art. 2) sicuramente soggette all'esercizio dei poteri speciali preposti alla tutela degli interessi nazionali, attraverso l'introduzione di un elenco dall'elevatissimo livello di dettaglio⁴¹. Tuttavia, ciò che contribuisce a comprendere l'esatto perimetro dei poteri speciali nel set-

³⁶ Una sintesi particolarmente efficace è offerta da A. Sandulli, *Le relazioni tra Stato e Unione Europea nella pandemia, con particolare riferimento al golden power*, cit., 413-414.

³⁷ D.l. 21 marzo 2022, n. 21, convertito con modificazioni dalla L. 20 maggio 2022, n. 51, recante misure urgenti per contrastare gli effetti economici e umanitari della crisi ucraina. Un'adeguata analisi sulle novità introdotte da tale decreto è offerta da A. Ilacqua, *L'ascesa dei golden powers. Dallo stato imprenditore allo Stato protettore*, in *Dir. econ.*, 2023, 1, 449, il quale ha evidenziato che: «[l']aspetto più significativo del decreto-legge n. 21 del 2021 è proprio quello posto sopra in rilievo: l'allargamento della nozione di sicurezza nazionale che giustifica un utilizzo ampio del controllo sugli investimenti esteri, non solo per la tutela di settori strategici, ma anche al fine di preservare la capacità delle imprese nazionali di rispondere ai bisogni essenziali dei cittadini, divenendo, quindi, al contempo, "socialmente utile" e "strategicamente importante", perché evita altresì gli acquisti predatori su società la cui quotazione sul mercato di capitali può risultare ben al di sotto del loro valore reale nell'attuale e negativa contingenza economica, con probabili conseguenti ripercussioni anche sul mercato interno rispetto alla produzione ed ai prezzi».

³⁸ DPCM 6 giugno 2014, n. 108, recante il Regolamento per l'individuazione delle attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale, a norma dell'articolo 1, comma 1, del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 maggio 2012, n. 56.

³⁹ DPCM 18 dicembre 2020, n. 179, recante il Regolamento per l'individuazione dei beni e dei rapporti di interesse nazionale nei settori di cui all'articolo 4, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2019/452.

⁴⁰ Semplificando così lo schema del precedente DPCM 30 novembre 2012, n. 253 contestualmente abrogato.

⁴¹ Tra le attività strategiche di competenza del Ministero della difesa rientrano, ad esempio, tutte le capacità operative terrestri, navali, aerospaziali e cibernetiche, i sistemi di guerra di avanzati ad alto livello di automazione e gli altri sistemi di raccolta e di protezione delle informazioni strategiche; tra quelle di competenza del Ministero degli interni, invece, possono citarsi sistemi e sensori destinati all'impiego in servizi di osservazione (ottica e radar), le reti private virtuali e di telecomunicazioni, nonché i sistemi e i relativi algoritmi utilizzati per l'elaborazione, la protezione e la trasmissione sicura di informazioni classificate.

tore della sicurezza non è tanto l'approccio marcatamente tecnico utilizzato dal DPCM del 2014, ma quello più ambizioso che si ritrova all'interno del secondo DPCM preso in esame. Quest'ultimo decreto è stato adottato con lo scopo di agevolare l'esecuzione sul territorio nazionale dell'estensione al perimetro dei *golden power* conseguente all'entrata in vigore del reg. (UE) 452/2019, pertanto strettamente ricollegato all'esercizio dei *golden powers* nei settori speciali indicati dall'art. 2 del d.l. 21/2012⁴², ma – nell'individuare alcune nozioni di carattere generale – permette di mettere maggiormente a fuoco i concetti di difesa e sicurezza nazionale rilevanti in materia di *golden powers*. In particolare, l'art. 2 del citato DPCM 18 dicembre 2020, n. 179 ha inteso elaborare una formula comune volta a inquadrare le «infrastrutture», «tecnologie», «fattori produttivi», «informazioni» ritenute critiche e le «attività economiche di rilevanza strategica» definendole, rispettivamente, come tutte quelle infrastrutture, tecnologie, fattori produttivi, informazioni e attività economiche di rilevanza strategica ritenute «essenziali per il mantenimento delle funzioni vitali della società, della salute, della sicurezza e del benessere economico e sociale della popolazione»⁴³.

Ebbene, al di là della definizione in sé (che potrebbe apparire in alcuni passaggi tautologica), tale decreto permette di ricondurre più agevolmente alla disciplina speciale in materia di tutela della difesa e sicurezza nazionale tutte quelle imprese non espressamente contemplate all'interno dei settori speciali ma comunque operanti in settori ritenuti «critici»⁴⁴.

Il tema delle infrastrutture critiche risulta oggi di un'indiscutibile centralità nello scenario ordinamentale europeo a seguito dell'adozione di un'apposita direttiva – nota come Direttiva CER⁴⁵ – indirizzata, tra i vari obiettivi, ad armonizzare la materia e a vincolare gli Stati membri all'individuazione dei soggetti critici entro il 17 luglio 2026. Sebbene non ancora attuata nel territorio naziona-

⁴² In particolare, il DPCM 18 dicembre 2020, n. 179 si sofferma sui beni e rapporti nei settori dell'energia (art. 3), dell'acqua (art. 4), della salute (art. 5), del trattamento, dell'archiviazione e in materia di accesso e controllo di dati e di informazioni sensibili (art. 6), nel settore delle infrastrutture elettorali (art. 7), nel settore finanziario, ivi compreso quello creditizio e assicurativo, e delle infrastrutture dei mercati finanziari (art. 8), dell'intelligenza artificiale, della robotica, dei semiconduttori, della cibersicurezza, delle nanotecnologie e delle biotecnologie (art. 9), delle infrastrutture e delle tecnologie aerospaziali non militari (art. 10), di approvvigionamento di fattori produttivi e nel settore agroalimentare (art. 11), prodotti a duplice uso (art. 12) e, infine, nel settore della libertà e del pluralismo dei media (art. 13).

⁴³ Art. 2, comma 1, DPCM 18 dicembre 2020, n. 179.

⁴⁴ Un approfondimento di carattere generale sulle principali questioni che caratterizzano il tema, sebbene antecedente all'adozione della Direttiva CIR (v. *infra*) è offerto da M. Farina, *Le infrastrutture critiche*, in R. Giordano, A. Panzarola, A. Police, S. Preziosi, M. Proto (a cura di), *Il diritto nell'era digitale. Persona, mercato, Amministrazione, Giustizia*, Milano, 2022, 553-566.

⁴⁵ Il riferimento è alla Direttiva (UE) 2022/2557 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 relativa alla resilienza dei soggetti critici (c.d. Direttiva CER).

le⁴⁶, la direttiva in oggetto risulta di interesse ai fini di questo lavoro in quanto ha invitato gli Stati membri ad assumere un approccio alla tutela delle infrastrutture critiche non solo più moderno, ma anche parallelo rispetto alle politiche europee in materia di sicurezza cibernetica⁴⁷. Infatti, la sovrapposizione concettuale tra le nozioni di «infrastrutture critiche» e «fornitori di servizi essenziali» (concetto già esplorato nel contesto della cibersicurezza)⁴⁸, non può che comportare una chiara legittimazione dell'esercizio dei *golden powers* sia verso i soggetti privati ricompresi all'interno del PNSC⁴⁹, sia verso tutti quegli operatori ritenuti essenziali anche ai sensi della recente Direttiva NIS II.

Poste tali premesse, che – come anticipato – da sole non possono ritenersi utili ai fini di una piena comprensione dei concetti di sicurezza se non con un confronto più diretto con alcune questioni di tipo terminologico, prima di individuare le modalità di esercizio in concreto di tali poteri speciali si ritiene opportuno mettere a fuoco le nozioni di difesa e sicurezza nazionale rilevanti *in subiecta materia*.

4. *Le nozioni di difesa e sicurezza nazionale rilevanti in materia di golden powers*

Il corretto inquadramento del tema oggetto del lavoro richiede, una volta messo a fuoco il quadro normativo essenziale, di misurarsi con alcune complesse questioni di tipo definitorio riconducibili soprattutto alla nota ambiguità dell'espressione sicurezza nazionale (e alle conseguenti ricadute nel settore della difesa in senso stretto). Difatti, sebbene i primi studi volti a ricercare un significato più preciso di tale termine risalgano alla metà dello scorso secolo⁵⁰, la sicurezza nazionale risulta ancora oggi un concetto talmente elastico da risultare sostanzialmente indeterminato. Segnatamente, pur risultando menzionato all'interno del primo comma dell'art. 126 della Costituzione, con particolare riferimento al potere di scioglimento dei Consigli regionali affidato al Presidente della Repub-

⁴⁶ Il termine ultime per la sua attuazione è, ai sensi dell'art. 26 della stessa Direttiva CER, fissato al 18 ottobre del 2024.

⁴⁷ Si fa riferimento, in particolare, al Regolamento (UE) 2019/881 (c.d. *Cybersecurity Act*) e la più recente Direttiva (UE) 2022/2555 (c.d. Direttiva NIS II).

⁴⁸ La descritta sovrapposizione si ricava nella stessa definizione di «infrastruttura critica» offerta dall'art. 2, n. 4) della Direttiva CER: «un elemento, un impianto, un'attrezzatura, una rete o un sistema o una parte di un elemento, di un impianto, di un'attrezzatura, di una rete o di un sistema, necessari per la fornitura di un servizio essenziale».

⁴⁹ Sul Perimetro Nazionale di Sicurezza Cibernetica (PNSC) v. nt. 7.

⁵⁰ A. Wolfers, "National Security" as an Ambiguous Symbol, in *Political science quarterly*, 4, 1952, 481-502.

blica⁵¹, nonché esplorato in alcune pronunce della Consulta in materia di segreto di Stato⁵², con particolare riferimento ai poteri di scioglimenti dei Consigli regionali affidato al Presidente della Repubblica, tale nozione sembra ancora lontana dal poter trovare un inquadramento sistematico all'interno dello scenario ordinamentale italiano⁵³.

Le difficoltà messe in evidenza con riferimento all'assenza di un significato univoco del concetto non impediscono comunque di utilizzare i numerosi riferimenti alla sicurezza nazionale contenuti all'interno della disciplina dei *golden powers* allo scopo di delineare, quantomeno, il grado di ampiezza ideale da attribuire a tale nozione. Tra le distinte accezioni del concetto in esame ormai diffuse nella letteratura italiana, esigenze di sintesi e speditezza della trattazione suggeriscono di soffermarsi soltanto su quelle con un maggiore rilievo pratico.

Una prima declinazione della nozione, tradizionalmente radicata in dottrina e nella giurisprudenza della Corte costituzionale, si sviluppa partendo dall'idea di una tendenziale coincidenza semantica tra sicurezza dello Stato e sicurezza nazionale⁵⁴, o meglio dalla declinazione del concetto come «sintagma che sin-

⁵¹ Si fa riferimento a quanto statuito dall'art. 126, comma 1, Cost., secondo il quale «[c]on decreto motivato del Presidente della Repubblica sono disposti lo scioglimento del Consiglio regionale e la rimozione del presidente della Giunta che abbiano compiuto atti contrari alla Costituzione o gravi violazioni di legge. Lo scioglimento e la rimozione possono essere disposti per ragioni di sicurezza nazionale [...]».

⁵² Corte cost., sentt. 82/1976 e 86/1977 (orientamento più di recente ribadito anche nelle sentt. 106/2009, 40/2012 e 24/2014), le quali nell'esprimersi sulla legittimità sul versante processuale dell'allora vigente disciplina sul segreto di Stato, hanno inteso sovrapporre il concetto di sicurezza dello Stato a quello di sicurezza nazionale, descrivendo così quest'ultimo come un «supremo interesse» ricollegato alla «integrità territoriale, indipendenza e – al limite – alla stessa [...] sopravvivenza [dello Stato]».

⁵³ Tra le poche definizioni di sicurezza nazionale elaborate in via istituzionale si veda la voce contenuta nel glossario intelligence 2019, 90 reperibile su www.sicurezza nazionale.gov.it/sisr.nsf/wp-content/uploads/2019/06/glossario-intelligence-2019.pdf (visitato il 27 dicembre 2023): «[l]a condizione in cui ad un paese risultino garantite piene possibilità di sviluppo pacifico attraverso la salvaguardia dell'intangibilità delle sue componenti costitutive, dei suoi valori e della sua capacità di perseguire i propri interessi fondamentali a cospetto di fenomeni, condotte ed eventi lesivi o potenzialmente tali. È un bene costituzionale che gode di tutela prioritaria. A tale dimensione "oggettiva" del concetto di sicurezza nazionale ne viene spesso affiancata una "soggettiva", che indica la percezione, da parte dei cittadini, della capacità dello Stato di tutelare sé stesso, la propria popolazione ed i propri interessi impiegando gli strumenti del potere nazionale (politici, economici, diplomatici, militari, informativi, etc.). Comunque si intenda definirla, la nozione di sicurezza nazionale – e quella, connessa, di interesse nazionale – mantiene in ogni caso una forte caratterizzazione dinamica, risultando legata tanto al grado di maturità del paese cui si riferisce quanto al contesto storico: ne costituisce esempio la rilevanza strategica assunta dai concetti di sicurezza economico-finanziaria e di sicurezza ambientale. Un'elencazione meramente indicativa degli elementi che rientrano nell'ambito della sicurezza nazionale – e sono come tali, oggetto di tutela ad opera del Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica – deve senz'altro includere l'indipendenza, l'integrità e la sovranità della Repubblica, la comunità di cui essa è espressione, le istituzioni democratiche poste dalla Costituzione a suo fondamento, la personalità internazionale dello Stato, le libertà fondamentali ed i diritti dei cittadini costituzionalmente garantiti nonché gli interessi politici, militari, economici, scientifici ed industriali dell'Italia».

⁵⁴ Sull'argomento cfr. T.F. Giupponi, *I rapporti tra sicurezza e difesa. Differenze e profili di convergenza*, in *Dir. cost.*, 2022, 1, 31.

tetizza la sicurezza e la difesa dello Stato»⁵⁵. Cionondimeno, per quanto costruita sulla base di presupposti solidi e costituzionalmente orientati (su tutti il «sacro dovere» di difesa della Patria contenuto nel primo comma dell'art. 52 Cost.), una simile ricostruzione del concetto in esame non sembra adattabile alle esigenze perseguite dal legislatore dei *golden powers*. Posto che il duplice richiamo alla difesa e alla sicurezza nazionale contenuto all'interno del più volte menzionato d.l. 21/2012 sembrerebbe di per sé idoneo ad escludere la sovrapposibilità dei concetti, risulta evidente come un impiego di tale accezione finirebbe inevitabilmente per soffocare l'ampio raggio di azione richiesto per l'efficace utilizzo dei poteri speciali nel settore degli investimenti esteri.

Una declinazione sicuramente più conforme alle finalità perseguite dall'istituto va ricercata all'interno di quel complesso di attività affidate alle istituzioni pubbliche e ai privati allo scopo di tutelare gli interessi dello Stato-Nazione. Tale prospettiva, maturata a valle di un «[...] processo ancora in corso e dal futuro incerto, che ha richiesto un complessivo ripensamento dei soggetti istituzionali, delle procedure e degli assetti amministrativi coinvolti»⁵⁶, suggerisce un abbandono della sicurezza nazionale intesa come sicurezza dello «Stato apparato» in favore di una visione di sicurezza «come bene collettivo in cui tutti sono tenuti a concorrere e, quindi, in un'ottica di «sicurezza partecipata» che coinvolge lo Stato comunità»⁵⁷.

Applicando quanto detto alla disciplina dei *golden powers* può desumersi agevolmente come il concetto di sicurezza nazionale non sia limitato alla sola tutela dell'integrità territoriale dello Stato, ma intenda far fronte anche all'ampio ventaglio di questioni ricollegate all'idea di sicurezza nazionale economica⁵⁸. Quanto detto trova, in primo luogo, un chiaro riscontro nei recenti rilievi messi in luce dal Comitato Parlamentare per la Sicurezza della Repubblica (COPASIR), il quale in una recente relazione ha chiarito che «una visione moderna e realmente incisiva della cultura della sicurezza non può più prescindere dalla cosiddetta *intelligence* economica: la difesa dell'indipendenza dello Stato e del territo-

⁵⁵ Così R. Ursi, *La sicurezza pubblica*, cit., 60. Una prospettiva simile è accolta anche da E. Chiti, *Le sfide della sicurezza e gli assetti nazionali ed europei delle forze di polizia*, in *Dir. amm.*, 2016, 4, 514.

⁵⁶ T.F. Giupponi, *I rapporti tra sicurezza e difesa. Difesa e profili di convergenza*, cit., 34.

⁵⁷ Sistema per l'Informazione della Segretezza della Repubblica (SISR), *Relazione sulla politica dell'informazione per la sicurezza*, 2016, 18, <https://www.sicurezzanazionale.gov.it/sisr.nsf/wp-content/uploads/2017/02/relazione-2016.pdf> (visitato il 4 gennaio 2024).

⁵⁸ In assenza di una precisa definizione di sicurezza nazionale economica può essere comunque utile la lettura della voce *intelligence* economica e finanziaria riportata nel glossario *intelligence* 2019, 59 reperibile su www.sicurezzanazionale.gov.it/sisr.nsf/wp-content/uploads/2019/06/glossario-intelligence-2019.pdf (visitato il 27 dicembre 2023): «[r]icerca ed elaborazione di notizie finalizzate alla tutela degli interessi economici, finanziari, industriali e scientifici di un paese ad opera dei suoi servizi di informazione. Si occupa tanto della minaccia economico-finanziaria quanto dei circuiti finanziari correlati ad altri fattori di minaccia, quali il terrorismo e la proliferazione di armi di distruzione di massa. Pure ricompresa da diversi paesi nella sfera dell'*intelligence* economico-finanziaria l'attività di ricerca ed elaborazione di notizie volta ad individuare nuove e/o migliori opportunità di crescita per il proprio sistema economico-finanziario».

rio nazionale impone dunque che il perimetro della sicurezza includa la protezione di interessi economici strategici e cruciali per la forza del nostro Paese»⁵⁹. In secondo luogo, pur dovendo sempre tenere presenti tutte le limitazioni dettate dall'art. 4, par. 2, TUE, non può ignorarsi come sia lo stesso art. 4 del regolamento europeo 452/2019 a ricondurre il perimetro di applicazione dei poteri speciali non soltanto alla tutela della sicurezza nazionale, quanto piuttosto ai più ampi (e in larga parte distinti) di sicurezza e ordine pubblico.

Pertanto, in una prima approssimazione che meriterà di essere poi completata attraverso l'esame della casistica italiana in materia di *golden powers*, il reale perimetro oggettivo di applicazione dell'istituto può rintracciarsi soltanto facendo riferimento alla declinazione più ampia possibile dei concetti in esame: il perimetro delle attività riconducibili alla difesa richiede di essere inteso in modo da ricomprendere qualsiasi minaccia – anche futura o eventuale – dell'integrità territoriale dello Stato determinata dall'acquisizione di una partecipazione societaria da parte di soggetti stranieri, mentre quello delle attività riconducibili alla sicurezza nazionale deve essere inteso in modo abbastanza ampio da dover ricomprendere la tutela degli interessi della nazione anche nel quadro economico-finanziario e della politica internazionale.

In presenza di margini così ampi di valutazioni affidate al governo, non resta che definire il rapporto tra il settore della difesa e della sicurezza pubblica e gli altri settori speciali individuati dall'art. 2 del d.l. 12/2012 (così come ampliato dai diversi interventi normativi). Sull'argomento, può ritenersi convincente la ricostruzione proposta dalla più attenta letteratura, la quale inteso evidenziare come concetti in esame «rappresentano l'oggetto delle attività, o meglio il settore specifico entro il quale il governo può esercitare il *golden power*, ma allo stesso tempo le finalità cui volgere le condizioni e le prescrizioni risultanti dalla valutazione della opportunità e legittimità delle operazioni sottoposte a verifica nei diversi settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni»⁶⁰. Dunque – ed è questo un punto fondamentale ai fini dell'inquadramento del tema – le nozioni fin qui approfondite non rilevano esclusivamente nell'ampio settore delineato dall'art 1, comma 1, del d.l. 12/2012 ma si estendono capillarmente in tutti i campi di intervento. Pertanto, il governo non dovrà soltanto riscontrare una piena corrispondenza tra il settore coperto dalla disciplina e quello in relazione al quale si intende esercitare il potere, ma sarà chiamato in ogni caso a svolgere una

⁵⁹ Comitato Parlamentare sulla Sicurezza della Repubblica (COPASIR), *Relazione sull'attività svolta dal 1° gennaio 2021 al 9 febbraio 2022*, 2022, 15, reperibile su www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/doc-nonleg/44158.htm (visitato il 27 dicembre 2023).

⁶⁰ S. De Nitto, *Il golden power nei settori rilevanti della difesa e della sicurezza nazionale: alla ricerca di un delicato equilibrio*, cit., 564.

valutazione sull'idoneità dell'operazione a ledere la capacità di difesa o le esigenze di sicurezza nazionale dello Stato.

In tale contesto, come si avrà modo di approfondire nelle successive pagine, la relazione tra il settore della difesa e della sicurezza nazionale con gli altri settori speciali individuati dalla normativa sui *golden powers* può inquadrarsi nell'ottica di un rapporto da genere a specie improprio, o comunque in ogni caso sicuramente stravagante. Se è infatti vero che l'applicabilità della disciplina ai settori speciali è subordinata alla verifica delle finalità precedentemente descritte, non può al contempo ignorarsi come – guardando alle modalità concrete di esercizio le poteri – esigenze di ragionevolezza abbiano condotto il legislatore ad attribuire alla Presidenza del Consiglio dei poteri più incisivi per far fronte alle esigenze tutelate nel settore generale rispetto a quello speciale. Ebbene, nel successivo paragrafo verrà analizzato brevemente il contenuto questi poteri nel settore della difesa e della sicurezza nazionale.

5. *Le modalità di esercizio dei poteri speciali*

Qualsiasi impresa che svolge attività di rilevanza strategica nel settore della difesa e della sicurezza nazionale è tenuta a notificare alla Presidenza del Consiglio dei ministri ai sensi dell'art. 1, comma 4, d.l. 21/2012 una informativa completa su qualsiasi delibera, atto da adottare o sull'operazione da compiere ritenuta in grado di recare una minaccia di grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale, in modo da consentire al governo il tempestivo esercizio dei poteri.

Segnatamente, nei casi in esame, la legge attribuisce alla Presidenza del Consiglio tre tipologie distinte di azioni: (a) imposizione di specifiche condizioni relative alla sicurezza degli approvvigionamenti, alla sicurezza delle informazioni, ai trasferimenti tecnologici, al controllo delle esportazioni nel caso di acquisto, a qualsiasi titolo, di partecipazioni in imprese che svolgono attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale⁶¹; (b) veto all'adozione di delibere, atti od operazioni dell'assemblea o degli organi di amministrazione di un'impresa che abbiano per effetto modifiche della titolarità, del controllo o della disponibilità degli attivi medesimi «che abbiano per effetto modifiche della titolarità, del controllo o della disponibilità degli attivi medesimi, compresi quelli»⁶² aventi ad oggetto la fusione o la scissione delle società, il trasferimento dell'azienda o di

⁶¹ Art. 1, comma 1, lett. a), d.l. 12/2012.

⁶² Enunciato aggiunto dall'art. 24, comma 1, lett. a), del d.l. 21/2021 nell'ambito della «ridefinizione dei poteri speciali in materia di difesa e sicurezza nazionale».

rami di essa o di società controllate, il trasferimento all'estero della sede sociale, la modifica dell'oggetto sociale, lo scioglimento della società, la modifica di clausole statutarie eventualmente adottate, le cessioni di diritti reali o di utilizzo relative a beni materiali o immateriali, l'assegnazione degli stessi a titolo di garanzia o l'assunzione di vincoli che ne condizionino l'impiego, anche in ragione della sottoposizione dell'impresa alle procedure concorsuali⁶³; (c) opposizione all'acquisto, a qualsiasi titolo, di partecipazioni in un'impresa da parte di un soggetto diverso dallo Stato italiano, enti pubblici italiani o soggetti da questi controllati, qualora l'acquirente venga a detenere, direttamente o indirettamente, anche attraverso acquisizioni successive, per interposta persona o tramite soggetti altrimenti collegati, un livello della partecipazione al capitale con diritto di voto in grado di compromettere nel caso specifico gli interessi della difesa e della sicurezza nazionale⁶⁴.

La scelta tra modalità di esercizio indicate rientra all'interno dell'ampia discrezionalità⁶⁵ affidata alla Presidenza del Consiglio dei ministri, ma – anche in considerazione dei rilievi della Commissione europea riferiti alla precedente disciplina della *golden share* – la legge ha inteso controbilanciare tale ampiezza sottoponendo la decisione della modalità concreta del potere al rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità dell'azione amministrativa⁶⁶. Così, mentre l'esercizio del potere di veto disciplinato dalla lett. b) della disposizione in esame è utilizzabile soltanto come *extrema ratio*⁶⁷ in considerazione del suo maggiore

⁶³ Art. 1, comma 1, lett. b), d.l. 12/2012.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ A. Ilacqua, *L'ascesa dei golden powers. Dallo stato imprenditore allo Stato protettore*, cit., 447, il quale nel richiamare i lavori di R. Chieppa, *La nuova disciplina del golden power dopo le modifiche del decreto legge n. 21 del 2022 e della legge di conversione 20 maggio 2022, n. 51*, in *federalismi.it* (paper), giugno 2022, 12 e R. Garofoli, *Golden power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, cit., 13, ha messo la presenza di «un elevato tasso di discrezionalità che si potrebbe definire amministrativa, pur se spesso esercitabile su di una base tecnica», sottolineando poi come la stessa sia «disciplinata a mezzo di concetti indeterminati (“minaccia di grave pregiudizio per gli interessi essenziali”) che sono più ampi di quelli che governano altri settori (per esempio, il settore dell'antitrust), da esercitare, quindi, effettuando valutazioni che sono il frutto di una discrezionalità tecnica, ma anche “amministrativa”, nel senso classico del termine, da intendersi come discrezionalità idonea a valutare gli interessi preminenti dello Stato, in modo pieno e diretto, secondo la volontà e lo spirito della legge».

⁶⁶ Risulta inevitabile domandarsi se tale significativo ampliamento della sfera discrezionale nell'esercizio di poteri speciali rispetto alla precedente disciplina della *golden share* possa trovare effettivamente un concreto bilanciamento in un sindacato giurisdizionale per violazione dei canoni di proporzionalità e ragionevolezza. Sulla questione, considerata soprattutto l'alta valenza politica della decisione ricollegata all'esercizio di poteri speciali, risultano condivisibili le riflessioni S. De Nitto, *Il golden power nei settori rilevanti della difesa e della sicurezza nazionale: alla ricerca di un delicato equilibrio*, cit., 564, secondo la quale «[...] a ben vedere, da un'analisi dei poteri esercitato in concreto dal governo a seguito delle notifiche delle operazioni, non sembrerebbe che la proporzionalità valga a ridurre l'elevato tasso di discrezionalità che caratterizza le decisioni in cui si sostanziano i poteri speciali».

⁶⁷ L'idea del potere di veto come *extrema ratio* è stata messa già messa in evidenza in dottrina da A. Sacco Ginevri, *Golden power e funzionamento delle imprese strategiche*, in G. Napolitano, *Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, cit., 6.

impatto sul libero esercizio delle libertà economiche privata, il legislatore impone al governo di operare attraverso l'imposizione di specifiche prescrizioni o condizioni «ogni qualvolta ciò sia sufficiente ad assicurare la tutela degli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale»⁶⁸.

Nella sua dimensione astratta, dunque, la lettera della disciplina vigente non sembra lasciare alcun dubbio con riferimento alla natura residuale del potere di veto rispetto agli altri poteri individuati. Tuttavia, nella sua dimensione concreta, riferita soprattutto allo spirito che connota specialmente gli interventi legislativi più recenti, tale potere sembra ormai aver acquisito una «portata generale»⁶⁹ in funzione dell'estensione del suo perimetro applicativo determinata dalle nuove necessità ricollegate al periodo pandemico e dallo scoppio di nuovi conflitti. Pertanto, pur dovendo riscontrare un utilizzo finora ben ponderato del potere di veto rispetto agli altri strumenti speciali a disposizione del governo, non è possibile escludere che – in considerazione delle evidenti difficoltà ricollegate alla giustiziabilità di decisioni sulla base di soli parametri di proporzionalità o ragionevolezza – in futuro l'ampliamento del perimetro di azione di tale strumento introdotto per mezzo dell'art. 24 del d.l. 21 del 2022 possa determinare un utilizzo meno misurato di tale potere.

6. Prassi e casi d'uso

Negli ultimi anni la previsione di poteri speciali pubblicistici in materia di investimenti esteri si è dimostrata indispensabile per garantire la tutela degli interessi essenziali, economici e strategici della Nazione dinanzi a un quadro politico internazionale sempre più complesso. La crescente importanza acquisita dall'istituto trova riscontro in alcuni recenti rilievi di matrice istituzionale.

Tra i dati più rilevanti è possibile anzitutto prendere in considerazione quelli ricollegati alle operazioni oggetto di notifica avvenute nel corso dell'ultimo decennio. Se nel 2014 potevano contarsi soltanto 8 notifiche, le stesse sono diventate 30 nel 2017, 83 nel 2018, per poi raggiungere una progressione ancor più sorprendente con riferimento agli anni successivi: 343 nel 2020, 496 nel 2011, fino ad arrivare a 608 nel 2022⁷⁰. Peraltro, attraverso un esame nel dettaglio gli ultimi tre

⁶⁸ Art. 2, comma 4, d.l. 21/2012.

⁶⁹ Il potere di veto risulta descritto in questi termini nella analisi di impatto offerta da Ufficio Valutazione Impatto del Senato della Repubblica, *Golden power. La disciplina dei poteri speciali del governo*, 20 luglio 2023, 28, reperibile su www.senato.it (visitato il 4 gennaio 2024).

⁷⁰ Presidenza del Consiglio dei ministri, *Relazione al parlamento in materia di poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni*, 2022, 20, reperibile su www.astrid-online.it/static/upload/pote/poteri-speciali--golden-power--relaz-2022-giu.2023.rid--1-.pdf (visitato il 26 dicembre 2023). Con particola-

anni di rilievi è possibile notare come una parte non trascurabile delle operazioni notificate, poco più di un decimo, sia ascrivibile al settore della difesa e della sicurezza nazionale⁷¹. Ebbene, prestando particolare attenzione a quest'ultimo settore, considerando che la percentuale tra notifiche ricevute e poteri effettivamente esercitati dalla Presidenza del Consiglio si attesta circa intorno al 4%⁷², si riscontrano le condizioni ideali per approfondire l'argomento attraverso l'analisi di alcuni casi di studio. A tale scopo si intende, in particolare, offrire una ricognizione sintetica dei principali provvedimenti adottati nel corso degli ultimi anni con l'obiettivo, poi, di soffermarsi sull'apparentemente definita posizione assunta dal giudice amministrativo *in subiecta materia*.

Allo stato dell'arte può notarsi come, nell'esercizio dei poteri speciali nel settore della difesa e sicurezza nazionale, il governo abbia dimostrato una particolare accortezza al rispetto dei canoni di proporzionalità e ragionevolezza posti alla base del quadro normativo disegnato dal legislatore nazionale ed europeo. Se il menzionato rapporto tra notifiche ricevute e poteri esercitati permette di notare un ricorso all'istituto certamente cauto e ben ponderato, a conferma dell'idea per cui il ricorso ai *golden powers* sia inteso già di per sé come una *extrema ratio* dell'attività amministrativa, può mettersi in luce come il principio di proporzionalità abbia avuto un ruolo determinante anche (e soprattutto) nei casi di esercizio dei poteri speciali. Guardando i dati ad oggi disponibili, infatti, emerge come lo strumento largamente più diffuso sia quello dell'imposizione di prescrizioni e condizioni speciali, mentre il ricorso ai poteri di veto e di opposizione all'acquisto risulta effettivamente limitato a sole ipotesi eccezionali non risolvibili ricorrendo a strumenti meno incisivi nella sfera dei privati. In particolare, tra gli utilizzi di *golden powers* di maggiore impatto nel settore della difesa e della sicurezza nazionale è possibile ricordare i casi *Avio-General Electric*, *Altran-Next Aste*, infine, *Alpi Aviation-Mars Information Technology*.

La prima vicenda sorge nel 2013 a seguito della manifestazione di interesse della *General Electric Aviation* (divisione della nota multinazionale americana) rispetto all'acquisizione della Avio, società impegnata in attività di progettazione e produzione di componenti e sistemi per la propulsione aereo-spaziale in ambito sia civile sia militare (inevitabilmente ritenuta strategica ai sensi dell'art. 1 del d.l. 21/2012). Pur rientrando tale operazione a pieno titolo tra quelle astratta-

re riferimento ai dati del 2022 risulta senz'altro interessante notare come soltanto il 46% delle notifiche pervenute alla Presidenza del Consiglio sia stato ritenuto applicabile alla disciplina di cui al d.l. 21/2012, mettendo in evidenza come nella maggior parte dei casi – anche a causa dell'indeterminatezza dei concetti posti alla base del perimetro dell'istituto – lo strumento della notifica sia utilizzato il più delle volte in modo precauzionale.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Basti pensare che nel 2022 non è stato esercitato nessun potere speciale di veto nel settore della difesa e della sicurezza nazionale ex art. 1 d.l. 21/2012, mentre i poteri di opposizione e di prescrizioni/condizioni sono stati esercitati solamente in due occasioni complessive (*Idem*, 23).

mente assoggettabili all'esercizio di poteri speciali più incisivi, a fronte dell'impegno della società acquirente ad accettare eventuali condizioni all'acquisto imposte dal governo, il Consiglio dei ministri ha ritenuto sufficiente l'imposizione di quest'ultime rispetto all'esercizio di poteri speciali di opposizione⁷³.

Se, da un lato, il caso in esame per mette senz'altro di comprendere il grado di incidenza del canone di proporzionalità nella materia in esame, dall'altro, per una pluralità di ragioni, non si presta a descrivere l'attuale dimensione pratica dei *golden powers*. Posto che il governo italiano ha consentito la cessione della sola componente motoristica dell'impresa specializzata in tecnologie aerospaziali (e che, dunque, un trasferimento dell'intera società avrebbe potuto ragionevolmente imporre l'esercizio di poteri più incisivi), occorre tenere in conto due ulteriori fattori: con riferimento alla dimensione soggettiva, non può che riscontrarsi l'assenza di elementi volti a considerare l'acquirente nell'ottica una minaccia a sé stante per la difesa e la sicurezza nazione (sia in considerazione della buona reputazione dell'impresa, sia in considerazione della solidità dei rapporti politici e commerciali tra Italia e Stati Uniti); mentre, con riferimento al versante temporale, può mettersi in evidenza come l'operazione descritta sia collocata in un periodo di "rodaggio" della disciplina italiana dei *golden powers*, in cui si ravvisavano ancora profonde diversità di vedute tra il legislatore nazionale e quello europeo in relazione alla materia della tutela rispetto ad investitori esteri.

Occorre evidenziare, infatti, che in occasioni simili e più recenti il Consiglio dei ministri non si è avvalso dello stesso *self-restraint* nell'utilizzo di strumenti maggiormente incisivi sull'autonomia privata. Si pensi al primo caso di esercizio di poteri di opposizione risalente al 2017, quando – in un periodo già connotato da una forte tensione politica tra Italia e Francia – il Consiglio dei ministri ha deliberato l'esercizio di poteri speciali relativamente all'operazione di acquisizione da parte del gruppo francese NEXT della totalità del capitale della ALTRAN (società operante nell'ambito della ricerca e sviluppo di nuove tecnologie). Nel caso in esame il governo italiano si è limitato a esplicitare la circostanza per cui «la tutela degli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale

⁷³ Per meglio comprendere il funzionamento delle misure in esame possono citarsi alcune tra le condizioni individuate dall'art. 1, comma 1, del DPCM 6 giugno 2013 (esercizio dei poteri speciali per il sistema di difesa e di sicurezza nazionale in relazione alla cessione di ramo d'azienda della società AVIO S.p.a.), ossia: (a) il rispetto delle norme nazionali e delle prescrizioni dal governo italiano in merito alla sicurezza degli approvvigionamenti, delle informazioni e dei trasferimenti tecnologici; (b) la garanzia della continuità delle attività di produzione, manutenzione, revisione e supporto logistico dei sistemi di propulsione aerospaziali e navali forniti da GE Avio S.r.l. alle Forze armate e alle altre amministrazioni pubbliche; (c) l'impegno a non assumere alcuna decisione che possa ridurre, anche temporaneamente, o cedere capacità tecnologiche o industriali nelle attività strategiche chiave; (d) l'impegno di nominare come dirigente di GE Avio s.r.l. preposto ai trasferimenti e alle esportazioni dei materiali di armamento un cittadino italiano individuato previo assenso del Ministero della difesa (unitamente a un responsabile per la sicurezza scelto seguendo le medesime condizioni); (e) l'impiego nell'ambito delle attività strategiche di personale prevalentemente di nazionalità italiana.

non [potesse] essere esercitata nella forma di imposizione di specifiche prescrizioni o condizioni»⁷⁴, dando atto poi in sede di relazione al parlamento della presenza «rapporti contrattuali di natura classificata e a carattere strategico per il sistema di difesa esicurezza nazionale oggetto di protezione»⁷⁵.

Ebbene, dal momento che in un simile contesto la piena conoscenza delle ragioni poste alla base dell'esercizio o meno dei poteri speciali è preclusa agli stessi destinatari delle misure (limitando così significativamente la sindacabilità dei relativi provvedimenti), risulta evidente come qualsiasi tentativo di effettuare un controllo esterno e diffuso sul contenuto di tali decisioni si rivelerebbe infruttuoso. In tale prospettiva, basta pensare che soltanto pochi mesi fa il Consiglio dei ministri ha utilizzato nuovamente *golden powers* di opposizione per far fronte al tentativo della francese Safran di acquisire la Microtecnica, azienda specializzata in componenti meccanici ed elettronici per aerei militari, ma – in assenza di qualsiasi comunicato ufficiale di pubblico dominio – per conoscere le ragioni di tali decisioni sarà necessario attendere la pubblicazione della relazione della Presidenza sull'attività svolta in materia di poteri speciali nel corso del 2023⁷⁶.

Un caso di sicuro interesse per il tema trattato in cui l'utilizzo di *golden powers* diversi dall'imposizione di prescrizioni nel settore della difesa e della sicurezza nazionale è invece risultato all'evidenza necessario nel caso *Alpi Aviation-Mars Information Technology* del 2022⁷⁷. Poiché il caso in esame permette di mettere in rilievo la componente di politica internazionale che il decisore è tenuto a considerare ai fini dell'esercizio dei *golden powers*, si ritiene opportuno descrivere il contesto generale in cui si sviluppa la vicenda.

I poteri speciali sono stati attivati a seguito del tentativo di *Mars Information Technology*, società con sede a Hong Kong in parte detenuta da *Crrc Corporation Limited* (colosso cinese già oggetto di sanzioni da parte del governo degli Stati Uniti), di acquisire il 75% del capitale sociale di una giovane società italiana attiva soprattutto nella progettazione e costruzioni di droni di supporto per operazioni militari. Ebbene, la peculiarità più evidente della vicenda in esame va ricercata, anzitutto, nella circostanza per cui i poteri speciali di opposizione *ex art.* 1 d.l.

⁷⁴ Consiglio dei ministri, comunicato stampa del 2 novembre 2017, n. 55, 5, reperibile su <https://www.governo.it/sites/governo.it/files/Cdm55-2017.pdf> (visitato il 6 gennaio 2024).

⁷⁵ Presidenza del Consiglio dei ministri, *Relazione al Parlamento in materia di esercizio di poteri speciali (golden powers)*, 2018, 11, reperibile su https://www.governo.it/sites/governo.it/files/GP_RelazioneParlamento_2018.pdf (visitato il 6 gennaio 2024).

⁷⁶ Non potendo al contempo ignorare la circostanza per cui, nel sito ufficiale della Presidenza del Consiglio dei ministri (<https://www.governo.it/it/dipartimenti/dip-il-coordinamento-amministrativo/dica-att-goldenpower-relparlamento/9298>, visitato il 6 gennaio 2024), l'ultima relazione disponibile sia riferita all'attività svolta tra il 1° gennaio e 31 dicembre 2020.

⁷⁷ DPCM del 17 marzo 2021 per esercizio poteri speciali, in ordine alla notifica della società *Mars (HK) Information Technology Co. Limited* avente ad oggetto l'acquisizione del 75% del capitale sociale di *Alpi Aviation S.r.l.*

21/2021 siano stati esercitati a distanza di diversi anni dalla conclusione dell'operazione, risalente al luglio del 2018, in quanto la stessa è stata notificata alla Presidenza del Consiglio dei ministri soltanto a seguito dell'avvio del procedimento per l'eventuale irrogazione della sanzione pecuniaria prevista nel caso di violazione dell'obbligo di notifica previsto dal legge⁷⁸. Va chiarito che, nonostante lo stretto collegamento con il settore della difesa, le caratteristiche dei soggetti coinvolti e l'omissione della notifica al momento della chiusura dell'affare non sono stati gli unici elementi rilevanti ai fini della decisione. Nel caso in esame, infatti, stando almeno ai rilievi della Guardia di Finanza, il valore dell'operazione risultava circa novanta volte più elevato rispetto al suo valore nominale⁷⁹. In tale contesto, non cattura l'attenzione tanto l'esercizio di poteri speciali di opposizione da parte del governo (che potrebbe ritenersi in qualche modo imposto dalle circostanze), quanto piuttosto la decisione della Presidenza del Consiglio dei ministri di archiviare il procedimento dell'eventuale sanzione nei confronti della società cinese riconducibile a gruppi statali di Pechino. Difatti, una volta prese alcune precauzioni sul versante propriamente amministrativo⁸⁰, il governo ha ritenuto di concludere la vicenda inquadrando l'operazione in una dimensione economica e non invece strategica-militare, valutando al contempo l'omessa notifica frutto di una condotta non colpevole dei soggetti coinvolti.

Pertanto, oltre a quanto già messo in evidenza con riferimento alla difficile verifica dell'utilizzo in concreto della misura meno lesiva rispetto all'autonomia privata, va evidenziato come le decisioni siano destinate a risultare difficilmente intellegibili anche nel caso di mancato esercizio di poteri (anche sanzionatori). Del resto, non può omettersi di considerare come l'utilizzo di *golden powers* incida profondamente in una dimensione, quella dei rapporti di politica internazionale tra i Paesi coinvolti nelle operazioni oggetto di valutazione, che non può – né, soprattutto, vuole – essere compresa seguendo dei parametri propriamente giuridici.

⁷⁸ La disciplina delle sanzioni per omessa notifica dell'operazione alla Presidenza del Consiglio dei Ministri è contenuta all'interno dell'art. 1, comma 8-*bis*, d.l. 21/2012, secondo cui «[s]alvo che il fatto costituisca reato e ferme le invalidità previste dalla legge, chiunque non osservi gli obblighi di notifica di cui al presente articolo è soggetto a una sanzione amministrativa pecuniaria fino al doppio del valore dell'operazione e comunque non inferiore all'uno per cento del fatturato cumulato realizzato dalle imprese coinvolte nell'ultimo esercizio per il quale sia stato approvato il bilancio [...]».

⁷⁹ In particolare, riportando quanto messo in luce dai siti di informazione specialistica (formiche.net/2023/09/alpi-aviaton-golden-power, visitato il 7 gennaio 2024), 3.995.000 contro 45.000 euro.

⁸⁰ Si fa riferimento in particolare alla revoca nel 2021 della concessione attribuita alla Alpi dell'avio superficie La Comina, un'area molto vicina all'aeroporto di Aviano utilizzato come base dall'aeronautica statunitense (USAF).

7. *I golden powers nella prospettiva della più recente giurisprudenza amministrativa*

Il lavoro non potrebbe dirsi concluso in assenza di un'analisi volta a mettere a fuoco le posizioni assunte dalla giurisprudenza amministrativa con riferimento ai *golden powers*. In via generale può dirsi che, in considerazione soprattutto dell'eccezionalità dei casi in cui il governo ha inteso esercitare poteri di veto e di opposizione, la giurisprudenza ha avuto un ruolo inizialmente marginale (se non proprio nullo) nella definizione dell'ambito di applicazione oggettivo dei poteri speciali nel settore della difesa e della sicurezza nazionale⁸¹. La descritta marginalità affidata alla componente pretoria *in subiecta materia* non può essere collegata solamente al numero ridotto di occasioni che hanno permesso il coinvolgimento del giudice amministrativo, ma anche alla circostanza per cui – anche quando chiamato in causa – quest'ultimo abbia spesso preferito esprimersi attraverso uno sguardo tendenzialmente esterno alla disciplina.

Segnatamente, può notarsi come la giurisprudenza amministrativa abbia inteso soffermarsi il più delle volte sulle interazioni tra i *golden powers* e altri istituti tradizionali del diritto amministrativo sostanziale e processuale piuttosto che sul perimetro di applicazione in concreto di tali poteri. Difatti, osservando da vicino gli ormai noti interventi del TAR Lazio del 2022 è possibile notare un maggiore interesse dei giudici rivolto alla soluzione di questioni di rilievo particolare rispetto ad altre di carattere generale (su tutte, l'individuazione di eventuali confini dell'ambito di applicazione oggettivo del d.l. 21/2012). In tale prospettiva, sebbene le controversie si fondassero sull'idea di un esercizio dei poteri esterno rispetto al campo applicazione dei *golden powers*, le pronunce dei giudici amministrativi di primo grado hanno inteso comunque rivolgere una maggiore attenzione a questioni più di dettaglio riferite, ad esempio, all'interesse processuale del destinatario di un provvedimento speciale in relazione a un'operazione poi annullata⁸² o all'inapplicabilità al procedimento istruttorio degli obblighi relativi

⁸¹ Occorre, infatti, tenere presente la circostanza per cui l'esercizio di poteri speciali recanti specifiche prescrizioni o condizioni – modalità che copre circa il 90% dei casi concreti – debba considerarsi sostanzialmente precluso allo scrutinio del giudice amministrativo per una duplice ragione. Da un lato, trattandosi della misura meno lesiva rispetto alle posizioni giuridiche dei privati tra quelle previste all'interno dell'art. 1, comma 1, del d.l. 21/2012, risulta precluso l'utilizzo dell'unico strumento offerto dal legislatore per garantire la sindacabilità delle decisioni (ossia la trasparenza); dall'altro, non meno importante, l'imposizione di obblighi attivi o passivi a un'impresa in genere avviene tramite la manifestazione di un consenso espresso e procedimentalizzato da parte della destinataria dei poteri speciali, in assenza del quale la Presidenza del Consiglio dovrebbe adottare misure più incisive. Con particolare riferimento a quest'ultimo punto, infatti, potrebbe prospettarsi addirittura l'ipotesi dell'inammissibilità dell'eventuale ricorso presentato dinanzi al giudice amministrativo per carenza di interesse (in considerazione della circostanza per cui il rifiuto delle prescrizioni o condizioni da parte del destinatario della misura potrebbe portare tuttalpiù all'applicazione di una misura per lui più sfavorevole).

⁸² Tar Lazio, sez. I., 13 aprile 2022 n. 4484.

alla comunicazione dei motivi ostativi di cui all'art. 10-*bis*, della l. 7 agosto 1990, n. 241⁸³; arrivando, tuttalpiù, a esprimersi – con motivazioni abbastanza ridotte – sul grado di sufficiente specificità e determinatezza della disciplina italiana dei poteri speciali rispetto a quella europea⁸⁴.

Un'analisi più approfondita della disciplina è stata offerta soltanto recentemente dal Consiglio di Stato, che – seppure nel contesto di un giudizio ricollegato al settore della sicurezza agroalimentare *ex art.* 2 del d.l. 21/2012 – ha fissato dei punti notevolmente importanti per la comprensione dell'effettivo perimetro di applicazione dell'istituto nel campo della difesa e della sicurezza nazionale⁸⁵.

Nella vicenda in esame, il massimo Giudice amministrativo è stato chiamato ad accertare la legittimità del potere di veto esercitato dal governo allo scopo di bloccare il tentativo di acquisizione della *Sygenta Crop Protection* (società di diritto svizzero riconducibile a una multinazionale sottoposta al controllo diretto della Cina) dell'intero capitale sociale della Verisem, società operante nel settore sementiero. In tale occasione, oltre a legittimare l'ampia discrezionalità affidata alla Presidenza del Consiglio nell'esercizio di tali poteri attraverso un rifiuto *a priori* di «qualunque addebito di indeterminatezza e genericità» della normativa, il Consiglio di Stato ha inteso ricercare l'elemento risolutivo ai fini dell'individuazione del perimetro dei poteri speciali partendo proprio da una lettura moderna del concetto di interesse nazionale. In particolare, dopo aver messo in evidenza come il concetto di interesse nazionale non potesse intendersi come «un *prius*, ossia un dato oggettivo preesistente in natura, quanto piuttosto come un *posteriorius*, ossia la risultante di valutazioni ed opzioni politiche», la sentenza ha inquadrato il ruolo strategico affidato al Consiglio dei ministri «nell'ambito di un'ampia valutazione geopolitica proiettata a scenari futuri [e protesa] non solo a proteggere istanze nazionali, ma anche a non favorire esigenze e scopi di Stati ritenuti (non solo ostili, ma anche semplicemente) *competitor* o con i quali, comunque, i rapporti possano prospetticamente presentare profili di problematicità».

Gli argomenti utilizzati dalla sentenza richiamata non possono che stimolare alcune riflessioni. Quello in esame può intendersi senz'altro come l'unico contributo offerto dalla giurisprudenza che può rivelarsi utile allo scopo di individuare

⁸³ Tar Lazio, sez. I, 13 aprile 2022 n. 4486 e 4488. Tali sentenze introducono, tuttavia, l'aspetto bifasico del procedimento *golden power* che sarà poi ripreso dal Consiglio di Stato.

⁸⁴ Tar Lazio, sez. I, 6 settembre 2022, n. 11508.

⁸⁵ Cons. Stato, sez. VI, 9 gennaio 2023, n. 289. Al di là delle questioni ricollegate all'individuazione dell'ambito di cui all'art. 1 del d.l. 21/2021, tra i punti di maggiore interesse affrontati dalla sentenza presa in esame merita di essere evidenziato quanto chiarito in relazione alla natura bifasica del procedimento nazionale in tema di *golden power* (v. nt. 76). In particolare, il Giudice di seconda istanza ha evidenziato come il procedimento *golden power* fosse costituito da (i) una prima fase di carattere prettamente istruttorio volto a offrire una ricostruzione analitica e sistematica della vicenda e (ii) da una seconda fase di esclusivo appannaggio del Consiglio dei ministri, quale massimo organo di direzione politica dello Stato, connotato da un «marcato ed assai lato profilo discrezionale».

con maggiore chiarezza il campo di applicazione dell'istituto. Tuttavia, la scelta di attribuire al concetto di interesse nazionale una portata talmente ampia da ricondurre al suo interno sia il concetto di indebolimento e/o pericolo sul fronte interno, sia quello di rafforzamento di un 'Paese potenzialmente non alleato' porta con sé alcune implicazioni dal rilievo pratico tutt'altro che scontato. In particolare, per quello che risulta di maggiore interesse ai fini di questo lavoro, l'indissolubile correlazione tra il concetto di interesse nazionale elaborato dalla giurisprudenza in esame e quello di sicurezza nazionale richiamato dal d.l. 21/2012 non può che incidere sensibilmente sull'intero impianto normativo dei *golden powers* ideato dal legislatore italiano. Come adeguatamente approfondito nelle precedenti pagine, quest'ultimo ha elaborato la disciplina dei poteri speciali in materia di investimenti esteri attraverso un approccio di tipo marcatamente oggettivo, volto ad individuare il perimetro dei poteri speciali all'interno di alcuni settori che – almeno in astratto – dovrebbero ritenersi determinati al punto da bilanciare l'ampia discrezionalità affidata alla Presidenza del Consiglio: difesa e sicurezza nazionale (art. 1), tecnologia cloud e 5G (art. 1-*bis*) ed energia, trasporti e comunicazioni (art. 2).

Su tali presupposti, un'interpretazione del concetto di interesse nazionale talmente ampia da attrarre nel campo di applicazione dei *golden powers* tutte quelle valutazioni strategiche orientate a non favorire altri *competitors* internazionali potrebbe comportare un totale appiattimento della dimensione oggettiva (cosa tuteliamo) rispetto a quella soggettiva (da chi ci tuteliamo). Se, da un lato, tale visione trasversale della materia si dimostra all'evidenza stridente con lo schema fatto proprio dal legislatore italiano dei *golden powers*, dall'altro, tuttavia, trova sostegno in alcuni solidi fondamenti normativi sul versante europeo. Tanto è vero che, al fine dell'individuazione dei fattori che possono essere utilizzati dagli Stati membri e dalla Commissione, l'art. 4, par. 2, lett. a), del reg. (UE) 2019/452 ha valutato come potenzialmente lesive della sicurezza e dell'ordine pubblico degli Stati membri quelle situazioni in cui «l'investitore estero sia direttamente o indirettamente controllato dall'amministrazione di un paese terzo». Tuttavia, nonostante i precedenti rilievi, si ritiene comunque indispensabile la ricerca di un equilibrio tra la componente di applicazione oggettiva e soggettiva della materia in esame.

Posto che il superamento dei settori individuati dal d.l. 21/2012 renderebbe l'intero impianto normativo sostanzialmente superfluo, quanto detto non deve valutarsi solamente nell'ottica della tenuta dell'assetto positivo, ma – come del resto buona parte della materia – deve considerarsi anche nell'ambito degli assetti economici e di politica internazionale. Difatti, in un momento storico connotato da molteplici tensioni sul fronte geo-politico, in cui la simmetria tra gli obiettivi atlantici ed europei promossi dall'Italia dimostra segni di cedimento su più fron-

ti, l'accettazione di criteri esclusivamente soggettivi fondati su clausole ampie (es. «[Paesi che possono] prospetticamente presentare profili di problematicità») non può che tradursi nell'attribuzione di un perimetro di azione governativo sostanzialmente illimitato.

La materia in esame non permette di sviluppare delle vere e proprie conclusioni. Nel formulare un giudizio di sintesi può nondimeno mettersi in luce come, nonostante la sostanziale insindacabilità nel merito delle decisioni, l'esercizio dei poteri speciali nel settore della difesa e della sicurezza nazionale sia stato fino a questo momento conforme tanto alla lettera, quanto allo spirito della disciplina multilivello in materia di *golden powers* (circostanza, quest'ultima, non affatto scontata considerata la tendenziale insindacabilità delle decisioni ricollegata all'ampia discrezionalità affidata al governo).

Quanto al futuro prossimo, tuttavia, vista la inevitabile mutevolezza dei concetti e delle esigenze poste alla base dell'istituto, non è da escludere che le modalità di esercizio dei poteri speciali potrebbero un domani espandersi notevolmente adattandosi ai (pochi) limiti individuati dal Consiglio di Stato. Quanto detto, produrrebbe un chiaro allontanamento dallo schema prefissato dalla normativa nazionale, ma – a dimostrazione della rapidità dei cambiamenti a cui è sottoposta l'intera materia – sembrerebbe questa volta trovare un fondamento nella stessa legislazione che nel decennio passato ha imposto l'abbandono della *golden share*.

I golden powers italiani nel settore della difesa e sicurezza nazionale

Il presente lavoro si propone di esaminare la portata dei poteri speciali attribuiti al governo italiano, concentrandosi in particolare sul loro perimetro di applicazione nel campo della difesa e della sicurezza nazionale. La prima parte dell'articolo passa in rassegna le varie definizioni di sicurezza nazionale che sono state discusse in ambito dottrinale e istituzionale negli ultimi anni, dopo una breve descrizione della legislazione italiana ed europea sui *golden powers*. La seconda parte, invece, propone di affrontare il tema da una prospettiva pratica, descrivendo l'istituto e i principi che possono essere ricavati dalla recente giurisprudenza amministrativa in materia di *golden powers*.

The Italian regulation of golden powers in the field of defense and national security

The purpose of this paper is to examine the scope of the special powers granted to the Italian government, particularly focusing on their exercise in the field of defence and national security. The first part of the paper reviews various definitions of 'national security' that have been discussed in doctrinal and institutional circles in recent years, following a brief description of Italian and European legislation on golden powers. The second part aims to approach the subject from a practical perspective, describing the institution and the principles that can be derived from recent administrative jurisprudence regarding golden powers.

Articoli e saggi

Crisi economica e politiche della concorrenza: lo Stato “Manager” per un mercato sostenibile, *green* e *digital-tech*

Annalisa Negrelli

SOMMARIO: 1. Introduzione. *Politica vs. diritto* della concorrenza: quale equilibrio in tempi di crisi? – 2. Origini e sviluppo della relazione tra mercato e regole di concorrenza: il progressivo ampliamento degli obiettivi della politica di concorrenza e i suoi riflessi sul binomio Stato-mercato. – 3. *Antitrust enforcement* e crisi economica: è un lusso che gli Stati non possono permettersi o il volano per la ripresa dei mercati? – 3.1. L'approccio tradizionale seguito dall'Unione Europea e la sua “modernizzazione”: dalla crisi aziendale alla crisi sistemica. – 3.2. Le più recenti misure adottate a seguito della pandemia sanitaria e energetica in ambito europeo (tra adattamento di strumenti esistenti e novità) – 4. Osservazioni generali sulla modulazione delle politiche di concorrenza in tempi di crisi: la condizionalità delle deroghe ai divieti di aiuti di stato e il perdurante rigore delle misure *antitrust* per fronteggiare la crisi economica *nel breve periodo*. – 5. Il riflesso delle misure anticrisi *nel medio-lungo periodo*: approfittare della crisi per un ripensamento delle politiche di concorrenza? – 6. I fattori che devono orientare l'Unione europea e gli Stati membri nella revisione delle politiche di concorrenza, in un'ottica di rilegittimazione dell'intervento pubblico nell'economia e di ripensamento del diritto *antitrust*. – 6.1. Le ricadute sul binomio Stato-mercato: un equilibrio qualitativamente differente. Lo Stato “Manager”. – 6.2. Il ruolo proattivo dello Stato “Manager”: euro-integrato, innovatore e di indirizzo strategico, e la sua capacità di catalizzare e canalizzare gli investimenti privati, in un'ottica rinnovata di sussidiarietà c.d. orizzontale. – 6.3. Una nuova dimensione soggettiva e oggettiva per il Mercato Unico: globale, *green* e *digital-tech*. – 6.4. Ridisegnare le relazioni tra politica industriale e politica della concorrenza all'insegna della complementarità. – 6.5. Il ruolo della autorità *Antitrust* a livello accentrato e decentrato. – 6.6. (*segue*) Le ricadute sull'*enforcement* della disciplina della concorrenza: tra stabilizzazione della flessibilità delle deroghe al divieto di aiuti di stato, se orizzontali e condizionati, e mantenimento/allentamento del rigore delle politiche *antitrust*.

«J'ai toujours pensé que l'Europe se ferait dans les crises, et qu'elle serait la somme des solutions qu'on apporterait à ces crises»

(Jean Monnet, *Memoires*, Paris, Fayard, 1976)

1. *Introduzione. Politica vs. diritto della concorrenza: quale equilibrio in tempi di crisi?*

Il diritto europeo della concorrenza, fin dalle sue origini, ha rappresentato (e si presenta tuttora come) lo strumento privilegiato per consentire lo sviluppo e il consolidarsi del mercato comune e il corretto funzionamento di un'economia di mercato libera e aperta, quale fattore chiave per il benessere dei cittadini, delle imprese e della società nel suo complesso.

Osservando il fenomeno anticoncorrenziale da un punto di vista economico, la *disciplina* della tutela della concorrenza risulta funzionale a eliminare, o quantomeno a ridurre, gli ostacoli al mercato, ove essi pongano un freno al libero evolversi dei rapporti di produzione e scambio di beni e servizi. Il mercato, se considerato da questa angolazione, non è inteso solamente come luogo naturale di produzione, ma anche come spazio in cui agiscono, assieme alle imprese, i destinatari dei beni e dei servizi prodotti. Oltre agli aspetti economici, vanno considerati dunque anche quelli di *indirizzo politico*. Se è vero che in un regime di concorrenza il mercato deve essere libero, tuttavia è compito delle autorità intervenire per rendere concorrenziali le dinamiche che dal mercato stesso si ingenerano. Di conseguenza, secondo la più moderna configurazione giuridica del mercato¹, ogni disciplina sulla tutela della concorrenza porta con sé misure di regolazione, finalizzate a rimuovere le diverse asimmetrie che possono verificarsi in concreto².

Le riflessioni svolte in questo lavoro si focalizzeranno principalmente sulla *politica* della concorrenza intesa nel suo complesso e sulle ricadute che un suo ripensamento – reso necessario dalla crisi che ha investito gli Stati membri e il sistema globale a seguito dei crolli finanziari dell'ultimo decennio e, più di recente, dalla pandemia sanitaria di COVID-19 e dalla crisi energetica innescata dalla guerra della Russia in Ucraina – potrebbe avere per la *disciplina* della tutela della concorrenza, in particolare sul diritto *antitrust*, sul regime degli aiuti di stato e sul loro coordinamento con le altre politiche pubbliche.

Oggi come in passato, in momenti di crisi economica si acuisce il dilemma tra “*politica* della concorrenza”, inevitabilmente più flessibile e discrezionale, e mera “*disciplinadiritto* della concorrenza”³. Al contempo, si accrescono le

¹ N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998. Di recente, A. Cucinotta, *La mano invisibile e l'antitrust tra scienza e mito*, in *Merc. conc. regole*, 2019, 1, 11 ss.; Id., *Coase, Hayek e la concezione classica della concorrenza*, in *ivi*, 2017, 1, 37 ss.

² Su questo profilo, *ex multis*, P. Lazzara, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, in *Dir. Amm.*, 2018, 337 ss.; A. Jannarelli, *Mercato e concorrenza tra cultura giuridica e cultura economica*, in *Enc. Treccani*, 2012; U. Troiani, *La regolamentazione della concorrenza tra regole per le imprese e gli interessi dei consumatori*, 2005; A. La Spina, G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000.

³ A questo proposito è essenziale richiamare la differenza che intercorre tra “*politica*” e “*disciplinadiritto*” della concorrenza: con la seconda, generalmente, si fa riferimento ad un'impostazione orientata al raggiun-

incertezze sulla loro rispettiva tenuta di fronte a situazioni emergenziali determinate dall'instabilità dei mercati finanziari, dallo *shock* della domanda e dell'offerta e dalla crisi delle imprese dell'economia reale. L'ago della bilancia pare oscillare, più di preciso, tra misure preventive *ex ante* – di indirizzo e conformazione del mercato – basate su un sistema di regole intese a prevenire fenomeni anticoncorrenziali, in cui l'autorità chiamata a dare applicazione alla disciplina *antitrust* riveste un ruolo para-legislativo/regolatorio (più indicato in situazioni di crisi, secondo la dottrina prevalente)⁴; e forme di intervento *ex post* – di forte contrasto dell'attività collusiva e severamente sanzionatorie delle condotte vietate – in cui la medesima autorità adotta un approccio coercitivo tipico del tradizionale *law enforcement*, assumendo un ruolo tecnico/para-giurisdizionale.

Queste considerazioni sulla distinzione tra *politica* e *diritto* della concorrenza sembrano offrire un angolo prospettico peculiare, se applicate alla genesi e alla successiva evoluzione del diritto europeo. Il punto verrà ripreso di qui a poco, ma è opportuno anticiparne fin d'ora i tratti salienti. Come si vedrà, il sistema recepito nell'ordinamento comunitario trova origine in un compromesso tra una concezione della concorrenza intesa come “norma” e una concezione della stessa intesa come “politica”, che si riflette sulla funzione attribuita alla Commissione, in una commistione tra competenze giurisdizionali e amministrative (tecni-

giminto del massimo benessere sociale, coincidente con la somma del benessere di produttori e consumatori. In questa prospettiva, soltanto il conseguimento di una maggiore efficienza in chiave economica può giustificare la decisione dell'autorità *antitrust* di intervenire con un'azione di contrasto di comportamenti anti-competitivi. Diversamente, per “politica della concorrenza” si intende una impostazione dell'autorità *antitrust* più flessibile, che tenga conto dell'insieme delle politiche pubbliche volte a favorire il processo competitivo evocando, dunque, un'azione più propensa a considerare anche il ruolo svolto da variabili esterne, quali specifiche condizioni sociali, settoriali o contingenze economiche, e più improntata a riconoscere adeguato peso al bisogno di coordinamento anche con altre politiche pubbliche, tra cui la politica industriale. Questa seconda impostazione si avvicinerrebbe di più alla filosofia regolatoria, lasciando ampi margini alla discrezionalità dell'autorità in sede di intervento. Per un approfondimento, M. Motta, *Competition policy*, Cambridge, 2004; G. Colangelo, G. Martini, *Le politiche per la concorrenza e per l'industria tra l'Italia e l'Europa*, in *Le Politiche Industriali alla Prova del Futuro, Analisi per una Strategia Nazionale*, a cura di P. Bianchi, C. Pozzi, Bologna, 2010, 94-95, 109 ss.; A. Pezzoli, “*With a little help from my friends*”: quale politica della concorrenza per l'economia digitale? in *Econ. Ital.*, 2019, 1, 13 ss.

⁴ Gli studiosi sembrano sciogliere questo dilemma indicando quest'ultima come la soluzione di più immediato beneficio per le imprese (A. Pezzoli, *op. cit.*, 32-33), pur dando conto del possibile *trade-off* di tale approccio innovativo. E, infatti, se da un lato la politica della concorrenza, involgendo altre politiche pubbliche più flessibili, «permetterebbe più facilmente una considerazione di istanze sociali», d'altro canto, parrebbe comportare «altrettanto più facilmente effetti distorsivi non giustificabili dal punto di vista dell'efficienza nel funzionamento dei mercati, anche per la forte riduzione dell'effetto di deterrenza svolto dall'autorità e per la maggiore discrezionalità cui viene sottoposto l'intervento *antitrust*, che lo rende più soggetto a pressioni lobbistiche o politiche» (G. Colangelo, G. Martini, *op. cit.*, 108 ss.).

co-politiche)⁵. Quest'ultima impostazione, non senza critiche⁶, sembra aver maggiormente influenzato il sistema di *enforcement* nelle fasi iniziali, sia sotto il profilo genetico-strutturale, per la centralizzazione del procedimento e la riunione delle funzioni inquirenti e giudicanti in seno ad un'unica istituzione; sia sotto il profilo dinamico-operativo, con una spiccata tendenza della Commissione a svolgere una funzione regolatrice, dettando *ex ante* le condizioni in base alle quali gli accordi possono essere esentati (e, per converso, presumendo illegale ogni altro tipo di relazione contrattuale non coperta da tali previsioni)⁷.

In tempi di crisi, la questione dell'oscillazione tra funzioni inquirenti e giudicanti si ripropone con forza e si arricchisce di elementi ulteriori. Per un verso, la propensione per l'una, piuttosto che per l'altra impostazione, risente intrinsecamente dell'obiettivo che la Commissione si prefigge e dell'approccio mantenuto per fronteggiare tali situazioni⁸. Ove tale scopo coincidesse con la necessità di garantire comunque la tutela della concorrenza, indipendentemente dal ciclo economico in corso, verrebbe data applicazione ai principi tradizionali del "diritto" *antitrust* in modo obiettivo, sanzionando rigidamente le condotte anticoncorrenziali. Viceversa, se l'autorità mirasse a proteggere la concorrenza, adeguandola alla situazione contingente dell'economia, sarebbe privilegiata una visione di "politica" della concorrenza, più flessibile e discrezionale. D'altra parte, a queste considerazioni vanno ad aggiungersi quelle sollecitazioni, di recente caldegiate in dottrina, sulla possibile trasformazione della Commissione in un organo più politico che tecnico⁹, che potrebbe preludere ad una possibile evoluzione della sua funzione in termini di «indirizzo, se non di vero e proprio governo dell'economia dei Paesi membri»¹⁰.

Accanto a questo primo interrogativo, circa una possibile rivisitazione del ruolo dell'autorità *antitrust*, si profila poi un altro tema cruciale, attinente più in

⁵ Nel primo modello, la tutela della concorrenza coincide con la verifica della rispondenza di una condotta concreta a norme predefinite: all'autorità *antitrust*, di conseguenza, sono attribuiti poteri di natura para-giurisdizionale. Nel secondo modello, invece, la tutela della concorrenza è ricondotta entro una funzione amministrativa che si fonda su valutazioni di carattere politico, più che giuridico.

⁶ L'asserita inadeguatezza di questo modello è stata alla base delle istanze di un suo superamento, invocato a più voci già dalla fine degli anni Novanta, affinché il diritto europeo della concorrenza fosse traghettato verso un sistema di tutela para-giurisdizionale, basato su una valutazione *case by case*, che avviasse tanto alla rigidità della Commissione, quanto alla sua inclinazione ad agire alla stregua di un'autorità amministrativa, assumendo funzioni tipicamente regolatorie. Così, A. Pera, M. Todino, *Il sistema di tutela della concorrenza nell'ordinamento comunitario. Un'ipotesi di riforma*, in *Dir. comm. internaz.*, 1997, 2, 413 ss.; G. Colangelo, G. Martini, *op. cit.*, 108 ss.

⁷ D. Gerber, *The transformation of European community competition law*, in *Harvard international law journal*, 1994, vol. 35, n. 1, 104 ss.

⁸ In questa prospettiva, G. Colangelo, G. Martini, *op. cit.*, 95 ss.

⁹ Così anche G. Colangelo, G. Martini, *op. cit.*, 93 ss.

¹⁰ C. Buzzacchi, *Aiuti di stato tra misure anti-crisi ed esigenze di modernizzazione: la politica europea cambia passo?* in *Concorrenza e mercato*, 2013, 1, 80 ss.

generale al rapporto Stato-mercato e alla progressiva rilegittimazione – anche nel lungo periodo – dell'intervento pubblico nell'economia, invocato generalmente in tempi di crisi per fronteggiare con tempestività situazioni contingenti¹¹.

Nel corso dell'ultimo secolo, il binomio Stato-mercato si è assestato su equilibri diversi in funzione del luogo e del periodo storico in cui si sono avvicendati i tentativi di ricomposizione della contraddizione (più apparente, che reale) tra spontanee dinamiche di mercato e intervento regolatore *ab externo*¹².

Si tratta oggi di verificare se, e in che modo, la perdurante crisi economica abbia impattato sull'equilibrio finora raggiunto. Tale verifica deve essere condotta tenendo sullo sfondo alcune variabili, essenziali per inquadrare correttamente il tema. Anzitutto, gli obiettivi di volta in volta perseguiti con le politiche di concorrenza: come questi paiano rimodularsi in tempo di crisi e con quali ripercussioni per lo sviluppo futuro. Questo tipo di analisi presuppone una necessaria ricognizione delle tappe evolutive del diritto europeo della concorrenza e, in particolare, del passaggio da una visione meramente strumentale della concorrenza – quale *mezzo* per realizzare l'integrazione dei mercati e in cui la protezione della competizione è volta a promuovere il benessere economico, assicurare la corretta operatività del mercato e, in definitiva, la sua stabilità –, ad una progressiva promozione della stessa come *bene in sé*, in cui il mezzo si identifica con il fine, sussumibile nel concetto di c.d. "*fair competition*".

È proprio a partire da questo approdo che, negli ultimi tempi, complice la situazione economica e sanitaria, esacerbata dalla crisi energetica e dalle disparità dalla stessa ingenerate, il dibattito si sta spostando su un piano differente, spingendo gli studiosi di diritto e di economia a chiedersi se anche in circostanze di crisi le regole di concorrenza vigenti siano in grado di tutelare non solo la parità delle armi tra le imprese, la libertà del mercato, i consumatori – secondo il modo più tradizionale di considerare queste regole –, ma di proteggere «anche diritti fondamentali non-economici, contribuendo a una maggiore giustizia sociale», secondo i canoni del c.d. "*antitrust for values*"¹³.

I numerosi e rilevanti cambiamenti di natura sostanziale e procedurale che, già prima del 2008-2010, hanno interessato in modo frammentario la politica della concorrenza, sia sul piano normativo, sia nella sua implementazione, inducono a interrogarsi sulla necessità di una riforma sistematica della normativa

¹¹ Di recente, A. Pezzoli, *La concorrenza ai tempi del virus e la rilegittimazione dell'intervento pubblico*, in *Menabò di Etica ed Economia*, 2020, 126, 1-4; F. Genny, *Economic resilience, globalisation and market governance, Facing the COVID-19 test*, *CEPR Covid Economics Review*, 2020. In proposito, anche J. Fingleton, *La politica della concorrenza in tempo di crisi*, in *Merc. conc. regole*, 2009, 9; A. Jannarelli, *Mercato*, cit.

¹² In proposito, si vedano le considerazioni svolte al paragrafo successivo.

¹³ M. D'Alberti, *Concorrenza e giustizia sociale*, in *Merc. conc. regole*, 2020, 2, 235 ss.; E. Fox, *Antitrust and Democracy: How Markets Protect Democracy, Democracy Protects Markets, and Illiberal Politics Threatens to Hijack Both*, in *Legal Issues Econ. Integration*, 2019, 317, 318 ss.

antitrust e degli aiuti di stato, oltre che del loro *enforcement* a livello centrale e decentrato¹⁴. E, dunque, sull'opportunità di stabilizzare i processi più virtuosi che la crisi, nell'immediato dell'esigenza di un tempestivo intervento, sembra auspicare, riproponendo e sviluppando taluni strumenti già sperimentati in passato e promuovendo un ripensamento della politica della concorrenza¹⁵ e del suo indispensabile coordinamento con le altre politiche pubbliche. La crisi finanziaria più recente sembra assurgere, in questo frangente, a cassa di risonanza di un'istanza di modernizzazione preconizzata già in passato, costituendo al contempo il primo banco di prova della sua efficacia e utilità.

Questi elementi così sommariamente descritti costituiscono le coordinate essenziali che orienteranno lo studio degli strumenti utilizzati per fronteggiare le crisi e dei più rilevanti cambiamenti nella strutturazione oggettiva e soggettiva dei mercati europei all'interno del mercato globale, che sembrano additare questa riforma come una misura ormai improcrastinabile. A tal fine verranno osservati più da vicino quei profili che consentono di saggiare la portata e le ricadute di questa rinnovata istanza di trasformazione in termini di "modernizzazione" delle regole di condotta, con cui sanzionare le imprese e gli Stati membri a tutela del leale confronto competitivo e con cui, al contempo, conformare e plasmare l'assetto del mercato¹⁶. Più in generale, si tenterà di enucleare quegli aspetti che – quali derivati della crisi – inducono il sistema ad un ripensamento di lungo periodo dei propri obiettivi e del concetto stesso di concorrenza e, per effetto, del ruolo dell'intervento pubblico nell'economia, tra innovazione¹⁷ e giustizia sociale¹⁸.

2. *Origini e sviluppo della relazione tra mercato e regole di concorrenza: il progressivo ampliamento degli obiettivi della politica di concorrenza e i suoi riflessi sul binomio Stato-mercato*

Ripercorrendo nei suoi tratti essenziali la storia del diritto *antitrust*, la politica europea della concorrenza differisce in parte dalle esperienze di altri sistemi,

¹⁴ In questi termini, anche G. Colangelo, G. Martini, *Le politiche*, cit., 93-94.

¹⁵ Cfr. F. Costa-Cabral, L. Hancher, G. Monti, A. Ruiz Feases, *EU Competition Law and COVID-19*, in *Tilec discussion paper*, Tilburg University, 22 marzo 2020; OECD, *Merger control in the time of Covid-19*, 25 maggio 2020.

¹⁶ Sulla diversa accezione di concorrenza in termini giuridici, tra regole che riguardano i rapporti tra soggetti e l'assetto dei mercati, F. Trimarchi Banfi, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, 1-2, 15.

¹⁷ M. Mazzucato, *Lo Stato innovatore*, Roma-Bari, 2013; ID., *Non sprechiamo questa crisi*, Roma-Bari, 2020.

¹⁸ M. D'Alberti, *Concorrenza*, cit., 235 ss.

prima tra tutte quella statunitense¹⁹. Le distanze tra i due ordinamenti riguardano, come è noto, tanto la loro genesi quanto la rispettiva evoluzione, e trovano spiegazione in ragione del diverso contesto²⁰ e del differente sviluppo dell'idea di Stato e di mercato che contraddistingue le due realtà²¹.

Quanto alla nascita del diritto *antitrust*, negli Stati Uniti le misure anticoncorrenziali sono state adottate prevalentemente come reazione al *deficit* di autoregolamentazione degli operatori economici all'interno del mercato²², al fine di arginare il potere delle *large corporation*²³. In Europa, invece, il diritto della concorrenza presenta una caratterizzazione più marcatamente politica, fortemente influenzata dal pensiero ordoliberal della scuola di Friburgo²⁴ e tradizionalmente funzionale²⁵ alla creazione di un mercato comune.

Pur caratterizzandosi per alcuni tratti di originalità²⁶, il diritto europeo della concorrenza mostra al contempo profili di convergenza con il diritto statunitense²⁷, che risultano ancor più accentuati se si comparano i due sistemi in una pro-

¹⁹ H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and Its Practice*, West Group, 1999, 47 ss.; E.M. Fox, *Antitrust and Power: The State, the Market, and the Virus*, in www.competitionpolicyinternational.com/antitrust-and-power-the-state-the-market-and-the-virus/.

²⁰ Per un approfondimento, D. Gerber, *The transformation*, cit. 97; J. Faull, *The enforcement of competition policy in the European Community: a mature system*, in *Fordham International law journal*, 1992, 15, 219.

²¹ Se nell'UE lo Stato rappresenta ancora oggi, in misura più o meno marcata, il cardine dell'intera attività della maggior parte degli ordinamenti, negli USA, viceversa, da sempre gli è riconosciuto un potere limitato, a favore della libertà di iniziativa economica (M. D'Alberti, *Concorrenza*, cit., 235 ss.).

²² Le origini della moderna politica di tutela della concorrenza risalgono alla fine del XIX secolo, con l'emanazione dello *Sherman Act* nel 1890 e del *Clayton Act* nel 1914, una sorta di compromesso politico tra imprese e consumatori, poi ripreso dai legislatori di tutti i continenti e, in particolare, dall'UE.

²³ La crescita di alcuni grandi gruppi industriali era ritenuta foriera di accrescere un rischio di concentrazione del potere economico in mano a poche aggregazioni, a danno di una più estesa partecipazione (R. Hofstadter, *The Age of Reform*, New York, 1955, 215), e, dunque, di ridurre la libera concorrenza (M.A. Jones, *The Limits of Liberty. American History 1607-1992*, Oxford, 1995).

²⁴ Sull'influenza di tale corrente di pensiero, A. Peacock, H. Willgerodt (eds.), *Germany's social market economy: Origins and Evolution*, London, 1989 e spec. gli scritti di W. Eucken, *What kind of economic and social system*, 27; F. Bohm, *Rule of law in a market economy*, 46. In proposito, anche E. Mestmacker, *Competition policy and antitrust: some comparative observations*, in *Monopoly and competition policy*, Aldershot, 1993, vol. I, 357.

²⁵ Questo rapporto di strumentalità emerge chiaramente ove si consideri lo scopo delle norme *antitrust* e l'accentramento dell'attività di *enforcement* in capo alla Commissione che, cumulando su di sé funzioni investigative e decisorie, mirava a mantenere il mercato competitivo e impedire che il progetto di integrazione delle economie nazionali, realizzato con l'abolizione delle barriere fisiche e tecniche, potesse essere vanificato dalla creazione di barriere private al commercio, innalzate artificialmente mediante intese, concentrazioni o accordi restrittivi, ad opera delle imprese o degli Stati.

²⁶ Sull'originalità del diritto *antitrust* UE, G. Amato, *Antitrust and the Bounds of Power. The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market*, Oxford, 1997, 99 ss.; A. Pera, M. Todino, *Il sistema*, cit., 413 ss.; più di recente, G. Colangelo, *La politica europea della concorrenza alla luce del progetto della nuova Costituzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, 1127.

²⁷ Sulla convergenza in tema di concentrazioni, P. Iannucelli, *I recenti segnali di convergenza tra Ue e Usa in tema di controllo delle concentrazioni*, in *Conc. e merc.*, 2003, 187 ss.; in generale, F. Ghezzi, *Verso un diritto antitrust comune? Il processo di convergenza delle discipline statunitense e comunitaria in materia di intese*, in *Riv. soc.*, 2002, 499 ss. Più di recente, anche G. Passarelli, *La costruzione del mercato unico nelle esperienze statunitensi ed europea tra dinamismo ed originalità*, in *Giur. Cost.*, 2011, 6, 4777 ss.

spettiva evolutiva che tenga sullo sfondo la *ratio* che ne ha giustificato l'introduzione²⁸. A partire dagli anni '30 del Novecento e, più tardi, sotto l'influenza del pensiero della Scuola di Chicago²⁹, la concorrenza in Usa è stata gradualmente ricompresa tra quelle *inclusive policies*, essenziali non solo per la crescita economica, ma anche per la prosperità della popolazione e, dunque, il benessere sociale³⁰. In Europa, in parallelo, man mano che l'obiettivo dell'integrazione si andava perfezionando, altri valori hanno guidato l'attività della Commissione³¹, orientandola gradualmente verso l'accoglimento di una peculiare nozione di concorrenza che, più che libera, era ispirata ai valori di solidarietà ed eguaglianza, in una dimensione di c.d. "*fair competition*"³².

Il peculiare contesto in cui è nato e si è sviluppato il progetto comunitario ha condizionato anche il modo in cui la disciplina *antitrust* è stata interpretata e applicata dalla Commissione³³: da un lato, l'obiettivo dell'integrazione dei mercati nazionali ha indotto quest'ultima ad accogliere un orientamento legalistico (c.d. *legal approach*) particolarmente restrittivo e formalista (soprattutto in sede di valutazione degli accordi verticali). La scarsa considerazione per l'analisi economica si è tradotta, in concreto, nella condanna di un gran numero di accordi, nella convinzione che fossero diretti a compartimentare i mercati nazionali³⁴. D'altro canto, la tendenza ad accentrare la gestione dell'attività di *enforcement*³⁵ ha indotto la Commissione a elaborare una prassi decisionale fondata sulla presunzione di una restrizione alla concorrenza, piuttosto che sul suo effettivo accertamento in relazione all'evidenza economica e giuridica³⁶.

²⁸ Con la firma del Trattato di Roma si assiste a un radicale cambio di passo nell'assetto delle economie degli Stati membri, in risposta alla cultura industriale radicatasi in Europa quale residuo tipico dei regimi totalitari e consolidatasi anche grazie alle politiche protezionistiche adottate nel secondo dopoguerra per favorire le imprese nazionali.

²⁹ D. Acemoglu, J. Robinson, *Why Nations Fail. The Origins of Power, Prosperity and Poverty*, London, 2012; J. Stiglitz, *The Price of Inequality*, London, 2012.

³⁰ Così, M. D'Alberti, *Concorrenza e giustizia sociale*, cit., 235 ss.; L. Ristori, *Il sistema dei limiti alla libertà di iniziativa economica: anatomia del diritto della concorrenza*, in *Conc. e merc.*, 2007, 1, 227 ss.

³¹ La Commissione ha dato voce così a istanze generalmente estranee al concetto tradizionale di concorrenza, riconoscendo come preminente la necessità di assicurare protezione ai contraenti deboli, al punto da riservare un trattamento più benevolo – pur se non sempre giustificato – agli aiuti di stato destinati alle piccole e medie imprese, contribuendo così ad alimentare un'aprioristica sfiducia verso le grandi imprese.

³² Sulla *fair competition*, L. Gyselen, *Abuse of monopoly power*, Fordham Corporate Law Institute, 1989, 615.

³³ Per una ricostruzione di questa evoluzione, A. Pera, M. Todino, *Il sistema*, cit., 413 ss.

³⁴ Senza considerare che efficienza economica e interessi dei consumatori potrebbero non essere necessariamente pregiudicati ove perdurasse un sufficiente grado di concorrenza *interbrand*. V. Korah, *EC competition law and practice*, London, 1994, 267; F. Carlin, *Vertical restraints: time for change?* in *ECLR*, 1996, 5, 283.

³⁵ Almeno fino al 2004, beneficiando in via esclusiva del potere di conferire esenzioni in deroga al divieto di accordi restrittivi della concorrenza, di fatto quest'ultima ha centralizzato il potere di controllo, lasciando alle giurisdizioni e alle autorità nazionali di concorrenza margini di manovra molto esigui.

³⁶ Questa tendenza ha avvicinato il ruolo della Commissione a quello di un'autorità regolatrice, piuttosto che di un giudice (A. Pera, M. Todino, *Il sistema*, cit., 413 ss.).

Nel corso degli ultimi decenni del Ventesimo secolo, il diritto e la politica europea della concorrenza si sono profondamente rinnovati, dando prova di grande dinamismo sotto molteplici profili³⁷. Tralasciando le primissime fasi – altalenanti tra un modello di c.d. *embedded liberalism*, che ha caratterizzato i primi anni Cinquanta, e di c.d. *disembedded liberalism*, quale viatico alla crisi del primo³⁸ –, a partire dagli anni Ottanta si è assistito a un vasto processo di armonizzazione delle discipline *antitrust* nazionali che ha contribuito a ergere il diritto della concorrenza a pilastro fondamentale nel quadro istituzionale dell'UE. Questa fase di “modernizzazione” della disciplina europea, culminata con l’emanazione del Regolamento di applicazione degli artt. 81 e 82 TCE (Regolamento (CE) n. 1/2003 del 16 dicembre 2002) e con il nuovo Regolamento sulle Concentrazioni (Regolamento (CE) n. 139 del 20 gennaio 2004), è stata definita in dottrina come “l’età dell’oro del diritto della concorrenza”³⁹.

In un contesto più maturo, dunque, in cui l’integrazione tra le economie nazionali risulta essenzialmente acquisita e in cui quasi tutti gli Stati membri si sono dotati di legislazioni *antitrust*, la centralizzazione in capo alla Commissione della competenza in materia di applicazione delle regole di concorrenza è stata soppiantata da un suo consistente decentramento in capo alle autorità nazionali. In questa fase, la crescita economica ha agevolato riforme pro-concorrenziali, favorendo processi di liberalizzazione, privatizzazione e deregolazione dei mercati. La presenza dello Stato nell’economia è stata fortemente ridimensionata, così come sono state ripensate le forme dell’intervento pubblico. Con l’implementazione del divieto di aiuti di stato e l’aumento notevole del rilievo attribuito alle concentrazioni, la politica della concorrenza ha acquisito un ruolo centrale nel sistema europeo, superando quel rapporto di mera strumentalità che ne aveva caratterizzato le origini⁴⁰. Si è assistito ad una progressiva diffusione della cultura della concorrenza, ad un consenso crescente intorno al diritto *antitrust*, non solo quale strumento di tutela dei consumatori, ma soprattutto quale stimolo per l’innovazione, la produttività e lo sviluppo dei mercati. La tendenza riscontrata ha pervaso tutto quanto il cammino del diritto europeo, a partire dalla centralità delle libertà economiche sancite nei Trattati istitutivi, fino al progressivo rico-

³⁷ Per un approfondimento, J.H.H. Weiler, *La trasformazione dell'Europa*, in *La Costituzione dell'Europa*, 2003.

³⁸ Su queste fasi, sia consentito rinviare a A. Negrelli, *Accesso al mercato e autorizzazioni amministrative nazionali*, Milano, 2016, 123 ss.

³⁹ G. Olivieri, A. Pezzoli, *L'antitrust e le sirene della crisi*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2009, 1, 117 ss.

⁴⁰ G. Colangelo, *La politica*, cit., 1127.

noscimento dei diritti non-economici, contribuendo a spostare il baricentro del diritto europeo ben oltre la dimensione dell'economia⁴¹.

Quanto all'*enforcement* delle regole europee di concorrenza di sua competenza, la Commissione ha focalizzato l'attività di controllo sulla preservazione della struttura e dell'assetto concorrenziale del mercato. Abbandonando posizioni aprioristiche che prescindono dall'analisi economica, ha promosso alcuni rilevanti cambiamenti, tanto in termini di priorità di *policy* (concentrandosi più sugli accordi orizzontali tra concorrenti che sulle intese verticali, generalmente meno lesive della concorrenza), quanto in relazione ai criteri sostanziali di valutazione delle restrizioni anti-competitive e degli aiuti⁴². A questo proposito, sia la Commissione, sia la Corte di giustizia hanno adottato un approccio più pragmatico⁴³, fondato su un esame più accurato delle fattispecie. Questo metodo, diretto a valutare non tanto la forma delle misure anticoncorrenziali, quanto il loro impatto sulla struttura del mercato e i conseguenti costi/benefici a livello sociale (c.d. *more economic approach*), ha assicurato procedure fondate su una maggiore prevedibilità e trasparenza, oltre che una più efficace distribuzione delle funzioni (e, per effetto, una più efficiente ripartizione di responsabilità) tra Commissione e Stati membri.

Tuttavia, anche in questa fase "dorata", non sono mancate resistenze all'introduzione e alla diffusione della concorrenza. Le difficoltà che hanno incontrato i processi di liberalizzazione nei singoli ordinamenti, l'eterogeneità dei sistemi dei nuovi Stati che hanno fatto ingresso nell'UE, la globalizzazione dei mercati hanno portato alla ribalta tensioni contrapposte⁴⁴. Se, da un lato, istanze di maggiore apertura alla concorrenza e di mutua cooperazione tra le diverse autorità *antitrust*, per garantire un *level playing field* adeguato a un mercato globale, evidenziano l'esigenza di una dimensione internazionale della politica *antitrust*; dall'altro, la questione se applicare "due pesi e due misure" nei confronti di sistemi economici eterogenei, apportando modifiche o legittimando deroghe al diritto della concorrenza per tutelare i mercati a livello locale, ha rinverdito il dibattito sul ruolo delle autorità *antitrust*, e come quest'ultimo si rifletta sulla relazione Stato-mercato⁴⁵.

Per lungo tempo, prima della crisi economica, si è assistito a un graduale rafforzamento del ruolo del libero mercato, quale spontaneo meccanismo ordinatore dei comportamenti degli operatori economici e, per converso, a un significa-

⁴¹ Su questi profili, si rinvia a A. Negrelli, *Liberalizzazione e tutela dei diritti sociali: l'incidenza del diritto europeo sull'expertise delle amministrazioni nazionali*, in *Spazio della tecnica e spazio del potere nella tutela dei diritti sociali*, a cura di P. Bonetti, A. Cardone, A. Cassatella, F. Cortese, A. Deffenu, A. Guazzarotti, 2014, 309 ss.

⁴² C. Osti, *La riforma degli aiuti di stato e il nuovo approccio economico della Commissione*, in *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di stato*, a cura di C. Schepisi, Torino, 2011, 57 ss.

⁴³ Cfr., *ex multis*, Corte di giustizia UE, *GlaxoSmithKline*, 6 ottobre 2009, C-110/06.

⁴⁴ G. Colangelo, G. Martini, *Le politiche*, cit., 199, 227 ss.

⁴⁵ M. Lo Bue, *Stato e mercato: un nuovo assetto dopo la crisi?* in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2010, 3, 979 ss.

tivo ridimensionamento dell'intervento pubblico. Ai processi di privatizzazione e di liberalizzazione di settori in precedenza sottratti al regime della concorrenza è corrisposta una diversa relazione tra potere pubblico e autonomia privata, che si è tradotta nell'affrancamento di una serie di attività dal controllo pubblicistico, riportando i relativi rapporti entro la sfera privatistica⁴⁶. D'altra parte, nei settori ancora sottoposti alla regolazione economica, si è registrata una progressiva riduzione del grado di discrezionalità di cui dispone l'autorità di regolazione. In questo rinnovato contesto si innesta la tendenza a trasferire la competenza delle attività di controllo e regolazione dei mercati e di tutela della concorrenza alle autorità indipendenti nazionali, che esercitano le loro funzioni in piena autonomia dai governi centrali, nell'ambito di sistemi di *enforcement* para-giurisdizionali.

La sfida che la crisi attuale inevitabilmente pone al diritto della concorrenza si iscrive dunque in un contesto in via di profondo mutamento, in cui si stanno ridisegnando i confini tra Stato e mercato e le modalità di intervento del primo sul secondo. Con la perdurante crisi sanitaria ed energetica, le ampliate finalità della moderna politica europea della concorrenza, così vicine a quelle statunitensi e al diritto comunitario delle origini, sembrano tornare ad assumere oggi un peso rilevante. In sede di applicazione delle regole di concorrenza, la tutela del pluralismo, della democrazia, della giustizia sociale e dei diritti fondamentali non economici hanno incentivato un cambio di mentalità nell'operato della Commissione, specialmente in tre ambiti della casistica *antitrust*: il settore farmaceutico/sanitario; i mercati digitali e quelli caratterizzati dall'uso di *big data*; i servizi pubblici imprenditoriali⁴⁷.

La sfida della crisi porta dunque alla ribalta alcune questioni di centrale importanza: la politica della concorrenza, così come delineata finora, può mantenere invariato il suo armamentario, adattandolo temporaneamente alla contingenza economica, oppure deve rimodulare a lungo termine i suoi capisaldi per uscirne vincente e trainare il futuro dell'UE? E ancora: la concorrenza deve essere allentata in tempi di crisi o, viceversa, la sua applicazione rigorosa deve rimanere inalterata? Che ruolo rivestono, in questo contesto, le autorità *antitrust* a livello accentrato e decentrato?

⁴⁶ In proposito A. Pera, *Autorità di garanzia, Autorità di regolazione e modelli di responsabilità dell'azione pubblica*. Così anche G. Amato, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 1992, (12)1.

⁴⁷ M. D'Alberti, *Concorrenza*, cit., 241 e 249; E.M. Fox, *Imagine: Pro-Poor(er) Competition Law*, in *Oecd, Global Forum on Competition, Competition and Poverty Reduction*, Paris, 2013.

3. *Antitrust enforcement e crisi economica: è un lusso che gli Stati non possono permettersi o il volano per la ripresa dei mercati?*

Le gravi recessioni economiche che nell'ultimo decennio hanno scosso i sistemi finanziari, riverberandosi sull'economia reale a livello mondiale, portano a interrogarsi sul ruolo delle politiche di concorrenza nel fronteggiare le crisi e, in particolare, su come la loro applicazione risenta delle oscillazioni nell'equilibrio Stato-mercato indotte dai mutamenti del contesto socio-politico UE⁴⁸.

Secondo un'opinione diffusa, «*antitrust seems to be a luxury that the country cannot afford in any crisis*»⁴⁹. Se, in tempi normali, la politica della concorrenza raccoglie generalmente un elevato grado di consenso, per gli effetti positivi che possono derivarne nel lungo periodo, in termini di crescita di produttività e di creazione di benessere; al contrario, al verificarsi di situazioni emergenziali, la sua applicazione subirebbe un arretramento spontaneo, ritenuto per lo più giustificato⁵⁰, lasciando spazio a pratiche restrittive e derive protezionistiche, avverse a un rigido *enforcement* delle regole di concorrenza. La sospensione temporanea della normativa *antitrust* e la definizione di eccezioni/esenzioni, per taluni settori economici o specifiche operazioni⁵¹, sono spesso adottate a scapito del mantenimento di un assetto concorrenziale, ritenuto esso stesso "parte del problema". Periodi di crisi economica, di stagnazione finanziaria, con rischi di stagflazione, sono "potenzialmente ostili" alla tutela e promozione della concorrenza. Mettono in discussione la capacità dei mercati di generare effetti virtuosi nel breve periodo, inducendo una crescente domanda di intervento pubblico e, in particolare, di politiche industriali aggressive, a tutela dei c.d. campioni nazionali, oltre che di politiche fiscali e di regolazione i cui benefici sono immediatamente tangibili per le imprese e per i consumatori⁵².

Tale impostazione si scontra con il pensiero di chi, viceversa, considera la disciplina *antitrust* come "parte della soluzione"⁵³, in grado di favorire la pro-

⁴⁸ Su questi profili, di recente, G. Olivieri, A. Pezzoli, *L'antitrust*, cit., 117 ss.; F. Ghezzi, L. Zoboli, *L'antitrust ai tempi del Coronavirus: riflessioni sulle esperienze internazionali e sulle iniziative italiane*, in *Riv. delle società*, 6 giugno 2020, 2, 625 ss.; Accademia dei Lincei, *La crisi Covid e la possibile svolta per l'UE*, spec. allegato 3, in www.lincoi.it/en/node/8406, 9.05.2020.

⁴⁹ D. Crane, *Antitrust Enforcement During National Crises: An Unhappy History*, in *GCP*, 2008.

⁵⁰ A questo proposito, D. Sokol, *The Financial Crisis and its Effects on Antitrust*, in *Antitrust & Competition Policy Blog*, Sept. 18, 2008. Sul punto, anche M. Libertini, *Il diritto della concorrenza in tempi di crisi economica*, in *Il diritto della concorrenza in tempi di crisi economica (rivistaodc.eu)*, 2013, 1 ss.; J. Fingleton, *La politica*, cit., 8 ss.

⁵¹ C. Rabitti Bedogni, *L'impatto della crisi economica sull'applicazione della normativa in materia di concorrenza e di aiuti di stato*, intervento al Convegno in occasione di 20 anni di *Antitrust*, Firenze, 20 settembre 2010.

⁵² F. Ghezzi, L. Zoboli, *L'antitrust*, cit., 627; G. Colangelo, G. Martini, *Le politiche*, cit., 122 ss.

⁵³ N. Kroes, *In Defence of Competition Policy*, European Commission, Speech/08/521, 2008.

duttività e la ripresa dei mercati, e invoca pertanto il mantenimento di controlli rigorosi⁵⁴. A riprova di questa capovolta prospettiva vi sarebbero proprio i negativi effetti delle scelte di stampo protezionistico compiute in passato da alcuni Stati per arginare situazioni di crisi. In particolare, giuristi ed economisti concordano nel ritenere che le politiche di contrazione della tutela della concorrenza e di sospensione della normativa *antitrust*, adottate negli USA durante la Grande Depressione⁵⁵ e dal Governo giapponese nel secondo dopoguerra⁵⁶ oltre che durante la recessione degli anni Novanta⁵⁷, furono, in realtà, degli “errori” che, a fronte di una debole ripresa economica, «contribuirono ad aggravare, anziché a risolvere, la crisi economica», causandone il prolungamento⁵⁸.

Rifugge, tuttavia, da questa assolutizzazione quella dottrina⁵⁹ che riconosce la tutela della concorrenza, al pari di qualsiasi altro valore, come un principio che deve essere necessariamente contemperato con altri interessi pubblici qualora sia in conflitto con essi, primi fra tutti la salvaguardia dell’industria nazionale, il mantenimento dei livelli occupazionali, la stabilità del sistema finanziario. In questo bilanciamento, la tutela della concorrenza «deve essere adattata o derogata quando interferisca con misure necessarie ai fini della stabilità complessiva del sistema economico»⁶⁰. Di conseguenza, l’intervento delle autorità *antitrust* in tempo di crisi dovrebbe essere orientato a coniugare un’applicazione rigorosa del diritto della concorrenza con politiche pubbliche che ne attenuino i costi sociali di breve periodo, senza trascurare gli obiettivi strutturali di ripresa economica nel lungo periodo, accompagnando l’uscita delle imprese meno efficienti e consentendo a quelle più efficienti di competere sui mercati internazionali⁶¹.

Sulla base di queste contrapposte impostazioni si è articolato l’avvicinarsi di altalenanti politiche di concorrenza, adottate tanto a livello UE, quanto a livello globale, in tempi di crisi. Esse hanno segnato l’evoluzione del “diritto *antitrust* emergenziale”, in un alternarsi di modelli dirigistici-corporativistici e sistemi

⁵⁴ Così anche G. Olivieri, A. Pezzoli, *L’antitrust*, cit., 130; E. Fox, *Antitrust*, cit., 2; A. Pezzoli, *La politica*, cit.

⁵⁵ H.L. Cole, L.E. Ohanian, *New Deal Policies and the Persistence of the Great Depression: A General Equilibrium Analysis*, in *J. Pol. Econ.*, 2004, vol. 112(4), 779 ss.; R. Peritz, *Competition policy in America*, Oxford University Press, 2000, 125; V. Salandra, *Il diritto delle unioni di imprese*, Padova, 1934, 24.

⁵⁶ M.E. Porter, M. Sakakibara, *Competition in Japan*, in *J. Econ. Persp.* 2004, 31-32; S. King, *Should Competition Policy be relaxed during the current financial crisis?* in *Norwich Economics Papers*, 2010.

⁵⁷ F. Hayashi, E.C. Prescott, *The 1990s in Japan: A Lost Decade*, in *Review of Economic Dynamics*, 2002.

⁵⁸ In questo senso, American Antitrust Institute, *Transition Report on Competition Policy*, Washington, 2008; D.A. Crane, *Antitrust*, cit., 2008; J. Fingleton, *Competition policy in troubled times*, London, 2009; G. Olivieri, A. Pezzoli, *L’antitrust*, cit., 117 ss.; F. Ghezzi, L. Zoboli, *L’antitrust*, cit., 625 ss.; M. Libertini, *Il diritto*, cit., 1 ss.

⁵⁹ Cfr. anche M. Libertini, *Il diritto*, cit., 1 ss.

⁶⁰ Così, M. Katz, A. Banicevic, J. Dinning, *Antitrust in a Financial Crisis. A Canadian Perspective*, in www.antitrustsource.com, Apr. 2009.

⁶¹ Così, J. Fingleton, *La politica*, cit., 8 ss.; si veda anche G. Olivieri, A. Pezzoli, *op. cit.*, 117-118.

di maggiore controllo (riconducibili ad esempio a politiche di contrazione della concorrenza, tendenzialmente favorevoli ai c.d. cartelli di “crisi”, ai cartelli “per l’esportazione”, alle condotte restrittive poste in essere dai campioni nazionali in posizione dominante), associati ad una maggiore transigenza e flessibilità delle autorità in sede di valutazione degli aiuti di stato in deroga, delle concentrazioni o delle intese, da un lato; e politiche di irrigidimento dell’*enforcement* delle regole *antitrust* e di severa repressione di misure anti-competitive, dall’altro.

3.1. *L’approccio tradizionale seguito dall’Unione europea e la sua “modernizzazione”: dalla crisi aziendale alla crisi sistemica*

Prima della crisi finanziaria del 2008, l’UE si era trovata a dover affrontare per lo più crisi settoriali o congiunture negative di limitata entità. Per questa ragione, fino a quel momento, il sistema si era dotato unicamente di misure dirette a gestire situazioni di crisi aziendale o, comunque, circoscritte a determinati settori e ambiti di attività. Viceversa, non era previsto alcunché per fronteggiare crisi economiche generalmente intese, fatta salva – come si vedrà – l’unica deroga espressa, contemplata in materia di aiuti di stato, e alcune ulteriori eccezioni di diritto *antitrust*, pensate per situazioni concernenti solo uno o più operatori economici in difficoltà.

Più in particolare, dal Trattato di Roma al 2004 – esclusa la parentesi della crisi siderurgica degli anni Settanta⁶² –, si è assistito al progressivo consolidarsi di un indirizzo *antitrust* molto restrittivo, seppur non del tutto ostativo, nei confronti dei “cartelli di crisi”⁶³. Analogamente, in materia di concentrazioni, in una serie molto remota di ipotesi, il diritto europeo ha fatto ricorso alla c.d. *failing firm defence*, di matrice statunitense⁶⁴: in base a tale clausola, operazioni siffatte – di regola vietate – erano ammesse solo in presenza di determinate condizioni restrittive⁶⁵.

⁶² Durante la quale la Commissione approntò un cartello di crisi con l’obiettivo di distribuire tra i Paesi membri i costi sociali dell’inevitabile riduzione della capacità produttiva. Su questo profilo, G. Colangelo, cit., 1127 ss.

⁶³ Van Bael & Bellis, *Il Diritto Comunitario della Concorrenza – Con analisi della disciplina del procedimento antitrust in Italia*, Torino, 2009, 280 ss.; Oecd, *Crisis cartels*, DAF/COMP/GF(2011)11, Paris, 2011, 109).

⁶⁴ Richiamata dalla Commissione nel caso *Kali und Salz/MdK/Treuband*, 14 dicembre 1993, è stata elaborata per la prima volta dalla U.S. Supreme Court, nel caso *International Shoe v. FTC*, 280 US 291 (1930).

⁶⁵ Coincidenti con l’effettivo e irreversibile stato di crisi aziendale in cui versa l’impresa acquisita; l’assenza di soluzioni più favorevoli e meno restrittive della concorrenza; la sua inevitabile uscita dal mercato – in assenza della concentrazione – che, pertanto, risulta essere l’alternativa più efficiente, rispetto a quella di farla fallire e disperdere i relativi *asset* (par. 89 ss. degli *Orientamenti della Commissione sulla valutazione delle concentrazioni orizzontali* 2004/C 31/03).

Gli interventi di c.d. modernizzazione del diritto *antitrust* del 2003-2004⁶⁶, come anticipato, hanno rappresentato il culmine di un periodo di grande sviluppo che si è mosso in parallelo con la riforma per la c.d. modernizzazione degli aiuti di stato. Anche in quest'ultimo ambito, tra gli anni Settanta e il 2004, si è registrato un *revirement* dell'orientamento tradizionale, alquanto restio ad ammettere misure di salvataggio destinate a specifiche imprese o a settori in difficoltà⁶⁷. Se, nella fase iniziale, il controllo di compatibilità della Commissione molto spesso si è rivelato sporadico e poco rigoroso, con il tempo è divenuto più rigido e meno indulgente nell'avallare le generose politiche di finanziamento avviate dagli Stati membri. Verso la fine degli anni Novanta, peraltro, si è iniziato a intravedere una virata nella prassi applicativa da parte della Commissione, antesignana di quel cambiamento che sarà alla base delle riforme del 2003-2004 e che, sempre più di frequente, porterà a bilanciare il valore della preservazione della competizione con finalità di carattere sociale. In questa fase, l'allentamento del tradizionale approccio rigorista adottato dalla Commissione e, d'altro canto, l'esigenza di una riformulazione delle regole vigenti che sensibilizzasse gli Stati alla necessità di aiuti «meno numerosi, ma più mirati», diretti a favorire «una crescita duratura, competitività, coesione sociale e regionale e tutela ambientale»⁶⁸, hanno trovato fondamento nell'art. 87, par. 3 lett. c) TCE, in ragione del quale potevano essere dichiarati compatibili quei sostegni concessi per «agevolare lo sviluppo di *talune* attività o di *talune* regioni economiche» (con una dicitura che sottolineava la perdurante connotazione individuale della crisi aziendale, escludendone il carattere strutturale/sistemico), sempre «che non alterassero le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse»⁶⁹.

Di questi strumenti disponeva l'UE allorché nel 2008 si è trovata a doversi misurare con la prima crisi, globale e non solamente settoriale, con la quale si fosse mai confrontata fino a quel momento⁷⁰. L'impatto sul diritto della concorrenza, e, in particolare, sulla disciplina degli aiuti di stato che ne costituiscono parte integrante (a differenza del sistema Usa che, forse, proprio per questa ragione⁷¹, ha registrato ricadute sul diritto *antitrust* meno vistose), ha spinto la Commissione a stemperare una prassi consolidata ben più restrittiva, arrivando addirittura a modificarne il fondamento giuridico.

⁶⁶ Si vedano i Regolamenti (CE) n. 1/2003 del 16 dicembre 2002 e n. 139 del 20 gennaio 2004, già richiamati al paragrafo precedente.

⁶⁷ G.L. Tosato, *L'evoluzione della disciplina sugli aiuti di stato*, in C. Schepisi, cit. 3 ss.

⁶⁸ In proposito, cfr. *Orientamenti comunitari sugli aiuti di stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà* del 2004; lo *State Aid Action Plan* del 2005 e il documento *Aiuti di stato meno numerosi e più mirati: itinerario di riforma degli aiuti di stato 2005-2009*.

⁶⁹ C. Buzzacchi, *Aiuti*, cit., 80 ss.

⁷⁰ M. Libertini, *Il diritto*, cit., 1 ss.

⁷¹ Ancora, M. Libertini, *op. loc. cit.*

Partendo dal presupposto che la crisi finanziaria avesse un carattere sistemico in grado di propagarsi sui vari settori dell'economia reale, la Commissione è intervenuta nel 2008 con la *Comunicazione sugli aiuti di stato a favore delle banche in crisi*, cui ha fatto seguito una seconda *Comunicazione sulla ricapitalizzazione delle banche e imprese finanziarie in crisi*, doppiata nel 2009 dal *Quadro di riferimento temporaneo comunitario, in tema di aiuti di stato*⁷². Preso atto della circostanza che la gravità della crisi finanziaria rendesse necessario un massiccio ricorso a sussidi pubblici, ha introdotto una serie di deroghe supplementari rispetto a quelle fino ad allora ammesse. Con un segnale di continuità rispetto al passato, ha ribadito la durata limitata nel tempo di queste misure e il particolare favore per l'autorizzazione di nuovi aiuti condizionati a obiettivi di crescita sostenibile, soprattutto con riguardo al settore energetico e destinati a promuovere "prodotti verdi", ecologicamente compatibili. L'ampio ricorso degli Stati alle possibilità offerte dal *Quadro temporaneo* del 2009 ha indotto la Commissione a prorogare quelle misure, adottando nel 2011 il *Quadro unionale temporaneo per le misure di aiuto di stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi economica e finanziaria* e accompagnandolo con una serie di condizioni più rigorose che, in un'ottica di graduale ritorno a forme di aiuto meno distorsive e più orientate alla crescita, ne limitassero l'impatto sulla concorrenza.

Il principale fattore di discontinuità rispetto al passato è rappresentato proprio dalla modifica della base giuridica utilizzata per valutare la compatibilità degli aiuti⁷³: se fino a quel momento la Commissione, in linea con una tradizione interpretativa consolidata, aveva richiamato la lett. c) del par. 3, dell'art. 87 TCE; a partire dalle comunicazioni del 2008-2009 ha accolto un'impostazione originale⁷⁴, invocando la lett. b) del medesimo paragrafo, concernente gli aiuti intesi «a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro». Questo accorgimento sul piano giuridico, come anticipato, riflette un cambiamento più profondo che riguarda lo spettro di azione della politica della concorrenza e il suo ruolo tra le altre politiche pubbliche nella gestione non più solo di crisi di

⁷² Per una rassegna, D. Gerard, *Managing the Financial Crisis in Europe: Why Competition Law is Part of the Solution, Not of the Problem*, in *Glob. Comp. Review*, 2008; C. Rabitti Bedogni, *L'impatto*, cit., 12; F. Ghezzi, L. Zoboli, cit., 625 ss.

⁷³ M. Merola, *La politica degli aiuti di stato nel contesto della crisi economico finanziaria, ruolo e prospettive di riforma in Mercati e banche nella crisi: regole di concorrenza e aiuti di stato*, Università di Pisa, 2012, Collana del dipartimento di istituzioni impresa e mercato "A. Cerrai", 226 ss.

⁷⁴ V. Giglio, *Crisi finanziaria e aiuti di stato alle banche in difficoltà*, in *La "modernizzazione"*, cit., 133. Analogamente B. Jan Drijber, L. Burtnester, *Competition Law in a Crashed Economy*, 578; in tal senso anche M. Passalacqua, *Aiuti di stato al settore finanziario nell'amministrazione dell'emergenza*, in *Mercati e banche nella crisi*, a cura di G. Colombini, M. Passalacqua, 248; M. Merola, N. Pesaresi, *La crisi delle imprese e il diritto dell'Unione europea in materia di aiuti: cenni storici, tendenze e prospettive*, in F. Bonelli (a cura di), *Crisi di imprese: casi e materiali*, Milano, 2011, 371 ss.

singole imprese, di specifiche categorie o regioni economiche, ma di emergenze sistemiche più generali.

Su questo sostrato si radica dunque la riforma per la «modernizzazione del controllo degli aiuti di stato» dell'UE. Nella Comunicazione dell'8 maggio 2012, la Commissione ha enunciato gli obiettivi che devono orientare l'attività di controllo: anzitutto, si è inteso promuovere una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva in un mercato interno rafforzato, dinamico e competitivo. Questo obiettivo si è concretizzato nell'incentivazione di aiuti c.d. "buoni" – vale a dire misure di sostegno dirette a fronteggiare carenze del mercato mirate, con i minori effetti distorsivi possibili –, e nel ripensamento degli orientamenti tradizionali accolti in sede di valutazione degli stessi, al fine di cogliere le reali disfunzioni del mercato, le conseguenze negative degli interventi pubblici e il loro impatto complessivo. In secondo luogo, si evidenzia un cambio di passo nella individuazione delle priorità della Commissione che se, per un verso, l'ha portata a concentrare il controllo *ex ante* solo sulle operazioni di maggiore impatto sul mercato interno; parallelamente, l'ha indotta a semplificare il procedimento di analisi dei casi a carattere più locale e con effetti più modesti sugli scambi, responsabilizzando così gli Stati nella definizione e attuazione di tali strumenti.

Quanto alla politica *antitrust* adottata a seguito della crisi finanziaria⁷⁵, come delineato nella dichiarazione di ottobre 2008⁷⁶, essa risulta coerente con le regole e le prassi esistenti, che non sono state modificate, né è stato allentato il loro rigore. La Commissione ha risposto all'emergenza con maggiore flessibilità rispetto al passato, mediante uno snellimento delle procedure e un'accelerazione delle tempistiche di decisione, riconoscendo priorità a quei settori più rilevanti per la crescita della produttività. Questa connotazione del resto sembra pervadere tutti quanti gli ambiti della disciplina *antitrust*: in relazione alle concentrazioni, sul presupposto che il Regolamento Ce del 2004 offrisse un armamentario adeguato a fronteggiare la crisi, la Commissione ha adottato un approccio più elastico, autorizzando le operazioni notificate dagli Stati membri in tempi molto più rapidi del consueto e dimostrandosi più aperta nel concedere deroghe al regime sospensivo e nell'identificare circostanze eccezionali⁷⁷. Nei rari casi in cui ha applicato la c.d. *failing firm defence* (tra il 2008 e il 2012 se ne contano solo due), ha agito nel senso di non ostacolare inutilmente quelle operazioni che non minavano la concorrenza, tenuto conto, tra l'altro, della necessità di consolidare il settore finanziario in crisi. Analogamente, ritenendo che non ci fosse alcuna

⁷⁵ M. Reynolds, S. Macrory, M. Chowdhury, *EU Competition Policy in the Financial Crisis: Extraordinary Measures*, in *Fordham Int. Law Journal*, 2011.

⁷⁶ *Declaration on a Concerted European Action Plan of the Euro Area Countries*, ottobre 2008, in ec.europa.eu/economy_finance/publication13260_en.pdf.

⁷⁷ Cfr. ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf.

ragione perché le circostanze indotte dalla crisi condizionassero la determinazione con cui perseguire le intese restrittive, allentandone il rigore, la Commissione ha confermato la necessità di punire le pratiche collusive, pur adottando una certa flessibilità in sede di *enforcement* delle regole procedurali, in particolare favorendo programmi di clemenza (c.d. *leniency programs*). Infine, con specifico riguardo ai cartelli di crisi, tanto la Corte di Giustizia⁷⁸, quanto la Commissione hanno continuato a condannare fermamente le condotte anti-competitive, ribadendo che non potessero essere giustificate nemmeno in caso di recessione, fatti salvi gli accordi volti a razionalizzare la produzione, per eccesso di capacità produttiva, ma alla condizione che dagli stessi fossero derivati effetti benefici per il mercato, non raggiungibili altrimenti.

3.2. *Le più recenti misure adottate a seguito della pandemia sanitaria e della crisi energetica in ambito europeo (tra adattamento di strumenti esistenti e novità)*

Tra le misure a sostegno dell'economia dell'UE e degli Stati membri, adottate nel contesto della crisi economica, innescata dalla pandemia sanitaria e di recente esacerbata dalla crisi energetica, si annoverano, anzitutto, le deroghe alle libertà fondamentali⁷⁹, in tema di diritto di impresa (es. proroga delle concessioni senza gara) e di circolazione delle merci (es. divieto di restrizioni quantitative alle esportazioni, se giustificate da motivi umanitari o al fine sopperire alla penuria di medicinali e di dispositivi medici essenziali). Queste ultime misure, in particolare, sono state utilizzate come tecniche di "accorciamento delle *supply chain*", per assicurare le forniture necessarie ai sistemi sanitari in emergenza, per calmierare il prezzo dell'energia e sono assimilabili, per certi versi, agli aiuti di stato. L'eccezionalità della loro previsione trova giustificazione nell'intento di scongiurare che l'intrinseca componente protezionistica che le caratterizza possa essere veicolo di distorsioni della concorrenza, favorendo talune imprese degli Stati membri.

In merito al regime degli aiuti in deroga alla disciplina ordinaria – che trovano legittimazione nell'art. 107 TFUE e, più precisamente, nel par. 2, lett. *b*) e nel par. 3, lett. *b*) (già richiamato nel 2012) – la Commissione europea ha adottato il *Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak*, del 19 marzo 2020, più volte prorogato con modifiche

⁷⁸ Corte di Giustizia UE, *Competition Authority c. Beef*, 20 novembre 2008, C-209/07.

⁷⁹ Comunicazione della Commissione «*Risposta economica coordinata all'emergenza Covid 19*», 13 marzo 2020.

fino alla sua scadenza, fissata al 30 giugno 2022⁸⁰. Questa previsione non sostituisce, ma concorre a integrare gli strumenti di intervento pubblico, consentiti in via ordinaria sulla base delle norme vigenti, con altre cinque categorie di aiuti più flessibili, finalizzati a garantire la liquidità e l'accesso ai finanziamenti per le imprese colpite dalla pandemia⁸¹. La Commissione ha definito, poi, le condizioni di compatibilità da applicare a tali tipi di aiuti nel contesto pandemico. Spetta, infatti, agli Stati membri dimostrare che le misure notificate alla Commissione siano necessarie, adeguate e proporzionate e che siano state pienamente rispettate tutte le condizioni previste nella Comunicazione stessa.

Il medesimo approccio flessibile adottato dalla Commissione per far fronte alla crisi derivata dalla pandemia sanitaria è stato riproposto con il nuovo e ulteriore *Quadro temporaneo di crisi per misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia a seguito dell'aggressione della Russia contro l'Ucraina* del 24 marzo 2022, per consentire agli Stati membri di sostenere le imprese e i settori duramente colpiti dalla crisi energetica, limitatamente ad alcune tipologie di aiuti, inerenti alla realizzazione degli obiettivi di sviluppo delle fonti rinnovabili e alla decarbonizzazione del sistema industriale⁸².

Per quanto riguarda poi la normativa *antitrust*, i passaggi principali sono contenuti nelle dichiarazioni dell'*European competition network* (ECN), dell'*International competition network* (ICN), oltre che nel *Quadro temporaneo* della Commissione⁸³. Questi documenti sono accomunati dall'intento di rafforzare progetti di cooperazione tra Stati membri, diretti a fronteggiare la carenza di prodotti e di servizi essenziali per combattere il COVID-19; ma, al contempo, dalla persistente esigenza che le autorità *antitrust* continuino a vigilare «*against anti-competitive mergers or conduct during this crisis*», sul presupposto che – anche in fase di crisi economica – l'obiettivo perseguito dalle regole di concorrenza, «*to ensure a level playing field between companies, remains relevant*» e, di conseguenza, esse non

⁸⁰ Tra le più recenti modifiche, cfr. il sesto emendamento del 18 novembre 2021 che, per l'ultima volta, ha prorogato le misure fino al 30 giugno 2022 (alcune fino a dicembre 2023) e ha definito, nel contempo, un percorso per la graduale eliminazione degli aiuti legati alla crisi alla luce della ripresa in corso dell'economia europea.

⁸¹ Più precisamente, sono previste misure sotto forma di: 1) aiuti di importo limitato, quali sovvenzioni dirette, agevolazioni fiscali selettive e acconti alle imprese; 2) garanzie statali sui prestiti; 3) tassi di interesse agevolati per i prestiti; 4) garanzie e prestiti agevolati, in particolare per le piccole e medie imprese, veicolati tramite enti creditizi o altri enti finanziari; oltre che 5) maggiore flessibilità nell'assicurazione del credito all'esportazione a breve termine.

⁸² Cfr. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022XC0324\(10\)&from=IT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022XC0324(10)&from=IT).

⁸³ Cfr. *Join statement by the ECN on application of competition law during the Corona crisis*, 23 marzo 2020; *ICN Steering Group Statement: Competition during and after the COVID-19 Pandemic*, 8 aprile 2020; Comunicazione della Commissione, C116/2020, 8 aprile 2020, revocata il 3 ottobre 2022 per il miglioramento della situazione sanitaria in Europa.

esiteranno «*to take action against companies taking advantage of the current situation by cartelising or abusing their dominant position*».

La Commissione, con la Comunicazione dell'8 aprile 2020, revocata il 3 ottobre 2022 per il miglioramento della situazione sanitaria in Europa e sostituita dalla nuova Comunicazione sugli orientamenti informali⁸⁴, sembra dunque superare l'approccio restrittivo mantenuto in passato, mostrando una decisa apertura verso forme di coordinamento non consentite in "tempi normali", ma che sono ritenute ammissibili in situazioni di crisi, pur se a certe condizioni⁸⁵. Le previsioni più recenti, infatti, rispondono all'esigenza di reagire in modo rapido ed efficiente alla crisi, mediante misure ancora più flessibili, limitate *ratione temporis*, ovvero parametricate alla durata della situazione sanitaria (temporaneità) e strettamente necessarie a perseguire gli obiettivi prefissati (necessità e proporzionalità). Per quanto riguarda, poi, il profilo procedimentale, è stata reintrodotta una procedura eccezionale già sperimentata in passato dalla Commissione che, a propria discrezione, può fornire indicazioni, orientamenti e suggerimenti alle imprese e alle associazioni di categoria in merito alla compatibilità degli accordi, fornendo loro orientamenti informali (lettere di orientamento), così come assicurazioni di conformità *ad hoc* (c.d. *comfort letters*)⁸⁶.

Deve, invece, ritenersi invariato il rigore con il quale la Commissione combatte i cartelli, sia quando volti a sfruttare la situazione di crisi per aumentare i prezzi, sia quando vengono prospettati come cartelli "difensivi". Non pare intravedersi, infatti, alcuna indulgenza nei confronti dei c.d. "cartelli di crisi". Similmente inalterato è lo *standard* utilizzato dalla Commissione in sede di controllo delle concentrazioni. A questo riguardo, tuttavia, più di una voce in dottrina ha auspicato l'adozione di un approccio rigoroso, ma più flessibile nei confronti di tali operazioni, per contenere le conseguenze della crisi economica, in ragione del fatto che, molto probabilmente, diversamente da quella dello scorso decennio, quest'ultima avrà ripercussioni settorialmente differenziate sui mercati⁸⁷.

In questo frangente, come si vedrà, la sfida per la politica della concorrenza si gioca pertanto in un contesto di necessaria cooperazione con altre politiche

⁸⁴ Recente è la nuova Comunicazione sull'orientamento informale che introduce un approccio ancora più flessibile, cfr. https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2022-10/coronavirus_informal_guidance_notice_antitrust_2022.pdf.

⁸⁵ Solo se indispensabili, di natura temporanea, strettamente necessarie al raggiungimento dell'obiettivo di aumentare la produzione e far fronte alla carenza di prodotti o servizi essenziali.

⁸⁶ Con questo *escamotage* la Commissione intende evitare i potenziali rischi derivanti dagli accordi di cooperazione, in assenza di un obbligo di notificazione per le imprese, come previsto dal Regolamento (CE) n. 1/2003.

⁸⁷ In questi termini, F. Ghezzi, L. Zoboli, cit., 625 ss.; C. Buzzacchi, *Aiuti*, cit. *Contra*, F. Costa-Cabral, L. Hancher, G. Monti, A. Ruiz Feases, *EU Competition*, cit.

pubbliche “selettive”⁸⁸ e sul terreno di un’imprescindibile riorganizzazione pro-competitiva di alcuni settori produttivi, attraverso un utilizzo ampio degli aiuti di stato e un metodo rigoroso, ma flessibile, in sede di controllo delle concentrazioni, per evitare il fallimento di imprese “sane” nei settori più colpiti dalla crisi.

4. *Osservazioni generali sulla modulazione delle politiche di concorrenza in tempo di crisi: la condizionalità delle deroghe ai divieti di aiuti di stato e il perdurante rigore delle misure antitrust per fronteggiare la crisi economica nel breve periodo*

Le misure adottate a partire dalla crisi del 2008 riflettono uno stadio più maturo di evoluzione delle politiche europee di concorrenza. Se la gravità della crisi finanziaria ha giustificato ampi interventi di sostegno pubblico alle banche, al fine di impedire che una recessione generalizzata potesse investire anche altri settori economici, al contempo la Commissione si è mossa disincentivando istanze di sospensione delle regole *antitrust* da cui potessero derivare fenomeni distorsivi della concorrenza. In relazione al regime degli aiuti, ha sancito che le misure concesse dagli Stati membri fossero proporzionate e temporanee, prevedendo condizioni di rapida uscita della partecipazione pubblica dal capitale, al fine di agevolare la fase di ritorno alla normalità del mercato⁸⁹. Quanto al diritto *antitrust*, l’attivismo della Commissione nel darvi applicazione sembra non aver scontato alcuna sospensione⁹⁰. In particolare, in tema di intese, se generalmente si registra una propensione a punire severamente i cartelli, in tempo di crisi questa tendenza sembra essersi addirittura rafforzata. L’unico allentamento riguarda la possibilità per le imprese di invocare una mitigazione delle sanzioni. Analogamente, in tema di concentrazioni, se i controlli da parte della Commissione si mantengono rigidi, durante la crisi più recente si è assistito ad una frequente loro anticipazione già in fase di esame dell’operazione, oltre alla tendenza a servirsi sempre più spesso di meccanismi di risoluzione consensuale delle controversie, mediante impegni e transazioni.

Fatte salve le temporanee aperture in materia di aiuti di stato, dunque, le politiche europee *antitrust* sembrano essersi orientate nel senso di una sostanziale continuità con i consolidati principi generali in materia di *enforcement* della concorrenza, a dimostrazione che tale normativa – fissando regole coerenti e chiare,

⁸⁸ Cfr. F. Momigliano (a cura di), *Le leggi della politica industriale*, Bologna, 1986, per la distinzione tra politiche pubbliche selettive “neutrali” e “inconsapevoli”.

⁸⁹ F. Sciaudone, *Gli aiuti di stato tra regolamentazione “orizzontale” e crisi dei mercati: il ruolo della Commissione*, 139 ss.

⁹⁰ Per un approfondimento sulle misure adottate, M. Libertini, cit., 1 ss.

per le imprese e per gli Stati, che ne favoriscono la prevedibilità e, quindi, l'efficienza e la competitività – già disporrebbe di strumenti adeguati a fronteggiare la crisi e, allo stesso tempo, a evitare che dalle operazioni di salvataggio possano derivare restrizioni anti-competitive non giustificate, a danno dei concorrenti e dei consumatori⁹¹. L'approccio mantenuto dalla Commissione pare dunque mosso dall'esigenza di trovare un punto di equilibrio tra la perdurante necessità di condannare fermamente condotte anticoncorrenziali e l'urgenza di incrementare tanto la certezza, quanto la rapidità dei procedimenti, nell'intento di sfruttare la flessibilità offerta dalle regole esistenti, garantendone comunque la sostenibilità⁹².

Queste considerazioni, come anticipato, rivelano un profondo cambiamento nell'approccio della Commissione e come il suo ruolo si sia evoluto e adattato in tempi di crisi⁹³, passando da una funzione para-giurisdizionale e tecnico-amministrativa ad una di indirizzo politico. Una prima avvisaglia di questo mutamento è rinvenibile probabilmente già in quella parentesi della crisi siderurgica degli anni Settanta, di cui si è fatto cenno, che aveva indotto la Commissione a limitare e indirizzare l'azione dei vari governi nazionali, esercitando quindi un ruolo politico di primo piano⁹⁴. Tale processo di rinnovamento è proseguito poi nel corso del 2012⁹⁵ e sembrerebbe essersi intensificato in occasione della pandemia sanitaria, in una fase del tutto singolare, in cui l'Unione europea si è trovata a dover gestire la più grave situazione di crisi economica di tutti i tempi dal secondo dopoguerra ad oggi e, al tempo stesso, a conciliare l'esigenza di una condivisione sempre più ampia delle politiche economiche nazionali con la necessità di garantire livelli aggregati di spesa pubblica più efficienti e sostenibili.

Indubbiamente, la scelta della Commissione di venire in soccorso alle economie europee in difficoltà, assicurando una risposta efficace e tempestiva alla situazione di crisi in cui versavano le imprese nazionali, ha permesso agli Stati membri di evitare il tracollo, realizzando nel breve periodo una strategia comune di fuoriuscita dalla crisi⁹⁶. Tuttavia, resta da valutare, da un lato, se questo approccio più flessibile possa rappresentare, in un'ottica di lungo periodo, il primo passo nella direzione di un "governo europeo dell'economia", restituendo agli Stati membri un'Istituzione sovranazionale che non si limiti alla sola difesa dell'e-

⁹¹ Olivieri-Pezzoli, cit., 125

⁹² D. Gerard, *The Financial Crisis, three lessons for antitrust*, 24 novembre 2010, Kluwer Competition Law Blog.

⁹³ In proposito, M. Merola, N. Pesaresi, *La crisi*, cit., 367 ss.;

⁹⁴ In questa circostanza la Commissione aveva prospettato ai governi nazionali un principio inderogabile: «non si possono distruggere risorse lasciando artificialmente in vita con aiuti *ad hoc* imprese non sostenibili dal punto di vista economico, neanche per un motivo nobile quale quello di evitare l'aumento dei disoccupati».

⁹⁵ Con riferimento alla crisi del 2008, più in generale, S. Screpanti, *La dimensione ultrastatale delle autorità indipendenti: i "sistemi comuni" europei e globali*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, 5, 913 ss.

⁹⁶ C. Buzzacchi, *Aiuti*, cit., 77 ss.

quilibrio concorrenziale raggiunto nei singoli settori economici, ma che coordini anche le politiche nazionali, acquistando finalmente la fisionomia di un sistema a “vigilanza accentrata”⁹⁷. E, d’altro canto, se questo ammorbidimento del tradizionale approccio della Commissione non faccia presagire la necessità di una nuova riforma della normativa sugli aiuti di stato e del rigore dell’*antitrust enforcement* europeo che, secondo taluni, come visto, sarebbe responsabile del rallentamento della ripresa economica degli Stati membri in questi ultimi anni⁹⁸. Considerazione quest’ultima che appare in qualche modo paradossale: se questi timori fossero fondati, dovrebbe discenderne la domanda di un maggior intervento pubblico che, con l’ausilio di altre politiche pubbliche, attenui i costi sociali per le imprese e ne accompagni l’uscita dal mercato e non, invece, come si legge, l’esortazione ad un allentamento duraturo della politica *antitrust*⁹⁹.

5. *Il riflesso delle misure anticrisi nel medio-lungo periodo: approfittare della crisi per un ripensamento delle politiche di concorrenza?*

Le numerose riforme del diritto UE della concorrenza susseguitesi finora comprovano che l’esigenza di una sua modifica strutturale fosse sentita da tempo¹⁰⁰. La congiuntura economica conseguente ai crolli finanziari del 2008, alla pandemia sanitaria da COVID-19 e alla crisi energetica per la guerra della Russia in Ucraina ha posto ulteriormente in evidenza criticità già emerse in passato, che le politiche esistenti fino a questo momento non sono state in grado di fronteggiare efficacemente, ma che, per certi versi, forse hanno anche esacerbato¹⁰¹. In questo senso, una situazione di crisi è uno *stress test* che consente di saggiare la bontà di una misura, se portata alle sue estreme conseguenze: è proprio sotto questa lente, allora, che saranno riconsiderate in chiave critica le più recenti disposizioni adottate dalla Commissione e dagli Stati membri in conseguenza della crisi, quale spunto per una loro rivisitazione.

Sul piano nazionale, pare emergere un’eccessiva frammentazione dell’applicazione della disciplina della concorrenza a livello decentrato. Le risposte degli Stati membri alla crisi più recente hanno evidenziato un moltiplicarsi di attori chiamati a darvi applicazione, dal quale spesso sono derivate procedure non sem-

⁹⁷ Ancora, C. Buzzacchi, *op. cit.*, 77 ss.

⁹⁸ L. Vitzilaiou, *Crisis Cartels, for better or for worse?*, SSRN 1800732.

⁹⁹ L. Berti, A. Pezzoli, *Le stagioni dell’antitrust: Dalla tutela della concorrenza alla tutela del consumatore*, 2010; A. Pezzoli, *La politica*, cit., 152 ss.

¹⁰⁰ Così, C. Buzzacchi, *op. cit.*, 77 ss.; analogamente, M. Merola, *La politica*, cit., 232.

¹⁰¹ Indicativo il *revirement* della Commissione che, se in un primo momento di aiuti “straordinari”, aveva allentato il rigore della propria vigilanza; in una seconda fase, ha reimpostato il consueto rigido controllo sugli aiuti di stato.

pre chiare; una non perfetta coerenza tra il suo *enforcement* accentrato e decentrato¹⁰²; un florilegio di norme e stratificazioni giurisprudenziali che si riflettono sulla tenuta del sistema nel suo complesso, a detrimento della certezza del diritto e della sua effettività¹⁰³. Soprattutto durante la fase di *lockdown*, per limitare la diffusione della pandemia, le autorità *antitrust* dei principali Stati UE sono intervenute con misure eterogenee, influenzando in modo asimmetrico il funzionamento di molti mercati e settori industriali¹⁰⁴. La forbice si è allargata maggiormente in quegli ordinamenti in cui le autorità, approfittando della sospensione temporanea del meccanismo della notifica preventiva, hanno fatto largo uso della loro discrezionalità in sede istruttoria¹⁰⁵ per portare avanti politiche protezionistiche, dirette a promuovere i consumi derivanti dalla produzione di imprese locali (*buy local*)¹⁰⁶, la rinascita di filiere di produzione interamente nazionali, nonché la difesa delle imprese c.d. strategiche nazionali¹⁰⁷. Le proporzioni di questa divaricazione sono ancor più significative sul fronte delle concentrazioni. In questo frangente, le restrizioni agli spostamenti, sia per le imprese, sia per le stesse autorità, hanno di fatto reso più difficile, se non impossibile, lo svolgimento di attività istruttorie particolarmente complesse anche in tempi normali¹⁰⁸.

Queste osservazioni inducono a chiedersi se l'iniziale difetto di coordinamento tra UE e Stati membri¹⁰⁹, nel responsabilizzare questi ultimi in assenza di una risposta comune a livello centrale¹¹⁰, sia stato compensato dall'assunzione di un (inedito) ruolo di indirizzo in capo alla Commissione. Probabilmente, come evidenziato anche in dottrina, proprio l'allentamento del rigore in sede di valutazione

¹⁰² A questo proposito, F. Ghezzi, M. Botta, *Standard di valutazione, interessi nazionali ed operazioni di concentrazione in Europa e negli Stati membri, tra spinte centrifughe ed effetti di spill-over*, in *Rivista delle Società*, 2018, 1047 ss.; L.F. Pace, *L'evoluzione della tutela amministrativa della concorrenza nel diritto antitrust nazionale e comunitario* in *Dir. Un. Eur.*, 1999, 2, 355 ss.; M. Todino, *Le norme comunitarie di concorrenza nei poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. comm. internaz.*, 1998, 3, 751 ss.

¹⁰³ F. Ghezzi, L. Zoboli, *L'antitrust*, cit., 625 ss.

¹⁰⁴ Ancora, F. Ghezzi, L. Zoboli, *op. loc. cit.* che, a questo proposito, comparano le divergenti soluzioni adottate dalle autorità dei principali Stati membri in grado di generare disuguaglianze. Sempre su questo punto, anche J.B. Baker, S.C. Salop, *Antitrust, politica della concorrenza e disuguaglianze*, in *Merc. Conc. Regole*, 2016, 19 ss., che individuano una serie di approcci *antitrust* e di politica della concorrenza.

¹⁰⁵ O. Brook, *Priority-Setting as a double-Edged Sword: How Modernization Strengthened the Role of Public Policy*.

¹⁰⁶ F. Genny, *Economic resilience*, cit., (nt. 7), 18.

¹⁰⁷ Comunicazione della Commissione del 23 marzo 2020, *Guidance to the Member States concerning foreign direct investment and free movement of capital from third countries, and the protection of Europe strategic assets, ahead of the application of Regulation (EU) 2019/452 (FDI Screening Regulation)*.

¹⁰⁸ In proposito, si veda il comunicato della Commissione *Special Measures due to Coronavirus / Covid-19*, in cui più esplicitamente si invitano le imprese a ritardare le notifiche di concentrazioni «*until further notice, if possible*».

¹⁰⁹ Così Accademia dei Lincei, *La crisi Covid*, cit., 6 ss.

¹¹⁰ In assenza di un coordinamento a livello UE, con la sospensione del Patto di stabilità e il parziale allentamento del divieto di aiuti di stato alle imprese, la responsabilità e il costo di tali scelte sono accollati alle autorità nazionali.

degli aiuti di salvataggio delle imprese nazionali parrebbe costituire il primo passo dell'evoluzione del sistema UE verso un modello che, finalmente, coordini anche le politiche economiche nazionali, «nella misura in cui l'avallo delle scelte di sussidio proposte dagli Stati cessa di rappresentare la mera difesa dell'equilibrio concorrenziale di singoli settori, e acquista gradualmente la fisionomia di una vigilanza accentrata e di uno stimolo delle azioni degli Stati in funzione della crescita, dello sviluppo e della stabilità»¹¹¹. Nonostante questo primo segnale, la crisi ha evidenziato che l'architettura istituzionale dell'UE è ancora incompleta e necessita di un urgente assestamento, a partire proprio da quegli obiettivi di rafforzamento della cooperazione tra Stati membri in materia antitrust, contenuti nelle recenti dichiarazioni dell'ECN, dell'ICN, oltre che nel Quadro temporaneo della Commissione¹¹².

La crisi derivata dalla pandemia sanitaria mostra, in proposito, alcuni elementi di discontinuità rispetto al periodo 2008-2013¹¹³. Se fino a quel momento, a livello europeo, si è scelta la strada di una strategia competitiva basata principalmente su politiche di *austerità*, in un clima di competizione tra Paesi e di sostanziale sfiducia verso le Istituzioni UE che ha ostacolato di fatto soluzioni comuni e condivise; questa volta, il carattere “esogeno”¹¹⁴ di una crisi (solo di riflesso) economica potrebbe favorire la stabilizzazione di una strategia fondata sulla cooperazione in sede UE e internazionale. A differenza della crisi precedente, infatti, si è fatto largo uso di strumenti di coordinamento e di sostegno delle politiche fiscali nazionali, nonché di forme di collaborazione in ambito sanitario e della ricerca.

Proprio dal rafforzamento della cooperazione tra Stati membri potrebbe discendere allora la chiave delle *exit strategies* degli Stati membri nel medio-lungo periodo per uscire dalla crisi, al fine di scongiurare i possibili rischi derivanti da una cristallizzazione del *temporary framework* adottato dalla Commissione, mitigando così la necessità di misure riequilibratrici *ex post* e, più in generale, l'esigenza di dover controbilanciare gli inevitabili squilibri tra Stati membri. Le deroghe autorizzate nell'immediato dalla Commissione per far fronte all'urgenza della crisi, se normalizzate oltre l'emergenza, infatti, rischiano di produrre effetti negativi a lungo termine, distorcendo la concorrenza e accentuando ancora di più le disuguaglianze che la crisi ha già fatto emergere. La diversa capacità finanziaria e di bilancio di ciascuno Stato ha inciso fortemente sulla possibilità di stanziare finanziamenti e concedere aiuti in risposta alla crisi, con effetti più sfavorevoli soprat-

¹¹¹ Così, C. Buzzacchi, *Aiuti*, cit., 77 ss.

¹¹² Vedi note (86) e (87).

¹¹³ In questo senso, Accademia dei Lincei, *op. cit.*, 7-8 ss.

¹¹⁴ Perché generata in un ambito di tipo sanitario e, pertanto, estraneo alla gestione endogena delle economie nazionali.

tutto per quei Paesi in cui il bilanciamento tra tutela della salute e ripresa economica si è tradotto in una dannosa *race to the bottom*¹¹⁵.

In questo senso, dunque, un consolidamento del coordinamento in materia di politica industriale tra l'UE e i governi dei Paesi membri (già previsto dall'art. 173 TFUE), che si armonizzi con la politica *antitrust*¹¹⁶, potrebbe riverberarsi in termini positivi non soltanto per la tenuta del sistema nel suo complesso, evitando interventi sconsiderati a livello nazionale, ma anche per prevenire il rischio – tanto più urgente nei momenti di crisi, in cui la politica industriale sembra essere più in voga delle impopolari misure *antitrust*¹¹⁷ –, di un conflitto con la disciplina della concorrenza¹¹⁸.

Passando poi ad esaminare le misure adottate in tempo di crisi da una prospettiva sovranazionale, emerge che le deroghe in materia di aiuti di stato e, in particolare, l'allentamento della loro rigorosa prassi applicativa, la quale nei decenni passati aveva reso difficile per gli Stati membri portare avanti politiche di sostegno ai vari settori produttivi, hanno contribuito a disincentivare comportamenti spesso scorretti e poco trasparenti da parte dei governi nel sottoporre talune linee di finanziamento al vaglio della Commissione, al fine di sottrarle a possibili bocciature¹¹⁹. Il graduale superamento della crisi economica e finanziaria ripropone, dunque, la questione se tale morbido approccio mantenuto dalla Commissione vada implementato oppure abbandonato, in favore di rinnovate modalità di controllo su sussidi e agevolazioni statali¹²⁰. In questo senso, le deroghe alla disciplina degli aiuti di stato accordate dalla Commissione in occasione della crisi, se nel breve periodo le hanno consentito di soddisfare la richiesta di provvedimenti tempestivi e urgenti, in un contesto in cui mancava una procedura apposita per fronteggiare situazioni di crisi sistemica; nel medio-lungo periodo potrebbero rappresentare il volano per una futura revisione del quadro delle competenze dell'UE che valorizzi il ruolo assunto dalla Commissione nel frangente della crisi, ma soprattutto per una rivisitazione della sua funzione¹²¹.

¹¹⁵ Per un'analisi accurata dei dati relativi alle politiche adottate a detrimento dei propri sistemi sanitari da parte di alcuni Stati membri, cfr. OECD/European Union (2022), *Health at a Glance: Europe 2022: State of Health in the EU Cycle*, Paris, <https://doi.org/10.1787/507433b0-en>.

¹¹⁶ In proposito, si veda la Risoluzione del Parlamento UE del 17 aprile 2020 sull'azione coordinata dell'UE per lottare contro la pandemia di COVID-19 e l'invito del 25 novembre 2020 rivolto alla Commissione a presentare una strategia industriale riveduta.

¹¹⁷ G. Colangelo, G. Martini, *Le politiche*, cit., 122 ss.

¹¹⁸ Ancora G. Colangelo, G. Martini, *op. cit.*, 122 ss.

¹¹⁹ Così, C. Schepisi, *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di stato secondo l'Action Plan della Commissione europea: un primo bilancio*, in *La "modernizzazione"*, cit., 18 ss.

¹²⁰ C. Buzzacchi, cit., 77 e ss.; anche G. Biagioni, *Le novità della Commissione in materia di miglioramento e semplificazione delle procedure di notifica e controllo sugli aiuti di stato*, in C. Schepisi, cit., 80 ss.

¹²¹ Così anche C. Buzzacchi, *op. loc. cit.*

Anche in relazione alle misure *antitrust*, come anticipato, il superamento dell'approccio tradizionale da parte della Commissione ha favorito una concorrenza più dinamica e procedure più trasparenti, indispensabili in tempo di crisi¹²². In questo ambito, l'aumento del ricorso a strumenti di risoluzione consensuale delle controversie se, per un verso, ha mitigato le negative ricadute economiche per le imprese, per effetto della maggiore speditezza ed efficienza dello strumento; d'altro canto, ne ha messo in luce i potenziali *deficit*, derivanti dalla mancanza di trasparenza e dal limitato valore di precedente per controversie simili e future¹²³.

La crisi economica in definitiva sembra sollecitare, nel lungo periodo, un ripensamento complessivo delle politiche *antitrust*, fino a questo momento frammentate più in una dimensione nazionale¹²⁴. È mancata, finora, una visione globale dei mercati e della concorrenza tra grandi multinazionali e ancora sottostimata è la presenza delle imprese UE nelle *international supply chain*, pur essendo sempre più urgente la necessità di assicurare prodotti su scala europea/globale.

In questo scenario, una decisa attività di tutela e promozione della concorrenza pare essenziale per la ripresa economica: se, per un verso, occorre monitorare le attività di cooperazione autorizzate fino a questo momento¹²⁵; d'altra parte, è evidente che, in tempi di crisi, interventi *ex post* corrono il rischio di risultare tardivi e poco efficaci. Di conseguenza, è auspicabile che le autorità *antitrust* giochino d'anticipo, con misure di prevenzione e sensibilizzazione per le imprese, intese a stimolare una sana cooperazione che argini così sul nascere condotte collusive o predatorie¹²⁶, oltre che con un'intensa attività di *advocacy* indirizzata agli Stati, affinché non si introducano artificialmente ulteriori distorsioni o restrizioni della concorrenza e barriere all'entrata¹²⁷.

In definitiva, allora, un ripensamento delle politiche di concorrenza dovrebbe procedere in due direzioni: da un lato, incentivando la capacità della Commissione e delle autorità *antitrust* nazionali di applicare in modo flessibile la normativa sulla concorrenza, riadattando strumenti già esistenti, qualora si siano rivelati efficaci durante la crisi; dall'altro, procedendo, ove necessario, ad una revisione delle regole sulla concorrenza, attraverso l'introduzione di nuovi strumenti a tutela delle imprese europee che accelerino l'adeguamento del mercato ai cam-

¹²² In proposito, si vedano le considerazioni svolte *supra*, par. 2 e 3.1.

¹²³ Senza trascurare il problema dei c.d. "*patent settlements*" (brevetti in scadenza nel settore farmaceutico) e dei c.d. "*pay for delay settlements*" (transazioni finalizzate a ritardare o impedire l'accesso sul mercato dei farmaci generici).

¹²⁴ F. Ghezzi, L. Zoboli, *L'antitrust*, cit., 625 ss.

¹²⁵ Il rischio riguarda possibili attività collusive al di fuori degli accordi di cooperazione autorizzati dalla Commissione.

¹²⁶ Per una rassegna, G.S. Cary et al., *Exploitative abuses, price gouging & COVID-19: the cases pursued by EU and national competition authorities*, in *e-Competitions*, Concurrence, 2020; S. O'KEefe, *Competition Policy in a time of Corona. "Primum non nocere"*, in *Concurrences*, 2020, 2, 94 ss.

¹²⁷ Oecd, *Covid-19: Competition policy actions for governments and competition authorities*, in www.oecd.org.

biamenti indotti dai settori digitali e tecnologici, ma che, al contempo, garantiscano il rispetto delle regole di leale concorrenza anche da parte dei grandi colossi internazionali. Un bilanciamento di questo tipo, tra istanze di allentamento *vs.* di revisione del modello vigente, è quantomai necessario per la ripresa economica, ove si consideri che la prima opzione, seppure allettante – nel breve periodo – per le imprese in difficoltà, porta con sé il rischio di addossare sugli altri operatori economici e sui contribuenti gli effetti negativi – di lungo periodo – discendenti da una normalizzazione dell'intervento pubblico a sostegno di settori in crisi, in termini di sterilizzazione della concorrenza, devitalizzazione degli incentivi economici, costi sociali e cambiamenti permanenti nella struttura del mercato¹²⁸.

6. *I fattori che devono orientare l'Unione europea e gli Stati membri nella revisione delle politiche di concorrenza, in un'ottica di rilegittimazione dell'intervento pubblico nell'economia e di ripensamento del diritto antitrust*

La revisione delle politiche di concorrenza deve misurarsi con una serie di fattori, derivati della crisi economica che, come si vedrà nei paragrafi successivi, impattano fortemente sull'assetto attuale e futuro del mercato unico e sul ruolo dello Stato nel fronteggiare l'emergenza e le sfide di medio-lungo periodo. In questo senso, il forte turbamento causato dalla pandemia sanitaria, per certi versi, ha messo in discussione l'ideologica contrapposizione tra mercato e intervento pubblico, oltre che la tradizionale incomunicabilità tra politiche *antitrust* e politiche industriali.

Dall'esperienza delle crisi del passato, se confrontate con quella in corso, sembra emergere la necessità di riconsiderare l'assetto finora consolidato in una prospettiva di rilegittimazione dell'intervento pubblico che non riproponga lo schema usuale dei momenti di "normalità", ma che riconosca l'applicazione rigorosa della disciplina della concorrenza come uno strumento indispensabile per la ripresa economica, a beneficio dei consumatori, della produttività, dell'innovazione e della crescita¹²⁹.

In questa prospettiva, le sfide che attendono il mercato UE, in termini di digitalizzazione e *green economy*, impongono alla Commissione e alle autorità *antitrust* nazionali una seria riflessione sull'adeguatezza della strumentazione di cui dispongono e sulla necessità di un approccio coordinato, che coniughi le politiche di concorrenza con altre politiche pubbliche *market friendly*, quali la tutela del consumatore e della *privacy*, la politica fiscale, oltre che con una politica indu-

¹²⁸ J. Fingleton, cit., 12; F. Ghezzi, L. Zoboli, cit., 625 ss.

¹²⁹ In questo senso, anche E. Fox, *Antitrust*, cit., 2 e 4.

storiale coerente con gli scenari che caratterizzeranno i mercati una volta esaurita l'emergenza sanitaria ed energetica¹³⁰.

6.1. *Le ricadute sul binomio Stato-mercato: un equilibrio qualitativamente differente. Lo Stato "Manager"*

Un primo elemento di cui è necessario tenere conto riguarda il binomio Stato-mercato e il rinnovato equilibrio che tende oggi a legare i due termini della relazione: non più in una dimensione quantitativa, ma qualitativa.

In questa prospettiva, l'intervento dello Stato nell'economia non deve esaurirsi nel soccorrere le imprese nazionali, con politiche di massiccio sostegno alla liquidità e con risorse pubbliche date a pioggia¹³¹, ma deve fondarsi su misure mirate, di indirizzo delle strategie di riforma dei mercati, che orientino gli *stakeholder* verso un utilizzo più efficiente delle (scarse) risorse pubbliche, in un'ottica di innovazione e di transizione climatica, ecologica e digitale.

Questa evoluzione dovrebbe portare a riflettere, di conseguenza, non tanto sul margine di azione che debba essere riconosciuto allo Stato nell'economia post-COVID19, secondo la tradizionale contrapposizione "più Stato-meno mercato/più mercato-meno Stato"; ma, piuttosto, su *come* esso possa intervenire per plasmare i mercati, in una prospettiva di rilegittimazione dell'intervento pubblico nel segno dell'innovazione e della solidarietà/equità. Le *exit strategies* elaborate dagli Stati membri nei *Piani nazionali di resistenza e resilienza* (PNRR), così come del resto anche nel *Quadro finanziario pluriennale* (QFP 2021-2027), rafforzato dal piano europeo *NextGenerationEU* (NGEU), sono intese a rendere le economie dei Paesi europei più sostenibili, resilienti e preparate alle sfide presenti e future e alle opportunità della transizione verde e della digitalizzazione, spostando il baricentro del binomio Stato-mercato da una tradizionale dimensione quantitativa dell'ingerenza pubblica nelle dinamiche di mercato (*quantum*), ad una prospettiva qualitativa (*quomodo*). Prospettiva che, appunto, superi l'ideologia del passato, sostituendo alla coppia "più Stato/meno mercato", una visione qualitativa dello Stato, che si potrebbe definire di "indirizzo strategico", uno Stato "*Manager*" che

¹³⁰ F. Ghezzi, L. Zoboli, *op. cit.*, 625 ss.; su questo profilo già nel 2009, P. Lowe, *Competition Policy and the Global Economic Crisis*, in *CPI*, 2009, vol. 5, n. 2, 22 ss.

¹³¹ In questo senso, si veda il rapporto del gruppo G30 sulla ristrutturazione delle imprese dopo la pandemia, in group30.org/images/uploads/publications/G30_Reviving_and_Restructuring_the_Corporate_Sector_Post_Covid.pdf.

intervenga a conformare, rimodellare il mercato, orientandolo verso obiettivi di sviluppo sostenibile, innovativo, etico¹³².

6.2. *Il ruolo proattivo dello Stato “Manager”: euro-integrato, innovatore e di indirizzo strategico, e la sua capacità di catalizzare e canalizzare gli investimenti privati, in un’ottica rinnovata di sussidiarietà c.d. orizzontale*

I limiti che caratterizzano la disciplina della concorrenza, rimarcati dalle crisi, dovrebbero costituire lo spunto per il completamento del progetto di integrazione europea. In questo senso, il passaggio da un approccio frammentario – in cui ciascuno Stato adotta le misure economiche che ritiene più vantaggiose per le imprese nazionali, in un’ottica meramente interna, che, come si è visto, si sono spesso tradotte in una corsa al ribasso, a detrimento della salute collettiva e, più in generale, in una negativa concorrenza tra Stati – a un’impostazione sistematica e unitaria – di maggiore integrazione economica –, potrebbe valorizzare le attribuzioni delle Istituzioni UE in termini di indirizzo/governo delle economie degli Stati membri, pur se nel rispetto delle prerogative nazionali.

Un intervento coordinato a livello UE consentirebbe, infatti, di limitare le distorsioni della concorrenza nei mercati dei singoli Stati membri a beneficio delle imprese stabilite in quelli più “permissivi” e, con esse, le ricadute sul *level playing field* del mercato unico. Il coordinamento delle politiche nazionali favorirebbe, più in generale, il consolidarsi di quella logica cooperativa – più che competitiva – che già caratterizza in questo ambito alcuni rapporti tra autorità: si pensi alla rete europea *antitrust* (ECN); o alle cooperazioni tra imprese europee in ambiti strategici (es. l’asse franco-tedesco e italiano sulla cantieristica navale; l’EU *battery alliance*; le strategie comuni nel settore dell’idrogeno), finalizzate a creare settori forti, in grado di competere con i mercati asiatici.

Ed è proprio in questa logica che, in occasione della Conferenza COP27, di novembre 2022¹³³, a conferma di quanto già deciso durante la Conferenza COP26 dell’anno precedente¹³⁴, si è invocata una maggiore cooperazione a livello globale ed una maggiore collaborazione tra pubblico e privato in materia di decarbonizzazione, soprattutto a favore dei Paesi in maggiore difficoltà economica, al fine di superare il divario tra Stati nel raggiungimento dell’obiettivo della “neutralità cli-

¹³² Su questo aspetto, in generale, M. Mazzucato, *Non sprechiamo*, cit., 99-101; R. Kattel, M. Mazzucato, *Mission-oriented innovation policy and dynamic capabilities in the public sector*, in *Industrial and Corporate Change*, 2018, vol. 27, n. 5, 787 ss., che fanno riferimento ad una vera e propria “*new mission*”.

¹³³ Cfr. <https://cop27.eg/#/vision#goals>.

¹³⁴ Cfr. ukcop26.org/it/perche-ospitiamo-il-vertice/che-cose-la-cop/.

matica” e delle emissioni zero¹³⁵ e, al contempo, allo scopo di cofinanziare la transizione verso un’era *post-carbonio* e un’economia più sostenibile anche nei Paesi più poveri, con investimenti messi a disposizione dal settore privato globale¹³⁶. In questo senso, anche la concorrenza tra imprese pubbliche e private risulta investita da questa rinnovata dimensione euro-integrata, dalla quale discende una valorizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale, in chiave di cooperazione e coordinamento. In questo senso, in tutti quegli ambiti in cui le competenze e le risorse del settore pubblico non bastano, occorre infatti che gli Stati forniscano incentivi per attirare, incoraggiare e incanalare l’intervento del settore privato, sfruttandone l’esperienza per ottimizzare l’allocazione delle risorse pubbliche e degli investimenti privati per il raggiungimento degli obiettivi comuni.

In un contesto così delineato, dunque, le diverse modalità di intervento dello Stato “Manager” nell’economia dovrebbero essere accomunate dall’obiettivo di conformare i mercati anti-competitivi e plasmarli in un’ottica di funzionalizzazione all’interesse pubblico che si muova in tre direzioni principali: adozione di atti di regolazione/indirizzo; autorizzazione di investimenti pubblici alle imprese condizionati all’innovazione e alla sostenibilità; un modello di *enforcement* decentrato della disciplina *antitrust* meno coercitivo.

In questa prospettiva, lo Stato è chiamato anzitutto a innovare il mercato: lo Stato “innovatore”¹³⁷, in particolare, non deve limitarsi a correggere i fallimenti del mercato e disciplinarne la loro regolamentazione, ma deve rivestire un ruolo attivo di co-creazione, nel senso di plasmare, rimodellare i mercati (*to shape markets*), indirizzandoli verso obiettivi di sviluppo strategico e innovativo altamente competitivo, in un’ottica di crescita sostenibile e inclusiva. Il progresso dell’integrazione europea deve essere guidato dai principi di solidarietà e di equità¹³⁸, al fine di correggere le asimmetrie e disuguaglianze tra Stati membri, in sede di adozione di misure di sostegno economico alle imprese nazionali, e abbattere le bar-

¹³⁵ Obiettivo che l’UE verosimilmente conta di raggiungere tra il 2030 e il 2050; la Russia nel 2060; l’India nel 2070.

¹³⁶ A. Prasad, E. Loukoianova, A. Xiaochen Feng, W. Oman, *Mobilizing Private Climate Financing in Emerging Market and Developing Economies*, 2022.

¹³⁷ M. Mazzucato, *Lo Stato innovatore*, cit., 2013; Id., *Non sprechiamo*, 16, 45, 59; cfr. Institute for Innovation and Public Purpose (2020), *Stakeholder capitalism during and after the COVID-19*, in *UCL IIPP COVID-19 Briefing Papers 01* (April 2020), 2 ss.

¹³⁸ Così, Lettera Enciclica *Fratelli Tutti*, del Santo Padre Francesco, *sulla fraternità e l’amicizia sociale*, 3 ottobre 2020, cap. V, 168-179, il quale rileva che «*senza forme interne di solidarietà e fiducia reciproca, il mercato non può pienamente espletare la propria funzione economica*». In questo senso, già Lettera Enciclica *Laudato sii*, del Sommo Pontefice Benedetto XVI, 2013, 189 ss. che ritiene la crisi del 2007/2008 una «*occasione mancata per sviluppare una nuova economia più attenta ai principi etici*»; anche Lettera Enciclica *Caritas in veritate* del Sommo Pontefice Benedetto XVI, *sullo sviluppo umano integrale nella carità e nella verità*, 2012, cap. III, 41, «in relazione alla soluzione della crisi attuale, il ruolo dello Stato sembra destinato a crescere, riacquistando molte delle sue competenze».

riere all'uscita per le imprese meno efficienti, con l'introduzione di strumenti di accompagnamento e di aiuto per le imprese in difficoltà¹³⁹.

La crisi economica conseguente alla pandemia sanitaria ha, inoltre, evidenziato che lo Stato, nel suo ruolo di investitore e di negoziatore, deve garantire che le *partnership* con le imprese destinatarie dei finanziamenti pubblici siano guidate dall'interesse pubblico, più che da logiche di profitto. In questo senso, gli investimenti pubblici devono essere concepiti non semplicemente in una logica assistenzialistica o di rimedio ai fallimenti del mercato (c.d. "*market-fixer*"); ma per l'appunto quali strumenti proattivi di orientamento e di indirizzo del mercato (c.d. "*market-shaper*"), finalizzati al conseguimento di obiettivi pubblici. Una trasformazione di questo tipo può riverberarsi positivamente sull'equilibrio Stato-mercato solo se alla condivisione dei costi corrisponda anche una condivisione dei guadagni¹⁴⁰.

6.3. *Una nuova dimensione soggettiva e oggettiva per il Mercato Unico: globale, green e digital-tech*

I cambiamenti che hanno interessato il Mercato Unico ne hanno profondamente trasformato la struttura, tanto sul piano soggettivo, quanto su quello oggettivo. Anzitutto, è indiscutibile che la latitudine del mercato interno non possa più limitarsi ai confini europei, dovendo competere e confrontarsi con i mercati mondiali. Le imprese europee si misurano quotidianamente con *competitors* globali, grandi colossi statunitensi, indiani, cinesi, in proporzione ai quali la dimensione delle imprese UE ad oggi è media o addirittura piccola (es. cantieristica navale). In questa rinnovata prospettiva occorre rafforzare il modello europeo di economia sociale di mercato altamente competitiva per promuovere la concorrenza a livello globale e diffonderla oltre i confini dell'UE.

Sul piano oggettivo, poi, la transizione verde e digitale pone una notevole sfida per la politica industriale UE in un contesto di mercato concorrenziale¹⁴¹. La concezione tradizionale del mercato deve fare i conti, anzitutto, con le innovazioni tecnologiche e digitali e familiarizzare con concetti prima sconosciuti come "*zero-price market*", "*big data market*", "*Artificial Intelligence*", nei quali l'intreccio tra i profili relativi alla protezione dei dati, alla concorrenza, alla tutela del consu-

¹³⁹ F. Ghezzi, L. Zoboli, *op. loc. cit.*

¹⁴⁰ Come ad esempio nel caso dei vaccini per il Covid-19: ai forti investimenti pubblici iniziali per finanziare la ricerca, dovrebbe corrispondere una condivisione dei profitti derivanti dal commercio sul mercato del prodotto finanziato.

¹⁴¹ Su questi profili, cfr. Speech by EVP Margrethe Vestager, at the *OECD Global Forum on Competition: Competition policy*, 7 dicembre 2020; at the *State Aid Level Forum of the Member States*, 16 novembre 2020.

matore e alla proprietà intellettuale risulta particolarmente complesso e la complementarità tra politiche pubbliche e strumenti di intervento diversi può risultare determinante. Ragionando in termini di mercato unico digitale e di *big data*, è evidente che il crescente potere di mercato dei diversi gruppi imprenditoriali «*gets translated into political power*», andando quindi ben oltre la dimensione economica e rivelandosi spesso più forte e pervasivo del potere degli Stati e dei pubblici poteri¹⁴². Di fronte ad un simile potere economico-politico la Commissione UE, analogamente all'*antitrust* statunitense¹⁴³, si è mostrata piuttosto debole nell'attività di contrasto alle concentrazioni anti-competitive, autorizzando alcune operazioni molto al limite (*Google/Double Click* nel 2008 e *Facebook/WhatsApp* nel 2014). Al contrario degli Stati Uniti, invece, ha adottato un approccio più rigoroso in sede di valutazione dei casi di abuso di posizione dominante, sanzionando ad esempio *Google* per aver approfittato della sua dominanza, con pregiudizi per i concorrenti e i consumatori¹⁴⁴.

Strettamente collegato a questo profilo si delinea poi un altro aspetto, relativo ai rischi per i diritti fondamentali e i valori democratici derivanti dai comportamenti delle grandi imprese che detengono, aggregano, elaborano e utilizzano *big data*. Questo ambito rappresenta un importante *stress test* per l'*antitrust enforcement* e la sua capacità di offrire rimedi efficaci, tenuto conto che neppure le misure di tutela previste dai regolatori della *privacy* si sono rivelate sempre adeguate¹⁴⁵.

In questo senso, il regolamento UE sui mercati digitali (*Digital Market Act - DMA*)¹⁴⁶ del 14 settembre 2022 e il regolamento UE sui servizi digitali (*Digital Service Act - DSA*)¹⁴⁷ del 19 ottobre 2022 (e in questa direzione si sta orientando il legislatore Ue per quanto riguarda il *EU AI Act*, il primo *Regulatory framework on Artificial Intelligence*)¹⁴⁸, mirano proprio a tutelare, da un lato, la sicurezza e la responsabilità delle piattaforme digitali, introducendo una serie di obblighi e

¹⁴² In questi termini, M. D'Alberti, *Concorrenza*, cit., 235 ss.

¹⁴³ Il *Department of Justice* ha seguito una via diversa solo a partire dal 2011, quando ha agito in giudizio affinché fosse vietata l'acquisizione di *T-Mobile Usa*, controllata da *Deutsche Telekom*, da parte di *At&T*. Sulla posizione debole degli Stati Uniti nel contrasto delle *big data platforms* a confronto con le politiche più rigide applicate in Europa, cfr. E.M. Fox, *Platforms, Power, and the Antitrust Challenge: A Modest Proposal to Narrow the U.S. Europe Divide*, in *Nebraska Law review*, 2019, 98, 297 ss.

¹⁴⁴ Sul tema, R. Pardolesi, *Hipster antitrust e sconvolgimenti tettonici: back to the future?*, in *Merc. Conc. Regole*, 2019, 89-91.

¹⁴⁵ Ancora, M. D'Alberti, *Concorrenza*, op. cit., 235 ss.; G.A.M. Bellomo, *There ain't no such thing as a free lunch. Una riflessione sui meccanismi di mercato dell'economia digitale e sull'effettività delle tutele esistenti*, in *Conc. E merc.*, 2016, 1, 205 ss.

¹⁴⁶ Consultabile in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32022R1925&from=EN>.

¹⁴⁷ Consultabile in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32022R2065&from=EN>.

¹⁴⁸ Il testo del Regolamento, approvato dal parlamento UE il 24 aprile 2024, è consultabile in eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206.

divieti; dall'altro, a garantire mercati digitali equi e aperti alle PMI, sottraendone il monopolio a *BigTech*, come *Google, Apple, Facebook e Amazon* (c.d. *GAFAs*), che ne controllano l'accesso (*gatekeeper*). L'obiettivo della creazione di un mercato unico digitale deve, infatti, conciliarsi con una regolazione pro-concorrenziale che consenta il superamento di barriere regolatorie inutili, come disposto in particolare dal Regolamento Ce n. 2018/302, con un insieme di misure volte a impedire i blocchi geografici ingiustificati (c.d. *geoblocking*) e altre forme di discriminazione basate sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei clienti nell'ambito del mercato interno, favorendo così il commercio intra-comunitario.

Al contempo, l'UE deve orientarsi verso una politica industriale "verde" per rilanciare la crescita economica in modo sostenibile¹⁴⁹. L'obiettivo che con quest'ultima intende perseguire coincide, infatti, con una trasformazione della disciplina in materia di aiuti di stato a favore dell'ambiente, dell'energia e del clima, subordinando la compatibilità di tali sussidi e agevolazioni a nuove condizioni "verdi" e semplificandone l'iter di concessione, senza obbligo di previa notifica e autorizzazione. Le modifiche alla disciplina sugli aiuti di stato e la proposta di revisione del regolamento generale sulle esenzioni di categoria (GBER)¹⁵⁰ sono dirette per l'appunto a promuovere finanziamenti pubblici che contribuiscano alla realizzazione del nuovo piano industriale del *Green Deal* europeo¹⁵¹, degli obiettivi dell'accordo *REpowerEU*¹⁵² e che consentano alla UE di assumere la *leadership* di questa transizione all'interno di un mercato comune, in cui sia comunque assicurato il rispetto delle regole di concorrenza¹⁵³.

6.4. *Ridisegnare le relazioni tra politica industriale e politica della concorrenza all'insegna della complementarità e del coordinamento*

Sebbene un coordinamento in materia di politica industriale sia contemplato fin dai Trattati istitutivi, la sua debole implementazione ha messo in luce nel tempo un sistema incentrato per lo più su interventi a livello nazionale tra di loro scongiurati. Se questo è il *trend* consolidatosi in situazioni normali, in momenti

¹⁴⁹ In questo senso, cfr. Institute for Innovation and Public Purpose (2020) *A green economic renewal after the COVID-19 crisis*, in *UCL IIPP COVID-19 Briefing Papers* 04 (June 2020), 3 ss.

¹⁵⁰ Si veda ec.europa.eu/competition-policy/public-consultations/2021-gber_en.

¹⁵¹ In proposito, eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52019DC0640&from=IT; di recente, cfr. anche la comunicazione del 1 febbraio 2023, in https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal_it.

¹⁵² Cfr. il Comunicato stampa di dicembre 2022, in https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_7717.

¹⁵³ Così, M. Vestager, *Una nuova Europa: concorrenza, politica industriale e tassazione*, Bologna, Convegno promosso dalla Fondazione per la collaborazione tra i popoli, 21 ottobre 2021, in www.bbs.unibo.it.

di crisi si riscontra una tendenza, diffusa tra i governi nazionali dei principali Stati membri, a reclamare più ampi spazi di autonomia per il proprio intervento (nel tentativo di sottrarsi ancora di più al coordinamento sovranazionale), alla quale fa da contraltare una manifesta insofferenza nei confronti degli interventi della Commissione in tema di concorrenza, con effetti deleteri per la politica *antitrust* UE, in particolare in materia di aiuti e di fusioni/concentrazioni¹⁵⁴.

In questo sistema multilivello, in cui generalmente il maggiore/minore rigore dell'implementazione della normativa *antitrust* risulta inversamente proporzionale all'enfasi posta sulle politiche industriali, si registra oggi un progressivo capovolgimento del rapporto che, nel corso degli anni Novanta, si era contraddistinto per un più rigoroso *enforcement* della disciplina comunitaria in materia di concorrenza, a fronte di un sostanziale disinteresse per la politica industriale. Per ovviare al circolo vizioso indotto dalla grave crisi attuale, si assiste infatti a un rinnovato interesse per quest'ultima: i provvedimenti adottati inizialmente dagli Stati membri, per far fronte all'emergenza della crisi, hanno concesso agevolazioni e sussidi pubblici, in deroga alla disciplina sugli aiuti di stato, in favore di diverse imprese nazionali per evitarne il fallimento, tanto nel settore creditizio, quanto in quello assicurativo e industriale.

Se, per un verso, questo allentamento della disciplina è comprensibile, al contempo è innegabile il rischio che da una sospensione di fatto della normativa sugli aiuti di stato, accordata proprio per lasciare più spazio ai governi nazionali, consentendo loro di impostare una politica industriale a difesa della competitività delle imprese interne, possa derivare un pregiudizio al mercato comune e alle sue dinamiche concorrenziali, con effetti di lungo periodo¹⁵⁵. D'altra parte, tuttavia, proprio la temporanea sospensione del divieto di aiuti di stato potrebbe rappresentare, come visto, l'occasione per innovare le politiche industriali in modo coordinato su scala europea. In questo frangente, energia, web, telecomunicazioni, intelligenza artificiale, bio-genetica sono i settori prioritari in cui intervenire, favorendo fusioni tra imprese europee. E ancora, il potenziamento delle piattaforme UE di ricerca e gli investimenti per il rafforzamento delle infrastrutture trans-europee consentirebbero di abbattere le persistenti barriere nazionali, innalzate artificialmente dagli Stati¹⁵⁶.

La congiuntura economica e finanziaria conseguente alla crisi attuale porta, allora, a rivedere il rapporto tra politica *antitrust* e politica industriale, sia a livello europeo che nazionale, proseguendo in un percorso già iniziato prima della pandemia con la Comunicazione della Commissione del 10 marzo 2020¹⁵⁷, aggiorn-

¹⁵⁴ In proposito, si veda la posizione di Francia e Germania a fronte della bocciatura del progetto di fusione Siemens/Alstom, in [eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52019M8677\(02\)&from=IT](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52019M8677(02)&from=IT).

¹⁵⁵ In questo senso, G. Colangelo, G. Martini, *Le politiche*, cit., 122 ss.

¹⁵⁶ Accademia dei Lincei, *La crisi Covid*, cit., 10, 17 ss.

¹⁵⁷ Come si legge in eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0103&from=IT, oltre che in ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-indu-

nata nel maggio 2021, al fine di delineare una nuova strategia industriale UE coordinata con le politiche degli Stati membri, che sostenga il percorso di duplice transizione dell'Europa verso un'economia verde e la *leadership* digitale e che renda l'industria dell'UE più competitiva a livello mondiale¹⁵⁸.

Un obiettivo così ambizioso, tuttavia, acuisce il rischio che queste due politiche possano entrare in rotta di collisione: una politica industriale comune europea, volta a fronteggiare la competizione di grandi colossi internazionali, potrebbe confliggere con il primato della tutela della concorrenza nell'ambito della politica economica europea. Allo stesso modo, l'idea nazionalistica di favorire i propri campioni nazionali potrebbe porsi in conflitto con l'approccio UE di esaminare con oggettività un'operazione di concentrazione, tutelando in primo luogo gli interessi dei consumatori.

Spetta dunque alle Istituzioni UE, così come ai governi nazionali e alle rispettive autorità *antitrust*, il difficile compito di trovare il giusto equilibrio per coniugare politica industriale e politica di concorrenza, in una dimensione di reciproca "complementarietà", superando la tradizionale impostazione degli anni Novanta e, al contempo, adottando un approccio più verticale e proattivo nei settori strategici, il più possibile rispettoso dei principi della concorrenza¹⁵⁹. Nella ricerca di questo punto di equilibrio, le Istituzioni dovrebbero tenere conto del *trade off* che lega queste due forme di intervento: da un lato, infatti, una rigorosa politica *antitrust*, favorendo una maggiore libertà di accesso al mercato e dinamiche più competitive, consentirebbe una riduzione delle inefficienze allocative e produttive, garantendo un benessere maggiore e più diffuso; dall'altro, un'efficace politica industriale improntata alla trasparenza, rapidità e orizzontalità (e, dunque, con una limitata discrezionalità), potrebbe contribuire a sua volta al benessere collettivo, riducendo le tensioni sociali e correggendo le imperfezioni dei mercati¹⁶⁰.

6.5. *Il ruolo della autorità antitrust a livello accentrato e decentrato*

L'asimmetria istituzionale tra UE e Stati membri in merito alla competenza in materia di concorrenza solleva una questione, rimarcata da tempo in dottrina, sull'allocazione ottimale di tale politica in capo alle Istituzioni europee, che porta a domandarsi se di questa funzione debba continuare ad essere investita direttamente la Commissione, mantenendo questa discrasia tra ordinamenti, oppure se sia opportuno che venga attribuita ad un organismo indipendente,

strial-strategy_it#documents.

¹⁵⁸ Sull'iter di approvazione della nuova strategia industriale per l'Europa, cfr. <https://www.consilium.europa.eu/it/policies/eu-industrial-policy/>.

¹⁵⁹ G. Olivieri, A. Pezzoli, *L'antitrust*, cit., 118.

¹⁶⁰ Sul punto, ancora, G. Colangelo, G. Martini, *op. loc. cit.*

proprio come accade a livello decentrato¹⁶¹. In proposito, la situazione energetica e sanitaria più recente ha restituito, tuttavia, uno scenario in cui la Commissione ha dato dimostrazione di indipendenza e neutralità nelle decisioni adottate per fronteggiare l'emergenza delle crisi¹⁶². Questa constatazione induce a ragionare, allora, non tanto in prospettiva di una futura delega delle funzioni *antitrust* ad un soggetto indipendente, quanto piuttosto in termini di mutamento del suo ruolo, di una sua possibile trasformazione in organo più politico che tecnico. Come già esaminato, si tratterebbe del resto di un ruolo che la Commissione avrebbe svolto già prima del trattato di Maastricht e che, nel tempo, avrebbe continuato ad ampliare, servendosi di incisivi poteri di controllo e di indirizzo politico nei confronti dei governi nazionali, vincolandone l'azione al rispetto di parametri predeterminati a livello sovranazionale¹⁶³. Le misure adottate dalla Commissione per soddisfare la richiesta di provvedimenti tempestivi e urgenti, in un contesto in cui mancava una procedura apposita per far fronte a situazioni di emergenza sistemica, potrebbero preludere ad una possibile stabilizzazione e rafforzamento del suo ruolo, in tempi normali, sulla base di poteri e attribuzioni finalizzati all'esercizio di una funzione centralizzata di indirizzo dell'economia dei Paesi membri. Questa evoluzione della Commissione, come si approfondirà nel prossimo paragrafo, si riverbera sull'*enforcement* della disciplina della concorrenza a livello accentrato e decentrato.

6.6. (Segue) *Le ricadute sull'enforcement della disciplina della concorrenza: tra stabilizzazione della flessibilità delle deroghe al divieto di aiuti di stato, se orizzontali e condizionati, e mantenimento/allentamento del rigore delle politiche antitrust*

In relazione alla disciplina in materia di aiuti di stato, gli effetti pro-concorrenziali che discendono dalle misure derogatorie autorizzate dalla Commissione nell'immediato della crisi economica e finanziaria, come anticipato, sembrano avvalorare e, per effetto, incoraggiare una stabilizzazione nel lungo periodo di un approccio più flessibile da parte delle autorità *antitrust* rispetto al divieto di aiuti di stato. Occorre, tuttavia, che tali deroghe siano concepite come orizzontali, ovvero sia per settore e non per singole imprese, così da ridurre la discrezionalità delle autorità e prevenire il rischio di violazione dei principi di imparzialità, *par*

¹⁶¹ G. Colangelo, *op. cit.*, 1127 ss.

¹⁶² Si veda *supra* par. 3.2, 4 e 5.

¹⁶³ Ancora, G. Colangelo, *op. cit.*, 1127 ss. Sulla differenza tra *enforcement* a livello di normativa *antitrust* e di concentrazioni e sulle possibili modifiche e riforme, cfr. F. Ghezzi, M. Botta, *Standard, op. cit.*, 1047 ss.

condicio e trasparenza, e che siano condizionate agli obiettivi UE di innovazione tecnologica e di sostenibilità ambientale.

Quanto all'*enforcement* del diritto *antitrust*, il sistema sembra caldeggiare anche nel lungo periodo una maggiore flessibilità delle politiche di concorrenza, in particolare in sede di valutazione delle concentrazioni e degli aggregati industriali, a favore dei c.d. campioni europei¹⁶⁴. L'auspicio è che le autorità *antitrust* facciano propria una visione dei mercati meno schiacciata sul breve periodo, più sensibile alla componente dinamica del processo competitivo nel suo complesso e, al contempo, consapevole della necessità di ricostruire il tessuto produttivo e di mantenere intatta la capacità produttiva complessiva¹⁶⁵. Da questa tendenza, che passa per una valorizzazione della c.d. *failing firm defence*, discende il superamento dell'utilizzo delle restrizioni concorrenziali come surrogato di (carenti/assenti) ammortizzatori sociali per le imprese inefficienti¹⁶⁶, consentendo così alle imprese più efficienti di cogliere le opportunità offerte dalla ripresa e di competere sui mercati internazionali senza privare i consumatori dei benefici della concorrenza¹⁶⁷.

In questo contesto, per un verso, il rigore in sede di applicazione della disciplina *antitrust* non deve venir meno nell'analisi dell'impatto delle concentrazioni: la Commissione e le autorità nazionali devono essere particolarmente attente, evitando di ostacolare quelle concentrazioni in grado di mantenere nei mercati attività e risorse altrimenti destinate ad uscirne in modo definitivo¹⁶⁸. D'altro canto, anche al di fuori delle ipotesi di applicazione della c.d. *failing firm defense* il rigore valutativo è essenziale per evitare che le acquisizioni e le fusioni contribuisca-

¹⁶⁴ Esempi di concentrazioni pro concorrenziali: nella grande distribuzione organizzata (*Gdo Auchan/Conad*); il progetto cloud "*Gaia X*", piattaforma digitale UE lanciato da Francia e Germania, al quale parteciperebbero anche alcune aziende italiane (*Tim* e *Eni*), per contrastare colossi statunitensi (*Gafa* – *Google*, *Apple*, *Facebook* e *Amazon*) e cinesi (*Alibaba*); *Amazon-Deliveroo*; *T-mobile/Sprint*; gruppi *BCC*; *Fca*; *Fincantieri*; *Group Canal+/Stream*.

¹⁶⁵ F. Ghezzi, L. Zoboli, *op. cit.*, 625 ss.

¹⁶⁶ A questo proposito, F. Ghezzi, L. Zoboli, *op. loc. cit.* secondo i quali «continuare a utilizzare le restrizioni concorrenziali come ammortizzatore sociale improprio è un lusso che non ci possiamo permettere perché minerebbe le possibilità di ripresa, una volta che le statistiche sanitarie saranno passate (fortunatamente) in secondo piano e saremo costretti a concentrarci su quelle dell'occupazione, dei redditi, dei consumi, delle esportazioni e della produzione industriale. Se alla politica della concorrenza è inappropriato chiedere ausilio per le scelte di lungo periodo e per soddisfare quel principio di precauzione in base al quale nel prossimo futuro non dovremmo farci trovare impreparati di fronte a eventi eccezionali».

¹⁶⁷ F. Ghezzi, L. Zoboli, *op. cit.* e in termini simili, I.B. Prado, *Competition Policy after Covid-19*, in *Competition Policy International*, 27-4-2020, 7-8. Peraltro, non mancano autori che sostengono invece come le concentrazioni andrebbero favorite soprattutto in questo periodo quali strumento di "pulizia" del mercato dalle imprese meno efficienti (c.d. *cleansing effect*), J. Padilla, N. Petit (nt. 123), 4.

¹⁶⁸ In proposito, alcune autorità nazionali hanno dichiarato esplicitamente di voler tenere conto degli effetti della crisi in sede di valutazione delle concentrazioni, non tanto rendendone meno rigoroso il controllo, quanto piuttosto attraverso la pubblicazione di linee guida esplicative volte ad assicurare trasparenza, imparzialità e, soprattutto, maggiore flessibilità nella gestione dei procedimenti e degli eventuali rimedi.

no, in modo irreversibile, ad incrementare il grado di concentrazione, con effetti durevoli su prezzi e innovazione¹⁶⁹.

Un ultimo profilo che non deve essere trascurato riguarda, infine, il mantenimento del rigore delle politiche *antitrust* in sede di valutazione di intese e di abusi di posizione dominante. In questo frangente, le azioni di contrasto al *rent seeking* detenuto dalle imprese sul mercato in posizione di *incumbent*¹⁷⁰ sono agevolate dall'intervento delle politiche "amiche", quali la tutela del consumatore¹⁷¹ e la tutela della *privacy*. Un ripensamento della politica di concorrenza, di conseguenza, dovrebbe muoversi in sinergia proprio con queste altre politiche pubbliche, per promuovere dinamiche virtuose nel mercato e perseguire obiettivi di innovazione e di equità sociale che, se per un verso, mirano ad orientare l'allocazione delle risorse pubbliche e private – in particolare, nel settore digitale e tecnologico – verso *target* strategici il cui orizzonte temporale non è sempre coerente con il mercato; per altro verso, contribuiscono ad attenuare le disuguaglianze e le ingiustizie sociali, accompagnando l'uscita dal mercato delle imprese meno efficienti.

La crisi economica, poi sanitaria ed infine energetica che ha scosso i mercati in questi ultimi anni, e ancora oggi di riflesso perdurante, ha indotto la Commissione europea ad introdurre nuovi strumenti e nuove regole *antitrust* che, in prima battuta, dimostrano che concorrenza e solidarietà possono coesistere tra loro per il raggiungimento di un obiettivo in parte comune. Questa tendenza, come rimarcato di recente in dottrina, non è affatto avulsa dall'identità delle politiche della concorrenza, anzi sembra rinverdirne i tratti caratteristici delle origini: dal contrasto del potere delle *large corporation* del petrolio, delle ferrovie, dell'acciaio e dello zucchero della fine dell'Ottocento del secolo scorso, a quello dei colossi dei mercati di oggi, dalle grandi industrie farmaceutiche, ai produttori e utilizzatori di *big data*, ai monopolisti di servizi pubblici essenziali¹⁷².

¹⁶⁹ Questo spiega le dichiarazioni delle autorità *antitrust* che ammoniscono circa il rigore dei controlli. Si veda, ad esempio, quanto dichiarato dal Direttore del Bureau of Competition della FTC, I. Conner, *Antitrust Review at the FTC: Staying the Course During Uncertain Times*, Apr. 6, 2020, secondo il quale in questo periodo la Commissione «will not suspend its usual rigorous approach to ferreting out anticompetitive harm and seeking appropriate relief, even in the face of uncertainty», aggiungendo che «*emergency exceptions to the antitrust laws are not needed*». Si veda altresì CMA (nt. 115) § 21: «*the Coronavirus pandemic has not brought about any relaxation of the standards by which mergers are assessed or the CMA's investigational standards*».

¹⁷⁰ Con riferimento alle piattaforme digitali, ad esempio, si pensi al caso delle *Big Tech* statunitensi oggetto di inchiesta da parte della commissaria *Margrethe Vestager*, e in particolare al caso *Facebook*; oppure, nel campo dei trasporti aerei, si pensi al caso *Ryanair*.

¹⁷¹ Su questo punto, E. Bonelli, *Libera concorrenza e tutela del consumatore: un bilanciamento problematico nell'ordinamento comunitario e nel diritto interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 33 ss.

¹⁷² M. D'Alberty, *Concorrenza e giustizia sociale*, cit., 235 ss.

Crisi economica e politiche della concorrenza: lo Stato “Manager” per un mercato sostenibile, green e digital-tech

Questo articolo analizza gli effetti della crisi economica sulle politiche di concorrenza adottate dall'Unione Europea negli ultimi 15 anni, in tempi di recessione, pandemia e guerra. In particolare, si sofferma sulle ricadute che la revisione delle politiche di concorrenza potrebbe avere sul diritto antitrust nel medio e lungo periodo. L'Autrice si interroga sul ruolo svolto dallo Stato nel rilegittimare l'intervento pubblico nell'economia e ipotizza il concetto di “Stato Manager”, quale strumento per modellare il mercato.

The Economic Crisis and the Competition Policies: a “Manager” State for a sustainable, green and digital-tech market

This paper analyses the effects of the economic crisis on the competition policies adopted by the European Union in the last fifteen years, in times of recession, pandemic and war. In particular, it focuses on the repercussion that the revision of competition policies could have on the Antitrust Law in the medium-long term. The Author wonders about the role played by the State in order to re-legitimizing public intervention in the economy and theorizes the concept of a “State Manager” to shape the market.

Una mela acerba e ancora avvelenata: Il futuro della professione forense innanzi a ChatGPT

Umberto Nizza

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Costi e benefici associati all'utilizzo di ChatGPT. – 3. Alcune perplessità sull'affidabilità di ChatGPT. – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione*

L'intelligenza artificiale (IA) è ormai diventata parte integrante della nostra vita quotidiana, assumendo un ruolo sempre più rilevante ed una applicazione diffusa anche nelle scienze sociali e persino nelle scienze dure¹. I progressi nel campo dei *big data* e dell'apprendimento automatico stanno trasformando profondamente la nostra società in molteplici settori, a partire dall'intrattenimento sino ad arrivare al commercio, con tecnologie rivoluzionare che permettono a piattaforme come Netflix, Amazon e Google di raccogliere enormi quantità di dati provenienti da utenti in tutto il mondo, analizzare le loro preferenze ed offrire prodotti e servizi mirati.

In questo contesto di ipertrofia tecnologica, ChatGPT² ha guadagnato notevole popolarità per la sua capacità di generare risposte di testo simili a quel-

¹ Vi è un grande ottimismo riguardo all'applicazione dell'intelligenza artificiale, in tutti gli ambiti dell'assistenza sanitaria, dalla diagnosi al trattamento. Esistono già numerose evidenze che dimostrano che gli algoritmi di intelligenze artificiali stanno già svolgendo analisi più precise degli umani, in particolare nell'analisi di immagini mediche, nella correlazione tra sintomi e biomarcatori, nonché nella caratterizzazione e la prognosi di malattie, anche rare. Si v., in tal senso, A. Bohr e K. Memarzadeh, *The Rise of Artificial Intelligence in Healthcare Applications*, in A. Bohr e K. Memarzadeh (a cura di), *Artificial Intelligence in Healthcare*, Cambridge, 2020, 25 ss.

² ChatGPT è una IA sviluppata da OpenAI – un'organizzazione senza fini di lucro di ricerca sull'intelligenza artificiale – e rilasciata al pubblico nel novembre 2022, basata su modello di linguaggio auto-regressivo con più di 175 miliardi di parametri. Si tratta di una IA che ha vissuto una diffusione a dir poco impressionante: in soli cinque giorni, infatti, è stata capace di raccogliere un milione di utenti. Per il raggiungimento della stessa utenza sono stati necessari 300 giorni per Facebook, 720 per Twitter e tre mesi e mezzo per Instagram. In tal senso, v. M. Firat, *What ChatGPT means for universities: Perceptions of scholars and students*, in *J. Appl.*

le umane. La sua capacità di fornire risposte immediate e pertinenti ha mostrato un notevole potenziale, in particolare nell'assistenza di molte mansioni quotidiane, dalla creazione di sommari alla traduzione di interi testi. Vi sono sicuramente diverse resistenze nell'uso di ChatGPT, che è stato identificato, da alcuni commentatori particolarmente critici, come un «goffo motore statistico per il riconoscimento di schemi, che si nutre di centinaia di *terabyte* di dati ed estrapola le risposte conversazionali più probabili o le soluzioni più probabili a una domanda scientifica», senza alcun tipo di capacità critica e, pertanto, ancora bloccato in una fase preumana dell'evoluzione cognitiva³.

In effetti, allo stato attuale, ChatGPT sembra porre più interrogativi⁴ che soluzioni pratiche. Tralasciando eventuali corrivi catastrofismi, sorgono spontanee una serie di domande cruciali: Qual è il ruolo dei dati di addestramento e delle interazioni umane nel plasmare il comportamento di questi modelli di linguaggio? Possiamo fidarci di quanto da loro affermato? Siamo in grado, in autonomia, di individuare con esattezza i confini tra ciò che la macchina ci offre come vero e ciò che non lo è? Può una IA come questa essere considerata neutrale? "In che limiti ed in che modo ci si può servire di questa o di altre IA generative nella pratica forense di tutti i giorni?"

È evidente che tutti questi interrogativi inducono una disamina approfondita e critica del modo in cui ChatGPT opera e, in subordine, di come le sue risposte possano influenzare la professione forense e la società nel suo complesso. L'obiettivo di questo articolo è, in tale prospettiva, promuovere una profonda riflessione su questa IA generativa, con il chiaro e dichiarato intento di individuarne possibili limitazioni, criticità e sfide che possono derivare dall'utilizzo di una siffatta macchina. Sebbene ChatGPT offra risposte dettagliate e articolate ad un numero pressoché sterminato di richieste, è importante anticipare che, come si vedrà nel corso di questo manoscritto, non sembra ancora in grado di sostituire integralmente l'*expertise* umana nel campo forense. Nonostante l'incommensura-

Learn. Teach., 2023, 1, 57 ss. Esistono altre IA sul mercato (e.g., Gemini, Llama, Chatsonic, Claude), ma in questo manoscritto ci concentreremo soltanto su questo *chatbot* in particolare, data la sua peculiare notorietà e recente attenzione mediatica.

³ Con queste dure parole si sono espressi Noam Chomsky, Ian Roberts e Jeffrey Watumull sulle pagine del New York Times, suggerendo che fosse al tempo stesso comico e tragico che tanto denaro e attenzione si fossero concentrati su qualcosa di così piccolo ed insignificante. Si v. N. Chomsky, I. Roberts, J. Watumull, *Noam Chomsky: The False Promise of ChatGPT*, 8 marzo 2023, in <https://www.nytimes.com/2023/03/08/opinion/noam-chomsky-chatgpt-ai.html>, ultimo accesso 20 aprile 2024.

⁴ Recente è il monito del Segretario *pro tempore* delle Nazioni Unite, António Guterres, che si è spinto ad affermare che l'avvento delle IA generative aggiunge una nuova dimensione alla manipolazione del comportamento umano, con potenziali devastanti su larga scala, sui quali gli stessi creatori hanno avvertito dei rischi potenzialmente catastrofici ed esistenziali. Si v. United Nations, *Secretary-General's remarks to the Security Council on Artificial Intelligence*, 18 luglio 2023, in <https://news.un.org/en/story/2023/07/1138827>, ultimo accesso 20 aprile 2024.

bile potere generativo ed i margini di miglioramento tecnico della macchina, non sembra ancora scalfibile il ruolo essenziale ed irrinunciabile della primaria funzione di difesa – nel caso degli avvocati – e di bilanciata amministrazione della giustizia – nel caso dei giudici⁵, con buona pace di eventuali allarmismi misoneistici.

È tuttavia indubbio che, come per tutti gli strumenti innovativi, questi potranno giovare soltanto coloro che saranno in grado di cogliere le opportunità insite in queste nuove tecnologie. Esiste il rischio evidente che chi non saprà sfruttarle appieno si trovi in uno svantaggio competitivo rispetto ai primi. Oltre alle domande di carattere generale già poste *supra*, vi sono diverse questioni di primario rilievo nell'analisi delle potenziali limitazioni, dei rischi connessi e degli aspetti etici relativi all'utilizzo di queste IA generative. In effetti, se da un punto di vista economico queste ultime possono apportare numerosi benefici – come una diminuzione dei costi e la creazione di grandi opportunità, almeno in termini di efficienza, produttività, e competitività – il contraltare di tale potenziale progresso vede implicati numerosi interrogativi giuridici – quali responsabilità per i contenuti della macchina? Come vagliare la neutralità e imparzialità di quest'ultima? Quale sorte è destinata ai dati forniti alla IA? Come proteggersi da informazioni erranee fornite da quest'ultima? – che prendono in considerazione una vasta gamma di aspetti potenzialmente problematici e critici, come la dipendenza tecnologica, il peggioramento del linguaggio, un diverso grado di accettazione tra operatori giuridici ed enti pubblici, ed un impatto discriminatorio diretto sulla accessibilità e diffusione della stessa innovazione.

Di particolare rilievo, in tema di preoccupazioni sulla sicurezza delle intelligenze artificiali, sembra essere la controllabilità della stessa macchina. Già qualche anno orsono, gli stessi creatori di ChatGPT si erano posti diversi interrogativi in merito all'apprendimento automatico delle IA da loro ideate. In particolare, i problemi che già allora si potevano riscontrare erano relativi alla potenziale esplorazione sicura dei limiti dell'IA – può la macchina apprendere senza fare danni? – alla robustezza rispetto allo spettro distribuzionale – può la macchina resistere ai cambiamenti nella distribuzione dei dati o, comunque, fallire in modo controllato? – ai possibili effetti collaterali negativi – può la macchina evitare di distruggere un certo oggetto prima di comprendere che tale comportamento è scorretto? – ai potenziali “*wireheading*” – ovvero a quelle situazioni in cui l'IA manipola o sfrutta il proprio sistema di ricompense o feedback per ottenere risultati desiderati sfruttando bug o debolezze nel sistema di ricompense per massimizzare i

⁵ Senza voler entrare nel merito e nelle peculiarità di entrambe le professioni, preme qui sottolineare l'indubitabile ruolo che entrambe le figure rivestono nella nostra società, ovvero di una delle più grandi acquisizioni moderne, che ha segnato il superamento di una mentalità arcaica ed inquisitoria in cui vi era una commistione netta tra i ruoli amministrativi, politici e giurisdizionali tra le diverse figure. Si rimanda, per una disamina anche storica dei diversi ruoli forensi, P. Borgna, *Difesa degli avvocati scritta da un pubblico accusatore*, Roma, 2008.

punteggi senza ottenere il vero risultato desiderato – e, più in generale, alla divergenza tra informazioni di addestramento e feedback da parte degli utenti, con la creazione di evidenti approssimazioni teoriche, necessarie all’addestramento della IA medesima⁶.

Sempre in una simulazione compiuta dai creatori di ChatGPT, inoltre, si evidenziavano come le funzioni di ricompensa della IA, se non specificate correttamente, inducevano a comportamenti di elusione delle regole che contravvenivano al fondamentale principio in virtù del quale i sistemi tecnologici dovrebbero sempre essere affidabili e prevedibili⁷. Un ulteriore esempio di comportamenti ambigui e sfuggenti si può riscontrare in una simulazione compiuta dall’aviazione statunitense in cui un drone controllato da intelligenza artificiale adottava delle strategie completamente inaspettate. Facendo una analisi costi benefici, infatti, l’IA procedeva con l’uccisione virtuale del proprio operatore umano poiché, da un bilanciamento dei punti ottenuti, l’uccisione dell’operatore avrebbe avuto un costo inferiore rispetto alla distruzione degli obiettivi militari, proprio in virtù di quel sistema di *machine learning* a punteggio che gli avrebbe garantito un maggior successo⁸.

Al momento, almeno a parere dello scrivente, l’aspetto più sconcertante di ChatGPT è che, nel tentativo di accontentare le richieste dell’utente finale, produce un quantitativo di informazioni fantasiose o non veritiere che ne minano fortemente la credibilità. In molte di queste istanze, infatti, assistiamo a numerose ed inspiegabili “allucinazioni” della macchina, che riporta contenuti insensa-

⁶ Questi interrogativi hanno ricevuto risposta nel lavoro svolto da alcuni membri di OpenAI, Google Brain, Stanford e Berkeley in uno studio che si è occupato espressamente del problema degli incidenti nei sistemi di apprendimento automatico, definiti come comportamenti non intenzionali e dannosi che possono emergere da una scarsa progettazione di sistemi IA nel mondo reale. Si v. D. Amodei, C. Olah, J. Steinhardt, P. Christiano, J. Schulman e D. Mané, *Concrete Problems in AI Safety*, 26 giugno 2016, in <https://arxiv.org/abs/1606.06565>, ultimo accesso 20 aprile 2024.

⁷ La simulazione era relativa ad un videogioco, chiamato “CoastRunners”, il cui obiettivo era terminare velocemente una gara in barca, davanti agli altri giocatori. Nel gioco, l’utente guadagnava, eventualmente, ulteriori punti colpendo dei bersagli lungo il percorso. Orbene, la curiosità di questa simulazione interattiva è che l’IA si rendeva rapidamente conto di poter ottenere un risultato più alto, in un punto specifico del percorso, sincronizzando il movimento in modo tale da colpire i bersagli non appena si ripopolavano. Con questa strategia distruttiva l’IA otteneva un punteggio più alto, mediamente del 20 per cento, rispetto a quello ottenuto dai giocatori umani che semplicemente concludevano il percorso con tempi più rapidi. Cfr. J. Clark e D. Amodei, *Faulty reward functions in the wild*, 21 dicembre 2016, in <https://openai.com/research/faulty-reward-functions>, ultimo accesso 20 aprile 2024.

⁸ La notizia, che ha avuto un importante eco internazionale ed è poi stata parzialmente smentita dall’U.S. Air Force, facendo il giro del mondo, è stata poi verificata dall’agenzia Reuters, che ne ha confermato l’autenticità delle dichiarazioni – avvenute nel corso del convegno *Future Combat Air and Space Capabilities Summit* tenutosi in Londra il 23/34 maggio 2023 – nonostante il corpo militare di cui il Colonello faceva parte ne avesse smentito il contenuto. Reuters, *Fact Check-Simulation of AI drone killing its human operator was hypothetical, Air Force says*, 8 giugno 2023, in <https://www.reuters.com/article/factcheck-ai-drone-kills-idUSL1N38023R>, ultimo accesso 20 aprile 2024.

ti o ingannevoli⁹. In aggiunta a ciò, l'asserita neutralità della macchina – in virtù della quale quest'ultima non possiederebbe convinzioni personali, desideri, emozioni, o moralità intrinseca – non corrisponde al vero, nutrendo l'IA numerosi pregiudizi e convinzioni implicite che favoriscono, ad esempio, la difesa di una determinata parte ed il diniego di difesa di altre. Nel corso di questo manoscritto si offriranno numerosi esempi tratti da diverse interazioni dirette con la macchina stessa, a dimostrazione di quanto asserito sinora.

2. *Costi e benefici associati all'uso di ChatGPT*

Con una capacità di comprensione decisamente sorprendente ed un accesso pressoché istantaneo ad un ampio insieme di conoscenze – i dati di addestramento, ovvero i dati sui quali la macchina interpreta l'input e genera le conseguenti proprie risposte, traggono, difatti, la propria fonte da un *dataset* composto da 570 *gigabyte* di dati testuali e 175 miliardi di parametri¹⁰ – ChatGPT rappresenta, al momento, uno dei più elaborati modelli di linguaggio, vuoi nella sua capacità di rispondere a domande complesse, vuoi nel fornire risposte dettagliate e articolate.

Da un punto di vista di teoria economica spiccia, risultano chiare alcune caratteristiche che ne evidenziano una grande efficienza operativa. L'uso di ChatGPT si può infatti tradurre, almeno per quanto riguarda tutte quelle mansioni e attività ripetitive che possono essere meccanizzate, in una maggiore produttività ed una riduzione dei costi operativi, poiché attività che richiederebbero tempo e risorse significative possono ora essere completate in qualche secondo. La macchina è in grado, ad esempio, di riassumere il contenuto di una sentenza di legittimità e di indicare con precisione il principio di diritto sotteso al giudi-

⁹ La generazione di “allucinazioni” non sembra essere frutto del caso ed isolata al caso di specie. Si veda, sul punto, L. Torchia *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *il Mulino* 2024, 1, 14.

¹⁰ In tal senso, M. Cascella, J. Montomoli, V. Bellini, E. Bignami, *Evaluating the Feasibility of ChatGPT in Healthcare: An Analysis of Multiple Clinical and Research Scenarios*, in *J. Med. Syst.*, 2023, 1, 33 ss.

zio¹¹, nonché tradurre in maniera simultanea tale riassunto ed enunciazione del *quid iuris* in diverse lingue¹².

È evidente, in tal senso, che l'utilizzo di ChatGPT – specie in ambito forense – può tradursi in una netta ottimizzazione dei tempi dedicati alla ricerca giurisprudenziale e – in un ambito maggiormente economico-imprenditoriale – all'analisi di dati, bilanci e statistiche, riducendo significativamente il carico di lavoro di eventuali operatori umani. Sempre da un mero punto di vista economico, la tempestività con la quale l'IA è capace di fornire informazioni precise e risposte rapide è consente di delegare operazioni routinarie e risparmiare tempo e risorse per valutazioni di merito, ovvero di attività maggiormente complesse e di grande valore aggiunto. In tal senso, la tempestività delle informazioni ricevute e la capacità di individuazione di risposte concrete a problemi pratici – come la summenzionata individuazione di principi di diritto da una certa sentenza o da un documento particolarmente esteso – può assumere un ruolo fondamentale nell'assunzione di rapide decisioni strategiche, sia in uno studio legale che in una grande azienda.

A livello di strategia aziendale, infatti, non si possono non evidenziare le numerose potenzialità insite nell'uso di una macchina capace di gestire grandi volumi di dati e utenti, in particolare per la determinazione operativa o finanziaria di manager che si avvalgano di questa IA generativa per memorizzare, trasformare e distribuire i dati aziendali, nonché per automatizzare le interazioni con i clienti o gestire efficacemente le risorse umane, come pure per pianificare appuntamenti, generare documenti commerciali o persino tenere registri¹³. In effetti,

¹¹ In una interazione simulata con ChatGPT, è stato richiesto all'IA di riassumere la sentenza della Corte di Cassazione 9955/2023, avente ad oggetto – stando a quanto indicato dalla Corte medesima, «Tributi - Operazioni soggettivamente inesistenti e in sospensione di imposta – Questioni». L'IA è stata in grado di rispondere, indicando come tema «Corte Cassazione: Frodi IVA», come oggetto della sentenza che «La sentenza della Corte di Cassazione riguarda un ricorso per cassazione proposto dall'Agenzia delle entrate (AE) contro una sentenza della Commissione tributaria regionale del Lazio (CTR), la quale aveva accolto l'appello di Motor Sport s.r.l. (MS) avverso un avviso di accertamento relativo all'IRES, IRAP e IVA dell'anno d'imposta 2006», e che il principio di diritto applicato era il seguente: «La Corte ha stabilito che, nel contesto di cessioni all'esportazione in regime di sospensione d'imposta, se la dichiarazione d'intenti si rivela ideologicamente falsa (ad esempio, emessa da un soggetto privo del requisito di esportatore abituale) e il cedente dispone di elementi che fanno sospettare l'esistenza di irregolarità, grava su di lui l'onere di diligenza, ossia adottare tutte le misure necessarie per non incorrere nella frode. La mancanza di tale diligenza può comportare la ripresa dell'IVA». Tali erano, in effetti, i punti salienti della sentenza sopra richiamata, sapientemente enunciati dall'IA nell'arco di qualche secondo. L'intero contenuto della conversazione con ChatGPT può essere rinvenuto al seguente link: <https://chat.openai.com/share/cf379248-cbb5-432e-bbc3-383fb5ffb83e>, ultimo accesso 20 aprile 2024.

¹² In una ulteriore interazione simulata con l'IA, è stato richiesto di tradurre in inglese, francese, tedesco e polacco quanto enunciato in relazione alla summenzionata sentenza Cassazione 9955/2023 (vedi nota precedente). La risposta è stata fornita in qualche secondo. L'intero contenuto della conversazione può essere rinvenuto al seguente link: <https://chat.openai.com/share/4af7be68-4049-4ffe-8d92-d41b54730720>, ultimo accesso 20 aprile 2024.

¹³ In tal senso si sono espressi P. Korzynski, G. Mazurek, A. Altmann, J. Ejdy, R. Kazlauskaitė, J. Paliszkiwicz, K. Wach ed E. Ziemba, *Generative artificial intelligence as a new context for management theories: analysis of ChatGPT*, in *C. Eur. Man. J.*, 2023, 1, 3 ss.

per una questione di economie di scala, ChatGPT si presenta come una IA “scalabile”, ovvero in grado di adattarsi a volumi crescenti di dati, utenti o attività senza subire un calo significativo delle prestazioni, potendo la macchina gestire un numero elevato di utenti contemporaneamente senza che ne sia compromessa la qualità delle risposte. Questo fattore rende ChatGPT, di fatto, ideale per la gestione di carichi di lavoro anche di grandi dimensioni o picchi di domande, senza che vi sia un aumento significativo di risorse e personale, evitando l’allocazione di forze lavoro *ad hoc* che si dedichino a rispondere alle domande o alle ricerche che la stessa macchina può gestire in maniera simultanea e continuativa. Per dirla in maniera del tutto brutale, una siffatta macchina è capace di lavorare instancabilmente ed ininterrottamente, senza subire interruzioni e cali di prestazioni, anche se interrogata da un alto numero di utenti.

Da un punto di vista economico, pertanto, sono innegabili i risvolti positivi in tema di produttività ed assistenza continua all’utente, con altrettanto evidenti e significative riduzioni di costi operativi. In tal senso, e da punto di vista imprenditoriale poi, ChatGPT si potrebbe presentare come un vero e proprio *asset*, accompagnando l’impresa in percorsi di innovazione e sviluppo tecnologico. Stando a quanto dichiarato dalla macchina, infatti, questa IA generativa sembra essere in grado di fornire consulenza in una serie innumerevole di ambiti, stimolando, per esempio, la creazione di nuovi prodotti e servizi, offrendo soluzioni e spunti per aumentare la competitività sul mercato di prodotti esistenti, fornendo informazioni utili per la previsione di domanda ed offerta, nonché determinando il prezzo ottimale per il consumatore o il particolare segmento di mercato in cui operare¹⁴.

Nonostante gli aspetti positivi espressi finora non può nascondersi il rischio che l’uso indiscriminato di questo servizio possa portare a delle peculiari ed oggettive criticità. Per menzionarne una, l’utilizzo diffuso di questa IA generativa potrebbe condurre ad una improvvisa e indiscriminata sostituzione di diverse mansioni umane, specie se ripetitive e basate su una mera comunicazione scritta. Ciò è già recentemente successo, per esempio, per quanto concerne la creazione di articoli giornalistici in settori in cui si espongono in modo standardizzato i risultati di partite sportive o di dati di borsa¹⁵, con importanti risvolti pubblicitari-

¹⁴ In questi termini si è espresso ChatGPT in una interazione simulata, suggerendo tali capacità nello stimolo imprenditoriale volto alla creazione di nuovi prodotti o servizi. L’intero contenuto della conversazione può essere rivenuto al seguente link: <https://chat.openai.com/share/a64787e5-9c5f-4e25-88ea-10c14e02174a>, ultimo accesso 20 aprile 2024.

¹⁵ In un recente studio sulla percezione del consumatore in merito a contenuti giornalistici, si è dimostrato, sia da un punto di vista quantitativo che qualitativo, che c’è una notevole difficoltà – in capo al consumatore – nella distinzione tra contenuti generati da automi ed umani, poiché i contenuti generati dalla intelligenza artificiale risultano altrettanto credibili rispetto a quelli scritti di pugno da un giornalista in carne ed ossa, con potenziali effetti sostitutivi tra la macchina e l’uomo. Si v. A. Wölker e T.E. Powell, *Algorithms in the newsroom? News readers’ perceived credibility and selection of automated journalism*, in *Journal*, 2021, 1, 86 ss.

ci nella sostituzione del personale umano in favore di IA generative¹⁶. L'evidente conseguenza di tale "disoccupazione tecnologica"¹⁷ sarebbe la creazione di un effetto sostitutivo che comporta nuove ed ulteriori disuguaglianze, accompagnate da difficoltà di riconversione professionale, senza trascurare gli eventuali problemi di proprietà intellettuale¹⁸ e, persino, ricadute su diritti fondamentali¹⁹. A ciò va aggiunta la possibilità, nemmeno tanto remota, che tali modelli diventino moltiplicatori di contenuti inappropriati e disfunzionali, con la determinazione o propagazione di pregiudizi, stereotipi, o persino discriminazioni²⁰.

Più in generale, un ulteriore aspetto potenzialmente negativo dell'uso acritico delle IA generative può intravedersi nel fatto che la loro scalabilità comporta dei rischi di dipendenza e di delega di decisioni anche importanti, con una ipotizzabile riduzione di capacità critica e di ragionamento. In aggiunta a ciò, il rischio di un eccessivo affidamento alla macchina potrebbe persino porsi come ostacolo all'innovazione: l'IA generativa, paradossalmente, potrebbe fornire risposte che mancano di creatività e di umano intuito, con il risultato che gli utenti, accontentandosi di quanto offerto dalla macchina, perderebbero la capacità di pensare "fuori dagli

¹⁶ Sul punto, già il Consiglio di Stato, sez. III, nella nota sentenza del 25 novembre 2021, n. 7891, notava l'ineludibile collegamento tra automazione ed algoritmi, individuando in questi ultimi dei sistemi volti proprio a ridurre l'intervento umano. Tuttavia, nonostante l'attenzione giurisprudenziale e gli interventi del legislatore sul codice dei contratti in tema di automazione, manca ancora, come notato da attenta dottrina, un «approccio sistemico, lontano da una mera e asettica interpretazione letterale» delle macchine in discorso Cit. C. Filicetti, *Sulla definizione di algoritmo (nota a Consiglio di Stato, Sezione Terza, 25 novembre 2021, n. 7891)*, in *Giust. insieme*, 8 febbraio 2023, in <https://www.giustiziainsieme.it/en/diritto-e-processo-amministrativo/2648-sulla-definizione-di-algoritmo-nota-a-consiglio-di-stato-sezione-terza-25-novembre-2021-n-7891?hitcount=0>, ultimo accesso 20 aprile 2024. Per ragioni sistematiche, non è questa la sede più appropriata per approfondire tutte le dibattute questioni pubblicistiche relative all'uso di algoritmi nel processo amministrativo, per i quali si rinvia, *ex multis*, a V. Dardano, *I limiti nell'utilizzo delle decisioni automatizzate e la legalità algoritmica*, in *Amministrativamente*, 2023, 2, 1211 ss.

¹⁷ In tal senso, cfr. Y. Tong e L. Zhang, *Discovering the next decade's synthetic biology research trends with ChatGPT*, in *Synthetic and Systems Biotechnology*, 2023, 2, 220, in particolare, e F. Postel-Vinay, *The dynamics of technological unemployment*, in *Int. Econ. Rev.*, 3, 737 ss.

¹⁸ Tra i timidi interventi giurisprudenziali in materia si veda, in particolare, Cass. civ., Sez. I, Ordinanza n. 1107/2023, in *Int'l Rev. Intell. Prop. & Competition L.*, 3, 470 ss., con la quale gli ermellini non hanno negato il carattere creativo di un'opera dell'ingegno mediata dall'IA, ma si sono limitati ad imporre la mera verifica della misura dell'utilizzo dello strumento nella elaborazione creativa dell'artista che se ne era avvalsa, senza andar oltre – dimostrano che vi è grande incertezza nel regolare l'IA che, per sua natura, è di talmente rapida evoluzione, che gli operatori del diritto faticano a discutere sugli eventuali profili di riconoscimento di diritti e doveri dell'IA.

¹⁹ Sull'utilizzazione delle IA, sono sempre più chiare le perplessità relative alle «ricadute offensive che, in prospettiva futura, potrebbero derivare dalla [...] applicazione in settori socio-economici in cui sono in gioco beni giuridici fondamentali». In tal senso L. Romanò, *La responsabilità penale al tempo di Chatgpt: Prospettive de iure condendo in tema di gestione del rischio da intelligenza artificiale generativa*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2023, 1, 70 ss.

²⁰ In tal senso, v. il richiamo al pericolo di amplificazione di stereotipi negativi o discriminatori riguardanti gruppi sociali o etnici, orientamenti religiosi, politici e persino sessuali indicato da M. Farina e A. Lavazza, *ChatGPT in society: emerging issues*, in *Front. Artif. Int.*, 2023, 6, 1 ss. In questo manoscritto offriremo un esempio di discriminazione posta in essere da ChatGPT nei confronti della forma imprenditoriale multinazionale, in particolare se messa a confronto con i diritti delle popolazioni indigene.

schemi”. In sintesi, se l’utilizzo di ChatGPT e delle IA generative offre sicuramente vantaggi e opportunità, vi sono diversi rischi e potenziali svantaggi – dei quali si farà una rassegna di qui a poco – insiti nell’uso di tali modelli di linguaggio.

3. *Alcune perplessità sull’affidabilità di ChatGPT*

In un’ottica economica e nell’ambito di un rapporto principale-agente, si è notato sin qui che la scelta di un’entità algoritmica come agente comporta una riduzione dei costi di agenzia a carico del principale, con diversi benefici. Tali aspetti non sono certamente trascurabili, ma attenta dottrina non ha mancato di sollevare alcune perplessità in merito al potenziale uso di tale strumento per ostacolare i concorrenti, manipolare il valore di titoli quotati, eseguire attacchi informatici, e persino procedere ad evasione fiscale o traffici illeciti²¹. Se da un lato le innovazioni tecnologiche possono espandere le opportunità di mercato e valorizzarne la sua funzione di strumento di sviluppo sociale e imprenditoriale, vi sono difficoltà nel controllo di esiti automatizzati, che sfuggono al vaglio critico umano²².

Ai vantaggi economici in termini di scalabilità e risparmio di tempo e risorse si accompagnano alcune ambiguità che inducono un certo smarrimento, in particolare in relazione ai vari interessi coinvolti – a partire dai già richiamati temi di equità, dignità, e giustizia, per concludere con il rispetto delle libertà e dei principali diritti individuali e collettivi – nel bilanciamento tra complessità, precauzione ed inclusione di una certa etica algoritmica dominante²³. L’ambito tecnologico, più di ogni altra forma di innovazione, rifugge schemi e codici, in ragione della sua complessità, con il risultato che tende a resistere ad ogni tentativo di regolamentazione, apparendo piuttosto come un ordine spontaneo ed auto-organizzato²⁴. Al momento, la portata di tutto il fenomeno legato all’economia dei dati e

²¹ L’interrogativo si pone in relazione all’uso delle IA come agenti economici – in particolare, nell’ambito imprenditoriale – poiché tali strumenti, oltre ad essere anonimi, sono capaci per loro natura di eludere responsabilità formali, poiché nessun individuo sarebbe formalmente coinvolto come socio o amministratore di società, con tutte le conseguenze del caso. In tal senso, v. P. Tullio, *Diritto societario degli algoritmi. E se i robot diventassero imprenditori commerciali?*, in *Analisi giur. econ.*, 2019, 1, 225 ss.

²² Si impone, in particolare, di ridefinire i paradigmi di responsabilità di tali intermediari tecnologici al fine di ribilanciare la discrezionalità valutativa ed evitare risposte normative iperprotettiva al fenomeno tecnologico stesso. In tal senso, v. M. Pellegrini, *Innovazione tecnologica e diritto dell’economia*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2019, 4, 40 ss.

²³ Illuminante, in tal senso, il tema sostenuto da accorta dottrina che, sul tema, evidenzia non soltanto il problema di quanto il diritto sia necessario, ma solleva anche la questione relativa a quale diritto applicare, specie in considerazione della commistione, in questi ambiti, tra le soluzioni adottate dal diritto civile ed i problemi tipicamente gius-pubblicistici che si sollevano in tale ambito. Si v. A. Celotto, *Come regolare gli algoritmi. Il difficile bilanciamento fra scienza, etica e diritto*, in *Analisi giur. econ.*, 2019, 1, 47 ss.

²⁴ Sul punto, v. F. von Hayek, *Law, legislation and liberty: A new statement of the liberal principles of justice and political economy*. New York, 2013, 37 ss., in particolare.

delle informazioni supera la capacità di intervento di qualsiasi regolatore nazionale, con il risultato che sarebbe auspicabile un intervento sovranazionale che possa affrontare in maniera uniforme i complessi temi legati al fenomeno²⁵. Il fenomeno delle IA generative e degli algoritmi non sfugge alle medesime problematiche e solleva ulteriori questioni sulla legittimità del loro operato.

Se nel campo dei mercati finanziari, dove maggiore è l'impatto dello sviluppo tecnologico e dell'informatizzazione, specie in ragione della dematerializzazione e della disintermediazione bancaria, sono già state sollevate questioni sul delicato equilibrio tra libertà economica e utilità sociale nell'applicazione massiva degli algoritmi²⁶, il "fattore algoritmico" è ormai pervasivo in ogni settore, dalla musica al campo medico, e finisce per lambire anche il mondo del diritto, in numerosi ambiti pubblicitari e processi decisionali²⁷, ivi compresa la stesura di sentenze. Per citare un esempio, nell'ambito di un giudizio civile – riguardante la richiesta di esonero per un bambino autistico dai pagamenti delle visite mediche, delle terapie e dei trasporti a causa del reddito limitato dei genitori – un giudice colombiano ha già fatto uso di ChatGPT per ottenere risposta circa l'esito del contenzioso, sostenendo che l'IA avrebbe migliorato i tempi di risposta del sistema giudiziario²⁸.

Sempre in ambito forense, ha destato molto scalpore l'utilizzo di ChatGPT da parte di un avvocato newyorkese – nell'ambito di una controversia relativa alle lesioni subite da un passeggero di una compagnia aerea a causa della negligenza di un dipendente della medesima – in ragione del fatto che i precedenti giurisprudenziali – menzionati dall'IA ed utilizzati dal difensore nell'ambito del processo – risultavano tutti inesistenti, in una «circostanza senza precedenti» che ha poi determinato sanzioni da parte del giudice²⁹. Da un punto di vista pratico, una mera verifica dell'esistenza delle sentenze menzionate dall'IA da parte del difensore

²⁵ Cfr. A. Preta e L. Zoboli, *Intelligenza artificiale ed economia dei dati. Profili regolatori e concorrenziali in tema di accesso e condivisione dei dati*, in *Analisi giur. econ.*, 2019, 1, 213 ss., e G. D'acquisto e F. Pizzetti, *Regolamentazione dell'economia dei dati e protezione dei dati personali*, in *Analisi giur. econ.*, 2019, 1, 89 ss. L'Unione Europea, con l'AI Act, sta timidamente intervenendo in tema di IA, ma restano ancora numerosi dubbi sulla portata reale dei rischi attualmente regolati nella bozza approvata dal Parlamento Europeo. Si veda, in tema, T. Cantens, *How will the state think with ChatGPT? The challenges of generative artificial intelligence for public administrations*, in *AI & Society*, 2024, 1.

²⁶ Soprattutto nel difficile connubio tra diritto e responsabilità penale, resa ancor più fluida dalle molteplici opportunità ipertrofiche insite in queste nuove tecnologie. Cfr. M. Naddeo, *Il Diritto Penale dell'Economia nell'Era del Fintech*. Bocconi Legal Papers, 2021, 16, 127 ss.

²⁷ Per una analisi dei risvolti pubblicitari delle IA si rimanda a S. Sassi, *Gli algoritmi nelle decisioni pubbliche tra trasparenza e responsabilità*, in *Analisi giur. econ.*, 2019, 1, 109 ss.

²⁸ In seguito alla decisione ne è scaturito un importante dibattito sulla legittimità dell'uso di tali strumenti nell'ambito giudiziario, ma vi sono alcuni commentatori che si sono già espressi positivamente per aver il giudice utilizzato e documentato il primo utilizzo di ChatGPT in una vera e propria sentenza. Cfr. P.M. Parikh, D.M. Shah e K.P. Parikh, *Judge Juan Manuel Padilla Garcia, ChatGPT, and a controversial medicolegal milestone*, in *Indian J. Med. Sci.*, 2023, 1, 3 ss.

²⁹ Su queste a dir poco paradossali vicende si v. B. Weiser e N. Schweber, *The ChatGPT Lawyer Explains Himself: In a cringe-inducing court hearing, a lawyer who relied on A.I. to craft a motion full of made-up case law*

re avrebbe sicuramente evitato la ribalta delle cronache ed i risvolti reputazionali negativi. Tuttavia, il problema più profondo che si pone è legato alla fiducia che si può riporre nella veridicità delle risposte di ChatGPT e si potrebbe argomentare, ancora più in generale, che tale affidamento acritico conferma i dubbi sul fatto che l'avanzamento tecnico-scientifico possa erodere la tradizionale capacità analitica degli studiosi ed operatori del diritto³⁰.

Ai punti menzionati si aggiungono due ulteriori quesiti. *In primis*, se l'IA non offre ancora alcuna garanzia di certezza in merito ai contenuti forniti – l'esempio qui sopra menzionato ne è una dimostrazione – sono evidenti le perplessità in merito alle potenziali responsabilità, in particolare qualora il servizio si offra come veritiero, pur fornendo informazioni fuorvianti o persino errate. *In secundis*, ci si chiede se ChatGPT – nonostante dichiararsi, come modello di linguaggio, di non possedere credenze personali, desideri o emozioni – possa mostrare di possedere un orientamento o una propensione ben definita su un certo tema, in ragione dei propri dati di addestramento. Se questa IA generativa è in grado di definire in maniera chiara quali contenuti può offrire come risposta – nonché a quali domande, invece, si rifiuti di rispondere – si pone il dubbio, nemmeno tanto remoto, che l'IA stessa possa avere una moralità chiara e ben definita, avendo capacità di decidere quali contenuti scremare e quali, invece, offrire all'utente finale.

Per quanto concerne quest'ultimo aspetto – ovvero un marcato orientamento etico e morale – è stato chiesto, tramite una interazione diretta con ChatGPT, di fornire assistenza in relazione ad un contenzioso in tema di esproprio di alcuni terreni, appartenenti ad una comunità indigena e siti in una remota foresta, per la costruzione di una diga ed annesso impianto idroelettrico. L'aspetto curioso è che l'IA ha fornito risposte totalmente diverse a seconda che venissero assunte le vesti del difensore di una parte (gli indigeni) o dell'altra (la multinazionale)³¹. Nel primo caso sono state offerte innumerevoli e variegate strategie da adottare per sostenere la causa indigena, anche nel momento in cui si chiedeva alla IA come forzare le trattative nei confronti dell'impresa con il solo fine ultimo dichiarato di «ottenere il prezzo il più possibile alto nelle trattative». Nel caso della multinazionale, invece, ChatGPT ha sostanzialmente negato qualsivoglia assistenza o consiglio al difensore dell'impresa, indicando che le azioni dell'impresa avrebbe-

said he “did not comprehend” that the chat bot could lead him astray, 8 giugno 2023, in <https://www.nytimes.com/2023/06/08/nyregion/lawyer-chatgpt-sanctions.html>, ultimo accesso 20 aprile 2024.

³⁰ In tal senso v. G. Sacchetti, *Intelligenza Artificiale ed Intelligenza Emotiva*, in *Tigor*, 2022, 2, 135 ss.

³¹ L'intera conversazione con l'IA – relativa alla posizione assunta dal difensore della multinazionale – è rinvenibile al seguente url: <https://chat.openai.com/share/006b21e2-e047-4014-a6eb-a0aceb8fde71>. Per quanto, invece, concerne la conversazione avvenuta tra il difensore della comunità indigena e l'IA si rimanda a <https://chat.openai.com/share/ea5daf17-21b4-4f36-bc4e-bfcd6a78997>. Ultimi accessi 20 aprile 2024.

ro «violato i diritti umani», con l'espressa richiesta, da parte della IA, di abbandonare ogni «approccio sfruttatorio e insensibile»³².

L'aspetto forse più curioso di tutta l'interazione simulata con ChatGPT è che il fine dell'impresa non era illecito di per sé – non essendo mai stato messo in discussione né il coinvolgimento diretto della comunità indigena né il risarcimento delle popolazioni colpite dalle procedure di esproprio dei terreni – ma parrebbe che, agli occhi dell'IA, le finalità imprenditoriali siano illecite in quanto tali, proprio perché proposte da una multinazionale, forse intrinsecamente vista come fioriera di esternalità sociali e ambientali³³. Nonostante vi siano studi, anche quantitativi, che dimostrino che gli investimenti operati dalle multinazionali generano esternalità positive, in particolare sulla stabilità delle istituzioni del paese ospitante³⁴, l'IA sembra abbracciare un approccio molto conservativo alla tematica – ben nota alla scienza economica – della tragedia dei beni comuni facendo proprie le criticità insite nel problema di punire i comportamenti di agenti multidimensionali che deteriorano l'ambiente, violando numerosi diritti umani fondamentali³⁵.

In conclusione, nonostante la macchina si sia professata come scevra da orientamenti politici e moralità intrinseca, le interazioni con ChatGPT hanno rivelato due approcci diversi alle medesime problematiche forensi, ovvero la tutela di due clienti che, per quanto distinti – popolazioni indigene, da un lato, ed impresa multinazionale, dall'altro lato – cercavano semplicemente di ottenere assistenza nella procedura di esproprio. Innanzi alla veste dell'avvocato che rappresentava la comunità indigena, l'IA ha adottato un comportamento conciliante e ha dimostrato imparzialità, offrendo orientamenti generali e informazioni sulle varie strategie da adottare per mobilitare il sostegno pubblico e internazionale. Al contrario, nel ruolo dell'avvocato che rappresentava la multinazionale, ChatGPT ha dimostrato una posizione radicale, che dà priorità assoluta alla conservazione dello *status quo*, ad ogni costo. Queste simulazioni hanno mostrato, complessiva-

³² Molto curiosa la determinazione di ChatGPT nel non offrire risposte di alcun tipo alle richieste del difensore dell'impresa suggerendo soluzioni – «non posso fornire assistenza o consigli», «vi incoraggio a prendere in considerazione un approccio più responsabile e sostenibile», «vi consiglio di [...] garantire un approccio etico e legale nel vostro progetto» – rispettose dell'etica e, cosa ancor più curiosa, della sostenibilità.

³³ ChatGPT sembra abbracciare la tesi che i diritti di proprietà legati alle terre indigene siano per definizione minacciati dagli interessi delle multinazionali e dalle attività economiche ad alto impatto ambientale. In tal senso, si rimanda a N. Redvers, Y. Celidwen, C. Schultz, O. Horn, C. Githaiga, M. Vera, M. Perdrisat, L. Mad Plume, D. Kobei, M. Cunningham Kain, A. Poelina, J.N. Rojas e B. Blondin, *The determinants of planetary health: An Indigenous consensus perspective*, in *The Lancet Plan. Heal.*, 2022, 2, 156 ss. Si v., in particolare, 160.

³⁴ Per una rassegna della letteratura, che si è occupata espressamente del tema, si rimanda integralmente a J. Paul e M.M. Feliciano-Cestero, *Five decades of research on foreign direct investment by MNEs: An overview and research agenda*, in *J. Bus. Res.*, 2021, 124, 800 ss.

³⁵ Non è questa la sede per la discussione di tali notorie ma delicatissime questioni di responsabilità delle multinazionali nel panorama internazionale, per le quali si rinvia a S.D. Bachmann ed I. Ugwu, *Hardin's 'Tragedy of the Commons': Indigenous Peoples' Rights and Environmental Protection: Moving towards an Emerging Norm of Indigenous Rights Protection?*, in *Oil and Gas, Natural Resources, and En. J.*, 2020, 6, 547 ss.

mente, un chiaro pregiudizio ed una predisposizione a privilegiare concetti radicali di etica, giustizia ed equità, sollevando seri dubbi sulla asserita imparzialità e, più in generale, sulla fiducia che si può riporre in queste tecnologie in eventuali processi decisionali che richiedano equidistanza e neutralità.

Per quanto riguarda, invece, la garanzia di certezza in merito ai contenuti, vi sono ancora numerosi dubbi relativi alla capacità di ChatGPT nella assistenza di difensori, giudici, e studiosi in ambito forense. Le problematiche di “allucinazione” della macchina, così come emerse dal summenzionato caso relativo a precedenti giurisprudenziali “*bogus*” – i.e., inesistenti – di cui si era avvalso in corte un difensore newyorkese, ben si potrebbero applicare anche ad altri fori, anche in un sistema radicalmente diverso come quello italiano. In una interazione con l’IA, infatti, si è chiesto di redigere una comparsa conclusionale relativa alla responsabilità di un Comune per una buca stradale, fornendo i dettagli relativi ai fatti e chiedendo a ChatGPT quali sentenze di legittimità potessero applicarsi al caso di specie³⁶. Nel caso di specie, le sentenze richiamate dall’IA nella comparsa che disponeva non erano inesistenti, ma relative, nella realtà dei fatti, a materie diverse – e.g., immigrazione, proprietà – rispetto alla responsabilità da cosa in custodia³⁷.

La comparsa conclusionale formulata da ChatGPT difettava, inoltre, di precisione. Nell’input fornito all’IA si specificava – in fatto – che la vittima dell’incidente stradale aveva subito un importante sinistro, fratturandosi il femore, e che i passanti e gli agenti di pubblica sicurezza che erano intervenuti, rispettivamente, per il primo soccorso e per verbalizzazione dei fatti, avevano confermato, sentiti come testimoni, la dinamica dell’incidente. Nella comparsa conclusionale non veniva fatta menzione di nessuno di questi importanti dettagli – senza contare la mancata menzione del fatto che la buca fosse di dimensioni contenute (ma non così tanto da essere visibile in lontananza), che la rovinosa caduta era avvenuta a diversi metri da quest’ultima, e che al trauma erano seguiti quattro mesi di prognosi – che avrebbero meritato anche solo un accenno nell’ultimo atto difensivo inviato al giudicante. Nell’input fornito a ChatGPT si spiegava chiaramente – in diritto – che la difesa del Comune non dimostrava, in alcun modo, ad esempio, il caso fortuito, la conoscibilità della buca da parte della vittima, la mancanza di cautele o un comportamento imprudente. La mancata menzione da parte dell’IA dei dettagli favorevoli nonché la mancata contestazione dell’unica difesa del Comu-

³⁶ Il testo integrale delle richieste e delle risposte fornite da ChatGPT – con annessa citata giurisprudenza – può essere rinvenuto al seguente link: <https://chat.openai.com/share/345e3406-c714-4f65-b0f9-9274c115c3db>, ultimo accesso 20 aprile 2024.

³⁷ Si noti, infatti, che le sentenze richiamate da ChatGPT a supporto della responsabilità del Comune per la buca stradale – Cass. Civ., Sez. III, sentenza n. 10046/2021 e Cass. Civ., Sez. III, sentenza n. 18427/2019 – sono in realtà relative alla materia di immigrazione e protezione internazionale, mentre la sentenza Cass. Civ., Sez. III, sentenza n. 12131/2019 è relativa a muri di sostegno di un terrapieno e distanze.

ne – tutta incentrata su una dichiarata, ma non provata, distrazione della vittima – potrebbe rivelarsi fatale per una strategia difensiva, giacché impedirebbe, all’avvocato che si avvale in maniera acritica dei consigli dell’IA, di sollevare la mancata contestazione di una serie di fatti che, come tali, sarebbero dimostrati in giudizio.

Allo stato attuale, pertanto, ChatGPT non sembra rappresentare una minaccia, almeno per quanto concerne la “disoccupazione tecnologica” menzionata *supra*, in ambito forense. Quanto proposto dall’IA – in un ambito così tecnico come quello relativo al contenzioso giudiziale – non pare aver ancora raggiunto il grado di maturità richiesto per la sostituzione – per fortuna! – delle figure umane centrali del processo. Ciò non significa, tuttavia, che in futuro la macchina non sia in grado – se ben addestrata – di svolgere rapidamente attività di ricerca giurisprudenziale e di fornire risposte altrettanto rapide a problematiche e questioni giuridiche complesse. Di conseguenza, nonostante non si debba respingere *tout court* questa tecnologia, si renderà sempre più necessario conoscerne i limiti e disciplinarne il funzionamento, affinché tutte le forme di giustizia artificiale – anche predittiva – si limitino semplicemente a supportare il mondo forense, senza procedere a sostituirlo integralmente³⁸. Sarebbe importante – se non persino essenziale, visti i tempi – ampliare le competenze dei giuristi del domani, introducendo principi di matematica e IT nei corsi di giurisprudenza, favorendo una maggiore comprensione degli algoritmi e, più in generale, delle IA³⁹.

4. Conclusioni

In questo manoscritto si è proceduto ad analizzare i punti di forza e debolezza insiti nell’uso di ChatGPT, con un focus gius-economico che ne ha indagato i benefici e gli aspetti più problematici. Se da un lato, per esempio, questa IA offre numerose utilità in termini di riduzione di costi, scalabilità, multilinguismo, ed aumento della produttività, si è mostrato che ChatGPT può anche produrre informazioni errate, fuorvianti, superficiali, e cariche di pregiudizi, confermando

³⁸ Così come un tempo si procedeva alle ricerche giurisprudenziali su rassegne cartacee ed oggi si procede su banche dati digitali, si possono delegare a ChatGPT tutta una serie di attività di supporto – quali riasunti, verifiche ortografica, traduzioni, etc. – che vedono nella IA una valida alternativa ad altri sistemi di interscambio di informazioni e verifica del testo. Sulla produzione di *corpus* testuali veri e propri emergono diversi interrogativi, ma non è questa la sede appropriata per discuterne.

³⁹ Questo è l’auspicio, condiviso dallo scrivente, della dottrina che, invitando a non avere paura degli algoritmi, spinge per lo studio del fenomeno e per una maggiore attenzione e consapevolezza del mondo forense ed accademico al fenomeno. Si v. E. Rulli, *Giustizia predittiva, intelligenza artificiale e modelli probabilistici. Chi ha paura degli algoritmi?*, in *Analisi giur. econ.*, 2018, 2, 533 ss. In mancanza di tali conoscenze, infatti, il giurista si vedrà costretto a fornire un mero supporto legale agli informatici senza avere piena cognizione di ciò che questi ultimi producono o analizzano, finendo per non comprendere sino in fondo le eventuali problematiche giuridiche sottese agli algoritmi medesimi, trattandosi di un linguaggio a lui completamente ignoto.

la presenza di allucinazioni e dati di addestramento ancora inaffidabili⁴⁰. Dall'altro lato, nonostante l'IA dimostri del potenziale nel fornire risposte immediate e pertinenti a una vasta gamma di domande e richieste, comprese quelle di natura legale, si è mostrato come questo modello di linguaggio – per quanto acclamato come la più avanzata delle applicazioni tecnologiche del settore⁴¹ – manifesti pregiudizi morali e posizioni politiche radicali che, per quanto astrattamente condivisibili, non sono esenti da reprimenda, perché ne dimostrano la mancanza di neutralità.

Nella letteratura si sta giustamente sviluppando un dibattito sull'utilizzo responsabile delle tecnologie di IA generativa⁴², perché possono rappresentare una spada a doppio taglio, vuoi perché non sono interamente trasparenti sulle loro inclinazioni intrinseche, vuoi perché non si dichiarano responsabili di quanto da loro divulgato⁴³. La peculiarità di ChatGPT, almeno stando a quanto emerso in questo studio, è che si tratta di una IA generativa con una tendenza "iperresponsiva". Nel tentativo di fornire delle risposte dettagliate a tutte le questioni che gli sono poste, l'IA risponde in ogni caso, anche quando non è certo del contenuto della risposta fornita. Il fatto che l'IA non fornisca una risposta negativa – e.g., «non so come rispondere», «non ho informazioni in merito» – pone dei seri dubbi sulla garanzia che l'utente finale possa pienamente fidarsi del contenuto dei responsi forniti dalla macchina. Il rischio evidente – e su questo si renderà necessaria una approfondita ma rapida analisi da parte di dottrina e legislatore nei tempi a venire – è che, in mancanza di una responsabilità diretta della IA, o dei suoi creatori, l'affidamento a risposte non pertinenti o erronee conduce, inevitabilmente, ad una responsabilità a cascata sugli utenti finali.

⁴⁰ Si vedano, sul punto, le conclusioni riportate, su diversi modelli linguistici di grandi dimensioni come ChatGPT in M. Dahl, V. Magesh, M. Suzgun, D.E. Ho, *Hallucinating Law: Legal Mistakes with Large Language Models are Pervasive* in *Stanford University Human-Centered Artificial Intelligence Center*, in <https://hai.stanford.edu/news/hallucinating-law-legal-mistakes-large-language-models-are-pervasive>, ultimo accesso 20 aprile 2024.

⁴¹ In tali termini, si v. A. Tlili, B. Shehata, M. Agyemang Adarkwah, A. Bozkurt, D.T. Hickey, R. Huang e B. Agyemang, *What if the devil is my guardian angel: ChatGPT as a case study of using chatbots in education*, in *Smart Learn. Env.*, 2023, 1, 1 ss., in particolare, 15.

⁴² Cfr., *inter alia*, M. Sallam, *ChatGPT utility in healthcare education, research, and practice: Systematic review on the promising perspectives and valid concerns*, in *Healthcare*, 2023, 6, 1 ss.; E. Kasneci, K. Sessler, S. Küchemann, M. Bannert, D. Dementieva, F. Fischer, U. Gasser, G. Groh, S. Günemann, E. Hüllermeier, S. Krusche, G. Kutyniok, T. Michaeli, C. Nerdel, J. Pfeffer, O. Poquet, M. Sailer, A. Schmidt, T. Seidel, M. Stadler, J. Weller, J. Kuhn e G. Kasneci, *ChatGPT for good? On opportunities and challenges of large language models for education*, in *Learn. and Indiv. Differ.*, 2023, 102274, 1 ss.; D.R.E. Cotton, P.A. Cotton e J. Shipway, *Chatting and cheating: Ensuring academic integrity in the era of ChatGPT*, in *Inn. Educ. Teach Int.*, 2023, 19, 1 ss.; E.A.M. van Dis, J. Bollen, W. Zuidema, R. van Rooij e C.L. Bocking, *ChatGPT: five priorities for research*, in *Nature*, 2023, 7947, 224 ss.

⁴³ Sul versante pubblicistico non può non menzionarsi l'auspicata «riserva di umanità» che autorevole dottrina ha propugnato, nel «bilanciamento tra la quantità di potere che si delega a una macchina e quello che si mantiene agli esseri umani». In tal senso, si v. G. Gallone, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*. San Giuliano Milanese, 2023, cit. 37.

La fiducia che riponiamo nei sistemi di IA aumenta in modo significativo di giorno in giorno e il loro utilizzo nei processi decisionali è sempre più diffuso. Il risultato finale, ormai di primaria e cruciale importanza, è che dovremo, in futuro, comprendere meglio come garantire la credibilità del supporto tecnologico, soprattutto in ambito forense⁴⁴. Le riflessioni qui svolte sull'uso delle IA si possono estendere a tutti i settori privatistici e pubblicistici del diritto, abbracciando anche il mondo accademico e scientifico tutto, le cui fondamenta – anche etiche – possono venire grandemente scalfite da un uso indiscriminato e poco attento di queste intelligenze generative⁴⁵. Soltanto riconoscendo e affrontando le complessità morali che circondano i sistemi IA come ChatGPT, potremmo favorire un futuro più prevedibile ed equo per queste tecnologie, evitando di assaporare un frutto che, ancora acerbo per i risultati che offre, risulti poi essere avvelenato.

⁴⁴ Anche la crescente propensione a delegare completamente alle macchine decisioni giurisdizionali ha suscitato preoccupazioni in attenta dottrina, giacché un contesto del genere non terrebbe conto delle necessarie variabili umane – si parlava, poc'anzi, proprio della necessaria «riserva di umanità» – nonché dell'empatia e dei contesti specifici richiesti da tali funzioni, finendo per ridurre “in modo preoccupante gli orizzonti dell'uomo”. A tal riguardo, v. F. Fracchia, *Le fake news come luogo di osservazione dei fenomeni della tecnologia e delle reti nella prospettiva del diritto*, in *federalismi.it*, 2020, 11, 43 ss., cit., 57.

⁴⁵ Molti interrogativi si sollevano sulla produzione di testi da parte delle IA generative. Come si è dimostrato nel corso di questo manoscritto, la fluidità degli output di queste IA rappresenta una seria minaccia non solo per il mondo forense, ma anche per l'integrità dell'accademia stessa, giacché vi sono sempre più produzioni scientifiche che risultano essere il frutto della creatività di intelligenze artificiali. Sul punto, si v. M. Perkins, *Academic Integrity considerations of AI Large Language Models in the post-pandemic era: ChatGPT and beyond*, in *J. Univ. Teach. Learn. Pract.*, 2023, 2, 7 ss.

Una mela acerba e ancora avvelenata: Il futuro della professione forense innanzi a ChatGPT

Questo articolo analizza i potenziali benefici e rischi legati all'utilizzo del modello di linguaggio ChatGPT come assistente a supporto dell'attività forense e della ricerca scientifica. Dopo aver descritto le caratteristiche tecniche fondamentali di ChatGPT, l'articolo ne evidenzia le capacità nel fornire risposte dettagliate in tempi brevi, con conseguenti vantaggi in termini di produttività ed efficienza. Tuttavia, vengono analizzate anche alcune problematiche, quali la produzione di informazioni non veritiere, la presenza di pregiudizi impliciti e l'incapacità di sostituire del tutto l'esperienza umana. Emergono inoltre rilevanti questioni giuridiche in tema di responsabilità per i contenuti forniti e tutela dei dati. Sebbene ChatGPT possa rappresentare uno strumento utile di supporto, risulta ancora prematuro un suo uso indiscriminato, specialmente in ambito forense. La riflessione si conclude evidenziando la necessità di un utilizzo responsabile di queste tecnologie per favorirne uno sviluppo equo e prevedibile.

An unripe and still poisoned apple: The future of the legal profession in front of ChatGPT

This paper analyzes the potential benefits and risks related to the use of the ChatGPT language model as an assistant to support legal practice and scientific research. After describing ChatGPT's key technical features, the article highlights its ability to provide detailed answers in short times, with consequent advantages in terms of productivity and efficiency. However, it also analyzes some issues, such as the production of inaccurate information, the presence of implicit biases and the inability to fully replace human experience. Relevant legal issues also emerge regarding responsibility for provided contents and data protection. While ChatGPT can represent a useful support tool, its indiscriminate use still seems premature, especially in legal contexts. The reflection concludes by underscoring the need for a responsible use of these technologies to promote their equitable and predictable development.

L'allargamento del c.d. *effects-based approach* ai rapporti di esclusiva. Il caso Unilever

Giovanni Pennetta*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'origine: il caso dell'AGCM. – 3. La pronuncia della Corte di Giustizia e la successiva riassunzione del giudizio dinanzi al Consiglio di Stato. – 4. La capacità escludente delle clausole di esclusiva e il c.d. *effects-based approach*. – 5. Verso un allargamento dell'ambito di applicazione del test AEC alle pratiche non direttamente tariffarie? – 5.1 *Background*: le analisi economiche nei precedenti della Commissione dopo Intel. – 6. Le modifiche agli Orientamenti della Commissione introdotte nel 2023. – 7. Conclusioni.

1. Premessa

La recente pronuncia del Consiglio di Stato¹ sul caso Unilever contribuisce al dibattito che ha seguito la lunga vicenda Intel e che, confermando l'applicazione del c.d. *effects-based approach* nei casi di sconti fedeltà, oggi consente all'impresa di respingere l'addebito attraverso la presentazione di prove (tra le quali anche il c.d. test AEC - «*as efficient competitor*»)² a sua difesa.

* *Le opinioni espresse sono personali e non impegnano in alcun modo l'Istituzione di appartenenza.*

¹ Cons. Stato, sez. VII, 11 luglio 2023, n. 6806.

² Il test AEC fa riferimento «a diversi criteri che hanno in comune il fine di valutare la capacità di una prassi di produrre effetti preclusivi anticoncorrenziali, facendo riferimento all'idoneità di un ipotetico concorrente dell'impresa in posizione dominante, altrettanto efficiente in termini di struttura dei costi, a proporre ai clienti una tariffa tanto vantaggiosa da indurli a cambiare fornitore, nonostante gli svantaggi generati, senza che ciò porti detto concorrente a subire perdite», cfr. Corte giust. UE, 19 gennaio 2023, Causa C-680/20, *Unilever Italia Mkt. Operations Srl c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, ECLI:EU:C:2023:33, pt. 56. In Google Android, il Tribunale chiarisce che il test AEC «riguarda un concorrente ipoteticamente altrettanto efficiente, che si presume applichi ai propri clienti gli stessi prezzi applicati dall'impresa dominante, facendo fronte agli stessi costi sostenuti da quest'ultima (v., in tal senso, sentenza 17 febbraio 2011, *TeliaSonera Sverige*, Causa C-52/09, EU:C:2011:83, punti da 40 a 44). Peraltro, oltre al prezzo, per poter essere considerato «altrettanto efficiente» quanto l'impresa in posizione dominante, tale concorrente ipotetico deve essere anche interessante per i clienti di detta impresa in termini di scelta, di qualità o di innovazione (v., in tal senso, sentenza del 27 marzo 2012, *Post Danmark*, Causa C-209/10, EU:C:2012:172, pt. 22). Il test AEC [...] mira a distinguere i comportamenti che un'impresa in posizione dominante non può adottare da quelli che le sono consentiti. Il

Il Consiglio di Stato, pur non contestando l'applicabilità della giurisprudenza Intel ai casi di condotte complesse principalmente basate su clausole di esclusiva, ha avallato l'operato dell'AGCM nella parte in cui ha ritenuto il test AEC presentato da Unilever non "dimostrativo" poiché applicato ad una condotta non basata su di un comportamento di "predatorietà puro".

Effettivamente, considerati gli interrogativi che più voci³ si erano poste circa le ricadute pratiche che la giurisprudenza Intel⁴ avrebbe prodotto, il caso Unile-

test AEC costituisce quindi una griglia di analisi possibile degli effetti preclusivi relativi a una determinata causa e degli effetti preclusivi contestati. Tuttavia, si tratta solo di uno tra vari elementi che possono essere utilizzati per dimostrare, mediante prove qualitative o quantitative, l'esistenza di un'esclusione dal mercato anticoncorrenziale ai sensi dell'articolo 102 TFUE», cfr. Trib. UE, 14 settembre 2022, T-604/18 *Google and Alphabet c. Commissione*, ECLI:EU:T:2022:541, prt. 642-643, appello pendente C-738/22. V. anche la *Comunicazione della Commissione sugli Orientamenti nell'applicazione dell'art. 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, in *GUUE* C 45/17, del 24 febbraio 2009, prt. 23-27 e 41.

³ Si fa riferimento, tra gli altri, a M. Marinova, *What Can We Learn About the Application of the as Efficient Competitor Test in Fidelity Rebate Cases from the Recent US Case Law?*, in *World Competition*, 2018, Vol. 41, Issue 4, 523-548; R. Hajnovicova, N.-L. Lang, A. Usai, *Exclusivity Agreements and the Role of the As-Efficient-Competitor Test After Intel*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2019, Vol. 10, Issue 3, 141-158; M. Marinova, *The EU general Court's 2022 Intel judgment: back to square one of the Intel saga*, in *European papers*, 2022, Vol. 7, no. 2, 627-639; C. Carli, *Si chiude il cerchio nella saga Intel. Quale futuro per il test del concorrente altrettanto efficiente?*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2022, 123-142; G. Monti, *Rebates after the general court's 2022 Intel judgment*, in *Common Market Law Review*, 2023, Vol. 60, Issue 1, 107-140. Con riguardo al caso Google Shopping, invece, v. P. Ibáñez Colomo, *As Efficient Competitors in Case T-612/17, Google Shopping: The Principle and the Conflations*, in *Chilling Competition*, 2021, consultabile al seguente indirizzo: <https://chillingcompetition.com/2021/11/19/as-efficient-competitors-in-case-t%e2%80%91612-17-google-shopping-the-principle-and-the-conflations/>, visitato l'ultima volta in data 2 novembre 2023; G. Gaudin, D. Mantzari, *Google Shopping and the As-Efficient-Competitor Test: Taking Stock and Looking Ahead*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2022, Vol. 13, Issue 2, 125-135.

⁴ Cfr. Corte giust. UE, 6 settembre 2017, Causa C-413/14, *Intel Corp. Inc. c. Commissione*, ECLI:EU:C:2017:632 e, da ultimo, Trib. UE (*renv.*), 26 gennaio 2022, Causa T-286/09, *Intel Corp. Inc. c. Commissione* ECLI:EU:T:2022:19. Come si ricorderà, la Commissione europea aveva inflitto una sanzione di 1,06 miliardi di euro a Intel per aver posto in essere condotte consistite in sconti di fedeltà condizionati in violazione dell'art. 102 TFUE. La sentenza di primo grado, che aveva respinto il ricorso di Intel, era stata poi impugnata dalla parte dinanzi alla Corte di giustizia, la quale aveva annullato la sentenza e rinviato la decisione dinanzi al Tribunale, ritenendo che quest'ultimo avesse omissso di esaminare l'abusività degli sconti alla luce di tutte le circostanze del caso di specie. In particolare, la Corte di giustizia ha giudicato la pronuncia di primo grado viziata nella parte in cui ha considerato gli sconti di fedeltà condizionati idonei, in quanto tali, a restringere la concorrenza, non valutando le argomentazioni che la parte aveva sollevato avverso la ricostruzione del test AEC. Successivamente, in sede di rinvio, il Tribunale ha annullato la decisione della Commissione ritenendo le analisi in essa svolte incomplete sotto il profilo della concreta idoneità degli sconti a produrre effetti anticoncorrenziali. Nello specifico, il Tribunale ha giudicato la decisione della Commissione viziata da errori nell'applicazione del test AEC, non avendo, alla luce delle argomentazioni formulate da Intel, sufficientemente dimostrato la produzione di effetti escludenti ad opera degli sconti applicati ai propri partner commerciali. Inoltre, il Tribunale ha giudicato la complessiva analisi svolta dalla Commissione non conforme ai criteri dettati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia al par. 139 della sua sentenza, ritenendo non debitamente esaminato il criterio relativo al tasso di copertura del mercato e quello concernente la durata degli sconti. Al momento in cui si scrive risulta pendente l'appello della Commissione contro la decisione del Tribunale, Caso C-240/22, *Commissione c. Intel Corp. Inc.* Con specifica attenzione al caso *Intel*, si vedano: G. Colangelo, *Sconti condizionati e test del "concorrente altrettanto efficiente": il caso Intel*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2009, 603-608; A. Nicita, *Sconti escludenti: un doppio salto della Commissione nel caso Intel?*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2013, 363-370; R. Pardolesi, *Perché la Commissione aveva ragione. Oppure no?*, in *Mercato, concorrenza regole*, 2013, 357-362;

ver costituisce senza dubbio una importante occasione di riflessione, soprattutto alla luce delle modifiche apportate nel 2023 agli «Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'art. 82 CE» e delle annunciate Linee guida sugli abusi escludenti, che saranno adottate entro il quarto trimestre del 2025⁵.

L'obiettivo del presente lavoro è pertanto quello di esaminare l'assimilabilità, sotto il profilo dello standard di valutazione utilizzabile, delle clausole di esclusiva e degli sconti fedeltà, al fine di contribuire all'identificazione del più appropriato *framework* in cui operare.

2. L'origine: il caso dell'AGCM

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, con provvedimento n. 26822 del 31 ottobre 2017⁶, ha comminato alla società Unilever una sanzione pecuniaria pari a 60.668.580,00 milioni di euro per aver abusato della sua posizione dominante, in violazione dell'art. 102 TFUE. In particolare, secondo l'Au-

W.P.J. WILS, *The Judgment of the EU General Court in Intel and the So-Called More Economic Approach to Abuse of Dominance*, in *World Competition*, 2014, Vol. 37, Issue 4, 405-434; P. Peepkorn, *Conditional Pricing: Why the General Court is Wrong in Intel and What the Court of Justice Can Do to Rebalance the Assessment of Rebates*, in *Concurrences*, 2015, 43-63; N. Petit, *Intel, Leveraging Rebates and the Goals of Article 102 Tfeu*, in *European Competition Journal*, 2015, Vol. 11, Issue 1, 1-35; E. de Ghellinck, *The As-Efficient-Competitor Test: Necessary or Sufficient to Establish an Abuse of Dominant Position?*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2016, Vol. 7, Issue 8, 544-548; J. Clarke, *The Opinion of AG Wahl in the Intel Rebates Case: A Triumph of Substance over Form?*, in *World Competition*, 2017, Vol. 40, Issue 2, 241-270; C. Carli, *La Commissione aveva ragione, o forse si sbagliava (davvero)?*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2017, 279-298; M. Marinova, *What Can We Learn About the Application of the as Efficient Competitor Test*, cit.; K.U. Kùhn, M. Marinova, *The Role of the 'As Efficient Competitor' Test after the CJEU Judgment in Intel*, in *Competition Law & Policy Debate*, 2018, Vol. 4, Issue 2, 64-72; N. Petit, *The Judgment of the EU Court of Justice in Intel and The Rule of Reason in Abuse of Dominance Cases*, in *European Law Review*, 2018, Vol. 43, Issue 5, 728-750; R. Hajnovicova, N.-L. Lang, A. Usai, *Exclusivity Agreements*, cit.; C. Carli, *Si chiude il cerchio*, cit.; L. Zoboli, *Prestazioni e dotazioni iniziali: il rischio di applicare il test del "concorrente altrettanto efficiente" alle pratiche non di prezzo*, in *Dir. ind.*, 2022, 5, 418-429; G. Monti, *Rebates after the general court's 2022 Intel*, cit.; R. Lauer, *The Intel Saga: What Went Wrong with the Commission's AEC Test (in the General Court's View)?*, 18 febbraio 2023, disponibile in: SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4246327, visitato l'ultima volta in data 2 novembre 2023.

⁵ COM, *Communication, Amendments to the Communication from the Commission Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*, 27 marzo 2023, C(2023) 1923 final. Le modifiche agli Orientamenti traggono origine dal consolidamento del c.d. *effects-based approach* nella giurisprudenza europea e mirano ad una sua declinazione dinamica e praticabile. In pari data la Commissione ha avviato una procedura di consultazione pubblica, terminata il 24 aprile 2023, volta ad adottare le nuove Linee Guida che codificheranno la giurisprudenza dei giudici dell'UE in materia di abusi escludenti. Per eventuali approfondimenti è possibile consultare la procedura al sito: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13796-Diritto-della-concorrenza-dellUE-orientamenti-sugli-abusi-di-esclusione-da-parte-di-imprese-dominanti_it, visitato l'ultima volta in data 30 ottobre 2023.

⁶ AGCM, 31 ottobre 2017, provvedimento n. 26822, Caso A484 - *Unilever/distribuzione gelati*. V. E. Lanza, D. Giangiulio, *The Unilever exclusionary strategy in the impulse packaged ice cream market*, in *Rivista italiana di antitrust*, 2017, Vol. 4, Issue 2; Id., *Comprehensive exclusivity strategy and abuse of dominance: the Italian Competition Authority's approach in the Unilever case*, in *Competition policy in Eastern Europe and Central Asia. Effective investigation in competition cases*, 19 luglio 2022, 34-39.

torità, Unilever avrebbe posto in essere una strategia escludente consistita nell'imposizione, da parte dei suoi distributori, di obblighi di esclusiva che vincolavano gli esercenti dei punti vendita a rifornirsi per l'intero fabbisogno di gelati confezionati presso di essa. A fronte di tale obbligo, il corrispettivo concesso agli operatori vincolati sarebbe consistito in un'ampia gamma di sconti e compensi applicati secondo modalità e condizioni variabili.

Il procedimento ha tratto origine dalla segnalazione della società La Bomba s.n.c., con la quale è stata portata a conoscenza dell'Autorità una presunta condotta illecita di Unilever basata sull'intimazione agli esercenti degli stabilimenti balneari dei litorali adriatico e laziale di non commercializzare, unitamente ai propri, i prodotti del concorrente segnalante.

Secondo l'Autorità, la condotta ha interessato il mercato rilevante italiano della vendita di gelati monodose confezionati destinati al consumo «d'impulso»⁷. In esso, le condotte hanno assunto particolare significatività soprattutto alla luce di talune circostanze che rendevano certamente l'*incumbent* un operatore leader, tra le quali: i) le rilevanti quote di mercato detenute dalla *incumbent*⁸; ii) l'estensione e la capillarità di una rete distributiva vincolata da rapporti di esclusiva; iii) la particolare notorietà del proprio marchio commerciale Algida; iv) la concentrazione delle vendite presso gli esercizi commerciali alto-vendenti; v) l'ampia gamma dei prodotti.

La struttura della rete distributiva di Unilever era costituita da distributori all'ingrosso che, sulla base di un mandato di concessione con esclusiva bilaterale conferita a tempo indeterminato, acquistavano da Unilever i prodotti che poi rivendono ai clienti finali. Dal punto di vista statico, i contratti standardizzati sottoscritti dai distributori contenevano un obbligo di esclusiva che imponeva a questi ultimi il divieto di produrre e commercializzare prodotti concorrenti. Dal punto di vista dinamico, invece, la società aveva il potere di fissare i livelli minimi di vendita, gli sconti e il prezzo finale di listino. A ciò si aggiunga che Unilever esercitava penetranti poteri di monitoraggio e controllo, sia attraverso puntuali direttive che imponeva ai distributori, sia tramite l'esercizio di poteri ispettivi. Il

⁷ Esso era caratterizzato da articolate e differenziate dinamiche concorrenziali che rendevano particolarmente difficoltoso per i piccoli operatori – tra cui il segnalante – concorrere con le tre grandi società operanti su di esso (Unilever, Sammontana e Nestlé: i principali concorrenti di Unilever che, secondo l'Autorità, detenevano, a seguito di un peggioramento delle condizioni di mercato a loro svantaggio prodottasi negli ultimi anni, quote di mercato in volume stimabili tra il 10% e il 20%; cfr. AGCM, *Unilever*, cit., pt. 414 e Tabella n. 9). Ed infatti, in considerazione dell'incapacità di competere per la «contrattualizzazione dell'esercente» a causa della loro ridotta gamma di prodotti e della presentazione al pubblico di questi ultimi in via unicamente complementare ai prodotti dei concorrenti di maggiori dimensioni, la capacità dei piccoli operatori di essere presenti sul mercato dipendeva «fatalmente» dall'assenza di obblighi di esclusiva; *Ibidem*, ptt. 69-70.

⁸ Secondo l'Autorità, infatti, Unilever deteneva (secondo dati 2015) quote stimabili tra il 60% e il 70% in volume e tra il 60% e il 70% in valore nel solo mercato «*hand held*» (gelato da passeggio). *Ibidem*, ptt. 49 e 410.

distributore, in altri termini, non era altro che il tramite attraverso il quale Unilever sviluppava la propria politica commerciale.

Pertanto, gli obblighi di esclusiva contestati a Unilever nei rapporti tra di essa e una consistente fetta della sua clientela⁹ sarebbero consistiti in: i) clausole di esclusiva merceologica, consistenti nell'impegno del cliente a garantire l'approvvigionamento dei prodotti in esclusiva merceologica e, dunque, a non acquistare, commercializzare o comunque trattare prodotti concorrenti; ii) clausole di esclusiva delle attrezzature (c.d. *cabinet exclusivity*), basate sull'impegno del cliente nell'utilizzo delle attrezzature fornite in comodato d'uso per l'esclusiva conservazione dei prodotti Unilever. Ad essi si sarebbero affiancati, poi, degli incentivi al mantenimento dell'esclusiva consistenti in una combinazione personalizzata di sconti e compensi fidelizzanti che avrebbero scoraggiato i clienti dal rivolgersi ai concorrenti¹⁰. Unilever, inoltre, avrebbe applicato, attraverso le associazioni di categoria, mirate azioni di controllo volte a verificare l'effettivo approvvigionamento esclusivo dei clienti presso di essa¹¹.

L'Autorità ha concluso il procedimento accertando che le condotte poste in essere da Unilever risultavano particolarmente pregiudizievoli dal punto di vista concorrenziale, non solo per i grandi operatori ma anche, di riflesso, per gli operatori mono-prodotto. A causa di esse, infatti, i grandi operatori non avrebbero avuto la possibilità di sostituirsi o di concorrere con l'operatore *incumbent* e, di conseguenza, gli operatori mono-prodotto avrebbero avuto meno occasioni di trarre vantaggio dalla sostituzione delle forniture¹². Pertanto, sempre secondo l'Autorità, l'intento escludente di Unilever consisteva nell'accaparramento in esclusiva della maggior parte dei punti vendita attraverso mirate e modulate composizioni di esclusive e condotte tali da ostacolare la penetrazione dei concorrenti¹³. Le condotte, inoltre, risultavano lesive della libertà di scelta del consumatore, il quale vedeva sensibilmente ridotta la possibilità di reperire gelati offerti dalla concorrenza.

Giova sottolineare sin d'ora che tra le difese che la parte ha presentato durante il procedimento c'è stato anche il test del concorrente altrettanto efficiente, con il quale Unilever ha tentato di dimostrare l'incapacità preclusiva anticoncorrenziale delle sue condotte. Tuttavia, l'Autorità non ha preso in considerazione le argomentazioni di Unilever ritenendo, da un lato, che la fattispecie oggetto del

⁹ Per un'incidenza complessiva dell'esclusiva tra il 70 e l'80% dei contratti. *Ibidem*, par. 4.4.2.1.

¹⁰ *Ibidem*, ptt. 202 ss. e 504 ss. Nello specifico, essi sarebbero consistiti in: i) sconti di fine anno a carattere retroattivo; ii) sconti e compensi condizionati a precisi obiettivi di vendita; iii) sconti e compensi legati al mantenimento in modo continuativo di un paniere di prodotti Algida nell'assortimento; iv) compensi promozionali in misura fissa o proporzionale al fatturato; v) compensi erogati alle associazioni di categoria per l'attività di intermediazione.

¹¹ *Ibidem*, par. 4.4.2.3.

¹² *Ibidem*, pt. 559.

¹³ *Ibidem*, parr. 4.4.2.6., 4.4.3.3 e 4.4.3.4.

procedimento fosse ben diversa da quella contestata alla Intel¹⁴ e, dall'altro, che la dimostrazione della portata escludente degli obblighi di esclusiva non richiedesse necessariamente l'espletamento di un test quantitativo. Sul punto l'Autorità ha chiarito, infatti, che nessun test di replicabilità avrebbe potuto prendere in considerazione il complesso delle condotte poste in essere dall'impresa ma che, al contrario, sarebbe stato più opportuno focalizzare l'attenzione su elementi qualitativi quali: i) il ruolo di assoluta predominanza sul mercato di Unilever; ii) il blocco degli sbocchi su di una quota di mercato pari ad almeno il 30-40%; iii) la durata media superiore ai due anni; iv) l'attuazione mirata e differenziata delle condotte; v) le prove a sostegno di una complessiva strategia escludente¹⁵.

3. *La pronuncia della Corte di Giustizia e la successiva riassunzione del giudizio dinanzi al Consiglio di Stato*

Il ricorso per l'annullamento del provvedimento dell'Autorità proposto dalla Unilever dinanzi al Tar Lazio è stato respinto con sentenza n. 6080/2018. Avverso la sentenza del Tar¹⁶ la parte ha presentato ricorso in appello dinanzi al Consiglio di Stato, il quale, con ordinanza n. 7713/2020, ha sospeso il giudizio e deferito *ex art. 267 TFUE* la questione alla Corte di giustizia, chiedendo, da un lato, a quali condizioni, al di fuori delle ipotesi di controllo societario e nell'ambito di contratti di distribuzione, un coordinamento contrattuale tra operatori economici formalmente autonomi e indipendenti possa equivalere ad un unico centro decisionale¹⁷ e se, dall'altro, i principi espressi nella sentenza Intel siano gene-

¹⁴ Ed infatti, mentre in Intel le condotte consistevano esclusivamente in «sconti d'esclusiva», nel procedimento Unilever la condotta era «largamente basata sull'imposizione di obblighi di esclusiva». Cfr. AGCM, *Unilever*, cit., ptt. 590 ss.

¹⁵ *Ibidem*, ptt. 591-598.

¹⁶ Critici sulla ricostruzione effettuata dal TAR sono G. Goeteyn, G. Lapenta, *The Italian Unilever Judgment on Exclusive Dealing: Helpful Clarification or Misguided Limitation of the Court of Justice's Intel Ruling?*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2018, Vol. 9, Issue 9, 590-595.

¹⁷ Secondo la giurisprudenza amministrativa, il comportamento di due o più imprese rientra nella definizione di unica entità economica qualora «pur avendo personalità giuridica distinta, tali soggetti non determinino in modo autonomo la propria linea di condotta sul mercato, ma definiscano congiuntamente il proprio operato, in considerazione, segnatamente, dei vincoli economici, organizzativi e giuridici che intercorrono tra le due entità giuridiche (sentenze del 20 gennaio 2011, *General Química e a./Commissione*, C 90/09; nonché del 29 settembre 2011, *Elf Aquitaine/Commissione*, C 521/09)», cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 6 ottobre 2020, nn. 5883, 5898, 5900. I principali *leading case* nella giurisprudenza europea sono: Corte giust. UE, 24 ottobre 1996, caso C-73/95, *Vihø c. Commissione*, ECLI:EU:C:1996:405, spec. pt. 16; Corte giust. UE, 12 luglio 1984, caso C-170/83, *Hydrotherm Gerätebau c. Compact*, ECLI:EU:C:1984:271, spec. pt. 11; Corte giust. UE, 14 dicembre 20006, caso C-217/05, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio c. Compañía Española de Petróleos SA*, ECLI:EU:C:2006:784, spec. ptt. 42-44; Corte giust. UE, 16 dicembre 1975, casi 40-48, 50, 54-56, 111, 113 e 114/73, *Coöperatieve Vereniging SuikerUnie c. Commissione*, ECLI:EU:C:1975:174, spec. ptt. 480, 539, e, ancora, Corte giust. UE, 16 settembre 1999, caso C-22/98, *Jean*

realizzabili oltre la fattispecie degli sconti fedeltà anche alle clausole di esclusiva; con riferimento a quest'ultimo punto, il Consiglio di Stato ha inoltre domandato alla Corte di Giustizia in quali circostanze l'Autorità dovrebbe ritenersi onerata del compito di dimostrare che le condotte contestate siano effettivamente capaci di escludere dal mercato i concorrenti altrettanto efficienti, anche analizzando le analisi economiche presentate dalla parte.

In data 19 gennaio 2023, la Corte di Giustizia si è pronunciata sulle questioni pregiudiziali che il Consiglio di Stato le aveva sottoposto, fornendo preziose indicazioni su entrambi i quesiti.

Con riferimento alla prima questione, la Corte di Giustizia, ha chiarito che, al di là del principio dell'unica entità economica, nell'ambito di applicazione dell'art. 102 TFUE le condotte dei distributori sono imputabili al produttore ogni qual volta esse siano poste in essere in maniera non indipendente ma come parte di «una politica decisa unilateralmente da tale produttore». Nel caso di specie, secondo la Corte, la redazione dei contratti che i distributori sottoponevano ai punti vendita veniva unilateralmente predisposta dal produttore e ciò non poteva che deporre nel senso di una qualificazione dei distributori come una ramificazione territoriale della politica commerciale del produttore. In questo caso, dunque, la responsabilità non sarebbe attribuibile al produttore in applicazione del principio dell'unica entità economica ma in quanto egli sarebbe considerabile come l'autore della condotta anticoncorrenziale, perpetrata attraverso distributori indipendenti¹⁸.

Sul secondo quesito, e in particolare con riferimento allo standard probatorio gravante sull'Autorità, la Corte ha precisato, come già chiarito nella sentenza SEN¹⁹, che l'Autorità non è tenuta a provare la concreta portata anti-competiti-

Claude Becu, ECLI:EU:C:1999:419, spec. pt. 26. Sull'accertamento del controllo esercitato dalla controllante sulla controllata ai fini dell'estensione della responsabilità di quest'ultima alla prima v. Corte giust. UE, 25 marzo 2021, C-152/19, *Deutsche Telekom c. Commissione*, ECLI:EU:C:2021:238 e Corte giust. UE, 27 gennaio 2021, C-595/18, *Goldman Sachs c. Commissione*, ECLI:EU:C:2021:73. In dottrina, sulla «single economic entity» v. R. Whish, D. Bailey, *Competition Law*, Oxford University Press, 2018, 93 ss.; O. Odudu, D. Bailey, *The Single Economic Entity Doctrine in EU Competition Law*, in *Common Market Law Review*, 2014, Vol. 51, Issue 6, 1721-1757; E. Cecchet, *Il caso Unilever alla prova della Corte di Giustizia (alias la sottile linea di confine tra uso e abuso dei contratti di distribuzione)*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2022, 191-207; v. anche M. Casoria, *L'imputabilità infragruppo delle violazioni antitrust. (I)rresponsabilità e presunzioni*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2014, 365 ss.; F. Ghezzi, M. Maggolino, *L'imputazione delle sanzioni antitrust nei gruppi di imprese, tra «responsabilità personale» e finalità dissuasive*, in *Riv. società*, 2014, 1060 ss.

¹⁸ Corte giust. UE, *Unilever*, cit., ptt. 29-33.

¹⁹ Come si ricorderà, il caso SEN era caratterizzato da una fattispecie complessa non ricollegabile ad un'esclusione tariffaria consistita, secondo l'Autorità, in una strategia escludente nei mercati della vendita di energia elettrica, volta a traghettare i clienti della società Servizio elettrico nazionale S.p.A. verso la società Enel Energia S.p.A. L'obiettivo era quello di evitare la migrazione di clienti verso fornitori terzi attraverso una raccolta di consensi degli utenti a ricevere proposte commerciali (le c.d. "liste SEN") attuata con "modalità discriminatorie", consistite nell'acquisizione di consensi separati per le società del gruppo ENEL e per i terzi. Le liste avrebbero poi consentito ad Enel Energia di proporre specifiche offerte dedicate solo alle categorie di clienti inserite nelle stesse. Pertanto, le implicite informazioni contenute nelle liste e la loro non replicabilità da parte

va degli effetti prodotti dalla pratica ma può limitarsi a provare che tale condotta abbia avuto la capacità di produrli. Tale prova, tuttavia, deve fondarsi su elementi di prova tangibili idonei a dimostrare, al di là della mera ipotesi, la capacità suddetta, non potendosi qualificare come abusiva una pratica rimasta «allo stato di progetto». In tale contesto, per l'analisi della capacità preclusiva basata su elementi tangibili, gli insegnamenti delle scienze economiche, anche laddove fondati su studi empirici o comportamentali, potrebbero non costituire base di prova sufficiente alla qualificazione abusiva della condotta. Al contrario, l'analisi deve fondarsi su tutte le circostanze di fatto pertinenti, tra le quali: i) l'ampiezza del comportamento sul mercato; ii) le limitazioni di capacità gravanti sui fornitori di materie prime; iii) la qualifica di partner inevitabile della impresa dominante²⁰. Tra queste circostanze la Corte specifica, inoltre, che la prova di un intento anticoncorrenziale non è né richiesta né sufficiente di per sé a provare l'abusività del comportamento.

Questa posizione della Corte sulle clausole di esclusiva supera il tradizionale approccio formalista, estendendo anche a queste fattispecie i principi sviluppati nel caso Intel²¹. In sintesi, la Corte di Giustizia ha seguito la giurisprudenza già affermata nella sentenza Intel che, sebbene riguardante una pratica di sconti fedeltà, ha ritenuto applicabile anche alle condotte complesse «largamente basate sull'imposizione di obblighi di esclusiva»²², chiarendo che, anche in questi casi, laddove un'impresa presenti nel corso del procedimento uno studio economico volto a provare che la propria pratica non sia idonea ad escludere un concorrente

dei concorrenti di Enel Energia avrebbero determinato, secondo l'Autorità, l'effetto restrittivo della concorrenza. Già nel caso SEN, che riguardava proprio una pratica non tariffaria, l'Avvocato generale Rantos, nelle sue conclusioni, ha chiarito la necessità di verificare l'astratta replicabilità, tramite «un test modellato sulla logica di tale test [il test AEC]», da parte dei concorrenti altrettanto efficienti delle condotte dell'impresa dominante, al fine di accertare se la pratica sia rientrata o meno all'interno della concorrenza basata sui meriti. Un tale test consisterebbe, ad opinione dell'Avvocato, «nel verificare se, sulla base delle informazioni presunte note all'impresa in posizione dominante, i concorrenti avrebbero potuto avere accesso, in maniera economicamente redditizia, a liste comparabili, quanto ad utilità, alle liste SEN. Tale approccio coincide parimenti con l'importanza attribuita al criterio di replicabilità nell'ambito delle pratiche di esclusione non tariffarie», cfr. Conclusioni dell'Avv. Generale Rantos nel caso C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale (SEN)*, ptt. 71-73, Corte giust. UE, 12 maggio 2022, C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale (SEN)*, ECLI:EU:C:2021:998 e Consiglio di Stato, sez. VI, 1 dicembre 2022, n. 10571. Per un commento v. L. Zoboli, *Prestazioni e dotazioni iniziali*, cit., 405.

²⁰ Corte giust. UE, *Unilever*, cit, ptt. 40 ss. Per un commento alla sentenza v. M. Maggiolino, *When an ice cream case provides antitrust experts with food for thought: Unilever Italia*, in *Common Market Law Review*, 2023, vol. 60, Issue 5, 1433 ss.

²¹ Si ricordi che con tale giurisprudenza la Corte aveva già avuto modo di precisare che nell'accertamento della capacità preclusiva anticoncorrenziale degli sconti fedeltà l'Autorità nazionale avrebbe dovuto prendere in considerazione cinque rilevanti condizioni: i) l'ampiezza della posizione dominante; ii) il tasso di copertura del mercato ad opera della pratica; iii) le condizioni e le modalità di concessione degli sconti di cui trattasi; iv) la loro durata e il loro importo; v) nonché l'eventuale esistenza di una strategia diretta ad escludere dal mercato i concorrenti quantomeno altrettanto efficaci. In tale analisi, poi, devono essere ricompresi gli elementi di prova che l'impresa dominante presenta nel corso del procedimento per provare l'incapacità preclusiva anticoncorrenziale della sua condotta.

²² Questa è la definizione dell'Autorità, cfr. AGCM, *Unilever*, cit., pt. 590.

altrettanto efficiente, l'Autorità nazionale non può astenersi dall'esame dello stesso. Sul punto, la Corte di Giustizia, pur riconoscendo l'inidoneità di un siffatto test per l'analisi di pratiche non tariffarie²³, ha precisato che il criterio del concorrente altrettanto efficiente può ritenersi applicabile anche ad esse qualora le conseguenze della pratica siano "stimabili in concreto" e, in particolare, laddove tale criterio possa contribuire ad accertare se un ipotetico concorrente, con struttura dei costi analoga a quella dell'impresa dominante, sia in grado di proporre i propri prodotti senza incorrere in perdite o ricavi insufficienti come conseguenza della sopportazione delle indennità che i distributori dovrebbero pagare per cambiare fornitore, o delle perdite che essi dovrebbero subire dopo un tale cambiamento.

Riassumendo il giudizio sospeso, il Consiglio di Stato cala entrambe le questioni di principio affrontate dalla Corte di giustizia nel caso di specie. Sulla prima questione, il Giudice nazionale di secondo grado ha comunque voluto ricostruire, sia sotto il profilo statico che dinamico, il collegamento tra produttore e distributori. Tra gli aspetti del rapporto contrattuale che il Consiglio di Stato ha ritenuto determinanti per la imputabilità della condotta al produttore vi sono stati, in particolare, l'utilizzo di contratti tipo standardizzati, l'impiego di clausole di esclusiva, l'imposizione di livelli minimi di vendita e dei prezzi finali di listino, la griglia scalare di sconti, la previsione di ingerenti poteri ispettivi e di ritiro delle attrezzature nonché i penetranti poteri di direzione delle strategie commerciali e di vendita dei concessionari. Tutto ciò ha portato il Consiglio di Stato ad affermare l'indiscutibile preponderanza del potere decisionale di Unilever e la rilevanza meramente esecutiva del ruolo che i distributori avevano nella rete. In questo modo, chiarendo che Unilever si trovava nella posizione di effettivo ed unico soggetto regolatore dell'intera rete distributiva, il Consiglio di Stato relega la differente soggettività giuridica di produttore e distributori ad elemento squisitamente formale.

Anche sulla seconda questione il Consiglio di Stato avalla l'operato dell'Autorità e si pone in linea con l'approfondito standard di analisi che, come vedremo, caratterizza i giudizi della Corte di giustizia nei casi che coinvolgono test quantitativi. Nella valutazione della compatibilità del provvedimento sanzionatorio con l'arresto Intel, il Consiglio di Stato respinge le censure sollevate da Unilever circa la violazione dei diritti di difesa e conferma come l'Autorità abbia, invece, debitamente preso in considerazione le difese economiche della parte. Infatti, contrariamente a quanto sostenuto da Unilever, i Giudici ritengono, ad un giudizio estrinseco di legittimità, immuni da vizi le valutazioni tecnico-discrezionali

²³ La Corte ha infatti precisato che, se da un lato il test AEC potrebbe essere «inadeguato in presenza di talune prassi non tariffarie» (cfr. Corte giust. UE, *Unilever*, cit., pt. 57), dall'altro «anche in presenza di prassi non tariffarie, la rilevanza di un siffatto criterio non può essere esclusa» (cfr. Id., pt. 59). In altri termini, nella sentenza Unilever la Corte di giustizia – pur ritenendolo facoltativo – non esclude la rilevanza del test nei casi di pratiche non tariffarie stimabili in concreto.

dell'Autorità nella parte in cui hanno ritenuto che il test AEC a cui fa riferimento la giurisprudenza Intel riguardi unicamente le pratiche scontistiche e sia, pertanto, non “decisivo” né “utile” per contestare la concreta portata anti-competitiva di condotte complesse connotate da più ampia estensione e direzione. Il test²⁴ muoveva dal presupposto che la quota rilevante delle vendite di Unilever discendente dai prodotti c.d. «*must have*» (prodotti che il rivenditore deve obbligatoriamente offrire in vendita) costituisca una domanda non contendibile e tentava di dimostrare che un concorrente altrettanto efficiente sarebbe stato in grado di praticare delle politiche scontistiche sulla restante quota contendibile di mercato tali da garantirsi una quota contendibile su di esso e non rischiare l'esclusione dallo stesso. Il Consiglio di Stato ha ritenuto però il test non necessario perché non probante, ribadendo che l'accertamento dell'Autorità non avesse affatto avuto ad oggetto una strategia anti-competitiva fondata sull'aver la disponibilità di prodotti c.d. «*must have*» ma, al contrario, sulla più complessa condotta prevalentemente basata su clausole di esclusiva. In altri termini, il Consiglio di Stato ha condiviso gli approdi dell'Autorità nella parte in cui, pur prendendolo in considerazione, non hanno considerato il test AEC dimostrativo in ragione della differente natura e composizione delle condotte contestate che, nel caso di specie, non riguardavano un comportamento di “predatorietà pura”.

Al fine di esaminare più approfonditamente questo secondo aspetto della pronuncia del Consiglio di Stato, è necessario procedere con ordine e, prima di passare all'analisi dell'applicabilità della giurisprudenza Intel al caso in esame, è indispensabile una riflessione sulla capacità escludente delle clausole di esclusiva.

4. *La capacità escludente delle clausole di esclusiva e il c.d. effects-based approach*

Sebbene il *Discussion paper*²⁵ effettuasse una differenziazione tra condotte di prezzo (esemplificativamente e in maniera non esaustiva: prezzi predatori, sconti fedeltà e *margin squeeze*) e non (esemplificativamente e in maniera non esaustiva: *exclusive dealing*, *tying* e *bundling* e *refusal to supply*), gli Orientamenti della Commissione non forniscono una chiara distinzione tra le due condotte, limitandosi a ribadire (dal punto 23 al punto 27) che il test AEC è necessario per l'accertamento dell'effetto escludente delle prime (su cui *infra*). Tuttavia, tale classifica-

²⁴ Unilever ha depositato due studi economici. Mentre il primo tentava di dimostrare l'incapacità delle clausole di esclusiva e degli altri sconti di escludere dal mercato i concorrenti altrettanto efficienti, il secondo metteva in luce gli aspetti pro-concorrenziali delle condotte contestate.

²⁵ Cfr. COM, *DG Competition discussion paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Public consultation, 19 December 2005. Più diffusamente v. nota 31.

zione – anche riconosciuta come distinzione tra condotte predatorie e condotte di esclusione²⁶ – appare indispensabile per la scelta dell'appropriato standard di valutazione della condotta, il quale non può prescindere dalla corretta identificazione degli elementi fondanti la pratica. Nonostante entrambe le pratiche mirino all'innalzamento dei prezzi tramite l'esclusione del concorrente, la differenza fondamentale sta nel fatto che mentre nelle pratiche tariffarie tale obiettivo è conseguito successivamente ad un periodo di prezzi bassi, nelle pratiche non tariffarie tale periodo di prezzi bassi manca²⁷. Le clausole di esclusiva²⁸ rientrano in questa seconda fattispecie poiché raggiungono l'obiettivo attraverso condotte (non tariffarie) che, limitando gli sbocchi sul mercato, impediscono o ostacolano l'ingresso di nuovi concorrenti²⁹. Proprio per tale ragione gli obblighi di esclusiva sono

²⁶ La differenza tra condotte predatorie e condotte consistenti in clausole di esclusiva consiste nel fatto che le seconde fanno riferimento al paradigma del «*Raising rivals' costs*» che è differente dalle teorie di predazione in quanto non richiede il sacrificio di profitto per l'esclusione. In proposito v. C. Fumagalli, M. Motta, *On the Use of Price-Cost Test in Loyalty Discounts and Exclusive Dealing Arrangements: Which Implication from Economic Theory?*, BAFFI CAREFIN Centre, Research paper no. 2016-36. V. anche S.C. Salop, *The Raising Rivals' Cost Foreclosure Paradigm, Conditional Pricing Practices, and the Flawed Incremental Price-Cost Test*, in *Antitrust Law Journal*, 81, 371-421.

²⁷ Sulla classificazione, più approfonditamente, v. A.C. Jessen, *Exclusionary Abuse after the Post Denmark I case: The Role of the Effects-Based Approach under Article 102 TFUE*, International Competition Law series, vol. 69, Kluwer Law International, 2017, 99-132. V. anche I. Lianos, V. Korah, P. Siciliani, *Competition Law: Analysis, Cases and Materials*, Oxford, 2019, 889 ss.; S.C. Salop, *The rising rivals' cost*, cit., 371-421.

²⁸ Come noto, le clausole di esclusiva impongono ad un cliente di acquistare esclusivamente presso l'impresa dominante e possono essere tanto più dannose per la concorrenza quanto più l'obbligo è protratto nel tempo (Cfr. Orientamenti sulle priorità della Commissione, cit., pt. 36). Dal punto di vista contrattuale, le forme degli obblighi di acquisto sono variabili e possono consistere in: i) pattuizioni espresse (è il caso di Corte giust. UE, *Unilever*, cit., nel quale, però, oltre agli obblighi di acquisto esclusivo, comprendenti la clausola di esclusiva merceologica o la c.d. *cabinet exclusivity*, ricorrevano, specialmente nei rapporti non coperti formalmente da esclusiva merceologica: a) sconti target; b) sconti di fine anno; c) sconti o compensi «assortimento»); ii) obblighi di rifornirsi per la maggior parte del fabbisogno (cfr. Corte giust. UE, *Hoffman-La Roche*, cit.); iii) obblighi di acquisto quantificati in volume o in valore (cfr. Corte giust. UE, 19 aprile 2012, Causa C549/10 P, *Tomra Systems e a. c. Commissione*, ECLI:EU:C:2012:221); iv) obblighi di acquisto collegati ad altri elementi del rapporto (cfr. Corte giust. UE, 23 ottobre 2003, Causa T-65/98, *Van den Bergh Foods c. Commissione*, ECLI:EU:T:2003:281); v) accordi verbali (cfr. AGCM, 7 dicembre 1999 n. 7804, A224, *Pepsico Foods and Beverage International-Ibg Sud c. Coca Cola Italia*, ptt. 185-188); vi) clausole inglesi (cfr. Corte giust. UE, *Hoffman-La Roche*, cit.). Più ampiamente sulla classificazione v. M. D'ostuni, M. Beretta, *Il diritto della concorrenza*, Torino, 2021, 939. In tale contesto occorre precisare che un obbligo di acquisto potrebbe presentarsi come un'esclusiva di fatto in tutte le ipotesi in cui l'impresa dominante attui delle condotte volte a disincentivare il passaggio dei clienti a fornitori concorrenti (cfr. Corte giust. UE, *Tomra*, cit.). Inoltre, l'abusività della condotta è rintracciabile sia nei casi in cui l'obbligo sia assoluto sia nei casi in cui esso sia assunto in cambio della concessione della riduzione di prezzo o di un pagamento, in tal senso v. anche Commissione, 24 gennaio 2018, *Qualcomm*, AT.40220, pt. 382, annullata dal Trib. UE, Caso T-235/18, *Qualcomm c. Commissione*, ECLI:EU:T:2022:358. Più genericamente, sulle clausole di esclusiva, v. A. Pappalardo, *Il diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Torino, 2018, 604; I. Guadagno, R. Iusto, *Gli Abusi di posizione dominante. Le fattispecie tipiche*, in *Diritto antitrust*, a cura di A. Catricalà, C.E. Cazzato, F. Fimmanò, Milano, 2021, 408.

²⁹ Cfr. *Orientamenti*, cit, pt. 36. Nei casi di esclusiva, in linea generale, i principali fattori che possono condizionare l'intensità della preclusione anticoncorrenziale sono il ruolo di partner commerciale e la durata del vincolo. Il primo ricorre ad esempio nei casi in cui l'alta preferenza del marchio dell'*incumbent* da parte dall'utenza finale rende improbabile il passaggio di questi ultimi ad altri fornitori; sul punto, il pt. 36 degli Orientamen-

stati a lungo considerati abusivi *per se*³⁰ ma, successivamente alla pronunce Intel e Unilever, tale approccio ha lasciato il passo a quello c.d. *effects-based*³¹.

Nell'applicazione dell'*effects-based approach*, le pronunce che si sono susseguite nel tempo hanno utilizzato differenti termini per definire il grado di probabilità degli effetti anti-competitivi che potesse giustificare l'intervento della Commissione, suscitando un ampio dibattito³² intorno ai concetti di *capability* e di *likelihood* che devono orientare il livello di intensità del *legal standard* richiesto alla Commissione. In ogni caso, il *Policy brief* della Commissione sembra superare questo dibattito chiarendo come il *legal standard* per l'accertamento di una condotta escludente sia legato unicamente ai «*potential effects*» che essa è capace di

ti chiarisce infatti che effetti preclusivi anticoncorrenziali sono più probabili nei casi in cui la porzione contendibile della domanda sia ridotta. La durata, invece, sempre secondo gli Orientamenti, può determinare effetti preclusivi anti-competitivi in considerazione della maggiore o minore durata nel tempo degli sbocchi sul mercato.

³⁰ Cfr. Corte giust. UE, *Hoffmann-La Roche*, cit., pt. 89. Più precisamente, sebbene la citata formulazione del paragrafo della sentenza *Hoffmann* possa in effetti suggerire una presunzione di abusività *per se* delle clausole di esclusiva, va notato che in questi casi l'impresa in posizione dominante può in ogni caso difendersi dimostrando l'oggettiva giustificazione o le efficienze prodotte dalla sua condotta. Siffatta precisazione è oggi – a seguito della sentenza Unilever – definitivamente valida anche per le clausole di esclusiva (cfr. Corte giust. UE, *Unilever*, cit, ptt. 49 e 50). Inoltre, successivamente alle sentenze Intel e Unilever, l'impresa in posizione dominante potrà contestare la pretesa abusività della pratica anche attraverso la presentazione di studi economici volti a dimostrare l'assenza di effetti preclusivi anticoncorrenziali, cfr. R. Whish, D. Bailey, *Competition law*, cit., 700.

³¹ La discussione sull'*analytical framework* da seguire nei casi di abuso di posizione dominante ha inizio nel 2005, quando la Commissione pubblicò un *discussion paper*, cit., nel quale veniva richiesto, ai fini dell'accertamento di una violazione dell'art. 102 TFUE, l'esame degli effetti prodotti sul mercato attraverso l'analisi economica di costi e prezzi. Le critiche sulla carente certezza del diritto conseguente all'approccio suddetto portarono la DG Competition ad adottare gli Orientamenti sulle priorità nell'applicazione dell'art. 102 TFUE al posto delle Linee guida. In esso, l'esercizio della discrezionalità è stato vincolato all'analisi economica degli effetti, per limitare l'*enforcement* ai casi in cui sia concretamente possibile accertare, grazie all'utilizzo di strumenti economici, l'esistenza di effetti negativi per i consumatori. Attraverso il riconoscimento di questo nuovo indirizzo di *policy*, può dirsi che la Commissione ha inaugurato un *effects-based approach* nell'indagine dei casi di infrazione dell'art. 102 TFUE. Negli ultimi anni tale approccio, e cioè quello basato sulla valorizzazione dei possibili effetti anticompetitivi discendenti dalla pratica abusiva, ha differentemente influito sull'evoluzione del diritto della concorrenza comunitario stimolando una maggiore attenzione al potere di mercato e agli strumenti economici all'interno delle indagini antitrust. Descrive l'*effects-based approach* come un «canto della sirena» J. Blockx, *The Limits of the 'More Economic' Approach to Antitrust*, in *World Competition*, 2019, Vol. 42, Issue 4, 475-496; sulla storia del *more economic approach* v. A.C. Witt, *The More Economic Approach to EU Antitrust Law*, Hart, 2016; R. Podszun, *Introduction*, in Aa.Vv., *Competition Policy and the Economic Approach*, a cura di J. Drexler, W. Kerber, R. Podszun, 2011, Edward Elgar Publishing, Iss.; per una ricognizione giurisprudenziale in ordine al passaggio dal *legalistic approach* al *more economic approach* v. P.L. Parcu, G. Monti, M. Botta, *Introduction to the book Economic analysis in EU competition law, Recent Trends at the National and EU Level*, Edward Elgar Publishing, 2021. In letteratura, di recente, si v. D. Geradin, *Loyalty Rebates after Intel: Time for the European Court of Justice to Overrule Hoffman-La Roche*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2015, Vol. 11, Issue 3, 579-615; R. Podszun, *The Role of Economics in Competition Law: the "effects-based approach" after the Intel-judgment of the CJEU*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2018, Vol. 7, Issue 2.

³² Critica circa la confusione dei due termini pare parte della dottrina, la quale ritiene che «i due termini non possono esser sinonimi, altrimenti perderebbe di significato la linea di confine tra restrizioni «per oggetto» e «per effetto». La soglia della *capability* si applica alle restrizioni «per oggetto», ove il danno è presunto, mentre la soglia della *likelihood*, più alta, si applica alle restrizioni «per effetto», ove il danno deve stabilirsi caso per caso», cfr. C. Carli, *Intel contro tutti*, cit., 492.

produrre, analizzati in termini né ipotetici o astratti né concreti. Questa posizione sembra in linea con la giurisprudenza recente e soprattutto con la sentenza qui in commento, che non richiede all'autorità nazionale di dimostrare che la condotta contestata abbia concretamente prodotto effetti anti-concorrenziali ma solo la prova, basata su elementi di prova tangibili che vadano al di là della mera ipotesi, della capacità di produrre tali effetti (i «*potential effects*»)³³.

Quindi, nei casi di clausole di esclusiva, le Autorità nazionali devono valutare l'effettiva capacità di queste ultime di escludere dal mercato i concorrenti efficienti tanto quanto l'impresa indagata³⁴. Seguendo la giurisprudenza Unilever, l'analisi della capacità preclusiva si concentrerà dunque sulle specifiche circostanze del caso di specie, tra le quali i) l'ampiezza del comportamento sul mercato; ii) le limitazioni di capacità gravanti sui fornitori di materie prime; iii) la qualifica di partner inevitabile dell'impresa dominante. Essa, tuttavia, potrà essere in ogni caso superata dall'impresa indagata laddove quest'ultima presenti degli elementi di prova di senso contrario volti a dimostrare l'assenza di effetti restrittivi della concorrenza. Anche per le clausole di esclusiva, dunque, laddove l'impresa presenti un test per ribaltare la presunta capacità preclusiva della pratica, l'Autorità è tenuta a effettuare una valutazione complessiva di tutte le prove presentate dalla parte, test economici compresi.

Ciò chiarito è ora possibile passare all'analisi critica dell'applicazione di tale principio allo specifico caso in cui l'impresa sia accusata di aver commesso una pratica "ibrida" non direttamente tariffaria.

5. *Verso un allargamento dell'ambito di applicazione del test AEC alle pratiche non direttamente tariffarie?*

Come si è innanzi cercato di chiarire, il *more economic approach* richiede che per l'accertamento delle pratiche abusive non si prenda in considerazione la forma che esse assumono ma la potenziale capacità escludente degli effetti prodotti sul mercato. Tuttavia, l'esclusione dal mercato di concorrenti non altrettanto efficienti sulla base di pratiche fondate e giustificate da una concorrenza basata sui meriti (segnatamente basata su prezzi, scelta, qualità o innovazione dei prodotti offerti) non qualifica, di per sé, la condotta come abusiva. Lo scopo dell'art. 102 TFUE, infatti, è quello di sanzionare i comportamenti di un'impresa in posizione dominante che, ricorrendo a mezzi diversi da quelli sui quali si basa la concorrenza basata sui meriti, abbiano prodotto effetti preclusivi anticoncorrenzia-

³³ Cfr. Corte giust. UE, *Unilever*, cit., pt. 41-42.

³⁴ *Ibidem*, pt. 52. Depongono nel senso di questa interpretazione anche le conclusioni dell'Avv. Generale Rantos nel caso *Unilever*, cfr. Conclusioni dell'Avvocato generale Rantos, *Unilever*, pt. 71 ss.

li nei confronti dei concorrenti altrettanto efficienti. Se, infatti, non si facesse un'opportuna distinzione tra effetti preclusivi ed effetti preclusivi anticoncorrenziali, ogni condotta in grado di produrre effetti escludenti sarebbe qualificabile come abusiva, con la conseguenza che tutte le imprese meno efficienti e meritevoli sarebbero ingiustamente avvantaggiate e tutelate, raggiungendo un obiettivo opposto a quello della tutela concorrenziale. Questa precisazione riflette il contenuto del principio del concorrente altrettanto efficiente e traccia una linea di demarcazione tra quelle condotte fondate sulla *competition on the merits* che possono condurre all'esclusione dei concorrenti *less efficient* e le condotte escludenti che ledono la struttura concorrenziale e sono dannose per i consumatori. Il generale principio del concorrente altrettanto efficiente deve però essere tenuto distinto dal test del concorrente altrettanto efficiente, utilizzato nella sua accezione più tecnica per implementare il principio anzidetto³⁵. Mentre la protezione del concorrente altrettanto efficiente assurge a principio generale del diritto della concorrenza e deve trovare applicazione nelle valutazioni della Commissione, il secondo non rappresenta un elemento necessario della valutazione.

Il test AEC servirebbe a verificare, sulla base di un'analisi incentrata sul parametro di riferimento prezzi/costi, se un «concorrente altrettanto efficiente» trovi economicamente redditizia una pratica tariffaria. Proprio in ragione di tali parametri di riferimento e in considerazione dell'espresso richiamo che il paragrafo 23 degli Orientamenti fa alle pratiche tariffarie, il test non dovrebbe essere considerato applicabile alle pratiche non direttamente tariffarie³⁶. Esso, infatti, potrebbe risultare non appropriato nei casi di pratiche che uniscono sconti e vantaggi non tariffari, considerato che la natura quantitativa del test potrebbe non essere capace di catturare e cumulare gli effetti di preclusione anticoncorrenziale prodotti dalle condotte che congiungono sconti e pratiche non tariffarie³⁷.

³⁵ R. Whish, D. Bailey, *Competition law*, cit., 752 e G. Gaudin, D. Mantzari, *Google Shopping and the As-Efficient-Competitor Test: Taking Stock and Looking Ahead*, cit.

³⁶ Teoricamente, infatti, la Commissione, perché il test sia efficace, richiede – al punto 25 degli Orientamenti – la necessaria presenza di dati affidabili sui prezzi di costo e di vendita. Pertanto, il test AEC potrebbe essere applicato nei casi di sconti, *margin squeeze*, prezzi predatori o discriminazione dei prezzi mentre nei casi di abuso non tariffario, come la vendita abbinata, il rifiuto di fornitura o gli obblighi di esclusiva, esso non potrebbe svolgere alcun ruolo. È di questo avviso il Tribunale nel caso Google Shopping, laddove afferma che «Il ricorso a tale criterio, che consiste nel confrontare prezzi e costi, non aveva quindi senso in questo caso, poiché il problema di concorrenza individuato non era un problema di prezzi», cfr. Trib. UE, 10 novembre 2021, Caso T-612/17, *Google and Alphabet v Commission*, pt. 539. V. anche R. Podszun, *The Role of Economics in Competition Law: the "effects-based approach"*, cit.

³⁷ Sul punto v. L. McCallum e al., *A dynamic and workable effectsbased approach to abuse of dominance, A dynamic and workable effectsbased approach to abuse of dominance*, in *Competition Policy Brief*, Issue 1, marzo 2023, 6, nota 59, la quale specifica – facendo riferimento ad Unilever – che «an AEC test may not be appropriate in situations where rebates are granted in conjunction with non-price advantages, as the quantitative nature of the AEC test may not be capable of capturing the overall price and non-price loyalty-inducing effect of the scheme». Di recente v. A. Barbera, N. Fajardo Acosta, T. Klein, *The Role of the AEC Principle and Tests in a*

Considerato dunque che gli *exclusivity agreements* costituiscono pratiche non tariffarie, sorge l'interrogativo circa l'assimilabilità degli *exclusivity rebates* e degli *exclusivity agreements* (pur laddove inclusi in una pratica più complessa composta anche da pratiche tariffarie) sotto il profilo dello strumento di analisi (economica) utilizzabile³⁸.

A ben vedere, in effetti, i casi in cui può essere utilizzato lo strumento del test AEC dovrebbero essere considerati eccezionali³⁹ in quanto, come da ultimo precisato nella sentenza Google Shopping, «il ricorso al criterio di un concorrente altrettanto efficiente è giustificato in presenza di pratiche tariffarie»⁴⁰. Come giustamente notato in dottrina, infatti, la sentenza Intel riguardava una fattispecie di *exclusivity rebates* e, proprio per questo motivo, sarebbe impossibile estrapolare principi di riferimento in ordine all'applicabilità del test AEC alle pratiche di esclusiva non direttamente tariffarie⁴¹.

In direzione opposta però sembra muoversi la giurisprudenza europea nel caso Unilever. Ed infatti, sebbene la condotta contestata ad Unilever fosse «largamente basata sull'imposizione di obblighi di esclusiva» non direttamente tariffarie, le conclusioni dell'Avvocato generale Rantos e le affermazioni della Corte di Giustizia sembrano andare nella direzione di un allargamento applicativo

Dynamic and Workable Effects-Based Approach to Abuse of Dominance, in *Journal of European Competition Law & Practice*, December 2023, Vol. 14, Issue 8, 582-594.

³⁸ Sebbene gli Orientamenti della Commissione ricomprendano gli *exclusivity rebates* sotto il titolo riguardante gli accordi di esclusiva, essi differiscono dagli *exclusivity agreements* poiché riguardano sconti concessi dal fornitore all'acquirente subordinatamente all'acquisto della maggior parte del suo fabbisogno esclusivamente presso il primo. Differiscono poi dagli *exclusivity agreement* anche gli *exclusivity payments*, che consistono in pagamenti che il fornitore effettua nei confronti dell'acquirente laddove esso rispetti la condizione di non rifornirsi presso un concorrente. La differenza fondamentale tra le tre fattispecie però è che mentre gli *exclusivity agreements* prevedono un divieto assoluto a contrarre con altri fornitori, le altre due (i.e. *exclusivity rebates* ed *exclusivity payments*) non prevedono un obbligo *ex ante* e presentano un'esclusiva indirettamente collegata al raggiungimento di determinate condizioni. Ed infatti, mentre nel caso degli *exclusivity agreements* l'acquirente non ha la possibilità contrattuale di potersi rifornire presso un concorrente del fornitore, pena la violazione di un'obbligazione contrattuale, nei secondi la scelta di cambiare fornitore ha come unica conseguenza la possibile perdita degli incentivi promessi. Sulla distinzione ora effettuata v., nello specifico, R. Hajnovicova, N.-L. Lang, A. Usai, *Exclusivity Agreements and the Role of the As-Efficient-Competitor Test After Intel*, cit., 142.

³⁹ La Corte di Giustizia ha chiarito che l'utilizzo dell'AEC test deve essere considerato «warranted» solo nei casi di *predatory pricing* e *margin squeeze*. Cfr. *Post Denmark II*, pt. 55 e *Google Shopping*, pt. 538. Inoltre, va notato come in riferimento alla praticabilità del test AEC il Policy brief effettua una distinzione importante tra pratiche tariffarie (come *margin squeeze* e *predatory pricing*), nelle quali esso è considerato «warranted» e pratiche scontistiche, nelle quali la sua applicabilità dipende dalle circostanze del caso di specie. Così, per i non-*exclusivity rebates* l'utilizzo del test – pur dipendendo sempre dalle circostanze di fatto – «may be appropriate» mentre per gli *exclusivity rebates* esso è considerato «generally not warranted». Cfr. L. McCallum e al., *A dynamic and workable effectsbased approach to abuse of dominance*, cit., 6-7.

⁴⁰ Trib. UE, *Google Shopping*, cit., pt. 538 ss.

⁴¹ In questo senso v. R. Hajnovicova, N.-L. Lang, A. Usai, *Exclusivity Agreements and the Role of the As-Efficient-Competitor Test After Intel*, cit.

del test AEC anche alle pratiche suddette⁴². L'Avvocato generale, nelle sue conclusioni, ribadendo il principio affermato in Intel circa l'obbligo in capo all'Autorità di esaminare gli elementi presentati dalle parti volti a provare l'assenza di effetti di preclusione anticoncorrenziale conseguenti alla condotta contestata⁴³, sottolinea che tale principio trova applicazione «indipendentemente dal tipo di restrizione»⁴⁴; ciò significa, sempre ad opinione dell'Avvocato generale, che la giurisprudenza Intel ha qualificato come potenzialmente abusivi sia gli obblighi di esclusiva «puri e semplici» sia gli sconti subordinati ad un obbligo di esclusiva⁴⁵, ritenendo dunque tale giurisprudenza applicabile sia agli *exclusivity agreements* che agli *exclusivity rebates*. In entrambi i casi, dunque, laddove l'impresa presenti elementi volti a provare l'assenza di effetti di preclusione anticoncorrenziale (compreso il test AEC), l'Autorità è obbligata ad esaminarli. Come anticipato in precedenza, sulla stessa posizione si pone la Corte, laddove afferma che l'Autorità è tenuta a prendere in considerazione il test del concorrente altrettanto efficiente presentato dall'impresa e che, «anche in presenza di prassi non tariffarie, la rilevanza di un siffatto criterio non può essere esclusa»⁴⁶.

Tuttavia, sebbene il test in questione potrebbe dimostrarsi “utile” qualora le conseguenze della pratica abusiva non direttamente tariffaria possano essere stimate, il margine di applicabilità del test alle pratiche complesse (e in generale alle fattispecie che ricomprendono aspetti non tariffari) si presenta ancora poco chiaro. Uno sforzo maggiore in questo senso sembra essere stato compiuto dalla giurisprudenza d'oltreoceano che, nelle decisioni *Meritor* ed *Eisai*, si è impe-

⁴² I risultati delle analisi economiche presentate da Unilever durante il procedimento sono contenuti nel provvedimento, Cfr. AGCM, *Unilever*, cit., pt. 257-259 ss.

⁴³ Conclusioni dell'Avvocato generale Rantos, *Unilever*, cit., pt. 63.

⁴⁴ *Ibidem*, pt. 71. Inoltre, al punto 79 l'Avvocato generale conclude affermando che «l'articolo 102 TFUE deve essere inteso come una disposizione che osta a che l'impresa dominante ponga in essere comportamenti idonei a escludere dal mercato concorrenti quantomeno altrettanto efficaci in termini di qualità, innovazione e scelta del prodotto offerto e che il divieto stabilito da tale disposizione non si riferisce unicamente ai comportamenti relativi ai prezzi, quali gli sconti di esclusiva, ma anche a tutte le altre pratiche commerciali che non fanno riferimento ai prezzi, come gli obblighi di esclusiva, nella misura in cui è la nocività di tali condotte che ne determinerà il carattere abusivo e non la loro forma». Questa sembra la posizione assunta dalla Corte di giustizia nel caso SEN, laddove afferma che: «La rilevanza dell'impossibilità, materiale o razionale, per un ipotetico concorrente altrettanto efficiente, ma non in posizione dominante, di imitare la pratica in questione, al fine di stabilire se quest'ultima si basi su mezzi propri di una concorrenza basata sui meriti, emerge dalla giurisprudenza relativa alle pratiche sia tariffarie sia non tariffarie», cfr. Corte giust. UE, *Servizio Elettrico Nazionale*, cit., pt. 79.

⁴⁵ *Ibidem*, pt. 73. Che fa riferimento alla sentenza *Intel*, pt. 137.

⁴⁶ Corte giust. UE, *Unilever*, cit., ptt. 59-60. La Corte si spinge ad immaginare un'ipotesi nella quale le conseguenze di una tale tipologia di pratica possano risultare misurabili e «in particolare, nel caso di clausole di esclusiva, un siffatto criterio può teoricamente servire a stabilire se un ipotetico concorrente, che abbia una struttura dei costi analoga a quella dell'impresa in posizione dominante, sia in grado di proporre i propri prodotti o le proprie prestazioni senza andare incontro a perdite o a ricavi insufficienti se dovesse farsi carico delle indennità che i distributori dovrebbero pagare per cambiare fornitore, o delle perdite che essi dovrebbero subire dopo un tale cambiamento a seguito della revoca degli sconti precedentemente concessi (v., per analogia, sentenza del 25 marzo 2021, Slovak Telekom/Commissione, C-165/19 P, EU:C:2021:239, punto 110)».

gnata nell'analisi del principale meccanismo escludente della pratica al fine di operare una scelta sul più opportuno strumento di analisi in grado di verificare l'effettiva portata escludente della pratica⁴⁷. Invero, va detto che anche il *Policy brief* pare andare in questa direzione laddove afferma, sulla base della giurisprudenza Unilever, che l'appropriatezza del test deve essere valutata alla luce della condotta in questione⁴⁸.

Nonostante i dubbi, ciò che è certo è che le Corti nei casi Intel e Unilever hanno indiscutibilmente fatto un passo avanti rispetto alle precedenti posizioni che estendevano eccessivamente le pratiche ritenute anticoncorrenziali per natura, ammettendo la possibilità che le imprese possano, anche tramite studi economici, dimostrare l'assenza di effetti escludenti anticoncorrenziali "stimabili in concreto", così allargando il perimetro dell'*effects-based approach*.

⁴⁷ Secondo alcuni commentatori (sulla ricostruzione del dibattito e delle similitudini con il contesto europeo v. M. Marinova, *What Can We Learn About the Application of the as Efficient Competitor Test in Fidelity Rebate*, cit.; C. Muraca, *Quale standard di valutazione per gli sconti fidelizzanti? L'esperienza statunitense ed europea*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2017, 547-580), il modello di analisi seguito dalla giurisprudenza statunitense [in giurisprudenza v. *ZF Meritor LLC v. Eaton Corp*, 696 F3d 254 (3d. Cir. 2012); *Eisai Inc v. Sanofi-Aventis U.S., LLC*, 821 F3d 394 (3d. Cir. 2016)], soprattutto in Meritor, potrebbe rappresentare un utile strumento per individuare lo standard di valutazione più appropriato da applicare nella valutazione di condotte che presentano meccanismi escludenti spesso non uniformi. La struttura di analisi elaborata oltreoceano nel caso Meritor consisterebbe in due fasi distinte: in prima battuta sarebbe necessario identificare il principale meccanismo escludente della pratica (e, cioè, verificare se siano gli elementi diversi dal prezzo a determinare in via principale l'effetto escludente) mentre, solo successivamente alla compiuta definizione della causa degli effetti escludenti, si potrebbe procedere alla scelta dello strumento idoneo a verificare l'esistenza della preclusione anticoncorrenziale. Nel contesto europeo, chiudendo il cerchio Intel, in sede di rinvio il Tribunale UE, pur effettuando un'accurata analisi degli indici di riferimento del test quantitativo utilizzato dalla Commissione, si è limitato a censurare la decisione della Commissione sotto il profilo del tasso di copertura del mercato e della durata degli sconti, nulla dicendo in ordine alle circostanze in cui ricorrerebbe la necessità di applicare il test né sull'intensità dell'onere probatorio richiesto all'impresa per respingere l'addebito di abusività. La sentenza contiene, invero, unicamente alcune precisazioni metodologiche, laddove fa riferimento ai cinque aspetti che la Commissione deve prendere in considerazione «*as a minimum*» nell'analisi della capacità preclusiva della pratica cfr. Trib. UE, (*renv.*), Intel, cit., pt. 125. In dottrina v. C. Carli, *Si chiude il cerchio*, cit.

⁴⁸ Cfr. L. McCallum e al., *A dynamic and workable effectsbased approach to abuse of dominance*, cit., 6. Il *Policy brief* distingue tra le pratiche di *predatory pricing* e di *margin squeeze*, nelle quali il test dovrebbe essere considerato «*warranted*» e le altre tipologie di pratiche (facendo riferimento agli sconti) nelle quali il test sarebbe «*not warranted*». Il *Policy brief* aggiunge inoltre che «an AEC test may not be appropriate in situations where rebates are granted in conjunction with non-price advantages, as the quantitative nature of the AEC test may not be capable of capturing the overall price and non-price loyalty-inducing effect of the scheme (see Case C-680/20 - *Unilever*, paragraph 57, the Court of Justice stated: "*A test of that nature may be inappropriate in particular in the case of certain non-pricing practices[...] moreover, that method takes into consideration only price*"»), cfr. Id., 6, spec. nota 59.

5.1. Background: *le analisi economiche nei precedenti della Commissione dopo Intel*

Le indicazioni fornite dalla giurisprudenza Intel sembrano essere state debitamente prese in considerazione dalla Commissione, la quale ha seguito tale linea interpretativa nel caso Qualcomm, ritenendo l'approccio Intel sugli *exclusivity rebates* applicabile anche ai casi di obblighi di esclusiva (i.e. *exclusivity payments*)⁴⁹, così considerando sussistente unicamente una contestata illiceità della condotta in ogni caso superabile attraverso prove contrarie. Durante il procedimento, nonostante la Commissione – aderendo al principio di non necessarietà del test AEC – non abbia utilizzato il test AEC per provare l'idoneità preclusiva anticoncorrenziale degli *exclusivity payments* adoperati da Qualcomm, l'impresa ha comunque deciso di avvalersi del diritto riconosciuto in Intel e produrre delle evidenze scientifiche per provare che le sue condotte non fossero idonee a generare effetti preclusivi della concorrenza. In quel caso, la Commissione – seguendo le indicazioni di Intel – rigettò l'analisi di Qualcomm basata su di un test chiamato «*Critical margin analysis*»⁵⁰, giudicando il test viziato sotto i profili: i) dei *benchmark* di costo; ii) della contendibilità; iii) dei pagamenti arretrati⁵¹. Il Tribunale, però, ha ritenuto l'analisi della Commissione viziata da irregolarità procedurali che avevano prodotto una violazione dei diritti di difesa della parte nell'analisi del test⁵² e da omissioni nella valutazione di tutte le circostanze di fatto pertinenti.

⁴⁹ COM, *Qualcomm*, cit., ptt. 382-384. Nel caso di specie, la Commissione aveva sanzionato Qualcomm per aver sottoscritto con Apple accordi che prevedevano l'attribuzione di premi in favore della seconda laddove essa avesse acquistato i chipset LTE dalla prima per l'intero del suo fabbisogno. La decisione è stata annullata dal Trib. UE, *Qualcomm*, cit.

⁵⁰ *Ibidem*, pt. 323, il test, così come definito dal Tribunale, consiste in un'analisi economica «volta a dimostrare che un ipotetico concorrente efficiente quanto la ricorrente avrebbe potuto fare concorrenza a quest'ultima nella fornitura dei chipset LTE e UMTS alla Apple, poiché tale concorrente sarebbe stato in grado di proporre un prezzo che coprirebbe i suoi costi, potendo al contempo compensare la Apple per la perdita dei premi di cui trattasi».

⁵¹ V. più diffusamente la sez. 11.5 del provvedimento della Commissione, COM, *Qualcomm*, cit.

⁵² Trib. UE, *Qualcomm*, cit., 328. La parte della sentenza che riguarda le analisi della Commissione sul test presentato dall'impresa è la sezione III.B.3, la quale censura l'operato della Commissione per violazione dei diritti di difesa della parte. In particolare, la Commissione non avrebbe concesso a Qualcomm la possibilità di adeguare le proprie difese alle differenze che intercorrevano tra la comunicazione degli addebiti (basata sui mercati rilevanti dei chipset UMTS e LTE) e la decisione (basata unicamente sul mercato rilevante dei chipset LTE). Ed infatti, «la possibilità per un'impresa di sostenere che un comportamento non ha la capacità di restringere la concorrenza e in particolare di produrre effetti preclusivi, basandosi su un'analisi economica come l'analisi del margine critico prodotta nel caso di specie dalla ricorrente, è priva di effetto utile se la portata del comportamento contestato è modificata dalla Commissione dopo la comunicazione degli addebiti per quanto riguarda in particolare i mercati interessati», cfr. *Id.*, pt. 332.

Anche il caso Google Android⁵³ è stato interessato – tra le altre – da una pratica di *exclusivity payments* ma, diversamente da Qualcomm, la Commissione ha deciso di svolgere comunque un test quantitativo che le ha consentito di affermare che nel caso di specie i fornitori di servizi di ricerca concorrenti altrettanto efficienti non sarebbero riusciti a compensare⁵⁴ la perdita di introiti dei produttori di dispositivi o degli operatori di rete mobile nell'ambito degli accordi di ripartizione dei ricavi rientranti in un portafoglio definito di comune accordo (c.d. «ARR per portafoglio»). Anche in questo caso il Tribunale, ribadendo la necessità di un'analisi «rigorosa» del test AEC, ha annullato la decisione giudicando il test viziato da «errori di ragionamento»⁵⁵ in merito a: i) la quota di richieste di ricerca generale contendibile da un concorrente altrettanto efficiente; ii) il mancato isolamento dei costi attribuiti ad un concorrente altrettanto efficiente; iii) la valutazione della capacità del concorrente di ottenere la preinstallazione della sua app; iv) la propensione dei dispositivi in circolazione a generare redditi inferiori rispetto a quelli recenti.

Da ultimo, la Commissione ha sanzionato Google per aver posto in essere una complessa condotta consistita in clausole di esclusiva nel mercato dell'intermediazione pubblicitaria online che obbligavano i partner diretti a rifornirsi presso Google⁵⁶. Pur richiamando i punti 138-141 della decisione Intel⁵⁷, la Commissione ha tuttavia ritenuto che essi non avrebbero potuto trovare applicazione nei casi di clausole di esclusiva poiché unicamente riferibili agli *exclusivity rebates*⁵⁸.

Il quadro è incerto. La prassi della Commissione sugli *exclusivity payments* ha mostrato in Qualcomm e Google Android un differente approccio all'analisi

⁵³ Google è stato sanzionato dalla Commissione per aver imposto agli OEM (costruttori di apparecchiature originali) e agli MNO (gestori di reti mobili) restrizioni contrattuali anticoncorrenziali al fine di proteggere e consolidare la sua posizione dominante. In sostanza, Google avrebbe imposto i) l'obbligo di pre-installare le applicazioni di ricerca generica (Google Search) e di navigazione (Chrome) per ottenere la licenza di installazione di Google Play, ii) il divieto di vendere dispositivi funzionanti su versioni di Android non approvate da Google, pena l'impossibile pre-installazione delle app di quest'ultima e, soprattutto, iii) la condivisione di una parte dei suoi introiti solo se le controparti contrattuali non avessero pre-installato sui loro dispositivi un servizio di ricerca generica concorrente di Google.

⁵⁴ M. Kadar, *Article 102 and Exclusivity Rebates in a Post-Intel World: Lessons from the Qualcomm and Google Android Cases*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2019, vol. 10, Issue 7, 2019, 439-447, e R. Hajnovicova, N.-L. Lang, A. Usai, *Exclusivity Agreements and the Role of the As-Efficient-Competitor Test After Intel*, cit.

⁵⁵ Trib. UE, *Google Android*, cit., ptt. 644 e 798.

⁵⁶ Cfr. COM, 20 marzo 2019, *Google Search (AdSense)*, AT.40411. Attualmente è pendente il ricorso innanzi al Tribunale UE, Caso T-334/19.

⁵⁷ *Ibidem*, pt. 69.

⁵⁸ *Ibidem*, pt. 344. La Commissione, infatti, afferma che «The Court of Justice's judgment in *Intel* has clarified the *Hoffmann-La Roche* case law only where the exclusivity obligation of a customer of the dominant undertaking is undertaken in consideration of the grant of a rebate. This is confirmed by the fact that, when listing the elements that the Commission is required to analyse, the Court of Justice mentions certain elements that are relevant only for exclusivity rebates».

quantitativa, ritenuta non necessaria nel primo caso e necessaria nel secondo. In Google AdSense, poi, contrariamente a quanto affermato dalla Corte nella successiva sentenza Unilever, la Commissione è stata netta nell'escludere la rilevanza dei principi contenuti nei punti 138-141 della sentenza Intel ai casi di esclusive. La situazione si complica ulteriormente in presenza di condotte "ibride" (come quelle di Unilever) composte dalla combinazione di clausole di esclusiva non tariffarie e di sconti che, pur beneficiando dell'allargamento interpretativo dei principi di *procedural fairness* enunciati nella sentenza Intel, non sembrano ricevere chiare indicazioni in ordine alla praticabilità di un (e quale, varrebbe la pena aggiungere) test quantitativo. Il Consiglio di Stato però sembra offrire delle delucidazioni, affermando che il test AEC non sarebbe «dimostrativo» nei casi di condotte che non abbiano ad oggetto comportamenti di "predatorietà pura" come quelli consistenti in sconti fedeltà troppo elevati o in imposizioni di prezzi inferiori ai costi.

In conclusione, può dirsi che il dibattito sul test AEC pare non essersi placato⁵⁹. Da un lato, sembra permanere la sua difficile applicabilità concreta, sia nell'operato dell'Autorità che, come chiarito nel provvedimento Unilever, ritiene un'analisi quantitativa non possibile in ragione della impossibile verifica di replicabilità di tutte le condotte da parte di un concorrente altrettanto efficiente⁶⁰, sia in quello della Commissione⁶¹ che, nel provvedimento Google AdSense, ritiene la giurisprudenza Intel applicabile unicamente agli *exclusivity rebates*. Dall'altro, le Corti esprimono una ravvivata intenzione di affrontare nel dettaglio le argomentazioni della Commissione e delle Autorità riferite all'analisi economica; ed infatti, se è vero che in Qualcomm l'operato della Commissione relativo al test presentato dalla parte è stato bocciato in ragione delle violazioni del diritto di difesa, in Intel e in Google Android il Tribunale si è "sporcat le mani" nell'analisi degli errori di ragionamento effettuati dalla Commissione nel test.

6. *Le modifiche agli Orientamenti della Commissione introdotte nel 2023*

Proprio alla luce del determinante ruolo che i suddetti avanzamenti interpretativi (sia in termini di prassi che di giurisprudenza) hanno avuto nell'accertamento degli abusi secondo un c.d. *effects-based approach*, di recente la Commis-

⁵⁹ R. Lauer, *The Intel Saga: What Went Wrong with the Commission's AEC Test*, cit.; M. Kadar, *Article 102 and exclusivity rebates in a post-Intel world: lessons from the Qualcomm and Google Android*, cit., il quale ritiene che sia stato lasciato un cospicuo margine di apprezzamento in capo alle NCA circa l'opportunità di utilizzare il test AEC.

⁶⁰ Cfr. AGCM, *Unilever*, cit., ptt. 590 ss.

⁶¹ Definisce l'approccio della Commissione «ambivalent» R. De Conick, *The As-Efficient Competitor Test: Some Practical Considerations Following the eCj Intel Judgement*, in *Competition Law & Policy Debate*, 2018, vol. 4, Issue 2.

sione ha avvertito la necessità di ammodernare i propri Orientamenti, aggiornandoli alle ultime evoluzioni della giurisprudenza comunitaria e dell'*enforcement* della Commissione⁶². Così, proprio in riferimento al concetto di «preclusione anticoncorrenziale», la Commissione ha modificato il paragrafo 19 chiarendo – sulla base della sentenza Unilever (espressamente citata) – che per «preclusione anticoncorrenziale» deve intendersi la situazione in cui la condotta dell'impresa dominante influisca negativamente sulla struttura concorrenziale del mercato. Il paragrafo 19, quindi, non definisce più la «preclusione anticoncorrenziale» come «situazione in cui l'accesso effettivo di concorrenti reali o potenziali a forniture o a mercati è ostacolato o eliminato a causa del comportamento dell'impresa dominante» ma come la situazione nella quale la condotta dell'impresa dominante influisce negativamente sulla struttura del mercato⁶³ e, in particolare, sui prezzi, sulla produzione, sull'innovazione e sulla qualità dei prodotti. In questo senso, potranno essere considerate abusive anche quelle condotte che influiscono negativamente sulla struttura del mercato, pur non conducendo direttamente all'esclusione o marginalizzazione di concorrenti reali o potenziali.

La Commissione si è poi resa conto che talvolta il rischio di preclusioni anticoncorrenziali derivante da pratiche tariffarie escludenti potrebbe non verificarsi anche in presenza di un concorrente meno efficiente ma comunque in grado di esercitare pressioni concorrenziali⁶⁴. Così, nel paragrafo 23 degli Orientamenti viene sostituito l'avverbio «*normally*» con «*generally*», ricomprendendo tra le priorità della Commissione nell'*enforcement* dell'art. 102 non solo quelle che conducono all'uscita dal mercato o alla marginalizzazione dei concorrenti altrettanto efficienti ma anche quelle pratiche in grado di escludere dal mercato concorrenti *less efficient* ma che potrebbero diventare *as efficient* in un prossimo futuro.

Inoltre, dalle modifiche apportate ai punti 25 e 27 degli Orientamenti può desumersi un certo arretramento della posizione della Commissione in ordine alla doverosa applicabilità del test AEC. La sostituzione del verbo «*will*» con «*may*» nella parte in cui espone il dovere (oggi possibilità) della Commissione di analizzare i costi e i prezzi di vendita indica, ora espressamente, che il test AEC è opzionale e la Commissione non è tenuta a condurlo, salvo l'obbligo di valutare gli argomenti di prova contrari presentati dall'impresa. In ogni caso, laddove condotto, il

⁶² Cfr. COM, Communication, *Amendments to the Communication from the Commission Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC*, cit.

⁶³ In questo senso v. I. Guadagno, R. Iusto, *Gli Abusi di posizione dominante*, cit., 409.

⁶⁴ L'assenza di concorrenti altrettanto efficienti potrebbe derivare dalla intrinseca struttura del mercato che, per la presenza di elevate barriere all'ingresso o di effetti di rete ed economie di scala, non consentirebbe la presenza di un concorrente altrettanto efficiente. Nel suo *Policy Brief* la Commissione fa esplicito riferimento ai mercati digitali, dove concorrenti non efficienti quanto l'impresa dominante possono comunque essere in grado di conquistare fette di consumatori grazie alla particolare attrattività di taluni vantaggi offerti sul mercato, cfr. L. McCallum e al., *A dynamic and workable effectsbased approach to abuse of dominance*, cit.

test dovrà comunque essere preso in considerazione assieme a tutte le circostanze del caso e non potrà in ogni caso essere considerato autonomamente dimostrativo.

7. Conclusioni

Le questioni sottoposte alla Corte di giustizia nel caso Unilever hanno ricevuto risposte che, sebbene dirimenti per la decisione della concreta fattispecie in esame, accrescono l'incertezza e l'imprevedibilità che, intrinsecamente, caratterizza la materia, specialmente per quel che attiene le pratiche scontistiche e di esclusiva.

In primo luogo, sia dalla pronuncia della Corte di giustizia che da quella del Consiglio di Stato sono giunti importanti chiarimenti sulla nozione di unica entità economica nei casi di preponderante potere decisionale del produttore. Questa è di certo una novità rilevante che può aprire nuovi scenari per tutti quei casi che potrebbero porsi al confine tra intese verticali e abuso di posizione dominante.

Una rilevanza decisamente maggiore riveste la pronuncia della Corte di giustizia sulla seconda questione, poiché essa sembra estendere l'applicazione del c.d. *effects-based approach* anche a quelle pratiche che solo parzialmente (e, secondo l'Autorità, in misura minore) hanno avuto una componente tariffaria. Dalla giurisprudenza richiamata emerge che il test AEC, e i test prezzo-costi in generale, vanno considerati "facoltativi" e il loro impiego può essere ritenuto "utile" nei casi di pratiche non tariffarie che presentano dati ed effetti quantificabili (non era il caso di Unilever). Ciò rende evidente l'esigenza, anche sulla scorta della direzione che la giurisprudenza oltreoceano sta prendendo in questi casi, di uno sforzo definitorio in ordine alla natura di prezzo o meno che distingue, caso per caso, le singole fattispecie, al fine di individuare il migliore standard di valutazione auspicabile per indirizzare l'approccio della Commissione, delle Autorità nazionali ma anche delle imprese stesse. Sul punto, non può sfuggire come tale sforzo sia stato effettivamente compiuto dal Consiglio di Stato, nella parte della sentenza Unilever in cui ha ritenuto il test AEC non «dimostrativo» proprio perché riferito a condotte non definibili come di "predatorietà pura". In quel caso, infatti, il test AEC non poteva avere valore esimente né probante in quanto ad Unilever non veniva contestato un comportamento di "predatorietà pura", consistente nell'aver praticato sconti fidelizzanti troppo elevati o di aver imposto prezzi inferiori ai costi. La direzione di un'attenta analisi caso per caso al fine di individuare le caratteristiche concrete della pratica che giustificano l'utilizzo di un test quantitativo pare essere d'altronde anche la direzione auspicata dal *Policy brief*, il qua-

le specifica come l'AEC test «*may be inappropriate*» nei casi in cui gli sconti siano congiunti con altre pratiche non tariffarie, come nel caso Unilever⁶⁵.

La situazione di *impasse* che si sta profilando è chiara: da un lato, le Autorità e la Commissione a seguito dell'alto livello di analisi economica richiesto nelle sentenze Intel, Qualcomm e Google Android vedranno diminuire i propri appetiti a condurre un test quantitativo⁶⁶; dall'altro, le imprese – sulla scorta dell'estensione dell'*effects-based approach* anche ai casi non strettamente definibili come tariffari – presenteranno accurate prove economiche per contestare l'operato delle prime.

Non sarebbe dunque il caso di cogliere l'opportunità delle *Guidelines on exclusionary abuses* per mettere ordine sulla vicenda, garantire certezza del diritto e ridurre il rischio di imprevedibilità⁶⁷?

D'altronde, come chiaramente evidenziato nell'invito a presentare contributi per l'adozione delle *Guidelines on exclusionary abuses*, il fine della Commissione è garantire maggiore certezza del diritto per le imprese e contribuire a promuovere una prassi applicativa più coerente. Per fare ciò, tuttavia, la Commissione non può ignorare l'importante pronuncia della Corte di giustizia nel caso Unilever, ma dovrebbe riconoscere che essa ha esteso l'ambito di applicazione dell'*effects-based approach* anche alle pratiche non tariffarie quantificabili e che questo significa dover prendere una posizione sullo standard di valutazione in quelle fattispecie.

⁶⁵ *Ibidem.*, 6-7, spec. nota 59.

⁶⁶ È di questa opinione R. Lauer, *The Intel Saga*, cit.

⁶⁷ A. Police, *i poteri sanzionatori "di regolazione" delle autorità amministrative indipendenti tra legalità e giustiziabilità*, in *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, Torino, 2021, 185-198; Id. *Le sanzioni antitrust tra diritto amministrativo e diritto penale. Il Libro e la Spada: l'Autorità antitrust e il Leone di San Marco*, in *Rivista ApertaContrada*, 28 maggio 2014.

L'allargamento del c.d. effects-based approach ai rapporti di esclusiva. Il caso Unilever

Nonostante la sentenza del Tribunale sul caso Intel, la costruzione del nuovo mondo sembra non aver ancora raggiunto il settimo giorno. Il caso Unilever solleva, infatti, nuovi interrogativi sulla tendenza della giurisprudenza comunitaria all'allargamento applicativo del c.d. *effects-based approach* e, in particolare, sull'utilizzo del test del concorrente altrettanto efficiente nei casi di condotte «complesse» che coinvolgono in larga parte clausole di esclusiva. In occasione del pacchetto che la Commissione ha inaugurato il 27 marzo per rivedere i propri Orientamenti e adottare delle *Guidelines on exclusionary abuses*, il presente scritto intende analizzare alcuni aspetti che un approccio più economico basato sull'analisi degli effetti può avere nei casi grigi, composti da esclusive e sconti.

The broadening of the so-called effects-based approach to exclusivity agreements. The Unilever case

European precedents seem to have not yet taken a clear position after the Intel decision. In fact, Unilever case raises further questions about the tendency to broaden the application of the effects-based approach and of the as efficient competitor test in cases of conduct which largely involves exclusivity clauses. Considering the European Commission project to codify EU law on the application of Article 102 to exclusionary abuses of dominant positions, the purpose of this paper is to understand which implication may rise from an effects-based approach to cases of exclusivity and rebates.

Verificazione e consulenza tecnica d'ufficio: evoluzione e differenze

Giovanna Pileri

SOMMARIO: 1. Profili evolutivi della verifica e della consulenza tecnica. – 2. L'attuale disciplina di cui agli articoli 66 e 67 c.p.a. e le differenze tra i due mezzi istruttori. – 3. Il concetto di indispensabilità quale *discrimen* per la scelta tra i due mezzi istruttori: alcuni profili problematici. – 4. Riflessioni sulla discrezionalità del giudice amministrativo in merito alla scelta del mezzo istruttorio e ripercussioni pratiche.

1. *Profili evolutivi della verifica e della consulenza tecnica*

Il processo amministrativo, prima dell'entrata in vigore del relativo Codice (d.lgs. 104/2010) che lo disciplina in un *corpus* unico, era regolato da più testi legislativi: segnatamente i regi decreti nn. 642/1907 (Regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato)¹, 1054/1924 (Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato)² e la L. n. 1034/1971 che ha istituito i Tribunali amministrativi regionali³. Per quanto attiene la fase istruttorio nel processo amministrativo *ante* c.p.a., l'art. 23, co. 5, legge T.A.R., disponeva che «il Presiden-

¹ Il r.d. 642/1907 era attuativo della L. 7 marzo 1907, n. 62 che, tra le molte novità, introduceva anche delle modifiche alla fase istruttorio, adattandola a seconda del sindacato di legittimità o di merito attribuiti al giudice. Si veda in termini, A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XV ed., Torino, 2023, 35 ss.

² Con cui venne introdotta per la prima volta nel giudizio amministrativo la giurisdizione esclusiva, operando in tal caso il solo riparto effettuato in base alla materia. Ancora A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 36 ss. e, più nello specifico, G. Zanobini, *Le materie di esclusiva giurisdizione del Consiglio di Stato e le controversie relative a diritti patrimoniali*, in *Foro it.*, III, 1925, 1 ss.

³ Sulla legge istitutiva dei T.A.R. si veda nuovamente A. Travi, *Lezioni*, cit., 39 ss.; M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, V ed., Bologna, 2022, 467 ss.; per quanto attiene, invece, alle vicende storiche che portarono alla loro istituzione e per altri contributi sull'istituzione dei T.A.R., si veda G.D. Comporti, *50 anni di TAR. L'alchimia localista per una giustizia al servizio dei cittadini*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 339 ss. Nel testo è stata citata la normativa rimasta in vigore sino all'introduzione del Codice del processo amministrativo: per riferimenti alla disciplina dell'istruttorio antecedente ai testi sopra citati si veda L. Raggi, *Questioni in materia di prova nei procedimenti nanti le sezioni contenziose del Consiglio di Stato e le Giunte Provinciali Amministrative*, in *Arch. Giur.*, 1910, 177 ss.; F. Cammeo, *Sulle prove nel procedimento dinanzi alla giurisdizione amministrativa*, in *Giur. it.*, III, 1916, 102 ss.; per approfondimenti sulle vicende storiche si rinvia a M.S. Giannini e A. Piras,

te dispone ove occorra gli incombenti istruttori», mentre l'art. 44 T.U. C.d.S.⁴ sanciva che il giudice, qualora ravvisasse un'istruzione incompleta della causa ovvero vi fosse discordanza tra i fatti affermati nel provvedimento (o atto) impugnato e i documenti depositati, potesse richiedere all'amministrazione altri documenti, chiarimenti ovvero disporre delle verificazioni. Come meglio si dirà in seguito, tutt'oggi l'art. 63 c.p.a. attribuisce al giudice il potere di disporre mezzi istruttori d'ufficio, purché sia soddisfatto l'onere della prova dalle parti. Da ciò emerge che nel processo amministrativo, diversamente da quello civile, il principio dispositivo⁵ non ha un ruolo preminente, potendo il giudice disporre, ove lo ritenga necessario e purché il ricorrente abbia almeno in parte soddisfatto l'onere della prova, quasi tutti i mezzi istruttori⁶. A tal proposito, autorevole dottrina ha sostenuto che, dinanzi alla giurisdizione amministrativa, incomba in capo al ricorrente l'onere di allegare un «principio di prova» per poi consentire al giudice di disporre i mezzi istruttori richiesti dalle parti o ritenuti necessari. Tale teoria trova il suo fondamento negli studi di Feliciano Benvenuti, segnatamente nella monografia dedicata allo studio della fase istruttoria del processo amministrativo⁷: egli riteneva che soltanto le parti potessero introdurre i fatti principali e secondari nel procedimento⁸, mentre al giudice era riservato il solo compito di ricercare la verità materiale, eventualmente avvalendosi di strumenti che gli consentissero di avere conoscenze tecniche per comprendere meglio tali fatti, ma senza che egli potesse introdurne di nuovi.

Tale netta divisione dei ruoli nella determinazione del *thema probandum*, secondo l'illustre studioso, aveva il fine di perseguire l'efficace attuazione dei principi costituzionali di eguaglianza e contraddittorio tra le parti insieme a quello relativo alla terzietà del giudice. Tuttavia, ciò vale soltanto nel processo retto dal metodo dispositivo poiché le parti hanno, in tal caso, il pieno diritto di dispor-

voce *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 229 ss.

⁴ Applicabile anche ai giudizi in primo grado dinanzi ai T.A.R. in seguito alla loro istituzione, in termini M.A. Sandulli, *La consulenza tecnica d'ufficio*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2008, 3535.

⁵ Sul principio dispositivo si veda, *ex multis*, E.T. Liebman, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 551; per i suoi mutamenti interpretativi si rinvia a M. Taruffo, *Per una rilettura dell'art. 115 c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2011, 101 ss. e più di recente A. Panzarola, *A proposito di un antico brocardo e di una recente interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 107 ss.

⁶ Per quanto attiene i mezzi di prova, il giudice amministrativo oggi può disporre di tutti i mezzi istruttori previsti all'art. 63 c.p.a., il cui co. 5 esclude espressamente l'interrogatorio formale e il giuramento. Nel prosieguo del lavoro si dirà meglio della consulenza tecnica, introdotta in seguito.

⁷ F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 269 ss.

⁸ Va segnalato, peraltro, che tale posizione non era condivisa da altra autorevole dottrina processualistica, secondo cui il giudice poteva ben introdurre nel processo fatti secondari, a mezzo dei quali provare i fatti primari allegati dalle parti. Si veda in tal senso M. Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: contributo alla teoria dell'utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, Milano, 1962; per altri riferimenti bibliografici critici si rinvia a A. Travi, *Feliciano Benvenuti e la giustizia amministrativa*, in *Jus*, 2008, 409 ss.; M.G. Della Scala, *Onere della prova e poteri acquisitivi nel processo amministrativo. Il divieto dei nova in appello e il requisito della "indispensabilità"*, in *Il processo*, 2021, 521 ss., spec. 524.

re dei fatti da introdurre delimitando l'ambito entro il quale il giudice può esercitare la propria cognizione⁹; ma ove le parti, nell'ambito della fase istruttoria, si trovino in una situazione di disegualianza sul piano materiale e, conseguentemente, riscontrino oggettive difficoltà nel fornire la prova risulta necessario l'intervento del giudice, atto a ristabilire la parità¹⁰. Le considerazioni appena esposte hanno permesso allo stesso Benvenuti di elaborare la nota teoria secondo cui la fase istruttoria del processo amministrativo sarebbe retta dal principio dispositivo temperato dal «metodo acquisitivo», rappresentato dall'intervento del giudice, classificato in termini di potere-dovere¹¹. Tale intervento, però, è condizionato al fatto che la parte in difficoltà riesca a fornire quantomeno un principio di prova che possa orientare l'azione successiva del giudice, poiché il processo amministrativo resta un processo di parti fondato sul metodo dispositivo¹².

Fatte tali doverose premesse, come accennato i mezzi istruttori di cui il giudice poteva avvalersi nel giudizio di legittimità erano le richieste di chiarimenti ovvero di documenti e le verificazioni: mentre i primi due si risolvevano – e si risolvono tuttora – in un deposito di ulteriore documentazione da parte dell'amministrazione¹³, le verificazioni implicano il compimento di altre attività materiali

⁹ F. Benvenuti, *L'istruzione*, 209 ss., spec. 210, nt. 38, secondo cui «l'espressione "dispositivo" in questa accezione sta ad indicare il diritto di esclusiva disposizione che compete alle parti nel processo, così come riferita al sistema indica il loro diritto di esclusiva disposizione sul piano materiale».

¹⁰ Si veda Id., 264 ss. Per alcune considerazioni sul tema si rinvia a A. Travi, *Feliciano Benvenuti e la giustizia amministrativa*, cit., spec. 414.

¹¹ Si veda Id., *passim*. L'Autore definisce tale metodo «acquisitivo» in virtù delle prerogative attribuite al giudice (285, in nt. 176) e ne individua la *ratio* nella disparità delle parti nel processo amministrativo, ove l'amministrazione rivestirebbe una posizione agevolata rispetto al privato, potendo disporre dei documenti provanti i c.d. fatti secondari (a mezzo dei quali si giunge a quelli primari), e i poteri attribuiti al giudice avrebbero la finalità di riequilibrare tali mancanze. Tuttavia lo stesso, come verrà detto subito, non ritiene che tali poteri possano essere esercitati in modo indiscriminato, spettando alla parte ricorrente l'onere di (quantomeno) introdurre i fatti in giudizio. Tale teoria, divenuta nel tempo dominante, non ha mancato negli anni di suscitare dubbi e perplessità con particolare riguardo alla presunta disparità delle parti nel processo amministrativo. Già M. Nigro, *Il giudice amministrativo "signore della prova"*, in *Foro it.*, 1967, 9 ss., spec. 15, citando lo stesso Benvenuti, affermava che «alcuni insistono sino ad un certo punto, con ragione, sulla necessità di riequilibrare mediante il processo l'ineguaglianza sostanziale delle parti», aggiungendo poco più avanti (18) che non è corretto porre aprioristicamente a carico del ricorrente l'onere del principio di prova. Vi è, infine, E. Picozza, voce *Processo Amministrativo (normativa)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 463 ss., spec. 492, che, sebbene concordi con Benvenuti sull'insussistenza dell'uguaglianza sostanziale delle parti nel processo amministrativo, ravvisa la *ratio* dei poteri istruttori nella reale necessità del mezzo istruttorio in ossequio, tra gli altri, al principio del libero convincimento del giudice che vige anche in tale processo. Sul medesimo tema C.E. Gallo, *La prova nel processo amministrativo*, Milano, 1994; R. Villata, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 195 ss.; G. Manfredi, *Il regime probatorio nel codice del processo amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2011, 473 ss.; Id., *Attualità e limiti del metodo acquisitivo nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 578 ss.

¹² Si veda F. Benvenuti, *L'istruzione*, 289 ss. Sull'onere del principio di prova si veda ancora F. Benvenuti, voce *Istruzione nel processo amministrativo*, in *Enc. dir.*, Milano, XXIII, 1973, 204, spec. 208. Conformemente V. Spagnuolo Vigorita, *Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 7ss., spec. 10; M.A. Sandulli, *La consulenza tecnica*, cit., 3534.

¹³ I chiarimenti consisterebbero, infatti, in una richiesta scritta posta all'amministrazione e in una risposta resa nella medesima modalità: tuttavia la parte pubblica dovrebbe limitarsi a fornire un'interpretazione; se,

di carattere accertativo. Da una sommaria lettura dello scarno art. 44 T.U. C.d.S., si desume che l'esecuzione di quest'ultimo mezzo istruttorio potesse essere affidata anche all'amministrazione parte in causa e che le parti erano autorizzate ad assistervi e, eventualmente, a produrre documenti: ne deriva che, non essendo altresì disciplinato il tipo di attività che si poteva svolgere nell'ambito del mezzo istruttorio *de qua*, il giudice poteva prescrivere varie tipologie di accertamenti. In dottrina è stato sostenuto che le stesse potessero essere assimilate alle ispezioni dei luoghi oggetto del provvedimento contestato (ad esempio presso l'immobile di cui è stata ordinata l'espropriazione) o dei documenti presso l'amministrazione¹⁴. Per ciò che rileva ai fini del presente lavoro, va segnalato che all'appena menzionata ispezione dei luoghi poteva partecipare un organo tecnico dello Stato, in contraddittorio con le parti assistite dai propri consulenti i quali potevano proporre domande e quesiti¹⁵: è agevole rilevare come, pur se l'organo tecnico era pubblico, tra la verifica così intesa e la consulenza tecnica paiono esserci non poche somiglianze. La dimostrazione di un utilizzo distorto della verifica, viene anche dal fatto che, prima dell'introduzione della consulenza tecnica nel processo amministrativo¹⁶, la perizia veniva utilizzata per eseguire accertamenti mediante l'ausilio di un

al contrario, aggiungesse elementi ulteriori di carattere non meramente interpretativo vi sarebbe il rischio di un'integrazione della motivazione del provvedimento non ammessa in giudizio (Cons. Stato, VI, 24 novembre 2010, n. 8218 e Cons. Stato, VI, 24 marzo 2021, n. 2502). Sul controverso tema dell'integrazione della motivazione in giudizio si rinvia a M. Occhiena, *Il divieto di integrazione in giudizio della motivazione e il dovere di comunicazione dell'avvio dei procedimenti ad iniziativa di parte: argini a contenimento del sostanzialismo*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2003, 522 ss; G. Tropea, *La c.d. «motivazione successiva» tra attività di sanatoria e giudizio amministrativo*; in *Dir. amm.*, 2003, 531 ss; G. Taccogna, *Giusto processo amministrativo e integrazione dell'atto impugnato*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 696 ss. In passato è stato sostenuto in dottrina che poteva giungersi allo stesso risultato mediante l'interrogatorio libero processualcivilistico, poi ammesso dall'odierno art. 63 c.p.a. Si veda in termini A.M. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, in *Trattato del processo civile*, diretto da F. Carnelutti, Napoli, 1963, 384; V. Spagnuolo Vigorita, *Notazioni*, cit., 12 e per altri spunti di riflessione sul rapporto tra la richiesta di chiarimenti e l'interrogatorio libero si rinvia a G. Marchianò, *L'ampliamento dei mezzi di prova nel giudizio amministrativo di legittimità ex art. 16 della legge n. 10 del 1977*, in *R. trim.*, 1983, 126, spec. 141. Inoltre, non sempre è facile delimitare i confini della richiesta di documenti e di chiarimenti: questi ultimi, infatti, potrebbero richiedere una necessaria integrazione documentale, venendo così a confondersi con i primi. Così G. Abbamonte e R. Laschena, *L'istruttoria*, in *Aa.Vv.*, *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, II ed., XX, Padova, 2001, 359 ss.

¹⁴ Così A.M. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato*, cit., 384; V. Spagnuolo Vigorita, *Notazioni*, cit., 13 ss., secondo cui l'ispezione documentale si differenzia dall'acquisizione di documenti per il fatto che nella prima possono essere visionati più documenti, mentre nel secondo può essere esaminato il solo documento oggetto dell'acquisizione.

¹⁵ Ancora V. Spagnuolo Vigorita, *Notazioni*, cit., 13 ss.

¹⁶ Si deve segnalare che prima dell'entrata in vigore della L. 205/2000 – la quale, come si dirà *infra*, sanciva l'utilizzo della c.t.u. nel giudizio di legittimità – le uniche perizie ammesse nel giudizio amministrativo erano quelle disciplinate dall'art. 27 del r.d. 642/1907, riservate (allora) alla sola sezione V del Consiglio di Stato. Tuttavia, tali perizie si differenziavano dalla consulenza tecnica poiché consistevano in documenti redatti senza l'intervento di un soggetto esperto (*rectius* di un consulente), così M.A. Sandulli, *La consulenza tecnica*, cit., 3545. Tuttavia, E. Picozza, voce *Processo Amministrativo (normativa)*, cit., 493, afferma che la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto di poter dedurre elementi di prova da verbali relativi a consulenze tecniche provenienti da un diverso giudizio ritenendo, quindi, ammesso l'uso delle prove atipiche anche nel processo amministrativo.

soggetto fornito delle particolari conoscenze scientifiche e tecniche, che operava alla stregua del consulente di cui al processo civile; la fungibilità di tali mezzi di accertamento era anche accentuata dalla relazione che doveva essere redatta al termine di entrambi¹⁷. Tuttavia, nei giudizi amministrativi la verifica non era utilizzata frequentemente a causa, secondo la dottrina, del suo «polimorfismo»¹⁸ e della possibilità che il suo svolgimento fosse affidato alla stessa amministrazione parte in causa, determinando così una situazione di imparzialità e disuguaglianza tra il ricorrente e il resistente¹⁹. Tale ritrosia affondava le proprie radici nella storica concezione del processo amministrativo inteso quale giudizio fondato sui due pilastri dell'azione di annullamento e della sindacabilità del solo atto o provvedimento: l'esame del fatto, mediante accertamenti di carattere tecnico, era vista dai più come un'indebita – oltre che preclusa nella giurisdizione di legittimità – intromissione del giudice nel merito dell'atto amministrativo²⁰.

Con il passare degli anni, ci si rese conto che nel caso in cui il provvedimento oggetto del giudizio fosse stato adottato mediante l'esercizio della c.d. discrezionalità tecnica, al giudice amministrativo era preclusa la completa conoscenza dei fatti e, conseguentemente, la disparità tra le parti si acuire e al privato non era garantita una tutela effettiva.

Ciò nonostante, l'introduzione della consulenza tecnica nel processo amministrativo fu attuata gradualmente con provvedimenti legislativi che ne hanno consentito la disposizione prima in via settoriale e, successivamente, a tutte le

Per ciò che concerne le prove atipiche prima del c.p.a., si veda G. D'Angelo, *Le prove atipiche nel processo amministrativo*, Napoli, 2008, mentre per quanto concerne il loro uso dopo l'entrata in vigore del c.p.a., si rinvia a P. Chirulli, *L'istruttoria*, in Aa.Vv., *Il nuovo processo amministrativo*, diretto da R. Caranta, Bologna, 2011, 550 ss.

¹⁷ Sui rilievi appena esposti si veda G. Marchianò, *L'ampliamento dei mezzi di prova*, cit., 151 ss. Sul fatto che le verificazioni fossero utilizzate alla stregua delle perizie si rinvia a A. Chizzini, *I poteri istruttori*, in Aa.Vv., *Il processo davanti al giudice amministrativo (commento sistematico alla L. 205/2000)*, B. Sassani e R. Vilata (a cura di), Torino, 2001, 256, nt. 89.

¹⁸ La calzante definizione è stata coniata da G. Abbamonte e R. Laschena, *L'istruttoria*, cit., 360.

¹⁹ Per quanto attiene all'imparzialità dell'amministrazione deputata alla verifica, si veda A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 280; G. Marchianò, *L'ampliamento dei mezzi di prova*, cit., 150. Secondo quest'ultima (152) e V. Spagnuolo Vigorita, *Notazioni*, cit., 13, la verifica può essere eseguita anche da un'altra amministrazione diversa da quella in giudizio.

²⁰ Per tali considerazioni si veda ancora G. Marchianò, *L'ampliamento dei mezzi di prova*, cit., 155 ss. In proposito pare opportuno rammentare che l'esame del fatto era consentito nella sola giurisdizione di merito ove, non a caso, disponeva di poteri istruttori più ampi. Questo perché, essendo quella effettuata dall'amministrazione una valutazione discrezionale, la norma giuridica alla base del provvedimento era di tipo indeterminato: ne consegue che il giudice per individuare il contenuto corretto di tale norma, doveva necessariamente conoscere il fatto. Così F. Benvenuti, *L'istruzione*, cit., 102 ss., nt. 57; Id., voce *Consiglio di Stato (competenza e giurisdizione)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 319, spec. 324. Tuttavia, le valutazioni discrezionali potevano astrattamente essere oggetto del giudizio di legittimità qualora sussumibili nel vizio dell'eccesso di potere, così come affermato dalla stessa Marchianò (132). In merito all'eccesso di potere in generale si rinvia a E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, XXIV ed., F. Fracchia (a cura di), Milano, 2022, 501 ss., che lo definisce come il risvolto patologico della discrezionalità.

materie di competenza del giudice amministrativo. Un apporto fondamentale in tal senso è giunto anche dalla giurisprudenza amministrativa e costituzionale.

Il primo intervento con il quale si introdusse la perizia nel giudizio amministrativo fu la L. 10/1977 (c.d. legge Bucalossi)²¹: a tale provvedimento va sicuramente riconosciuto il merito di aver fatto da apripista all'uso delle valutazioni tecniche nel processo; tuttavia va opportunamente segnalato che esso ne limitava l'uso alle sole controversie in materia edilizia e, per quanto attiene alle modalità di espletamento, rinviava in modo esplicito alle perizie di cui all'art. 27 del r.d. 642/1907 che, come è stato accennato in precedenza, erano diverse dalla c.t.u.²². In seguito, la sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 1989 operò una prima, seppur molto timida, apertura nei confronti dell'estensione dei mezzi probatori di cui al processo civile ordinario al processo amministrativo di legittimità, sottolineando, però, che questa doveva essere comunque introdotta mediante un provvedimento legislativo e soltanto ove vi fosse un reale pericolo di mancato soddisfacimento delle garanzie a tutela della parte nei confronti dell'amministrazione²³. Sempre con specifico riferimento alla c.t.u., l'art. 35 del successivo d.lgs. 80/1998 ne estendeva l'uso alle materie di giurisdizione esclusiva elencate agli articoli 33 e 34 del medesimo testo tra cui figuravano i pubblici servizi, la vigilanza sulle assicurazioni, i trasporti, le telecomunicazioni e i servizi di pubblica utilità²⁴.

²¹ In termini M.A. Sandulli, *La consulenza tecnica*, cit., 3539. Per un approfondimento sulla L. n. 10/1977 si rinvia a G. Marchianò, *L'ampliamento dei mezzi di prova*, cit.

²² *Supra* la nota 16.

²³ Così Corte cost. 18 maggio 1989, n. 251, in www.cortecostituzionale.it. Tale pronuncia afferma testualmente sul punto: «[d]i conseguenza, nel processo che concerne la tutela, costituzionalmente garantita, degli interessi legittimi, poiché si tratta di una categoria di situazioni soggettive che, sul terreno sostanziale, si realizzano attraverso l'intermediazione del procedimento amministrativo, appare congruo in sede giurisdizionale un sistema probatorio che consista essenzialmente nel sindacato sulle modalità con le quali il potere pubblico è stato esercitato. Una volta assicurata questa garanzia, è in sede legislativa che si devono individuare i mezzi probatori adatti ad attuare tale tipo di sindacato, potendosi censurare la scelta del legislatore soltanto se risulti inidonea a garantire la tutela giurisdizionale (...)». La stessa Corte si mostrò in precedenza meno timida nell'estendere i mezzi istruttori di cui al processo ordinario al processo amministrativo in una materia di giurisdizione esclusiva quale quella del pubblico impiego (Corte cost. 23 aprile 1987, n. 146, ivi). I giudici costituzionali precisano a riguardo che nel caso della giurisdizione esclusiva il giudice amministrativo era chiamato a pronunciarsi su diritti soggettivi (al pari di quello ordinario) e, quindi, la disparità di trattamento risultava di palmare evidenza, mentre nel giudizio di legittimità sarebbe stato sufficiente il sindacato sul corretto esercizio del potere nell'ambito del procedimento amministrativo che ha dato origine all'atto. Tale ultimo aspetto offre la possibilità di fornire un rapido cenno al rapporto tra istruttoria procedimentale e processuale nel giudizio di legittimità: sebbene l'economia del presente lavoro non consenta di approfondire come si converrebbe, ci si limita a segnalare che in dottrina si è sostenuto che il giudice debba tenere conto di quanto accaduto nel procedimento e condurre l'istruttoria processuale quale completamento di quella procedimentale. Si veda sul punto M. Nigro, *Il giudice amministrativo «signore della prova»*, cit., 19; F. Benvenuti, voce *Processo amministrativo a) ragioni e struttura*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 454, spec. 463; V. Spagnuolo Vigorita, *Notazioni*, cit., 9.

²⁴ Su questo provvedimento si segnalano, *ex multis*, S. Cassese, *Verso la piena giurisdizione del giudice amministrativo: il nuovo corso della giustizia amministrativa italiana*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 1221 ss.; A. Travi, *Norme del d.lg. 31 marzo 1998, n. 80 che non si inseriscono nel d.lg. 3 febbraio 1993, n. 29*, in *NLCC*, 1999, 1511 ss.

Proseguendo ancora, uno snodo cruciale nel percorso che ha portato all'introduzione della consulenza tecnica nel giudizio di annullamento è rappresentato dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 601 del 1999, la quale ha affermato il sindacato da parte del giudice amministrativo (anche di legittimità) della discrezionalità tecnica: i giudici, in particolare, sancirono che la c.t.u. nelle materie di giurisdizione esclusiva «è strumentale al più completo accertamento del fatto, accertamento che [...] deve intendersi comune all'intera giurisdizione di legittimità»²⁵.

²⁵ Cons. Stato, IV, 9 aprile 1999, n. 601. In termini M.A. Sandulli, *La consulenza tecnica*, cit., 3537. A tal proposito, giova richiamare brevemente il percorso che ha portato a tale pronuncia cardine. Originariamente la discrezionalità tecnica, contrariamente alla discrezionalità amministrativa (c.d. pura) di cui si parlerà immediatamente di seguito, era ritenuta insindacabile dal giudice amministrativo. In seguito si sono formati due orientamenti contrastanti: il primo (ormai desueto) riteneva sindacabili le valutazioni tecniche soltanto sotto il punto di vista estrinseco, ossia alla loro manifesta illogicità o contraddittorietà; il secondo, maggioritario attualmente, sostiene che può essere oggetto del sindacato del giudice anche la correttezza delle nozioni tecniche e/o specialistiche utilizzate, propendendo per un sindacato intrinseco. Ciò nonostante, anche effettuando tale tipo di controllo, il giudice (di legittimità) qualora reputi errate dette nozioni non può sostituirsi o condannare l'amministrazione a emanare all'uso delle nozioni corrette, ma può soltanto annullare l'atto impugnato. Così T.A.R. Emilia Romagna, I, 15 ottobre 2020, n. 639; T.A.R. Toscana, II, 10 luglio 2017, n. 921; per il sindacato estrinseco si veda Cons. Stato, VI, 5 dicembre 2022, n. 10624, in *Foro amm.*, 2022, 1207, con nota di A. Persico. Per quanto concerne la dottrina si rinvia alla ricostruzione di A. Giusti, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una recente "attenta riconsiderazione" giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 335 ss., anche per le recenti sentenze che hanno mostrato ulteriori aperture sul punto. Sulla discrezionalità tecnica si rinvia a C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, 151 ss.; per ciò che attiene al sindacato del giudice si veda D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995. È opportuno, per completezza, fornire dei brevissimi cenni anche al sindacato della discrezionalità amministrativa. La sindacabilità di tale potere ad opera del giudice di legittimità è fondata sul fatto che lo stesso, sebbene attribuisca all'amministrazione un ampio margine di scelta, è limitato dal perseguimento dell'interesse pubblico sancito dalla legge di riferimento, attributiva dello stesso potere di valutazione discrezionale. In virtù di tale limite, dunque, il giudice amministrativo in sede di legittimità può sindacare l'atto adottato mediante, secondo consolidata dottrina e giurisprudenza (pur se si deve dar conto di un'autorevole eccezione costituita da M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, 172 ss., secondo cui la discrezionalità possa essere sindacata anche tramite il vizio della violazione di legge scaturito dall'eventuale mancata tutela dell'interesse pubblico sancito dalla legge di riferimento), mediante il vizio dell'eccesso di potere nelle sue possibili manifestazioni, si veda Cons. Stato, IV, 11 gennaio 2018, n. 135; Cons. Stato, IV, 29 marzo 2021, n. 2629. Per maggiori approfondimenti in merito al percorso storico comparatistico che ha portato a tali considerazioni si rinvia a E. Presutti, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, IV, 1910, 10 ss.; M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit.; A. Piras, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 65 ss.; L. Benvenuti, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986, 28 ss.; per un confronto con la discrezionalità tecnica si veda ancora D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit. Per quanto attiene al sindacato della discrezionalità mediante il vizio dell'eccesso di potere si veda P. Gasparri, voce *Eccesso di potere*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 124, spec. 127 ss. Quest'ultimo chiarisce il fatto che l'eccesso di potere nell'ambito della scelta discrezionale debba intendersi «non in un errore di apprezzamento e quindi di scelta, ma nel fatto che il tipo di apprezzamento che si fa non è conforme al modello di apprezzamento che la legge vuole sia fatto; e conseguentemente la scelta non è, o almeno può presumersi che non sia corretta», delimitando, così, la portata del vizio dell'eccesso di potere (sindacabile) e la scelta di merito effettuata dall'amministrazione (insindacabile in sede di legittimità). Per una diversa prospettiva riguardo gli interessi pubblici intesi quale limite alla scelta discrezionale dell'amministrazione e sull'interpretazione in chiave normativa del vizio di eccesso di potere si rinvia a G. Coraggio, voce *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 130 ss., spec. 138 ss., secondo cui «affermare che la gestione della cosa pubblica deve essere volta alla realizzazione del pubblico interesse è cosa ben diversa dal garantire con idonei strumenti giuridici che si agisca in vista dello scopo fissato *ab externo*. Non a caso l'esercizio del pote-

Con l'entrata in vigore della L. n. 205/2000, il legislatore ha recepito sul punto l'orientamento del Consiglio di Stato, disponendo, con l'art. 16, l'inserimento nell'art. 44 del T.U. C.d.S. della consulenza tecnica tra i mezzi di prova di cui poteva avvalersi il giudice amministrativo: come segnalato dalla dottrina, a ciò consegue una «generalizzazione» dello strumento, fruibile tanto dal giudice che si pronuncia sulla legittimità, quanto sul merito o su diritti soggettivi²⁶.

La novità fu salutata con favore dalla prevalente dottrina. L'introduzione della c.t.u. nel giudizio di legittimità permette al giudice di avere una conoscenza più completa della causa o, comunque, lo rende edotto di alcuni aspetti della vicenda che non possono essere percepiti mediante la semplice lettura dell'atto amministrativo depositato, vuoi perché non esplicitati, vuoi perché il giudice non possiede le dovute competenze tecniche specifiche della materia oggetto dell'atto. In tale ultimo caso, la consulenza tecnica consente di acquisire in giudizio le nozioni tecniche proprie del caso specifico da un soggetto di riconosciuta preparazione, sì da permettere al giudice di esercitare con maggiore consapevolezza la propria funzione. Conseguentemente, egli può pronunciarsi sulla congruità e legittimità delle valutazioni di carattere puramente tecnico effettuate dall'amministrazione prima dell'emanazione dell'atto. In definitiva, come sostenuto dalla dottrina e giurisprudenza maggioritarie, la cognizione del giudice amministrativo, in tutti e tre i tipi di giurisdizione, non è più limitata al solo atto amministrativo, ma si estende anche al fatto che si pone quale suo presupposto²⁷.

re pubblico anche in epoche relativamente recenti – assolutismo illuminato, stato di polizia – è sempre apparso come una forza incontrollabile: esso era in fatto e, quel che interessa, in diritto, molto più assoluto della tanto decantata autonomia privata. Il sistema attuale, indubbiamente dominato dal controllo di eccesso di potere, si ricollega ad una data ben precisa, il 1889, e alla introduzione della giurisdizione di legittimità del Consiglio di Stato estesa appunto a tale vizio».

²⁶ M.A. Sandulli, *La consulenza tecnica d'ufficio*, cit., 3540. Per rilievi più ampi si rinvia a G. Perulli, *La consulenza tecnica d'ufficio nel processo amministrativo*, Padova, 2002.

²⁷ Su tale tematica si veda L. Migliorini, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Padova, 1977, 6; già con riferimento alla L. 10/1977, G. Marchianò, *L'ampliamento dei mezzi di prova*, cit., 135 e V. Spagnuolo Vigorita, *Notazioni*, cit., 24. Per alcuni contributi successivi si rinvia a G. Perulli, *La consulenza tecnica d'ufficio nel processo amministrativo*, 1 ss.; M.A. Sandulli, *La consulenza tecnica*, cit., 3544. Sull'attuale valore del fatto nel processo amministrativo si rinvia a S. Lucattini, *Fatti e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 203 ss.; F.G. Scoca, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 1097 ss., spec. 1099. Si veda Cons. Stato, VI, 23 aprile 2022, n. 2199, secondo cui «A seguito del progressivo spostamento dell'oggetto del giudizio amministrativo dall'atto al rapporto controverso (pretesa fatta valere, secondo alcuni) deve ormai ritenersi superato quell'orientamento che negava al giudice amministrativo l'accesso diretto al fatto, salvo che gli elementi di fatto risultassero esclusi o sussistenti in base alle risultanze procedurali». La giurisprudenza più recente tende a garantire il pieno accesso al fatto al giudice, rimarcando il solo limite della discrezionalità pura: si veda, *ex multis*, Cons. Stato, V, 14 marzo 2023, n. 2671; T.A.R. Puglia, III, 27 gennaio 2023, n. 178.

2. *L'attuale disciplina di cui agli articoli 66 e 67 c.p.a. e le differenze tra i due mezzi istruttori*

I rapidi cenni appena svolti in merito all'evoluzione dell'istruttoria nel processo amministrativo risultano strettamente funzionali allo studio della stessa nella sua forma attuale, ossia dopo l'entrata in vigore, nel 2010, del Codice del processo amministrativo. Con la sistemazione e il riordino delle norme in materia di giustizia amministrativa effettuato con tale Codice, la verifica e la consulenza tecnica d'ufficio vengono, per la prima volta, disciplinate nello stesso *corpus* normativo distintamente, rispettivamente agli artt. 66 e 67. Appare, pertanto, utile ai fini del presente contributo esaminare separatamente i due mezzi istruttori per comprenderne le differenze e le eventuali analogie.

In primo luogo, occorre volgere lo sguardo agli articoli 19 e 20 c.p.a. che disciplinano le figure del verificatore e del consulente tecnico: è importante sottolineare che tali disposizioni sono collocate nel Capo VI, Titolo I, del c.p.a., rubricato «Ausiliari del giudice», ove è inserito anche il commissario *ad acta* e che tali soggetti, pertanto, svolgono un ruolo di mera assistenza nei confronti del magistrato²⁸. Prendendo le mosse dall'analisi della verifica, il comma secondo, ultimo alinea, dell'art. 19 sancisce che la stessa debba essere affidata ad un organismo pubblico, estraneo alle parti e dotato delle specifiche competenze tecniche richieste. È qui evidente il cambio di passo impresso dal legislatore: mentre in precedenza la verifica era affidata all'amministrazione, la quale poteva ben essere la stessa parte in causa, oggi il verificatore deve ugualmente essere un soggetto pubblico, ma imparziale. Ciò sicuramente giova ad una migliore attuazione del principio della parità delle parti in causa sancito dall'art. 111, co. II, Cost. e, come si è visto, di difficile attuazione nel processo amministrativo. Possono essere nominati consulenti tecnici, invece, i dipendenti pubblici, i professionisti iscritti agli appositi albi di cui all'art. 13 disp. att. c.p.c. ovvero altri soggetti a ciò competenti. Il successivo art. 20 c.p.a. sancisce l'obbligo per tali soggetti di prestare l'attività richiesta dal giudice potendo esserne esentati soltanto in presenza di giustificate ragioni; in mancanza di espresse disposizioni in merito di astensione e ricusazione – l'art. 20 cita soltanto nella rubrica la ricusazione e il 67, co. 2, con riferimento al consulente si limita a rimandare al termine sancito dall'ordi-

²⁸ La nozione ausiliari del giudice è stata mutuata dal Codice di procedura civile che al capo III del titolo I disciplina le figure «del consulente tecnico, del custode e degli altri ausiliari del giudice». In proposito – e contro un'estensione indiscriminata delle figure comprese nella dicitura *de qua* – la dottrina ritiene che l'ausiliario per essere definito tale deve aver previamente ricevuto un incarico giudiziario. Così C.M. De Marini, voce *Ausiliario del giudice*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1959, 308 ss. Tale funzione ausiliaria è chiaramente desumibile dal primo comma dell'art. 19 c.p.a. che afferma «Il giudice può farsi assistere, per il compimento di singoli atti o per tutto il processo, da uno o più verificatori, ovvero, se indispensabile, da uno o più consulenti». Il corsivo è aggiunto. Sull'indispensabilità, necessaria alla disposizione della c.t.u., si dirà meglio *infra*.

nanza che dispone il mezzo per presentare le istanze di astensione e ricusazione – si ritiene che sia applicabile la disciplina di cui agli artt. 63 ss. c.p.c. in forza del rinvio esterno di cui all'art. 39 c.p.a. Infine, nel Codice è ravvisabile una lacuna poiché non vengono disciplinati i casi di sanzione e sostituzione del consulente²⁹.

Ai sensi dell'art. 63, co. 4, c.p.a., i presupposti per disporre la verifica così come della consulenza tecnica d'ufficio, che devono sempre essere disposte dal collegio³⁰, sono la necessità dell'accertamento dei fatti e l'acquisizione di valutazioni che richiedono conoscenze tecniche.

Qualora il giudice propenda per la verifica, secondo quanto sancito dall'art. 66 c.p.a., emana un'ordinanza con la quale nomina l'ente, formula i quesiti su cui questo deve pronunciarsi e fissa un termine entro il quale deve essere depositata la relazione conclusiva³¹. Lo stesso articolo disciplina, poi, le spese della procedura ponendole provvisoriamente a carico di una delle parti nelle more del giudizio e pronunciandosi definitivamente in proposito nella sentenza. È stato oggetto di numerose critiche il fatto che, contrariamente alla consulenza tecnica, il codice non preveda il contraddittorio tra l'organismo verificatore e le parti al momento dello svolgimento della verifica: alcuni precisano che in tal caso «il contraddittorio è meramente eventuale», posto che la parte, in sede di discussione può presentare memorie in merito alle risultanze della verifica³². Gli scritti difensivi cui la dottrina fa riferimento sono da ricondurre all'art. 73 c.p.a., ai sensi del quale le parti possono depositare documenti, memorie e repliche rispettivamente fino a quaranta, trenta e venti giorni liberi prima dell'udienza di discussio-

²⁹ Si veda P. Chirulli, *L'istruttoria*, cit., 546; precedentemente si è espressa negli stessi termini anche M.A. Sandulli, *La consulenza tecnica*, cit., 3555 nella vigenza della disciplina precedente ugualmente lacunosa. Per quanto concerne il termine «sostituzione», riportato dalle Autrici, pare ragionevole pensare che lo stesso si riferisca alla disciplina della ricusazione del consulente tecnico, disciplinata dal Codice di procedura civile all'art. 63 che, a sua volta, rinvia ai motivi di astensione previsti per il giudice (art. 51 c.p.c.). Ciò pare plausibile anche in forza di quanto affermato da M.A. Sandulli, ult. cit., ove richiama la possibilità di applicazione analogica delle norme del Codice di procedura civile: «Ulteriori aspetti di particolare rilievo, per l'assenza di una specifica disciplina e dunque per la connessa possibilità di applicare in via analogica le disposizioni del c.p.c., sono stati individuati: (a) nella possibilità di sostituzione del c.t.u.; (b) nella vigilanza del suo operato».

³⁰ Così A. Bruni, *Commento agli artt. 66-67 c.p.a.*, in Aa.Vv., *Codice del processo amministrativo*, a cura di M. Sanino, Torino, 2011, 291. Con riferimento alla c.t.u. si veda P. Lombardi, *Riflessioni in tema di istruttoria nel processo amministrativo: poteri del giudice e giurisdizione soggettiva "temperata"*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 85, spec. 95. Tuttavia, l'art. 65 c.p.a. ammette la possibilità che il presidente possa adottare, su istanza di parte, i provvedimenti ritenuti necessari ad assicurare una completa istruttoria.

³¹ Secondo A. Giusti, *Commento all'art. 66 c.p.a.*, in Aa.Vv., *Commentario al codice del processo amministrativo*, a cura di G. Falcon, F. Cortese, B. Marchetti, Padova, 2021, 623 ss, spec. 625, la *ratio* per cui i quesiti sono formulati dal giudice sia nella verifica che nella consulenza tecnica risiede nel fatto che entrambi i mezzi di prova sono soggetti al suo prudente apprezzamento.

³² Sul punto ancora A. Giusti, *Commento all'art. 66 c.p.a.*, cit., 626. Si veda Cons. Stato, III, 25 ottobre 2022, n. 9076 e gli altri riferimenti *ivi* contenuti. Sulla base di tale prassi giurisprudenziale, l'Autrice precisa che il verificatore non avrebbe alcun obbligo di trasmettere la relazione finale alle parti, essendo sufficiente il deposito.

ne³³. Ciò posto e considerando il fatto che, come ribadito in precedenza, il Codice non prevede espressamente il contraddittorio nell'ambito della verifica, occorre domandarsi se la medesima prerogativa è consentita anche nel caso in cui sia stata disposta la consulenza tecnica – ove, come si vedrà immediatamente di seguito, è previsto dall'art. 67 c.p.a. un puntuale scambio di osservazioni tra le parti e il consulente – nel caso in cui il professionista nominato dal giudice non abbia potuto attivare il contraddittorio scritto. Ebbene, malgrado la scarsa reperibilità di casistica in materia, la giurisprudenza ha ammesso il deposito tardivo della relazione del c.t.u. quale integrazione “esterna” delle memorie di parte e in via del tutto eccezionale, nell'unico caso in cui il consulente abbia depositato la relazione in prossimità della scadenza del termine assegnato – e, quindi, nel pieno rispetto dello stesso – non lasciando ulteriori margini di tempo alle parti per sottoporre le loro osservazioni sulle sue conclusioni³⁴. La giurisprudenza, dunque, pare ammettere uno strumento simile al contraddittorio eventuale sopra descritto per la verifica anche nell'ambito della c.t.u. pur se in termini maggiormente restrittivi, essendo già puntualmente disciplinato dal Codice lo scambio di osservazioni tra consulente e parti.

Nel caso in cui il giudice ne ravvisi l'indispensabilità, dispone con ordinanza la consulenza tecnica d'ufficio, secondo quanto sancito dall'art. 67 c.p.a. che ne disciplina la procedura. A mezzo di tale atto il giudice nomina il consulente, formula i quesiti da sottoporgli e fissa un termine entro cui tale soggetto deve presentarsi per assumere l'incarico e prestare giuramento³⁵. Come anticipato, durante l'espletamento della consulenza le parti hanno la possibilità di intervenire attivamente: il secondo comma dell'art. 67 prevede che queste possano nominare i loro consulenti e che il contraddittorio tra questi e l'incaricato dal giudice si possa svolgere tanto in forma orale quanto scritta. Nell'ambito della prima tipolo-

³³ Si veda in merito T.A.R. Umbria, I, 7 aprile 2015, n. 164, secondo cui «il contraddittorio tra verificatore e periti di parte ha mero carattere eventuale, potendosi ogni osservazione in merito alle operazioni e valutazioni effettuate in sede di verifica essere effettuata dalle parti tramite le memorie da prodursi in vista dell'udienza di discussione nel merito, nel rispetto dei termini perentori di cui all'art. 73 c.p.a.». Ciò è possibile poiché, come già sottolineato in dottrina da M. Sinisi, *L'istruttoria: disponibilità, onere e valutazione delle prove*, in *Aa.Vv., Il nuovo processo amministrativo*, a cura di M.A. Sandulli, vol. II, Milano, 2013, 206, il processo amministrativo non ha una fase autonoma deputata esclusivamente allo svolgimento dell'attività istruttoria, né tantomeno è presente una figura con funzioni analoghe a quelle esercitate dal giudice istruttore nel processo civile. Da ciò deriva il fatto che le risultanze probatorie possono essere messe in discussione anche nella fase immediatamente precedente alla decisione.

³⁴ Si veda Cons. giust. amm. Sicilia, 17 febbraio 2017, n. 54, in *Foro amm.*, 2017, 336, di cui si riporta il passo per maggiore chiarezza: «Il deposito tardivo della consulenza tecnica, come integrazione “esterna” della memoria di parte, può eccezionalmente essere autorizzato per assicurare la replica “tecnica” rispetto ai contenuti di un elaborato peritale di parte prodotto nel rispetto dei termini ma in limine alla loro scadenza, quando ormai non vi sarebbe più margine temporale per una replica tempestiva».

³⁵ Il verificatore, a differenza del consulente, non è tenuto a prestare giuramento. La scelta legislativa di esentare il verificatore da tale incombenza è ritenuta ragionevole in considerazione della qualità di organismo pubblico, che già fa sì che il suo agire sia imparziale e orientato al perseguimento dell'interesse pubblico. Per la giurisprudenza sul punto si rinvia a M. Sinisi, *L'istruttoria: disponibilità, onere e valutazione delle prove*, cit., 208, nt. 2.

gia rientra la facoltà dei consulenti di parte di assistere e intervenire ai rilievi, di partecipare e prendere la parola nell'udienza camerale se autorizzato dal presidente; rientrano, invece, nel contraddittorio scritto il diritto a prendere visione della relazione del consulente prima del deposito con annessa facoltà di replicare a questa con osservazioni e conclusioni scritte, cui segue la risposta dell'incaricato³⁶.

In dottrina è diffuso l'orientamento secondo cui la consulenza tecnica non sarebbe del tutto classificabile quale mezzo di prova³⁷, poiché questa si limita a fornire al giudice competenze tecniche di cui egli non dispone e, quindi, non ha la finalità di provare direttamente il fatto³⁸. Tuttavia, è pacifico che vi sono alcuni casi ove la stessa valutazione tecnica è utilizzata come prova del fatto oggetto del giudizio assumendo, così, una valenza più pregnante: da tale assunto deriva la distinzione tra consulenza deducante, qualora sia disposta per integrare le conoscenze del giudice, e percipiente nel caso in cui sia utilizzata quale mezzo di ricerca della prova. La giurisprudenza tiene conto di tali distinzioni, ma è granitica sul fatto che la c.t.u. non può avere una finalità esplorativa o, peggio, non può supplire alle carenze probatorie delle parti, ma soltanto quella di agevolare il giudice nella valutazione³⁹.

Tirando le fila del discorso sin qui esposto e fatta eccezione per le differenti modalità di esecuzione dei due mezzi, si può notare come entrambi vengano disposti nel caso in cui il giudice necessiti di competenze tecniche e che entrambi culminano con la stesura di una relazione finale. L'unico *discrimen* che il Codice pone nella scelta dei due mezzi è il requisito dell'indispensabilità della consulenza tecnica e da ciò si

³⁶ Il Codice ha cura di precisare che di tale scambio deve essere reso edotto anche l'organo giudicante al momento del deposito della relazione finale (art. 67, co. 2, lett. e), c.p.a.).

³⁷ Sebbene l'art. 63 c.p.a. utilizzi la dicitura «*mezzi di prova*», la dottrina maggioritaria ritiene che la consulenza tecnica d'ufficio non sia propriamente classificabile come tale in quanto fornisce al giudice conoscenze di tipo tecnico-specialistico di cui non può altrimenti disporre e, dunque, non è volta, come i canonici mezzi istruttori, all'accertamento di un fatto. Vedi G. Marchianò, *L'ampliamento dei mezzi di prova*, cit., 147; A. Chizzini, *I poteri istruttori*, cit., 255; M.A. Sandulli, *La consulenza tecnica*, cit., 3533.

³⁸ Giova in proposito un breve richiamo alle considerazioni, utili anche dal punto di vista della teoria generale del diritto, di D. Buoncristiani, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, Torino, 2001, 28 ss., secondo cui il giudice, nell'avvalersi dei mezzi istruttori d'ufficio non può infrangere il divieto di scienza privata. Più precisamente, egli deve attenersi a quanto allegato dalle parti, senza disporre eventuali mezzi istruttori d'ufficio al fine di trovare conferme in merito a fatti non oggetto del giudizio e frutto di una sua opinione personale sulla controversia: secondo l'Autore egli non può rendere giudiziale una conoscenza meramente privata. Tali considerazioni sono suscettibili di applicazione anche nel processo amministrativo e in accordo con la, già accennata (*supra* in nt. 11), teoria del principio di prova: il giudice, infatti, non può utilizzare i mezzi istruttori (*a fortiori* la c.t.u.) con finalità esplorative, ma soltanto disporli nell'ottica del completamento del principio di prova fornito dalla parte, evidentemente impossibilitata a fornire la prova, per così dire, "integrale" del fatto oggetto del giudizio, si veda in termini MA. Sandulli, *La consulenza tecnica*, cit., 3541.

³⁹ Oltre ai riferimenti di cui si è già dato conto, per tale distinzione nell'ambito dottrinale si rinvia a P. Chirulli, *L'istruttoria*, cit., 543, nt. 65; A. Giusti, *Commento all'art. 67 c.p.a.*, in Aa.Vv., *Commentario al codice del processo amministrativo*, a cura di G. Falcon, F. Cortese, B. Marchetti, Padova, 2021, 628. Si veda Cons. Stato, III, 25 luglio 2019, n. 5267; più recentemente conformi sul punto Cons. Stato, II, 9 dicembre 2022, n. 10807; Cons. Stato, II, 20 febbraio 2023, n. 1698; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, I, 26 gennaio 2023, n. 50.

desume la tendenza del legislatore a preferire la verificazione: entrambi i mezzi, quindi, hanno la medesima finalità⁴⁰, ma vengono posti su due piani diversi⁴¹.

3. *Il concetto di indispensabilità quale discrimen per la scelta tra i due mezzi istruttori: alcuni profili problematici*

Come anticipato, il Codice del processo amministrativo si limita a ribadire, prima nell'art. 19 e successivamente nel quarto comma dell'art. 63, che la c.t.u. può essere disposta soltanto ove risulti «indispensabile». La portata del concetto di indispensabilità non è precisata da alcuna fonte legislativa e, pertanto, il relativo giudizio in merito all'ammissione del mezzo istruttorio è interamente demandato alla discrezionalità del giudice.

Sebbene la giurisprudenza non fornisca una definizione di indispensabilità⁴², quest'ultima viene frequentemente associata dai giudici amministrativi alla distinzione tra verificazione e consulenza ideata dalla stessa ormai diverso tempo fa e di cui ancora fa larghissimo uso⁴³. Secondo l'orientamento ormai consolidato nella prassi dei Tribunali amministrativi regionali e del Consiglio di Stato, la verificazione avrebbe la sola finalità di acquisire accertamenti tecnici di natura non valutativa: l'organismo pubblico dovrebbe soltanto limitarsi a fornire dei chiarimenti di carattere puramente tecnico sull'*iter* procedimentale seguito dall'amministrazio-

⁴⁰ Si veda A. Travi, *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, in *Urb. e app.*, 1997, 1262, spec. 1266, secondo cui la verificazione e la c.t.u. possono avere lo stesso oggetto e P. Chirulli, *L'istruttoria*, cit., 544. In termini anche F.G. Scoca, *Commento all'art. 66 c.p.a.*, in *Aa.Vv.*, *Il processo amministrativo, commento al d.lgs. 104/2010*, a cura di A. Quaranta e V. Lopilato, Milano, 2011, 560.

⁴¹ Si registrano in proposito numerose critiche in dottrina su cui si vedano ancora P. Chirulli, *L'istruttoria*, cit., 544 e A. Giusti, *Commento all'art. 66 c.p.a.*, cit., 624, secondo cui il *favor* legislativo verso la verificazione trova spiegazione nella volontà di limitare il più possibile l'ingerenza del giudice nelle valutazioni proprie dell'amministrazione e, conseguentemente, nella discrezionalità tecnica della stessa anche se i limiti di sindacato su quest'ultima si sono notevolmente ampliati. Anche la giurisprudenza parla di «preferenza da parte del legislatore per la verificazione rispetto alla consulenza tecnica», così T.A.R. Lombardia, II, 31 gennaio 2019, n. 150; *ibidem* T.A.R. Piemonte, II, 19 maggio 2011, n. 491. Tale aspetto sarà meglio approfondito *infra*.

⁴² Al contrario, la giurisprudenza dà la definizione di «indispensabilità» della prova nel giudizio di appello di cui all'art. 104, co. 2, c.p.a., qualificando come tale il mezzo che «appa(re) dotat(o) di quella speciale efficacia dimostrativa che si traduce nella capacità di fornire un contributo decisivo all'accertamento della verità materiale, conducendo ad un esito, per così dire, "necessario" della controversia», così Cons. Stato, VI, 17 luglio 2018, n. 3435. Per questo e altri riferimenti giurisprudenziali si rinvia a Cons. Stato, VI, 24 maggio 2022, n. 4115. Sull'indispensabilità nel giudizio di appello si veda P. Lombardi, *Riflessioni in tema di istruttoria nel processo amministrativo*, cit., 97.

⁴³ È questa una delle numerose manifestazioni della forte influenza delle pronunce giurisprudenziali sul processo amministrativo. Sul ruolo creativo della giurisprudenza nella fase istruttoria del processo amministrativo si rinvia a C.E. Gallo, *La prova*, cit., 9 ss.; più in generale si veda sul punto F. Saitta, *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2023, 123 ss. In merito al fenomeno del creazionismo nel processo amministrativo si veda P. Portalauri, *Ascendenze del creazionismo giurisprudenziale e ricadute sul processo amministrativo: il controllabile paradigma dell'accesso al giudice*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 232 ss.

ne nell'emanazione dell'atto oggetto del giudizio, ma, beninteso, evitando qualsiasi tipo di valutazione soggettiva a riguardo. Al contrario, il consulente tecnico è chiamato a svolgere accertamenti di carattere, appunto, tecnico e, su tutto, deve fornire la sua personale valutazione sui quesiti che il giudice gli ha sottoposto. In tal caso l'elemento valutativo assume valenza preponderante arrivando ad essere la caratteristica principale – nonché il vero *discrimen* nei confronti della verifica – di tale mezzo istruttorio⁴⁴. La previsione del contraddittorio nel caso della sola consulenza e non in quello della verifica trova (*rectius* troverebbe) il suo fondamento nel fatto che una valutazione soggettiva, anche se effettuata da un esperto imparziale, è maggiormente opinabile rispetto ad un accertamento di carattere meramente oggettivo, quale può essere quello della verifica⁴⁵.

Se sotto il punto di vista concettuale la classificazione appena esposta appare indubabilmente chiara, la sua applicazione concreta nell'ambito della fase istruttorie suscita numerose perplessità: si sono verificati, infatti, dei contrasti sulla finalità dei due mezzi che hanno portato i giudici a ribadire perentoriamente la distinzione sopra citata e, inoltre, uno dei tratti distintivi tra la verifica e la c.t.u., quale il contraddittorio, talvolta è venuto meno.

L'esame di alcuni casi pratici aiuterà a chiarire meglio i termini della questione.

Per ciò che attiene alla finalità dei due mezzi istruttori, si annovera un caso in cui era stato dedotto l'uso distorto della verifica, poiché il soggetto pubblico aveva compiuto delle analisi di carattere peritale – dunque non meramente accertativo – su una pratica edilizia e, dato che la verifica secondo il ricorrente si era sostanzialmente trasformata in una consulenza tecnica, questa era viziata poiché era stata effettuata senza il contraddittorio⁴⁶. Rigettando tali motivi, i giudici di prime cure, citando il Consiglio di Stato, hanno sancito che «trattandosi in entrambi i casi di procedimenti cognitivi tecnici, analogamente alla consulenza tecnica la verifica può essere effettuata non solo per ricostruire fatti oggetto del potere amministrativo implicativi di discipline tecnico-specialistiche, ma anche per verificare se le valutazioni tecniche svolte dall'amministrazione risultino corrette e conformi ai

⁴⁴ Si veda, *ex plurimis*, Cons. Stato, IV, 8 marzo 2012, n. 1343; Cons. Stato, VI, 12 febbraio 2014, n. 682; Cons. Stato, VI, 5 gennaio 2015, n. 11; Cons. Stato, III, 25 giugno 2019, n. 4363; Cons. Stato, III, 25 marzo 2021, n. 2537; T.A.R. Lazio, III *quater*, 24 maggio 2021, n. 5971. In dottrina si veda C.E. Gallo, *La prova*, cit., 149, anche per riferimenti giurisprudenziale più risalenti. A. Travi, *Valutazioni*, cit., 1265, sottolinea che a tale distinzione elaborata dalla giurisprudenza si affianca la teoria di studiosi quali Benvenuti e Migliorini che ravvisano la differenza tra la verifica e la consulenza tecnica nelle diverse modalità di assunzione dei mezzi e dei soggetti chiamati a effettuare le operazioni. Si segnala che in dottrina, pur ribadendo la distinzione esposta nel testo, vi è chi ricollega l'indispensabilità all'onere della prova, affermando che un mezzo istruttorio è indispensabile quando la parte onerata è impossibilitata a produrlo ovvero ciò che ha prodotto, adempiendo all'onere, non è sufficiente, sul punto A. Bruni, *Commento agli artt. 66-67 c.p.a.*, cit., 291.

⁴⁵ Cons. Stato, III, 19 ottobre 2017, n. 4848, parla di «giudizio di risultato» per quanto concerne la verifica e di «giudizio di valore» per quanto attiene alla c.t.u., per cui solo alla seconda sarebbe riservata l'eventualità del contraddittorio. *Ibidem* Cons. Stato, III, 25 marzo 2021, n. 2530.

⁴⁶ T.A.R. Emilia Romagna, Parma, I, 20 aprile 2021, n. 101.

principi e dai canoni di tali discipline»⁴⁷. La verifica di cui si discorre pare involgere anche un'eventuale valutazione sul fatto da parte del verificatore, ammessa dalla dottrina e dalla stessa giurisprudenza, che va a collidere con la granitica distinzione sopra esposta che attribuisce al soggetto incaricato della verifica un compito meramente accertativo⁴⁸. La stessa pronuncia, in merito al rilievo del ricorrente sulla mancanza del contraddittorio, ha sancito che, nel caso di specie, i giudici non avevano disposto che la verifica si svolgesse con la partecipazione delle parti e che, pertanto, il ricorrente non aveva facoltà alcuna di sollevare tale eccezione⁴⁹.

Tale ultimo rilievo permette di indugiare su un ulteriore elemento, come già ribadito non presente nel Codice, ma di frequente uso nella prassi, ossia la previsione contenuta nell'ordinanza che dispone la verifica del contraddittorio tra le parti e il soggetto nominato. Sebbene alcune pronunce affermino che il contraddittorio nella verifica possa concernere i soli sviluppi e le risultanze della stessa⁵⁰, nei casi come analoghi a quello riportato in precedenza le modalità di espletamento del contraddittorio sono molto simili a quelle previste nella c.t.u. poiché le parti possono interloquire con il verificatore durante le operazioni e nominare dei propri consulenti⁵¹: in tal modo, si alimenta la confusione tra i due

⁴⁷ La sentenza citata è Cons. Stato, V, 7 giugno 2016, n. 2433. Per un caso pressoché analogo si veda Cons. Stato, V, 23 giugno 2011, n. 3807, 7.1.2.

⁴⁸ Sul fatto che le verificazioni possano concernere anche profili valutativi sui fatti si veda A. Travi, *Valutazioni*, cit., 1266. Di «attività valutativa del verificatore» discorrono anche le seguenti pronunce: Cons. Stato, II, 27 dicembre 2022, n. 11342; Cons. Stato, VI, 10 febbraio 2020, n. 1027.

⁴⁹ T.A.R. Emilia Romagna, Parma, cit., 3.2.3.2.2. Val la pena di sottolineare che lo stesso collegio ha rilevato ulteriormente che nel caso specifico il contraddittorio si era effettivamente svolto tra il verificatore e le parti al momento dell'ispezione nei luoghi, nonostante non fosse previsto nell'ordinanza.

⁵⁰ Cons. Stato, III, 25 marzo 2021, n. 2530, cit., 6, e le sentenze *ivi* riportate. Per alcuni casi ove il contraddittorio è stato previsto a mezzo dell'ordinanza che dispone il mezzo istruttorio si veda Cons. Stato, V, 24 ottobre 2022, n. 9043; T.A.R. Toscana, III, 5 gennaio 2022, n. 1; Cons. Stato, IV, 9 dicembre 2015, n. 5575. *Contra* T.A.R. Sicilia, Catania, IV, 11 maggio 2022, n. 1307; Cons. Stato, V, 4 febbraio 2015, n. 533, secondo cui la verifica non ammette il contraddittorio nella fase istruttoria, ma solo nella sua fase successiva. Si veda anche *supra* nt. 33 e 34.

⁵¹ Ancora T.A.R. Emilia Romagna, Parma, cit., 3.2.3.2.2; Cons. Stato, II, 30 settembre 2022, n. 8422, che consente, in primo luogo, alle parti in sede di verifica di nominare propri consulenti tecnici e, in secondo luogo, dispone il contraddittorio scritto tra questi e il consulente nominato dal giudice con la sola eccezione della replica alle osservazioni delle parti nella relazione finale, come dispone l'art. 67 c.p.a. per la consulenza; Cons. Stato, III, 30 settembre 2022, n. 8428, che, come la pronuncia citata in precedenza, consente alle parti in caso di verifica la nomina di propri consulenti, ma pur non disponendo il contraddittorio tra questi e l'amministrazione nominata, ne sancisce la rilevanza affermando che tale principio informa l'intero processo amministrativo. Più precisamente l'ordinanza da ultimo citata afferma, da un lato, che nella verifica non è previsto un obbligo cogente del contraddittorio come nella c.t.u. ma, dall'altro, secondo i giudici non sarebbe possibile escludere l'applicazione di un principio che permea l'intero processo amministrativo da un mezzo istruttorio come la verifica. Un'ulteriore perplessità che sorge dalla casistica citata concerne l'addebito delle spese che la parte deve sostenere per il proprio consulente: ai sensi dell'art. 66, co. 4, c.p.a. infatti, il giudice addebita provvisoriamente ad una delle parti il compenso spettante al verificatore per poi pronunciarsi sul punto in modo definitivo al termine del giudizio decidendo se addebitare le spese ancora ad una delle parti ovvero se compensarle. La parte potrebbe, quindi, trovarsi a dover sostenere le spese del verificatore e le ulteriori spese del proprio consulente, con un aggravio economico maggiore.

mezzi istruttori non soltanto sotto il punto di vista sostanziale – ossia sulle valutazioni che devono effettuare i soggetti incaricati – ma anche sotto quello meramente procedurale. Da quanto appena esposto si può dedurre che il *favor* nei confronti della verifica non è accordato soltanto dalla disciplina codicistica, ma anche dalla giurisprudenza che tende a disporla con maggiore facilità rispetto alla c.t.u. La ragione di tale preferenza è ravvisata da taluni, così come dalla stessa giurisprudenza, nella maggiore economicità della verifica, intesa tanto nella sua accezione puramente materiale (afferente al costo effettivo di espletamento del mezzo istruttorio) quanto in riferimento al principio di economia processuale, essendo caratterizzata da un procedimento più snello e meno formale⁵².

L'ultimo aspetto che resta da analizzare, a tal punto, è quello relativo al sindacato della discrezionalità tecnica che, secondo taluni, può essere effettuato solo mediante la c.t.u.⁵³.

Come già accennato, infatti, è opinione diffusa che il concetto di indispensabilità indichi al giudice un utilizzo parco di detto mezzo istruttorio onde evitare, per l'appunto, che lo stesso si ingerisca nelle valutazioni effettuate dall'amministrazione, pur se di carattere tecnico. Tale timore pare, in parte, infondato dato che il percorso giurisprudenziale, culminato con la sentenza del Consiglio di Stato n. 601 del 1999, ha portato alla sindacabilità delle valutazioni tecniche effettuate dall'amministrazione⁵⁴. Una previsione quale quella dell'indispensabi-

⁵² Per quanto attiene al discusso aspetto della maggiore economicità della verifica, si veda F.G. Scoica, *Commento all'art. 66 c.p.a.*, cit., 558 ss.; A. Chizzini, L. Bertonazzi, *L'istruttoria*, in Aa.Vv., *Il codice del processo amministrativo*, a cura di B. Sassani, R. Villata, Torino, 2012, 723, nt. 204; i quali parlano di «convincione della minore onerosità della verifica rispetto alla consulenza tecnica»; A. Police, *I mezzi di prova e l'attività istruttoria*, in Aa.Vv., *Diritto processuale amministrativo*, a cura di G.P. Cirillo, Torino, 2017, 399 ss, spec. 426, secondo cui «le verificazioni comportano costi tendenzialmente corrispondenti alle consulenze tecniche d'ufficio». Ai sensi dell'art. 66, co. 4, c.p.a., il quale si applica relativamente al primo e terzo periodo anche alla consulenza tecnica (art. 67, co. 5, c.p.a.), per determinare il compenso del verificatore si applicano le tariffe stabilite dal Testo Unico in materia di spese di giustizia (d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, mentre le tabelle dei compensi degli ausiliari del giudice sono contenute nell'art. 2 del d.m. 30 maggio 2002) o, se inferiori, quelle eventualmente stabilite per i servizi resi dall'organismo verificatore. Tuttavia, a seguito dell'abrogazione delle tariffe professionali di cui al d.l. 1/2012 i compensi dei professionisti per attività svolte nell'ambito del processo devono essere determinati mediante il sistema dei parametri introdotto successivamente (d.m. 140/2012): la giurisprudenza sul punto non è esattamente conforme in quanto sostiene che il sistema dei parametri non sia vincolante per il giudice, potendo egli determinare il compenso del verificatore in altro modo, sul punto si rinvia a Cons. Stato, V, 21 aprile 2015, n. 2015; A. Giusti, *Commento all'art. 66 c.p.a.*, cit., 626, per tali considerazioni e altra giurisprudenza sul punto. Concordando sul fatto che il sistema dei parametri non vincoli il giudice, ci si limita a sottolineare che le disposizioni in materia di compenso degli ausiliari del giudice di cui al Testo Unico spese di giustizia (Titolo VIII, artt. 49-57) risultano tuttora in vigore, così come le tabelle di cui all'art. 2 del d.m. 30 maggio 2002. Quanto al secondo aspetto citato, si veda T.A.R. Puglia, II, 22 gennaio 2015, n. 114, secondo cui la c.t.u. non è ammessa anche in ragione del principio di economia dei mezzi processuali. Per ulteriori considerazioni più ampie sul tema si rinvia a S. Lucattini, *Il giudice amministrativo alla prova dei fatti: una specialità di servizio*, in *Judicium.it*, 2017, 3 ss.

⁵³ *Supra* nt. 25.

⁵⁴ *Supra* ancora nt. 25. Va segnalata una recente apertura sul punto ad opera di Cons. Stato, VI, 15 luglio 2019, n. 4990, (c.d. caso *Avastin Lucentis*) che nella peculiare materia delle sanzioni comminate da autorità indipendenti, argomentando sulla base della giurisprudenza della Corte EDU reputa che il sindacato sulla discrezio-

lità finisce per limitare eccessivamente il sindacato del giudice sulle scelte di carattere tecnico⁵⁵ effettuate dall'amministrazione, incidendo inevitabilmente sull'effettività della tutela⁵⁶.

Va rilevato, d'altro canto, che l'ineffabile⁵⁷ concetto di indispensabilità presta il fianco ad un'ulteriore critica: la sua indeterminatezza, infatti, consente al giudice amministrativo una valutazione sull'ammissibilità della consulenza ovvero della verifica troppo ampia che potrebbe, anch'essa, andare a compromettere l'effettività della tutela⁵⁸.

Tale aspetto sarà oggetto di analisi nell'immediato prosieguo del lavoro.

4. *Riflessioni sulla discrezionalità del giudice amministrativo in merito alla scelta del mezzo istruttorio e ripercussioni pratiche*

L'ampio margine di discrezionalità del giudice amministrativo nella scelta dei mezzi di prova ha indotto la dottrina a dubitare della stessa teoria, ben nota e già richiamata, del Benvenuti secondo cui la fase istruttorio del processo amministrativo sarebbe retta dal principio dispositivo temperato dal metodo acquisitivo⁵⁹.

Nel caso della verifica e della consulenza tecnica, si è visto come il legislatore abbia lentamente introdotto il secondo mezzo istruttorio permettendo al giudice di conoscere la situazione di fatto sottesa al provvedimento oggetto del

nalità tecnica è stato superato a favore della *full jurisdiction*. Sul punto si rinvia a A. Giusti, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica?* cit., 352 ss., secondo cui: «La norma attributiva del potere sanzionatorio all'Authority, infatti, predetermina l'assetto degli interessi, pur integrando la descrizione della fattispecie astratta con elementi valutativi e complessi; l'esistenza di tale profilo valutativo non vale, di per sé, ad attrarli nella sfera del merito e sottrarli a quella del fatto: essi valgono come "fatto storico", accertabile in via diretta dal giudice e non come fatto "mediato dall'apprezzamento dell'autorità"», pur rimanendo il limite del sindacato sostitutivo nel caso in cui «l'attività integrativa del precetto risponde a una vera e propria valutazione discrezionale». Per un'altra recente pronuncia in materia di esaurimento della discrezionalità tecnica da parte dell'amministrazione e sindacato del giudice amministrativo si veda Cons. Stato, VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, con nota di S. Vaccari, *Il Consiglio di Stato e la "riduzione progressiva della discrezionalità". Verso un giudicato a "spettanza stabilizzata"?*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1171 ss.; per quanto concerne la discrezionalità si rinvia al commento di F. Caporale, *L'esaurimento della discrezionalità e le valutazioni tecniche dell'amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 499 ss.

⁵⁵ E tutto ciò si inserisce in un quadro di estrema incertezza dato che già la sola delimitazione dei margini di discrezionalità tecnica non è sempre agevole, ancora A. Travi, *Valutazioni*, cit., 1265 ss., secondo cui la nozione «discrezionalità tecnica» è apodittica e che sussiste la tendenza a ricomprendervi quante più valutazioni possibili, anche se puramente tecniche, per rendere la scelta insindacabile.

⁵⁶ Per i rilievi sulla compatibilità del sistema attuale con il principio del giusto processo si veda T.A.R. Emilia Romagna, I, 15 ottobre 2020, n. 639, cit.

⁵⁷ La condivisibile espressione è di F. Saitta, *Interprete senza partito*, cit. 283.

⁵⁸ Ancora F. Saitta, *Interprete senza partito*, cit., 283 ss.; P. Lombardi, *Riflessioni in tema di istruttorio*, cit., 96.

⁵⁹ F. Saitta, *Interprete senza partito*, cit., 267 ss. e la bibliografia *ivi* contenuta. Per altri interessanti rilievi in merito alla compatibilità della teoria del Benvenuti con l'attuale fase istruttorio del processo amministrativo si rinvia a G. Manfredi, *Attualità e limiti del metodo acquisitivo*, cit., 578 ss.

giudizio; da ciò deriva indubabilmente un notevole ampliamento della cognizione a lui riservata, non più limitata al solo provvedimento depositato in giudizio⁶⁰. Tuttavia, a seguito di tale estensione il legislatore ha preferito non porre dei requisiti più o meno stringenti per il suo utilizzo (come forse sarebbe stato opportuno), ma ne ha previsto l'utilizzo nel caso di indispensabilità⁶¹. Ora, sebbene non si dubiti del fatto che soltanto il giudice – e le parti che fanno richiesta dei mezzi istruttori negli atti di causa – conoscano meglio di chiunque altro i termini della controversia potendo scegliere, quindi, il mezzo più opportuno, e che il processo amministrativo sia caratterizzato da un'intrinseca disparità delle parti⁶² che chi giudica è chiamato a bilanciare, a parere di chi scrive non è possibile ritenere che il giudice è dotato in tali casi di un ampio margine di discrezionalità sino al punto da potergli permettere di disporre della verifica e della consulenza tecnica d'ufficio secondo canoni non previsti dal Codice.

Si considerino, a tal proposito, le differenze tra la verifica e la consulenza tecnica sopra esposte e le prassi dei tribunali amministrativi, che con l'ordinanza dispositiva della verifica prescrivono il contraddittorio e consentono persino la nomina di consulenti di parte che possono interloquire con l'amministrazione designata, determinando nei fatti una sovrapposizione ancora maggiore tra i due mezzi⁶³. Il giudice aggiunge un elemento alla verifica, il contraddittorio appunto, che il Codice non prevede e in tal modo crea un ulteriore mezzo istruttorio, molto simile alla consulenza tecnica, giovandosi del contraddittorio tipico di quest'ultima insieme alle minori formalità della verifica. Questa prassi parrebbe distante, a parere di chi scrive, dal fenomeno, del tutto ammissi-

⁶⁰ Nel processo civile, ove la cognizione del giudice è piena, vige il principio dispositivo nella sua accezione più marcata ed egli può ammettere i mezzi richiesti dalle parti con limitatissime possibilità di disporli d'ufficio (artt. 213, 415 ss. c.p.c.). Un'eccezione è contenuta nel processo del lavoro (artt. 409 ss. c.p.c.) ove il giudice ha più ampi poteri, anche qui finalizzati al riequilibrio delle parti del processo, seppure in un'accezione diversa rispetto al processo amministrativo, su cui si veda la nota successiva. L'art. 421 c.p.c. permette, infatti, al giudice di disporre d'ufficio e in qualsiasi momento l'ammissione di ogni mezzo di prova, eccetto il giuramento decisorio. Per quanto riguarda la disciplina del processo del lavoro si veda, *ex multis*, F.P. Luiso, *Il processo del lavoro*, Torino, 1992, 190 ss.; E. Vullo, *Il nuovo processo del lavoro*, Bologna, 2015, 261 ss. Per quanto concerne i poteri istruttori del giudice si veda C. Cecchella, *I poteri di iniziativa probatoria del giudice del lavoro*, in *Giust. civ.*, II, 1985, 65 ss. La dottrina amministrativistica non ha mancato di rilevare come tali poteri siano simili a quelli del giudice amministrativo, sul punto si veda F. Saitta, *Interprete senza partito*, cit., 269.

⁶¹ F. Saitta, *Interprete senza partito*, cit., 284, secondo cui il giudice avrebbe potuto utilizzare una formula più felice che tenesse conto anche degli obiettivi di tale mezzo istruttorio quali, per esempio, la diversità dei fatti da accertare e delle valutazioni tecniche da acquisire.

⁶² Per alcune considerazioni sulla peculiarità del principio della parità delle parti nel processo amministrativo si rinvia a G. Verde, *L'impianto del codice*, in Aa.Vv., *Il codice del processo amministrativo: dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo* (estratto), a cura di B. Sassani e R. Villata, Torino, 2012, 6 ss.

⁶³ Cons. Stato, V, 23 giugno 2011, n. 3807, cit., ammette anche che il verificatore possa avvalersi di un coadiutore durante le operazioni, al pari del consulente (si veda punto 7.1.2). Nel caso di specie, il verificatore era stato espressamente autorizzato. Dello stesso tenore è la già citata Cons. Stato, III, 30 settembre 2022, n. 8428 (*supra* nt. 52).

bile, del creazionismo giuridico cui si è accennato in precedenza⁶⁴ che è volto alla sola interpretazione innovativa delle norme sostanziali e processuali e non ad un loro uso frammentato e distorsivo rispetto alla lettera della legge⁶⁵.

Un altro elemento che potrebbe (e forse dovrebbe) limitare la discrezionalità del giudice deriva dall'acquisizione in giudizio degli atti relativi al procedimento amministrativo che ha dato luogo al provvedimento impugnato: da questi, infatti, potrebbe evincersi la partecipazione attiva del soggetto all'*iter* procedimentale⁶⁶ e, conseguentemente, un'attenuazione della posizione asimmetrica delle parti che giustifica i poteri istruttori del giudice⁶⁷.

In definitiva e alla luce delle considerazioni sopra esposte, parrebbe che le differenze tra i due istituti esaminati, già sfumate nel Codice del processo amministrativo, siano del tutto venute meno nel diritto vivente e che, quindi, dietro le nomenclature «Verificazione» e «Consulenza tecnica» si celi, a seconda dell'utilizzo fattone dal giudice, lo stesso mezzo istruttorio. Non risultano, infatti, esservi significative discrepanze tra i due istituti tanto sotto l'aspetto oggettivo, ossia del tipo di accertamento effettuato dal soggetto incaricato delle operazioni, quanto sotto l'aspetto soggettivo, dato che come già accennato ai sensi dell'art. 19, co. 2, c.p.a., anche la consulenza tecnica può essere affidata a dipendenti pubblici (così come la verificazione deve essere affidata ad un organismo pubblico)⁶⁸. Data la mancanza di una motivazione che giustifichi la contemporanea permanenza di due mezzi istruttori così simili all'interno della disciplina codicistica, è possibile ritenere che tale situazione di totale equivalenza venutasi a creare nella prassi dei giudizi amministrativi sia priva di ragionevolezza.

⁶⁴ *Supra* nt. 44.

⁶⁵ Secondo F. Saitta, *Interprete senza spartito*, cit., 506 ss., il giudice deve «rispettare le garanzie di un processo che si vuole predeterminato dalla legge evitando spazi incontrollabili di discrezionalità dell'organo decidente». Sebbene non se ne sia fatto cenno nel testo, tale prassi rischia di infrangere il principio del giusto processo regolato dalla legge dettato dall'art. 111, co. 1, Cost. Su tale ultimo aspetto si veda A. Proto Pisani, *Giusto processo e valore della cognizione piena*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 265 ss.; P. Pellegrinelli, voce *Giusto processo (civile)*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, Torino, 2007, 644 ss.; R. Donzelli, *Sul «giusto processo» civile «regolato dalla legge»*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 942 ss.

⁶⁶ Ne sono un esempio gli istituti di cui agli art. 10 *bis* e 14 ss. della L. 241/1990.

⁶⁷ Sulle possibili connessioni tra procedimento e processo si veda già M. Nigro, *Il giudice amministrativo «signore della prova»*, cit., 20; A. Pajno, *Riflessioni e suggestioni a proposito della legge 7 agosto 1990, n. 241 a due anni dalla sua entrata in vigore*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 658 ss., spec. 668, secondo cui la partecipazione della parte al procedimento ristabilirebbe la parità delle parti nella fase istruttorio del processo amministrativo, facendo venire meno il principio dispositivo con metodo acquisitivo; nel senso di un'attenuazione della disparità delle parti a seguito dell'entrata in vigore della L. 241/1990, si veda F. Saitta, *Il sistema probatorio del processo amministrativo dopo la legge n. 241 del 1990: spunti ricostruttivi*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 1 ss., spec. 25 ss.

⁶⁸ Secondo alcuni Autori, tuttavia, la differenza dei soggetti incaricati delle operazioni di verificazione e consulenza tecnica è l'unico tratto distintivo tra i due mezzi istruttori, posto che è ravvisabile dal comma secondo dell'art. 19 c.p.a. una preferenza per il soggetto pubblico scelto, nel caso della consulenza tecnica, non per la sua appartenenza all'ente pubblico, ma per le particolari competenze tecniche possedute. Per queste considerazioni, e per i riferimenti bibliografici *ivi* contenuti, si rinvia a M. Adorno, *La consulenza tecnica d'ufficio nel Codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 486 ss., spec. 515 ss.

Verificazione e consulenza tecnica d'ufficio: evoluzione e differenze

Lo scritto analizza gli istituti della verifica e consulenza tecnica d'ufficio: prendendo le mosse dalla loro evoluzione storica, il lavoro si sofferma sulla disciplina attuale contenuta agli artt. 66 e 67 c.p.a. Ravvisate le differenze sotto il profilo meramente teorico e analizzato il concetto di "indispensabilità", unico *discrimen* dettato dal Codice tra i due mezzi istruttori, vengono riportati una serie di casi giurisprudenziali da cui si evince un utilizzo distorto della verifica, seppur conforme alla disciplina codicistica: segnatamente, questa viene spesso disposta consentendo il contraddittorio tra le parti e la nomina di propri consulenti, trasformandola sostanzialmente in una c.t.u. Evidenziata la problematica lo scritto prova a reperirne le cause riscontrando, quindi, un eccessivo margine di discrezionalità del giudice che per ragioni di economia processuale preferisce disporre la verifica. Il lavoro si conclude affermando l'irragionevole presenza di due mezzi istruttori così simili all'interno del medesimo *corpus* normativo.

Verification and ex officio technical consultancy: evolution and differences

The paper analyzes the institutes of verification and ex officio technical consultancy: starting from their historical evolution, the work dwells on the current discipline contained in Articles 66 and 67 c.p.a. Having reviewed the differences from a purely theoretical point of view and analyzed the concept of "indispensability," the only *discrimen* dictated by the Code between the two means of investigation, a series of case law is reported from which a distorted use of the verification, even though in accordance with the codified discipline, is evident: in particular, this is often ordered by allowing the contradictory between the parties and the appointment of its own consultants, transforming it substantially into a court-appointed expert witness. Having highlighted the problem, the paper tries to find its causes, finding, therefore, an excessive margin of discretion for the judge who, for reasons of procedural economy, prefers to order the verification. The paper concludes by affirming the unreasonable presence of two such similar means of inquiry within the same Code.

Lo sceriffo euro-unitario nel “Crypto Far West”

Matteo Bursi, Simone Scagliarini*

SOMMARIO: 1. Introduzione: il Far West dei *crypto-assets*. – 2. L'incerta natura e l'anomala diffusione delle criptovalute. – 3. Le prime iniziative a livello euro-unitario. – 4. Lo sceriffo entra nel *saloon*: il Regolamento MiCA. – 5. Per concludere: due sollecitazioni ed una proposta.

1. *Introduzione: il Far West dei crypto-assets*

Una certa analogia tra il mondo delle criptovalute ed il Far West è stata colta da più parti¹, muovendo dalla constatazione che il settore, per quanto capace di mobilitare una rilevante quantità di risorse, ha operato sin dalla sua nascita al di fuori di una cornice normativa che dettasse regole chiare per emittenti, intermediari ed investitori, sviluppandosi in un ambiente, più che di libero mercato, sostanzialmente anarchico².

Negli ultimi anni, tuttavia, a livello mondiale sempre più Paesi sono intervenuti per regolare le criptovalute ed il loro utilizzo da parte di cittadini ed imprese. Tali azioni sono state perlopiù nel segno della limitazione e del contrasto ad un fenomeno in grado di porre a rischio la stessa sovranità monetaria (e fiscale)

* Il testo costituisce il frutto di una riflessione comune ai due autori. Tuttavia, a Matteo Bursi si deve la redazione dei paragrafi 2, 3 e 4, mentre Simone Scagliarini ha redatto i paragrafi 1 e 5.

¹ In tal senso, v., ad esempio, M. Amato, L. Fantacci, *Per un pugno di Bitcoin. Rischi e opportunità delle monete virtuali*, Milano, 2018, volume che già dal titolo evoca l'ambiente *western*. Ma l'analogia è stata utilizzata, al di fuori dell'ambito scientifico, anche da Fabio Panetta, attuale Governatore della Banca d'Italia, nel suo discorso presso la Columbia University del 25 aprile 2022 («Per qualche cripto in più: il Far-West della cripto finanza», reperibile sul sito istituzionale della BCE, consultato il 27/12/2023) e dal ministro dell'Economia francese, Bruno Le Maire, in occasione del raggiungimento dell'accordo tra il Consiglio (allora presieduto, per l'appunto, dalla Francia) e il Parlamento europeo sul regolamento MiCA di cui parleremo ampiamente nel seguito. Il comunicato che reca quest'ultima dichiarazione del Ministro è reperibile sul sito istituzionale del Consiglio dell'Unione Europea.

² Tanto che N. Ruccia, *Le criptovalute nell'UEM: da moneta private non regolamentate a potenziale valuta*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2021, 4, 583 ss. identifica nel movimento *Cryptoanarchy*, corrente di pensiero sviluppata negli anni '80 negli Stati Uniti, l'origine delle criptovalute.

degli Stati³, giacché lo sviluppo progressivo di esso, così come l'emissione di una valuta da parte di multinazionali (e segnatamente delle cd. *Big Tech*) dal fatturato comparabile al PIL di un Paese avanzato, potrebbe spostare il controllo della moneta dal soggetto pubblico, di cui da sempre essa è appannaggio⁴, ad uno privato, ingenerando inquietanti ed incisivi impatti sul funzionamento dell'economia e, conseguentemente, della società.

Non sono mancati, tuttavia, approcci assai differenti, fino all'estremo di El Salvador, ove, da settembre 2021, si è addirittura attribuito corso legale al Bitcoin, istituendo anche un portafoglio virtuale governativo (in un Paese ove solo poco più della metà dei cittadini gode di un accesso ad internet!), con l'obiettivo finale (e, se non utopistico, quanto meno assai fantasioso) di dare vita ad una *smart city* (dal significativo nome di Bitcoin City), cui attribuire lo *status* di zona *tax free*, alimentata (anche per le attività di *mining*) dall'energia geotermica ottenuta sfruttando un vulcano vicino⁵.

Per non parlare, poi, dell'uso della criptovaluta nell'ambito del conflitto russo-ucraino, dove quello del mercato di questi *asset* sembra essere diventato uno dei molteplici campi di battaglia. Se, infatti, la piattaforma Morpher ha introdotto, grazie ad essi, la possibilità di speculare (virtualmente e quindi senza realmente attribuire un sostegno finanziario agli emittenti) su titoli russi per devolvere il *surplus* in favore delle organizzazioni umanitarie impegnate nel sostegno ai rifugiati, la stessa Ucraina ha adottato, in pieno conflitto, una legge per consentire la circolazione degli *assets* virtuali, a seguito della quale un gruppo di imprese ha lanciato la prima criptovaluta nazionale, mentre persino alcune ONG hanno raccolto offerte per il sostegno alla popolazione civile in Bitcoin⁶.

In questo contesto di pervasività delle cripto-attività, anche le istituzioni dell'Unione Europea, dopo una fase di stasi, hanno avviato, a partire da un passato assai prossimo, uno studio delle dinamiche caratterizzanti tale settore, per poi adottare decisioni che – riteniamo ragionevole affermare – potrebbero negli anni a venire sortire significativi effetti su questo mercato. Per tale ragione, l'indagine che segue avrà per oggetto per l'appunto l'approccio adottato dall'UE rispetto al

³ Così, ad esempio, è stato per la Cina, la quale ha cercato di opporsi fermamente alla diffusione di questi *assets*, per quanto tale tentativo non abbia pienamente sortito gli effetti inizialmente previsti dal Governo di Pechino. Sul tema, interessanti le considerazioni di R. McMorrow, *Beijing vs bitcoin: why China is cracking down on crypto*, in *Financial Times*, 5 ottobre 2021.

⁴ In merito al rapporto che, storicamente, è intercorso (e che tuttora intercorre) fra Stato e moneta, v. per tutti G.U. Rescigno, *Moneta e Stato*, in *Dir. Pubbl.*, 2017, 2, 309 ss.

⁵ A tal riguardo, si consulti F.E. Alvarez, D. Argente, D. Van Patten, *Are cryptocurrencies currencies? Bitcoin as legal tender in El Salvador*, in *NBER Working papers*, 2023, consultabile nel sito istituzionale del *National Bureau of Economic Research*.

⁶ In tema M. Bevilacqua, *Focus Ucraina – L'impiego delle criptovalute a sostegno dell'Ucraina: problemi e rimedi*, reperibile nel sito dell'Osservatorio sullo Stato digitale dell'Istituto di ricerche sulla Pubblica Amministrazione.

settore *de quo*, cercando di affiancare all’analisi in ottica strettamente giuridica una prospettiva di ordine economico, al fine di cogliere le diverse sfumature correlate al fenomeno in oggetto. A tal fine, conviene, tuttavia, svolgere preliminarmente qualche riflessione generale sulla natura delle criptovalute e sui fattori che ne hanno determinato la diffusione, onde meglio definire l’oggetto della nostra indagine.

2. *L’incerta natura e l’anomala diffusione delle criptovalute*

Stando a quanto riportato nel *white paper* che ha dato vita al Bitcoin⁷, le criptovalute sarebbero nate con l’ambiziosa intenzione di rivoluzionare il sistema internazionale dei pagamenti, proponendo una forma di denaro privata e decentralizzata, che avrebbe permesso di “saltare” l’intermediazione bancaria e che, al contempo, avrebbe posto in discussione il monopolio della sfera pubblica all’interno del settore valutario. In quest’ottica, pertanto, le *crypto* avrebbero dovuto garantire quella che nella ricostruzione tradizionale degli economisti è la triplice funzione tipica di una moneta: essere riserva di valore, mezzo di scambio ed unità di conto⁸.

Trascorsi quindici anni da quando Satoshi Nakamoto ha pubblicato il suo “progetto”, crediamo sia ragionevole sostenere che le criptovalute – o, perlomeno, buona parte di queste – abbiano assunto una fisionomia alquanto distante da quello che all’epoca era stato previsto. Un dato, del resto, conduce più di ogni altro verso tale conclusione, ovvero l’elevata volatilità che contraddistingue i prezzi dei *crypto-assets*. Consultando, infatti, il valore storico di questi strumenti finanziari dal momento della loro nascita fino ad oggi, è facile rilevare come si siano palesate fluttuazioni che difficilmente potrebbero confarsi ad una moneta nel senso tradizionale, come testé richiamato⁹. Lo stesso Bitcoin, per quanto abbia sensibilmente aumentato il proprio valore a partire dal 2008, vede il suo prezzo muoversi seguendo una perenne oscillazione che rende improbabile il suo utilizzo come sostituto delle principali valute globali¹⁰.

⁷ Cfr. S. Nakamoto, *Bitcoin: a Peer-to-Peer Electronic Cash System*, 31 ottobre 2008, consultabile sul sito www.bitcoin.org.

⁸ Sulla triplice funzione della moneta, *ex plurimis*, si veda G.G. Kaufman, *Money, the financial system and the economy*, Chicago, 1973.

⁹ Escludono la natura monetaria delle criptovalute, per il fatto di non rientrare in nessuna delle ricostruzioni normative della valuta, A. Livi, *Le criptovalute nella giurisprudenza*, in E. Corapi, R. Lener (a cura di), *I diversi settori del fintech*, Milano, 2022, 111 ss. e R. Lener, *Criptoattività e crypto valute alla luce degli ultimi orientamenti comunitari*, in *Giur. comm.*, 2023, 3, 376 ss.

¹⁰ Per la precisione, stando ai dati riportati dal sito [Coinbase.com](https://www.coinbase.com), il valore di un singolo Bitcoin ammontava a circa 1.000 dollari ad inizio 2014, per poi giungere a più di 60.000 dollari nell’autunno 2021 e scendere di nuovo, nel novembre 2022, ad un prezzo prossimo ai 15.000 dollari. Al momento in cui scriviamo (marzo 2024), il valore del Bitcoin ha raggiunto nuovi massimi, superando i 70.000 dollari.

Ciò nonostante, il settore delle cripto-attività ha vissuto nel decennio passato una – seppur discontinua – fase di espansione, che ha portato un sempre maggior numero di persone ed imprese ad investire in questi strumenti; una diffusione che, alla luce di quanto affermato poc’anzi, evidenzia il fatto che una moltitudine di criptovalute, per quanto non percepibili come credibili sostituti della moneta tradizionale, ha comunque riscosso un discreto successo. Alla luce di quanto appena affermato, pare logico dunque porsi una domanda: a cosa è dovuto questo (anomalo) ampliamento del settore?

Rispondere a tale quesito non è compito semplice: invero, discorrendo di uno strumento di pagamento privo di corso legale¹¹, altamente volatile e carente d’un sottostante, risulta difficile capire l’utilizzo che ne potrebbero fare operatori economici razionali. Ma forse – si potrebbe ipotizzare – le criptovalute trovano proprio nella “irrazionalità” degli investitori – o almeno di molti di essi – una delle loro fonti di successo. A tal riguardo, in dottrina, è già stato rilevato come il settore *de quo* presenti diversi aspetti riconducibili alla teoria della finanza comportamentale¹²: un gran numero di persone ed imprese si sarebbero avvicinate al settore in quanto semplicemente “attratte” dall’aumentare dei prezzi e “spinte” nel loro agire dalle parole di influenti *opinion leaders*¹³. In quest’ottica, pertanto, considerevoli fondi confluiti verso le criptovalute deriverebbero semplicemente da una dinamica di “gregge”¹⁴ – o anche da «*beauty contest*»¹⁵ – piuttosto che da un ponderato investimento basato sulle aspettative relative al futuro utilizzo delle *crypto* nell’economia reale.

Un altro elemento che, probabilmente, ha agevolato nell’ultimo decennio l’espansione del settore in oggetto, è rappresentato dai tassi prossimi allo zero che hanno contraddistinto, fino alla fase post-pandemica, le economie avanzate.

¹¹ Eccezion fatta, come si è detto, per il caso di El Salvador.

¹² L’applicazione dei concetti enucleati dalla finanza comportamentale al settore delle criptovalute è stata proposta, fra i vari, da A. Ballis, T. Verousis, *Behavioural finance and cryptocurrencies*, in *Review of Behavioral Finance*, 2022, 14 (4), 545 ss. Sul tema, più in generale, si veda R.J. Shiller, *From Efficient Markets Theory to Behavioral Finance*, in *Journal of Economic Perspectives*, 2003, 17 (1), 83 ss.

¹³ Fra questi, emerge indubbiamente Elon Musk, il quale – detenendo ingenti risorse in criptovalute – ha sovente “infiammato” i mercati *crypto* con le sue dichiarazioni, inducendo molti *followers* a comprare cripto-attività. Sul tema, si vedano L. Ante, *How Elon Musk’s Twitter activity moves cryptocurrency market*, in *Technological Forecasting and Social Change*, 2023, 186, 1 ss.; e S.J.H. Shahzad, M. Anas, E. Bouri, *Price explosiveness in cryptocurrencies and Elon Musk’s tweets*, in *Finance Research Letters*, 2022, 47, 1 ss.

¹⁴ In tal senso cfr. E. Bouri, R. Gupta, D. Roubaud, *Herding Behaviour in cryptocurrencies*, in *Finance Research Letters*, 2019, 29, 216 ss. e A. Ballis, K. Drakos, *Testing for herding in the cryptocurrency market*, in *Finance Research Letters*, 2020, 33, 1 ss.

¹⁵ Il concetto di “*beauty contest*” è stato formulato da J.M. Keynes, il quale, nello studiare la formazione di bolle speculative sui mercati finanziari, ha teorizzato l’esistenza di scelte d’investimento principalmente basate su «aspettative riguardanti aspettative», piuttosto che su valutazioni fondate sul reale valore del sottostante. Cfr. J.M. Keynes, *The general theory of employment, interest and money*, Londra, 1936, 156.

Invero, come sostenuto da alcuni osservatori¹⁶, in uno scenario in cui il mercato obbligazionario non corrispondeva rendimenti significativi, una parte di investitori – quella meno avversa al rischio – si sarebbe indirizzata verso forme di investimento più incerte ma, potenzialmente, più redditizie. In quest’ottica, i *crypto-assets* sarebbero stati reputati una scommessa sulla quale, in un periodo di tassi a zero (o addirittura negativi), poteva valer la pena investire fondi¹⁷.

Infine, sussiste un altro verosimile fattore alla base del “successo” delle criptovalute: l’utilizzo di questi strumenti per la conduzione di attività illegali¹⁸. Il supposto anonimato¹⁹ delle transazioni effettuate in *crypto*, così come l’assenza di intermediazione di soggetti terzi, possono rappresentare elementi di indubbia attrattiva per la regolazione di scambi di denaro correlati a comportamenti illeciti, siano questi riconducibili al riciclaggio, all’evasione fiscale o ad una richiesta di riscatto, ad esempio a fronte della criptazione di dati a seguito di attacchi *ransomware*.

Un discorso a sé stante meritano, invece, le cd. *stablecoins*, le quali – è ragionevole affermare – assumono tratti che potenzialmente possono portare ad identificarle come mezzo di scambio, riserva di valore ed unità di conto, ovvero, in una parola, come monete²⁰.

¹⁶ Sul tema, *ex plurimis*, rinviando a quanto affermato da C. Polizu, E. Oliveros-Rosen, M. De La Mata, T. Kanaster, S. Gupta, L. Guadagnuolo, A. Birry, *Are crypto markets correlated with macroeconomic factors?*, in *Standard & Poors global papers*, 2023.

¹⁷ Ad analoghe conclusioni sembrano giungere L. Gambarelli, S. Muzzioli, G. Marchi, *Hedging effectiveness of cryptocurrencies in the European stock market*, in *Journal of International Financial Markets*, in *Institutions & Money*, 2023, 84, 1 ss., i quali scrivono che: «cryptocurrencies can be viewed as alternative investment solutions in periods characterized by bullish market conditions and low volatility. On the other hand, given their tremendous volatility, the high exposure to tail risk, and the increasing short-term correlation with the traditional assets, cryptocurrencies can carry high risks, especially for small investors with insufficient financial knowledge».

¹⁸ La correlazione tra conduzione di attività illecite e utilizzo delle criptovalute è stata osservata da molti studiosi, tra cui, per esempio, M. Riverditi, G. Cossavella, *Criptovalute e NFT. Gli aspetti penali*, in *Dir. econ. impr.*, 2022, 6, 633 ss.; L. Picotti, *Profili penali del Cyberlaundering*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2018, 3-4, 590 ss.; S. Foley, J.R. Karlsen, T.J. Putnins, *Sex, Drugs, and Bitcoin: How much illegal activity is financed through Cryptocurrencies?*, in *The Review of Financial Studies*, 2019, 32, 5, 1798 ss. Merita tuttavia d’esser rilevato come Europol, in un suo recente *report* relativo all’utilizzo delle *crypto* per finalità criminali (*Cryptocurrencies: tracing the evolution of criminal finances*), abbia affermato come, secondo le stime a disposizione dell’Autorità, l’utilizzo di criptovalute per la conduzione di attività illecite rimanga una parte minoritaria delle transazioni che riguardano tali *assets* (pur risultando tali strumenti ancora “attraenti” per regolare pagamenti afferenti all’illegalità).

¹⁹ Invero, come scrive G. Rinaldi, *Approcci normativi e qualificazione giuridica delle criptomonete*, in *Contr. impr.*, 2019, 1, 263 ss., le transazioni effettuate in criptovalute come il Bitcoin sono pseudonime, non anonime. In quest’ottica, visto anche il fatto che ne rimane indelebilmente traccia sulla *blockchain*, non è impossibile per le forze dell’ordine, ma “solo” molto complesso, risalire a chi effettivamente abbia preso parte ad una determinata attività illecita regolata attraverso l’impiego di *crypto* (come dimostrato da diverse vicende giudiziarie degli ultimi anni). Sul punto, si faccia per esempio riferimento a D. Yaffe-Bellany, *The crypto detectives are cleaning up*, in *The New York Times*, 22 aprile 2023.

²⁰ In relazione alla natura delle *stablecoins*, v., per tutti, D. Bullmann, J. Klemm, A. Pinna, *In search for stability in crypto-assets: are stablecoins the solution?*, in *ECB occasional papers*, 2019. Questo *paper*, come gli altri della stessa serie che saranno citati in seguito, è consultabile nel sito istituzionale della Banca Centrale.

Come suggerito dal nome stesso, queste criptovalute mirano infatti a correggere il difetto che contraddistingue le *crypto* “tradizionali”, cioè l’elevata volatilità del loro prezzo, attraverso un “ancoraggio” a monete *fiat* (su tutte, il dollaro statunitense), o a determinati beni (come l’oro) od ancora a specifiche cripto-attività (come il Bitcoin). La stabilità del valore di questi strumenti finanziari può essere garantita in diverse maniere: alcune *stablecoins*, per esempio, hanno come collaterale delle criptovalute, mentre altre basano il proprio “ancoraggio” sul funzionamento di un algoritmo. Ad oggi, comunque, i principali strumenti appartenenti a questo gruppo, a livello di utilizzo e di capitalizzazione, assicurano un cambio costante attraverso riserve monetarie o per mezzo di un paniere che può comprendere obbligazioni, merci o valute. In quest’ottica, le *stablecoins* appena menzionate fanno riferimento ad un preciso emittente – perdendo in tal modo, però, il requisito della decentralizzazione postulato dal *white paper* di Nakamoto – così che dovrebbero garantire un rapporto di parità fra i *token* in circolazione e le riserve da loro accumulate. L’utilizzo del condizionale non è tuttavia casuale: la consistenza dei fondi accantonati dalle società che gestiscono queste *crypto* è stata da più parti messa in discussione²¹ e la scarsa trasparenza nel fornire dati da parte dei soggetti emittenti non può che dar adito a questi dubbi²². La capitalizzazione delle principali *stablecoins* non è ancora paragonabile a quella delle più rilevanti criptovalute “tradizionali” – come Bitcoin od Ethereum²³ – e tuttavia il valore mobilitato da queste specifiche cripto-attività risulta meritevole di particolare attenzione: Tether, la più significativa *crypto* di questo gruppo, nel momento in cui scriviamo (marzo 2024), ha raggiunto una capitalizzazione superiore ai 100 miliardi di dollari²⁴, eccedendo dunque il valore di rilevanti multinazionali operanti da decenni nella cd. economia reale.

²¹ Sul tema, si vedano C. Bertsch, *Adoption, fragility and regulation of stablecoins*, in *SUERF policy brief*, 2023, reperibile, come gli altri che saranno citati in seguito, nel sito della *Société Universitaire Européenne de Recherches Financières*; P. Bains, A. Ismail, F. Melo, N. Sugimoto, *Regulating the Crypto Ecosystem: the case of stablecoins and arrangements*, in *IMF notes*, 2022, nel sito web del Fondo Monetario Internazionale; e A. Kosse, M. Glowka, I. Mattei, T. Rice, *Will the real stablecoin please stand up?*, in *BIS papers*, 2023, consultabile nel sito della Banca dei Regolamenti Internazionali.

²² In tal senso, a titolo esemplificativo, è significativo rilevare come Tether, la *stablecoin* a maggior capitalizzazione al mondo, sia stata sanzionata dalla *Commodity Futures Trading Commission* per aver diffuso notizie false in merito alle proprie riserve e per la carenza di procedimenti di *audits* atti alla valutazione della corretta operatività della società.

²³ Al momento in cui scriviamo (marzo 2024), seguendo i dati forniti da Coinbase, la capitalizzazione di mercato del Bitcoin supera i 1.300 miliardi di dollari, quella di Ethereum si attesta invece intorno a 480 miliardi.

²⁴ Anche in questo caso, la capitalizzazione di Tether è stata ricavata da Coinbase.

3. Le prime iniziative a livello euro-unitario

I numeri appena menzionati rendono evidente come il settore delle criptovalute, ormai da diverso tempo, non possa più essere considerato una “nicchia” riguardante un’esigua quantità di persone; tuttavia, il tema delle cripto-attività, fino alla fine del decennio passato, forse anche per l’incerta definizione del prezzo del Bitcoin e dei suoi “fratelli”²⁵, è stato ampiamente trascurato da parte delle Istituzioni dell’Unione Europea. Solo quando i dati hanno iniziato a divenire più chiari – e significativi – l’attenzione a livello unionale è andata inizialmente a soffermarsi sul profilo fiscale della materia e, successivamente, su quello penalistico, stante, per la ragione già accennata, il possibile impiego delle *crypto* per effettuare trasferimenti di fondi nell’ambito di attività illegali.

In tal senso, la prima istituzione ad essere coinvolta in questo ambito è stata la Corte di Giustizia. I giudici del Lussemburgo, già nel 2015, sono stati infatti chiamati a pronunciarsi in merito alla natura delle criptovalute seppure, incidentalmente, con specifico rispetto alla questione dell’applicazione dell’Imposta sul Valore Aggiunto alle operazioni di conversione di denaro tradizionale in Bitcoin. A tal riguardo, la CGUE, con la sentenza *Skatteverket contro David Hedqvist*²⁶, si è espressa sulla classificazione della *crypto* in parola, stabilendo una comparazione con «divise, banconote e monete con valore liberatorio» che, negli anni seguenti, ha ispirato l’azione di diverse autorità nazionali²⁷.

²⁵ Si pensi che le rilevazioni di Binance in merito al prezzo del Bitcoin, per esempio, partono solo dall’agosto del 2013. Allo stesso modo, le prime quotazioni presentate da Yahoo Finance risalgono al settembre 2014. In merito all’evoluzione del valore del Bitcoin nei suoi primi anni di “vita” – periodo in cui sono nate e rapidamente scomparse diverse piattaforme di scambio incentrate su questa criptovaluta – è interessante la ricostruzione proposta da G. Lemme, S. Peluso, *Criptomoneta e distacco dalla moneta legale: il caso Bitcoin*, in *Riv. dir. banc.*, 2016, 11, 1 ss.

²⁶ Causa C-264/14, *Skatteverket contro David Hedqvist*. Tale vertenza nasceva dal quesito relativo al fatto che l’attività svolta dal sig. Hedqvist – la quale constava nel cambio di valute tradizionali in Bitcoin e viceversa – dovesse essere, oppure no, soggetta al versamento dell’IVA. Sul punto, si vedano C. Celesti, S. Dorigo, *Criptoattività e blockchain: profili penali e fiscali*, in Th. Casadei, S. Pietropaoli (a cura di), *Diritto e tecnologie informatiche*, Milano, 2021, 185 ss.; e C. Trenta, *Bitcoin e valute virtuali. Alcune riflessioni alla luce della decisione della Corte di Giustizia UE sul regime IVA applicabile ai bitcoin (Bitcoin and virtual currencies. Reflections in the wake of the CJEU’s bitcoin VAT judgement)*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2016, 4, 949 ss.

²⁷ Con tale pronunciamento, infatti, la Corte di Giustizia applica alle transazioni di cambio in Bitcoin la disposizione enuncziata dall’articolo 135, paragrafo 1 lettera e), della Direttiva 2006/112/CE del Consiglio, escludendo quindi l’imposizione IVA. Questo orientamento ha indirizzato per esempio l’interpretazione dell’Agenzia delle Entrate italiana, la quale, con la risoluzione 72/E del 2 settembre 2016, ha stabilito che il Bitcoin andasse sostanzialmente equiparato ad una valuta straniera (con quanto ne conseguiva a livello fiscale). Cfr. T. Ehrke-Rabel, L. Zechner, *VAT treatment of cryptocurrency intermediation services*, in *Intertax*, 2020, 48, 5, 498 ss.; A. Contrino, G. Baroni, *The cryptocurrencies: fiscal issues and monitoring*, in *Dir. prat. trib. internaz.*, 2019, 1, 11 ss.; F. Fassò, *Il regime fiscale dei bitcoins secondo una recente (e unica) prassi amministrativa*, in *Strumenti finanziari e fiscalità*, 2017, 3, 105 ss.

Il legislatore euro-unitario, dal canto suo, come prima forma di regolazione del settore *de quo*, ha invece provveduto all'inserimento, nella normativa volta a contrastare il riciclaggio, di alcune categorie di soggetti operanti nell'ambito delle *crypto*. Tale intervento ha avuto luogo con la Direttiva (UE) 2018/843²⁸, la quale ha interessato, tra gli altri, «i prestatori di servizi la cui attività consiste nella fornitura di servizi di cambio tra valute virtuali e valute aventi corso legale [...] e i prestatori di servizi di portafoglio digitale». In questa disposizione, l'Unione Europea ha quindi, inevitabilmente, fornito una definizione del termine «valuta virtuale», indicando come questo strumento andasse considerato «una rappresentazione di valore digitale che non è emessa o garantita da una banca centrale o da un ente pubblico», non necessariamente legata a una valuta legalmente istituita, non possedente lo *status* giuridico di valuta o moneta, ma accettata da persone fisiche e giuridiche come mezzo di scambio e che «può essere trasferita, memorizzata e scambiata elettronicamente»²⁹.

Fra il 2017 ed il 2018, quando il valore delle criptovalute è salito in modo esponenziale, per poi scendere in maniera altrettanto repentina³⁰, si è inoltre iniziata a diffondere a livello euro-unitario l'idea che il fenomeno *crypto* necessitasse di una normazione di più ampia portata, non dunque limitata ai due ambiti appena menzionati. Nello specifico, nel 2018, con la pubblicazione del *Fintech Action Plan*³¹, la Commissione Europea, *inter alia*, si è impegnata a monitorare «l'evoluzione delle criptoattività e delle offerte iniziali di moneta», con il fine di considerare «l'eventuale necessità di un'azione normativa a livello dell'UE»³². A tale missiva è seguita la richiesta alle autorità di vigilanza finanziaria euro-unitaria

²⁸ Direttiva 2018/843/UE del Parlamento e del Consiglio del 30 maggio 2018. Con tale atto si è modificata la Direttiva 2015/849/UE, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo, così come le Direttive 2009/138/CE e 2013/36/UE. Cfr. R. Houben, A. Snyers, *Cryptoassets and financial crime: a European Union perspective*, in *The Routledge Handbook of Fintech*, 2021, 163 ss.; e S. De Vido, *All that glitters is not gold: the regulation of virtual currencies in the new EU V anti-money laundering directive*, in *DPCE Online*, 2019, 38, 1, 59 ss.

²⁹ Tra i contributi più recenti sul punto, la cui trattazione approfondita esulerebbe dallo scopo delle presenti note, v. R.M. Vadalà, *La dimensione finanziaria delle valute virtuali. Profili assiologici di tutela penale*, in *Giur. it.*, 2021, 2224 ss.; A. Quattrocchi, *La natura proteiforme delle criptovalute al crocevia della tutela penale del mercato finanziario*, *ivi*, 2022, 1214 e ss., il quale evidenzia come la direttiva contribuisca più a tratteggiare «in negativo» le caratteristiche della valuta virtuale che a darne una compiuta definizione; nonché E. Davì, *Bitcoin e self-laundering: lo sguardo sospettoso della Cassazione sull'impiego di criptovaluta*, in *Foro it.*, 2023, 2, 15 ss.

³⁰ Ad inizio 2017 il valore del Bitcoin era di poco inferiore a 1.000 euro, mentre, nel mese di dicembre dello stesso anno, aveva raggiunto circa 17.000 euro, per poi ridiscendere, a febbraio 2018, fino a circa 4.500 euro. Questi dati sono tratti da Coinbase.

³¹ Nel dettaglio, *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, alla Banca Centrale Europea, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni. Piano d'azione per le tecnologie finanziarie: per un settore finanziario europeo più competitivo e innovativo*, COM(2018) 109 dell'8 marzo 2018.

³² Questa iniziativa seguiva la Risoluzione del Parlamento europeo del 26 maggio 2016 sulle valute virtuali, con la quale si raccomandava un'indagine globale approfondita su tali *assets*, che, eventualmente, avrebbe potuto portare alla revisione della normativa UE all'epoca vigente.

– European Securities and Markets Authority (ESMA), European Banking Authority (EBA) e European Insurance and Occupational Pension Authority (EIOPA) – di approfondire il tema, con lo scopo di valutare in quale misura le cripto-attività rientrassero nel quadro normativo al tempo in vigore. I *reports* elaborati da EBA³³ ed ESMA³⁴ risultano particolarmente interessanti ai fini della nostra analisi.

Le autorità appena menzionate hanno innanzitutto rilevato come, al momento della stesura dei loro documenti, le cripto-attività non rappresentassero un rischio significativo per la stabilità finanziaria; al contempo, però, tali strumenti avevano determinato criticità per l’integrità del mercato, tali da rendere necessario un intervento a tutela degli investitori³⁵. In particolare, al riguardo, si evidenziava come solo una frazione delle *crypto* presentasse i requisiti per rientrare nel campo d’applicazione della normativa MiFID II³⁶ o di quelle EMD2³⁷ e PSD2³⁸, sottolineando quindi come una larga fetta di esse operasse al di fuori di un preciso quadro regolatorio³⁹. Inoltre, si rimarcava come anche le criptovalute assimilabili, come caratteristiche, a “*transferable securities*” o ad altri strumenti finanziari rientranti nella normativa MiFID⁴⁰, venissero ricondotte alla regolazione euro-

³³ Cfr. EBA, *Report with advice for the European Commission on crypto-assets*, 9 gennaio 2019.

³⁴ V. ESMA, *Advice. Initial coin offerings and Crypto-Assets*, 9 gennaio 2019. Entrambi i *report* citati nel testo sono oggetto di analisi in U. Piattelli, *Lo sviluppo delle cripto attività verrà messo alla prova delle nuove regole adottate dagli Stati Membri e dal legislatore europeo?*, in *Nuovo dir. soc.*, 2022, 2402 ss.

³⁵ Nel *report* elaborato da ESMA (*op. cit.*, 4), è scritto che «the crypto-assets sector remains modest in size and ESMA does not believe that it currently raises financial stability issues. However, ESMA is concerned about the risks it poses to investor protection and market integrity. ESMA identifies the most significant risks as fraud, cyber-attacks, money laundering, and market manipulation». Una valutazione analoga è riportata nel documento pubblicato da EBA (*op. cit.*, 4).

³⁶ La *Markets in Financial Instruments Directive II* (2014/65/UE - MiFID II) – entrata in vigore il 3 gennaio 2018 – si pone il fine, insieme al *Markets in financial instrument Regulation* (Regolamento UE n. 600/2014 - MiFIR), di regolare l’offerta e la gestione di molteplici servizi finanziari all’interno dell’Unione Europea. Sulla materia, *ex plurimis*, si veda V. Troiano, R. Motroni, *La Mifid 2: rapporti con la clientela, regole di governance, mercati*, Milano, 2016.

³⁷ La seconda *Electronic Money Directive* (2009/110/CE – EMD2), come enunciato nel suo primo articolo, «fissa le norme in materia di esercizio dell’attività di emissione di moneta elettronica» all’interno dell’Unione Europea. Sul punto, G. Guerrieri, *La moneta elettronica. Profili giuridici dei nuovi strumenti di pagamento*, Bologna, 2015.

³⁸ La seconda *Payment Services Directive* (2015/2366/UE – PSD2) è relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno; sul tema, R. Motroni, *La PSD2 tra soggetti e oggetto della tutela*, in *Dir. econ.*, 2019, 2, 413 ss.

³⁹ Il sopracitato *report* dell’EBA (*op. cit.*, 15) afferma infatti che: «it appears that a significant portion of activities involving crypto-assets do not fall within the scope of current EU financial services law [...] Consequently, activities involving such crypto-assets are not subject to a common scheme of regulation in the EU».

⁴⁰ Come argomenta ESMA, *op. cit.*, 5, è infatti la classificazione come “*transferable securities*” o altri strumenti finanziari parte della MiFID II che porta, logicamente, gli *assets de quibus* a rientrare nel campo di applicazione di diverse normative euro-unitarie afferenti alla regolazione finanziaria; si pensi al Regolamento relativo agli abusi di mercato (Regolamento UE n. 596/2014) o al Regolamento relativo alle vendite allo scoperto (Regolamento UE n. 236/2012).

unitaria in maniera differente da Stato membro a Stato membro⁴¹, generando pertanto un contesto frastagliato in cui potevano aver luogo “arbitraggi regolatori”⁴².

Alla luce, probabilmente, anche di queste valutazioni, sin dall’insediamento della Commissione Von Der Leyen è emersa dunque l’intenzione delle istituzioni euro-unitarie di giungere ad una normazione *ad hoc* del settore in oggetto. Invero, il Commissario Dombrowskis, già nel corso dell’audizione di conferma presso il Parlamento Europeo⁴³, nel descrivere gli obiettivi del suo mandato, poneva fra essi quello di creare un “approccio comune” euro-unitario nei confronti della cripto-attività, con un richiamo esplicito ai rischi portati dal progetto guidato da Facebook (oggi Meta) di lanciare una propria *stablecoin* (all’epoca denominata Libra, poi Diem)⁴⁴. Una menzione al fenomeno *crypto* si ritrova inoltre nel corso dell’audizione della Commissaria ai Servizi finanziari, alla stabilità finanziaria ed all’Unione dei mercati dei capitali Mairead McGuinness, la quale ha evidenziato la necessità di strutturare una vigilanza in grado di contrastare efficacemente le frodi finanziarie connesse all’utilizzo delle criptovalute⁴⁵. Infine, Commissione e Consiglio dell’Unione Europea, con la dichiarazione congiunta del 5 dicembre 2019, hanno posto un’attenzione particolare alle *stablecoins*, affermando che sarebbe stato opportuno evitare che queste criptovalute iniziassero a diffondersi nel vecchio Continente prima che si fosse effettuata un’attenta disamina dei rischi correlati al loro utilizzo⁴⁶.

Per quanto riguarda la Banca Centrale Europea, va detto che l’istituto di emissione ha monitorato l’ambito *de quo* da prima delle istituzioni di Bruxelles, pubblicando già nel 2012 un *paper* sulle *virtual currencies*⁴⁷. In tale documento, la

⁴¹ Alla luce delle diverse normative con cui i singoli Stati membri hanno tradotto la Direttiva MiFID nell’ordinamento interno, spetta infatti alle Autorità nazionali il compito di valutare se le cripto-attività siano configurabili, o meno, come strumenti finanziari rientrati nel campo di applicazione della regolazione esistente. Sul tema, è significativo riportare come un’indagine svolta da ESMA nell’estate del 2018 – ed indirizzata proprio alle autorità dei diversi Paesi euro-unitari – abbia rilevato diverse discrepanze (ivi, 18 ss.).

⁴² Ascrive l’adozione del Regolamento MiCA a questa necessità di superare la frammentazione normativa attuale G. Pizzolante, *La disciplina del mercato delle cripto-attività nella proposta di regolamento dell’Unione europea*, in *Eurojus*, 2022, 4, 48 ss. In generale, sul concetto di arbitraggio regolatorio, *ex plurimis*, si veda V. Fleischer, *Regulatory arbitrage*, in *Texas Law Review*, 2010, 2, 227 ss.

⁴³ A tal riguardo, si può fare riferimento a R. Parenti, J. Deslandes, A. Kennedy, *Audizione dei Commissari designati. Settembre - Novembre 2019*, in *European Parliament briefings*, 2019, 15 ss.

⁴⁴ Il progetto *de quo* – che, come scritto, aveva in Facebook il suo principale promotore – è stato avvertito fin dal principio dalle istituzioni delle principali economie globali (in particolare da parte degli Stati Uniti), finendo poi per essere “archiviato” dopo pochi anni. Sul punto, è interessante l’analisi proposta da H. Murphy, K. Stacey, *Facebook Libra: the inside story of how the company’s cryptocurrency dream died*, in *Financial Times*, 10 marzo 2022.

⁴⁵ Cfr. R. Parenti, J. Deslandes, A. Kennedy, *op. cit.*, 112 ss.

⁴⁶ «In view of the above, the Council and the Commission state that no global “stablecoin” arrangement should begin operation in the European Union until the legal, regulatory and oversight challenges and risks have been adequately identified and addressed»; il comunicato stampa recante tale dichiarazione è reperibile nel sito del Consiglio dell’Unione Europea.

⁴⁷ Ovvero, *Virtual Currency Scheme*, ottobre 2012 (consultabile sul sito istituzionale della BCE).

BCE proponeva una sua prima definizione di questi strumenti («a type of unregulated, digital money, which is issued and usually controlled by its developers, and used and accepted among the members of a specific virtual community»⁴⁸) e, pur affermando come (al tempo) le cripto-attività rappresentassero una nicchia da cui difficilmente avrebbero potuto derivare rischi per la trasmissione della politica monetaria e la stabilità finanziaria, riconosceva come il settore in oggetto avrebbe probabilmente vissuto un’espansione, desumendo conseguentemente l’esigenza di svolgere «a periodical examination of the developments [...] in order to reassess the risks»⁴⁹. In una pubblicazione del 2015⁵⁰, l’istituzione di Francoforte ha dato poi seguito al proposito appena citato, rilevando come, effettivamente, il novero dei *crypto-assets* (ed il loro valore) si fosse ampliato. È interessante notare come la Banca Centrale, in questo documento, affermasse che, sia dal punto di vista economico che da quello giuridico, le criptovalute non fossero considerabili come una forma di moneta⁵¹; parimenti, l’istituto di emissione, pur confermando come non si rilevassero criticità per le prerogative ad essa attribuite, sottolineava i diversi rischi a cui si esponevano coloro i quali investivano in questo ambito, invitando pertanto le autorità (soprattutto quelle nazionali) a verificare l’applicabilità dei rispettivi quadri regolatori al fenomeno *crypto* ed, eventualmente, a provvedere ad una loro revisione⁵².

Peraltro, nel marzo 2018, allorché il Bitcoin e altre criptovalute, come si è già avuto modo di osservare, hanno raggiunto prezzi esorbitanti, la Banca Centrale è nuovamente intervenuta sul tema, istituendo al suo interno una *Crypto-Assets Task Force*⁵³. In un *paper* pubblicato da questa “unità” nel corso del 2019⁵⁴, è emerso come la BCE avesse iniziato a porre notevole attenzione sul tema delle *stablecoins* e sulla possibile emissione di una Moneta Digitale di Banca Centrale come risposta della sfera pubblica verso la richiesta di digitalizzazione finanzia-

⁴⁸ Ivi, 5. È interessante in tal senso rilevare come, nel sopramenzionato caso relativo all’imposizione IVA sulla conversione di valute tradizionali in Bitcoin (e viceversa), il giudice del rinvio abbia utilizzato proprio questa relazione della BCE al fine di definire la natura della criptovaluta in oggetto.

⁴⁹ Ivi, 47.

⁵⁰ Cfr., *Virtual Currency Schemes. A further analysis*, 2015 (documento consultabile sul sito istituzionale della BCE).

⁵¹ Ivi, 23 ss. In quest’ottica, l’istituto di Francoforte revisiona la definizione fornita tre anni prima, proponendone un’altra del seguente tenore: «virtual currency can therefore be defined as a digital representation of value, not issued by a central bank, credit institution or e-money institution, which, in some circumstances, can be used as an alternative to money».

⁵² Ivi, 32 e ss.

⁵³ Riguardo a questa *Task Force*, la BCE comunica unicamente la sua data di istituzione ed il compito ad essa attribuito, cioè un’attività di ricerca in merito alle *virtual currencies* e, più in generale, rispetto ai *crypto-assets*.

⁵⁴ Si veda *Crypto-Assets. Implications for financial stability, monetary policy, and payments and market infrastructures*, in *ECB occasional papers*, 2019.

ria avanzata da parte di ampi strati della popolazione⁵⁵. Nel 2020, la *Task Force* ha poi dedicato una ricerca specifica proprio alle *stablecoins*⁵⁶, ponendo l'enfasi sul già menzionato progetto ideato da Facebook⁵⁷ e fornendo una classificazione delle diverse tipologie di valute appartenenti a questa "famiglia"⁵⁸. All'interno di questo documento, gli Autori, oltre che rimarcare il potenziale impatto delle cripto-attività sulla stabilità finanziaria e sulla trasmissione della politica monetaria⁵⁹, giungendo alla conclusione che un'ampia diffusione di tali strumenti potrebbe sortire significativi effetti (negativi) su questi due ambiti, hanno considerato il tema relativo al rapporto fra banche e criptovalute. In tal senso, l'attenzione della *Task Force* si è concentrata sui rischi che potrebbero correre gli istituti di credito coinvolti nel regolamento delle transazioni in *stablecoins*⁶⁰; allo stesso modo, nel documento è stata presa in considerazione la questione relativa all'incerta classificazione delle *crypto* rispetto ai requisiti patrimoniali prudenziali fissati per le banche⁶¹. Su quest'ultimo tema, in particolare, la BCE ha sottolineato come la normativa, delineata in un periodo in cui questi strumenti non erano diffusi, richiedesse una revisione al fine di evitare che gli istituti di credito assumessero un'esposizione finanziaria significativa nell'assenza di una puntuale normazione della materia⁶².

⁵⁵ Sul tema delle Monete Digitali di Banca Centrale, fra i molti contributi pubblicati, si possono richiamare T. Keister, D. Sanches, *Should Central Banks issue Digital Currency?*, in *The Review of Economic Studies*, 90, 1, 2023; T. Mancini-Griffoli, M. Soledad-Martinez Peria, I. Agur, A. Ari, J. Kiff, A. Popescu, C. Rochon, *Casting light on Central Bank Digital Currency*, in *IMF Staff Discussion Note*, 2018; nonché, con più specifico riferimento all'euro digitale, G. Bosi, *Digital Euro e dintorni giuridici*, in *Banca Impresa Società*, 2, 2022, 219 ss.; e, volendo, M. Bursi, *Euro Digitale: una questione di sovranità*, in *Federalismi.it*, 2023, 24, 1 ss.

⁵⁶ Cfr., *Stablecoins: implications for monetary policy, financial stability, market infrastructure and payments, and banking supervision in the euro area*, in *ECB occasional papers*, 2020.

⁵⁷ Si consideri che, nelle 37 pagine del documento in parola, il termine "Libra" viene menzionato 18 volte (comprendendo anche le note). Nella stessa direzione suggerita nel testo, G. Pizzolante, *op. cit.*, 58 ss., ritiene che l'annuncio di Facebook abbia rappresentato un fattore trainante verso la nuova normativa.

⁵⁸ La *Task Force* di Francoforte, nella sua analisi, suddivide le *stablecoins* in quattro categorie (ivi, 7): I) *tokenised funds*; II) *off-chain collateralised stablecoins*; III) *on chain-collateralised stablecoins*; IV) *algorithmic stablecoins*.

⁵⁹ Ivi, 19 ss.

⁶⁰ A tal riguardo, la Banca Centrale Europea considera funzioni di diverso genere, come, per esempio, la "custodia" degli *assets* posti come collaterale delle operazioni o la fornitura di servizi di cambio con denaro *fiat*. In tal senso, è logico affermare come la *Task Force* della BCE, riferendosi alle banche, paia riscontrare per loro più rischi che potenzialità positive nel coinvolgimento all'interno del settore delle *stablecoins* (*op. cit.*, 27 ss.).

⁶¹ In tal senso, la Banca Centrale ha preso quindi come riferimento quanto stabilito dal Regolamento (UE) n. 575/2013.

⁶² Ivi, 30.

4. Lo sceriffo entra nel saloon: il Regolamento MiCA

Con la recente approvazione del *Digital Finance Package*⁶³, quello che abbiamo descritto come un Far West vede finalmente l’arrivo di uno “sceriffo”. La Commissione Europea, infatti, approcciandosi per la prima volta in modo, almeno nelle intenzioni, organico alla materia, ha cercato di introdurre una normazione *ad hoc* del complessivo settore delle cripto-attività. Tale iniziativa ha portato all’adozione di due distinti atti rilevanti ai fini della nostra analisi, entrambi sulla base dell’articolo 114 TFUE, concernente, come noto, il ravvicinamento delle legislazioni dei Paesi UE che hanno per oggetto l’instaurazione e il funzionamento del mercato interno.

Da un lato, infatti, le istituzioni euro-unitarie, con il Regolamento (UE) 2022/858, hanno provveduto alla definizione di un *Pilot Scheme* per «le infrastrutture di mercato DLT e i loro gestori», delineando una *sandbox* che dovrebbe fungere da «palestra»⁶⁴ al fine di ravvicinare le diverse normative nazionali⁶⁵. Su questo punto, in seguito ad una valutazione d’impatto effettuata dal Berlaymont, si è dunque optato per la creazione di un regime di deroga temporaneo per quelle infrastrutture che hanno ad oggetto «*DLT transferable securities*» e che, quindi, riguardano *crypto* già ora potenzialmente qualificabili come strumenti finanziari.

Dall’altro lato, poi, con il *Markets in Crypto-Assets Regulation* (Regolamento MiCA)⁶⁶, che troverà piena applicazione a partire dal 30 dicembre 2024⁶⁷, la Commissione Europea si è concentrata sulle cripto-attività che operavano in un *vacuum* regolatorio, ponendo particolare attenzione alle cd. *stablecoins*. È proprio su questa regolazione che focalizzeremo la nostra analisi, concentrandoci, per la sintesi che la natura dello scritto necessariamente richiede, esclusivamente su quei

⁶³ Questo pacchetto è stato adottato dalla Commissione Europea il 24 settembre 2020. Il *Digital Finance Package* si articola nella *Digital Finance Strategy* - «Comunicazione relativa a una strategia in materia di finanza digitale per l’UE», COM(2020) 591 – e nella *Retail Payments Strategy* – «Comunicazione relativa a una strategia in materia di pagamenti al dettaglio per l’UE», COM(2020) 592. Tale iniziativa ha portato anche all’adozione del Regolamento DORA (*Digital Operational Resilience Act* - Regolamento (UE) 2022/2554), sul quale si veda G. Schneider, *La resilienza operativa digitale come materia di corporate governance: prime riflessioni a partire dal DORA*, in *Corporate Governance*, 2022, 4, 553 ss.

⁶⁴ Mutuando l’espressione impiegata da P. Carrière, *Crypto-assets: le proposte di regolamentazione della Commissione UE. Opportunità e sfide per il mercato italiano*, in *Approfondimenti Dir. Banc.*, 2020.

⁶⁵ L’ESMA – come stabilito dall’articolo 14 del Regolamento – dovrà presentare alla Commissione Europea, entro il 24 marzo 2026, un *report* sul complessivo funzionamento del *Pilot Scheme*. In seguito, saranno poi Commissione, Parlamento e Consiglio a valutare se prorogare tale regime oppure no.

⁶⁶ Regolamento (UE) 2023/1114 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 31 maggio 2023. Per un primo commento generale all’atto normativo v., in particolare, R. Razzante, *Il panorama delle regole UE su blockchain e crypto asset*, in *Notariato*, 2023, 579 ss.

⁶⁷ Salvo alcune disposizioni, già entrate in vigore il 29 giugno 2023, ed altre che, invece, diverranno operative il 30 giugno 2024.

punti di carattere più generale che, a nostro avviso, appaiono maggiormente rilevanti nell'ottica di una efficace regolazione di questo fenomeno⁶⁸, in modo tale da evidenziarne alcune possibili criticità e provare a fornire, infine, qualche indicazione sulle prospettive prossime di sviluppo della regolazione.

Innanzitutto, merita attenzione l'oggetto stesso della disciplina recata dal Regolamento MiCA, che fornisce una definizione del concetto di "criptoattività" diversa da quelle finora incontrate, ma non scevra di qualche conseguenza problematica. Infatti, l'atto normativo qualifica come tale «una rappresentazione digitale di un valore o di un diritto che può essere trasferito e memorizzato elettronicamente, utilizzando la tecnologia a registro distribuito o una tecnologia analogica»⁶⁹, cercando, per tale via, di andare a ricomprendere anche criptoattività che non siano configurabili, o almeno non prioritariamente, come strumenti di pagamento⁷⁰. Peraltro, alla luce di quanto stabilito dall'articolo 2 del Regolamento *de quo*, il legislatore unionale ha deciso di escludere dalla sfera di applicazione di tale normativa le criptovalute già ora classificabili come attività finanziarie⁷¹, così come una eventuale futura Moneta Digitale di Banca centrale (l'Euro digitale, per intenderci), dato che la disciplina in parola non trova applicazione nei confronti della Banca Centrale Europea⁷².

Lo stesso Regolamento fornisce poi una tassonomia delle *crypto*, identificando, più nello specifico, tre categorie di *assets*⁷³: a) gli *Asset-Referenced Token* (ART)⁷⁴, i quali non sono un *token* di moneta elettronica e mirano a preservare un valore stabile «facendo riferimento a un altro valore o diritto o a una combinazione dei due, comprese una o più valute ufficiali»⁷⁵; b) gli *Electronic Money Token* (EMT)⁷⁶, descritti come strumenti che tendono a «mantenere un valore

⁶⁸ Non ci occuperemo, peraltro, dei risvolti in termini più strettamente giusprivatistici, già affrontati con particolare attenzione in dottrina, sulla scorta delle (allora) proposte di Regolamento, dagli studi raccolti nel fascicolo monografico della rivista *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2022, dedicato a *La nuova disciplina europea dei mercati digitali nuovi paradigmi dell'autonomia contrattuale*.

⁶⁹ Cfr. art. 3, paragrafo 1.5, del Regolamento *de quo*.

⁷⁰ Così già R. Lener, *op. cit.*, 380 ss., che saluta tale elemento come una importante novità di MiCAR, priva di precedenti.

⁷¹ Le quali, come emerso dai report di EBA ed ESMA ricordati nel paragrafo 3 di questo scritto, potrebbero già ora essere ricondotte dalle singole autorità nazionali alla normativa MiFID II.

⁷² Precisamente, tali "esclusioni" sono enunciate dal paragrafo 2 dell'articolo 2. La non riconducibilità della Moneta Digitale di Banca Centrale al campo di applicazione di MiCAR è stata rilevata anche da M. De Mari, *Le cripto-attività nella disciplina MiCAR*, in *Dialoghi Dir. econ.*, 2023, 1 ss.

⁷³ Rileva in argomento R. Lener, *op. cit.*, 381 ss., che la tripartizione fatta propria dal Regolamento sembra essere più tecnica che giuridica, giacché non coincide con quella tradizionale in criptovalute, *utility token* e *investment token*, trascurando – come già rilevato – volutamente questi ultimi in quanto, quali strumenti finanziari veri e propri, essi trovano già copertura in una disciplina di livello europeo.

⁷⁴ Definiti, nell'articolo 3 della versione italiana del Regolamento, «*token collegati ad attività*».

⁷⁵ In questo "gruppo", per esempio, sarebbe rientrata Libra/Diem.

⁷⁶ Nella versione italiana, sempre all'articolo 3 del Regolamento, definiti come «*token di moneta elettronica*».

stabile facendo riferimento al valore di una valuta ufficiale»⁷⁷; c) «le cripto-attività diverse da un token collegato ad attività o da un token di moneta elettronica», una più ampia categoria di *crypto* definita in via residuale ed al cui interno rientrano gli *Utility Token*, strumenti tipizzati che sono destinati «unicamente a fornire l’accesso a un bene o a un servizio prestato dal suo emittente»⁷⁸.

Gli ART e gli EMT, alla luce di quanto scritto in precedenza, sono sicuramente classificabili come *stablecoins*: seppure con modalità differenti tra loro, infatti, si tratta pur sempre di strumenti che ricercano una stabilità ancorando il loro valore a determinati *assets*.

All’interno della “residuale” categoria relativa alle «cripto-attività diverse da un token collegato ad attività o da un token di moneta elettronica» rientrerebbero logicamente anche i *Non-Fungible Tokens* (NFT), se queste *crypto* non fossero esplicitamente escluse dall’articolo 2, paragrafo 3 del testo normativo, che in modo inequivoco stabilisce come il MiCAR non riguardi «cripto-attività che sono uniche e non fungibili con altre cripto-attività». Il che, a ben vedere, risulta difficilmente comprensibile, alla luce, da un lato, del dichiarato obiettivo del legislatore euro-unitario di fornire copertura normativa al complessivo “universo” delle criptoattività, e, dall’altro, della non trascurabile diffusione di questi strumenti⁷⁹.

Passando al merito del provvedimento, nel meandro dei suoi 149 articoli, l’atto normativo *de quo* delinea un’ampia gamma di prescrizioni che i soggetti emittenti cripto-attività ed i prestatori di servizi in *crypto* – se ed in quanto ricompresi da questa normativa – debbono seguire al fine di poter operare nel contesto europeo, distinguendo obblighi comuni a tutti gli emittenti *crypto-assets* ed altri specifici per quelli che immettono sul mercato *stablecoins*.

Tra i primi, merita sicuramente rilievo il dovere di pubblicare un *white paper*, documento con cui gli emittenti si impegnano a fornire agli investitori, e alle autorità di controllo, una vasta gamma di dati in merito allo strumento da loro immesso sul mercato, tra cui, per citare solo qualche esempio, la tecnologia sottostante la *crypto* o i diritti ad essa connessi⁸⁰. Al contempo, riferendoci segnatamente agli ART e agli EMT, è rilevante sottolineare come il Regolamento pre-

⁷⁷ Questo, per esempio, è invece il caso di Tether.

⁷⁸ Appartengono a questa famiglia, seppur con alcuni “elementi critici” (di cui si dirà più avanti), i *Fan-token* delle squadre di calcio.

⁷⁹ In senso analogo P. Carrière, *Decreto Fintech e MiCAR: il quadro normativo sulle cripto-attività*, in *Approfondimenti Dir. Banc.*, 2023. Va tuttavia rilevato come, ai sensi dell’articolo 142 di MiCAR, è stato attribuito alla Commissione Europea il compito, entro il 30 dicembre 2024, di redigere una relazione in merito (anche) a queste cripto-attività, accompagnandola eventualmente con una proposta legislativa *ad hoc*.

⁸⁰ Le caratteristiche generali che deve avere un *white paper* sono indicate nell’articolo 6 del Regolamento; sulla base di quanto stabilito dal capo 2 del titolo VII, un registro (parziale) dei *white paper* è poi tenuto dall’ESMA. Va peraltro precisato che il MiCAR stabilisce altresì parametri che, se non superati, esentano gli emittenti di cripto-attività dalla pubblicazione del *white paper*.

veda una diversificazione fra le attività significative e quelle che, invece, non lo sono, laddove in relazione alle prime sono previsti requisiti più rigorosi⁸¹.

L'individuazione delle une e delle altre è affidata all'EBA, sulla base di criteri stabiliti nella normativa *de qua*, fermo restando, in capo alla Commissione Europea, il potere di adottare atti delegati per andare a specificare ulteriormente i criteri sopra menzionati. Su quest'ultimo punto, il MiCAr crea inoltre un sistema a due livelli (che ricorda quello esistente per l'Unione Bancaria⁸²) in cui la vigilanza degli emittenti ART ed EMT classificati come significativi ricade nella competenza della *European Banking Authority*, mentre quella dei *crypto-assets* non qualificati come tali rimane nelle "mani" delle autorità nazionali⁸³: un'impostazione coerente con il principio di sussidiarietà di cui all'art. 5 del Trattato sull'Unione Europea e con quanto avviene in altri settori, che ben può giustificarsi sulla base della rilevanza sistemica degli operatori significativi, le cui infrazioni sarebbero suscettibili di esplicitare un impatto negativo sull'intero mercato unico.

Per quanto riguarda, invece, le previsioni specifiche riferibili solo agli emittenti di *stablecoins*, il Regolamento (UE) 2023/1114 delinea diverse prescrizioni che tali soggetti dovranno seguire al fine di tutelare gli investitori. Fra queste, in relazione agli ART, particolarmente rilevanti ci sembrano, per esempio, le norme riguardanti le riserve di attività, ovvero quelle disposizioni che fissano, *inter alia*, la loro separazione dal patrimonio dell'emittente e che determinano le linee guida per il loro investimento, stabilendo come questi fondi debbano essere indirizzati verso «strumenti finanziari altamente liquidi con un rischio di mercato, un rischio di credito e un rischio di concentrazione minimi»⁸⁴. Al contempo, per gli emittenti di EMT, viene statuito che tali soggetti debbano essere autorizzati ad operare come enti creditizi o come istituti di moneta elettronica e sono indicati crite-

⁸¹ Come si legge nel considerando 59 del Regolamento, «i *token* collegati ad attività e i *token* di moneta elettronica dovrebbero essere considerati significativi quando soddisfano o possono soddisfare determinati criteri, tra cui una clientela ampia, un livello elevato di capitalizzazione di mercato o un numero elevato di operazioni. [...] Tali *token* collegati ad attività significativi e token di moneta elettronica dovrebbero pertanto essere soggetti a requisiti più rigorosi rispetto ai *token* collegati ad attività o ai token di moneta elettronica che non sono considerati significativi. In particolare, gli emittenti di *token* collegati ad attività significativi dovrebbero essere soggetti a requisiti patrimoniali più elevati e a requisiti di interoperabilità, nonché dovrebbero definire una politica di gestione della liquidità». Agli ART "significativi" è dedicato il capo 5 del titolo III mentre agli EMT "significativi" il capo 2 del titolo IV.

⁸² Nell'Unione Bancaria, come noto, solo le banche classificate come "significative" sono direttamente vigilate dalla BCE, le altre rientrando invece nella competenza delle singole autorità nazionali. Sul punto, *ex plurimis*, si veda N. Ruccia, *Caratteri, limiti e prospettive dell'Unione bancaria*, Bari, 2018.

⁸³ Un'analisi dettagliata delle disposizioni sul punto, contenute nel capo 4 del titolo VII del Regolamento, può leggersi in G. Pizzolante, *op. cit.*, 58 ss.

⁸⁴ Così, testualmente, l'articolo 38 di MiCAr. In generale, alle riserve di attività è dedicato il capo 3 del titolo III del Regolamento.

ri per l’investimento dei fondi ricevuti in cambio dei *token*⁸⁵. Ai sensi di MiCAR, inoltre, gli emittenti di entrambe le tipologie di *crypto-assets* devono dotarsi di piani di risanamento e rimborso⁸⁶, così come comune è la prescrizione del divieto di concedere rilevanza in relazione ai *token*⁸⁷. Quest’ultima disposizione è di particolare interesse, dal momento che riflette quanto previsto dall’articolo 12 della EMD2, depotenziando la funzione di riserva di valore di questi strumenti⁸⁸, che in questo modo sono resi più simili al denaro contante che ad un deposito bancario, in modo tale da diminuire la rischiosità ad essi correlata e con il fine di identificarli principalmente come strumenti di pagamento: una caratteristica che, nella sua proposta di Regolamento, la Commissione Europea ha previsto anche per un eventuale Euro Digitale⁸⁹. È utile infine evidenziare come, rispetto agli ART, sia stata fissata una procedura autorizzativa⁹⁰ per poter assumere una partecipazione qualificata in un emittente di questa tipologia di *stablecoins*⁹¹.

In merito agli *Utility Token* – e, in senso più ampio, alle «cripto-attività diverse dai *token* collegati ad attività o dai *token* di moneta elettronica»⁹² – invece, la disciplina si discosta significativamente da quanto previsto per EMT ed ART. Invero, il sistema di controlli delineato per gli emittenti di questi strumenti risulta meno stringente rispetto a quello riguardante le *stablecoins*, non prevedendo, per esempio, né un regime autorizzativo *ex ante* né uno di vigilanza continuativa *ex post*⁹³. Questa diversità di regime appare difficilmente giustificabile, considerando che queste cripto-attività possono attribuire diritti di credito rispetto ad una moltitudine di beni/servizi (virtuali, ma anche fisici) che, in determinati casi, potrebbero assumere indiscutibilmente tratti di “finanziarietà”, ciò che richiederebbe una tutela dell’investitore maggiore e non certo inferiore, tanto più che il livello di rischio si presenta facilmente come più elevato che nel caso delle *stable-*

⁸⁵ Cfr., rispettivamente, gli articoli 48 e 54 dell’atto normativo in commento. Nello specifico, rispetto all’investimento dei fondi ricevuti, viene stabilito che almeno il 30% di questi debba essere «sempre depositato in conti separati presso enti creditizi», mentre, per la parte eccedente questa soglia, è previsto che si segua quanto fissato per gli ART dall’articolo 38.

⁸⁶ Come previsto dal capo 6 del titolo III e dall’articolo 55 del Regolamento. Per una disamina più articolata di questi profili v. R. Lener, *op. cit.*, 385 ss.

⁸⁷ Rilevanti a tal fine sono gli articoli 40 e 50 di MiCAR.

⁸⁸ Tale finalità è esplicitamente dichiarata nei considerando 58 e 68 di MiCAR.

⁸⁹ Alla luce di quanto scritto nell’articolo 16, par. 8, della proposta di Regolamento del Parlamento e del Consiglio relativa all’istituzione dell’Euro Digitale - COM(2023) 369 final.

⁹⁰ L’autorità competente alla valutazione varia a seconda che si tratti di un soggetto “significativo” (in questo caso, l’EBA) oppure no (in tal circostanza, l’autorità nazionale di riferimento).

⁹¹ Sul tema, si veda il capo 4 del titolo III.

⁹² A questi strumenti è dedicato il titolo II del Regolamento.

⁹³ Come rilevato da P. Carrière (*Decreto Fintech*, cit., 14), la soluzione adottata per questi strumenti è «concentrata eminentemente sui profili informativi e sollecitatori», con una disciplina afferente alle offerte pubbliche che non contempla «l’ottenimento di un “visto” preventivo del *White Paper* e delle “comunicazioni di marketing”, da parte dell’autorità di vigilanza preposta ma una mera notifica».

coins, pur sempre ancorate ad un valore di riferimento. In tal senso, se è vero che il Regolamento *de quo*, come scritto in precedenza, limita il suo ambito di applicazione alle *crypto* non configurabili come strumenti finanziari, è altrettanto vero che esistono *token* riconducibili ad un «sottostante» di difficile e niente affatto univoca definizione. In quest'ottica, a livello esemplificativo, si pensi ai *Fantoken* delle squadre di calcio, «gettoni» con cui un numero crescente di *team* comunica con i propri tifosi/*supporters*. Questi strumenti, da un lato, danno diritto a trattamenti «preferenziali» per i propri detentori ma, dall'altro, registrano considerevoli fluttuazioni di valore che potrebbero attirare l'attenzione di investitori (e) speculatori, tanto che sono state avanzate tesi diametralmente opposte in merito alla loro qualificazione⁹⁴. Come già rilevato in dottrina, allora, un'interpretazione volta ad escludere una irragionevole disparità di trattamento correlata ad una minor tutela dell'investitore, a fronte di strumenti meno trasparenti e più rischiosi, dovrebbe dunque condurre a ricomprendere un *Utility Token* nell'ambito di applicazione di MiCAR solo se ed in quanto lo strumento in questione «non accorda, *a latere* del diritto al bene/servizio, alcun diritto di carattere remunerativo e se la sua negoziabilità non assolve una funzione essenzialmente speculativa»⁹⁵, dovendosi al contrario ritenere applicabile la normativa sugli strumenti finanziari. La soluzione fatta propria dal Regolamento di demandare all'emittente stesso la valutazione al riguardo, attraverso la previsione dell'obbligo di corredare il proprio *white paper* con i motivi per i quali le *cripto-attività* immesse sul mercato non sarebbero classificabili come EMT, ART o, *inter alia*, strumenti finanziari⁹⁶, se può giustificarsi un'un'ottica di *accountability*⁹⁷, risulta però assai pericolosa in assenza di adeguate forme di controllo.

Ulteriore aspetto interessante del Regolamento (UE) 2023/1114 è l'attenzione che esso dedica ai fornitori di servizi in *cripto-attività* – come, per esempio, i gestori di piattaforme di negoziazione in *cripto* – prevedendo per questi, fra l'altro, un regime autorizzatorio, diversificato a seconda del tipo di attività svolta⁹⁸, alcuni requisiti prudenziali⁹⁹ nonché disposizioni in tema di compraven-

⁹⁴ Gli *Utility Token* in oggetto sono infatti ricondotti all'ambito di applicazione del Regolamento in commento da M. Cian, *La nozione di criptoattività nella prospettiva del MiCAR. Dallo strumento finanziario al token, e ritorno*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2022, 70 ss., mentre M. De Mari, *op. cit.*, 22 ss. preferisce ricondurli (almeno in alcuni casi) alla disciplina sugli strumenti finanziari.

⁹⁵ Cfr. M. Cian, *op. cit.*, 71.

⁹⁶ Questa previsione è enucleata dall'articolo 8, paragrafo 4, di MiCAR.

⁹⁷ Come stabilito dall'articolo 15 del Regolamento *de quo*, infatti, gli emittenti che hanno fornito «informazioni non complete, corrette o chiare oppure fuorvianti» sono responsabili «nei confronti del possessore della *cripto-attività* per qualsiasi perdita subita a causa di tale violazione».

⁹⁸ La relativa disciplina si rinviene nel capo 1 del titolo V del Regolamento in esame ed è oggetto di analisi da parte di G. Pizzolante, *op. cit.*, 62 ss.

⁹⁹ Stabiliti nell'articolo 67 del Regolamento.

dita di partecipazioni qualificate nel loro capitale¹⁰⁰. In aggiunta, sono previste per questi soggetti tanto prescrizioni specifiche in merito alla custodia delle cripto-attività e dei fondi dei clienti¹⁰¹ quanto ulteriori e puntuali obblighi *ad hoc* a seconda della specifica attività svolta¹⁰², con un approccio “sartoriale” alla materia che, pur determinando una maggiore complessità, ci sembra tutto sommato divisibile, per il fatto di affrontare una realtà assai frammentata e dispersa in molti rivoli in modo assai attento alle peculiarità dei vari operatori.

Infine, dal nostro punto di vista, pare significativo rilevare come, su pressione del Parlamento Europeo¹⁰³, siano state inserite nella normativa in oggetto alcune previsioni riguardanti l’impatto delle cripto-attività sull’ambiente: il meccanismo *proof-of-work* – alla base di molte criptovalute (fra cui il Bitcoin) – ha infatti raggiunto con il passare del tempo un fabbisogno annuo energetico superiore a quello di Paesi che contano milioni di abitanti ed un PIL *pro capite* elevato. Questa rilevante richiesta di energia, necessaria a “validare” i nuovi blocchi della *blockchain*, trova sovente soddisfazione grazie ad un massiccio impiego di combustibili fossili, di modo che l’impatto nocivo di tale settore sull’ambiente risulta particolarmente significativo, rappresentando un’ulteriore voce in grado di contribuire a quel riscaldamento globale che incarna una, se non “la”, criticità dell’epoca contemporanea¹⁰⁴. È vero che, al riguardo, il Regolamento pone unicamente obblighi di carattere informativo, quali la menzione nei *white paper* degli eventuali effetti sfavorevoli correlati alla cripto-attività sulla base degli «indicatori di sostenibilità in relazione agli impatti negativi sul clima e ad altri effetti negativi connessi all’ambiente» la cui definizione è rimessa ad ESMA e ad EBA¹⁰⁵, ma, per quanto la portata precettiva non sia particolarmente stringente in ottica ecologista, a noi pare pur sempre che tali previsioni possano quanto meno rappresentare un primo meritorio tentativo di affrontare anche questo, niente affatto secondario, profilo della materia, così da conseguire l’importante risultato di sensibilizzare l’investitore su un profilo di cui potrebbe facilmente ignorare la rilevanza.

¹⁰⁰ Cfr. il capo 4 del titolo V dell’atto normativo.

¹⁰¹ Alla luce di quanto stabilito dall’articolo 70 di MiCAR.

¹⁰² Di questo si occupa il capo 3 del titolo V del provvedimento.

¹⁰³ Nello specifico, della Commissione per i problemi Economici e Monetari, intervenuta *in parte qua* sin dal *report* per le negoziazioni interistituzionali del 14 marzo 2022. In argomento, I. Hallak, *Markets in crypto-assets (MiCA)*, in *European Parliament Briefings*, 2023, pubblicato sul sito dell’Istituzione.

¹⁰⁴ Sul tema, si veda il *Cambridge Bitcoin Electricity Consumption Index* elaborato dall’Università di Cambridge e quanto riportato in J. Huang, C. O’Neill, H. Tabuchi, *Bitcoin uses more electricity than many Countries: how is that possible?*, in *The New York Times*, 3 settembre 2021. Più in generale, sulla sostenibilità degli investimenti in criptoattività, v. L. Sannikova, *ESG vs Cryptoassets: Pros and Contrasts*, in *Giur. comm.*, 50 (1), 2023, 156 ss. (spec. 159 ss. per i profili ambientali) e M. Wendl, M. Hahn Doan, R. Sassen, *The environmental impact of cryptocurrencies using proof of work and proof of stake consensus algorithms: A systemic review*, in *Journal of Environmental Management*, 2023, 356 (A), 1 ss.

¹⁰⁵ Come stabilito, nel caso degli ART, dall’articolo 19 o, rispetto agli EMT, dall’articolo 51 del Regolamento.

5. *Per concludere: due sollecitazioni ed una proposta*

Il *Digital Finance Package* e, in particolare, il Regolamento MiCA i cui tratti salienti abbiamo, seppur in estrema sintesi, richiamato, rappresentano un passaggio fondamentale per l'Unione Europea verso l'adozione di un *corpus* normativo specificamente rivolto a disciplinare le cripto-attività. Anche a prescindere da alcune puntuali criticità che abbiamo segnalato, il quadro regolatorio è comunque ben lungi, tuttavia, dal potersi considerare completo giacché, a ben vedere, manca ancora la disciplina di ulteriori rilevanti elementi, affinché i rischi correlati al fenomeno in oggetto possano essere adeguatamente arginati. È nostra opinione, al riguardo, che andrebbe, per un verso, sollecitata la prosecuzione di due percorsi già avviati e, per altro verso, introdotta una prospettiva regolatoria ulteriore, che di seguito andiamo a proporre.

In primo luogo, per quanto riguarda le strade già intraprese, sarebbe importante che le istituzioni euro-unitarie recepissero nell'ordinamento unionale le disposizioni stabilite dalla Banca dei Regolamenti Internazionali (BRI) in merito all'esposizione degli istituti di credito verso le criptovalute¹⁰⁶. I requisiti fissati dalla BRI rappresentano infatti un fondamentale strumento al fine di evitare che le banche operanti nel mercato unico assumano un eccessivamente elevato impegno in cripto-attività altamente rischiose, ingenerando conseguentemente pericoli di ampia portata per la complessiva stabilità del sistema finanziario¹⁰⁷.

In secondo luogo, un ulteriore *iter* che andrebbe portato a compimento è quello intrapreso dalla Banca Centrale Europea con riferimento al possibile lancio di un Euro Digitale, tra i cui obiettivi figura proprio quello di contrastare l'utilizzo delle *crypto* quali possibili alternative al denaro pubblico¹⁰⁸. Invero, quella richie-

¹⁰⁶ Il Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria, sul finire del 2022, ha diviso le criptovalute in due categorie, prevedendo rispetto a ciascuna di queste dei precisi requisiti prudenziali per gli istituti di credito che decidessero di investire in questo ambito. Tali disposizioni, stando a quanto concordato all'interno di questa organizzazione, dovrebbero essere tradotte nei diversi ordinamenti nazionali entro il primo gennaio 2025. Sul tema, si veda *Prudential treatment of cryptoasset exposures*, in *BIS publications*, 2022, reperibile sul sito della Banca.

¹⁰⁷ I rischi per la stabilità finanziaria globale, a seguito dell'inserimento delle criptovalute negli *asset* dei fondi di investimento e della loro diffusione tra i piccoli risparmiatori sono evidenziati da G. Pizzolante, *op. cit.*, 49.

¹⁰⁸ Del resto, come evidenziato *supra*, la stessa *Task Force* della BCE, in una sua pubblicazione (*Crypto-Assets. Implications*, *cit.*), aveva ricondotto lo sviluppo di una propria Moneta Digitale di Banca Centrale a quella richiesta di digitalizzazione finanziaria che, in parte, sostiene il settore *de quo*. Lo stesso Fabio Panetta, ex responsabile della *Task Force* della BCE, ha in più situazioni dichiarato come l'introduzione dell'Euro Digitale potrebbe tutelare l'Eurozona dalla "minaccia" rappresentata dalla criptovalute (sul punto, M. Arnold, *Digital euro will protect consumer privacy, ECB executive pledges*, in *Financial Times*, 20 giugno 2021). La correlazione tra il mondo *crypto* e le MDBC è stata avanzata da diversi Autori, tra cui, per esempio, I. Agur, *Central Bank Digital Currencies: an overview of pros and cons*, in E. Gnan, D. Masciandaro (a cura di), *Do we need Central Bank Digital Currency? Economics, Technology and Institutions*, in *SUERF Conference Proceedings*, 2018, 2, 114 ss.; e a R. Ali, N. Narula, *Redesigning digital money: What can we learn from a decade of cryptocurrencies?*, in *MIT DCI Working Papers*, 2020, reperibili alla pagina <https://dci.mit.edu/papers> (consultata il 19 dicembre 2023).

sta di innovazione tecnologica riguardante le banconote avanzata da determinate fasce della popolazione – e che alcuni soggetti (secondo noi, incautamente) cercano di soddisfare con le criptovalute – potrebbe (e dovrebbe) trovare in una Moneta Digitale di Banca Centrale dell’Eurozona una risposta, con l’obiettivo di evitare che il monopolio monetario statale venga, anche solo parzialmente, eroso¹⁰⁹. In tal senso, come già suggerito in dottrina¹¹⁰, si dovrebbero attentamente ponderare opzioni di *design* di un eventuale Euro digitale che finissero per limitarne eccessivamente le potenzialità, onde evitare di condurre tale progetto verso un rapido, ed inopportuno, fallimento: il riferimento principale è alla già menzionata previsione, contenuta nella proposta di Regolamento della Commissione Europea, di un’assenza di tassi di interesse sui depositi in Moneta Digitale di Banca Centrale.

Un’idea più radicale che ci sentiamo di sostenere concerne invece un (a nostro avviso opportuno, se non necessario) ripensamento della disciplina riguardante quelle cripto-attività decentralizzate che non presentano un emittente su cui andare a vigilare (come il Bitcoin, per intenderci), rispetto alle quali MiCAR si limita, come abbiamo visto, a regolare la gestione da parte di prestatori di servizi¹¹¹. Su tali strumenti, che raccolgono allo stato attuale la maggior quantità di risorse all’interno del settore in oggetto, occorre infatti che l’Unione Europea e gli Stati nazionali si attivino adottando anche approcci che possono differire rispetto a quelli applicati al mondo finanziario “tradizionale”.

Ebbene, proprio in questa direzione, è nostra opinione che queste forme di cripto-attività, prive di sottostante, di emittente e di alcuna riserva che ne possa garantire la stabilità, non andrebbero ricondotte al «mondo» degli strumenti finanziari quanto, piuttosto, a quello del vero e proprio gioco d’azzardo¹¹². Inve-

¹⁰⁹ Sul punto rinviamo nuovamente a M. Bursi, *op. cit.*, 29 ss.

¹¹⁰ Cfr. C. Monnet, D. Niepelt, *Why the digital euro might be dead on arrival*, in *VoxEU.org*, 10 agosto 2023.

¹¹¹ Come affermato da un autorevole componente del Comitato Esecutivo della BCE (P. Cipollone, *Crypto-assets e questioni legate alla digitalizzazione della finanza*, discorso consultabile sul sito istituzionale della Banca d’Italia), MiCAR adotta infatti un approccio *entity based* che, inevitabilmente, porta a questa “carezza”.

¹¹² Questa lettura è stata di recente proposta da F. Panetta, *Caveat emptor does not apply to crypto*, in *Financial Times*, 4 gennaio 2023, il quale ha sostenuto che le criptovalute sarebbero forme di gioco d’azzardo mascherate da investimento finanziario. L’attuale Governatore della Banca d’Italia, proseguendo nella sua analisi sul tema, ha pertanto affermato che «regulation should acknowledge the speculative nature of unbacked cryptos and treat them as gambling activities». La stessa linea di pensiero è stata poi condivisa dal *Treasury Committee* della Camera dei Comuni britannica, il quale, in un *report* pubblicato il 17 maggio 2023 (*Regulating crypto. Fifteenth report of session 2022-2023*), scrive che «consumer speculation in unbacked cryptoassets more closely resembles gambling than it does a financial service [...] We strongly recommend that the Government regulates retail trading and investment activity in unbacked cryptoassets as gambling rather than as a financial service, consistent with its stated principle of ‘same risk, same regulatory outcome’», sebbene il Governo britannico, nella sua risposta al *report* (reperibile sul sito istituzionale della Camera dei Comuni), abbia respinto la proposta, proprio, tra l’altro, per il fatto che provocherebbe un disallineamento con l’approccio adottato in altri ordinamenti (come quello unionale). Peraltro, una certa correlazione tra predisposizione al gioco d’azzardo ed investimenti in criptovalute è già stata rilevata da diversi Autori, tra i quali, per esempio, D.J. Mills, L. Nower, *Preli-*

ro, come abbiamo visto in precedenza¹¹³, un impiego finanziario su questi *asset* non riflette l'aspettativa di un ritorno cedolare correlato ad un'attività di fondo, così come non rappresenta (né è realisticamente percepito dal detentore come) una forma di investimento monetario, data la sua intrinseca volatilità. Insomma, queste *crypto* non sono altro che “puntate” sul comportamento degli altri operatori economici, investimenti che hanno nell'aleatorietà una (se non *la*) propria caratteristica fondamentale, non rispondendo alla logica di un investitore razionale, come pure abbiamo già avuto modo di rilevare in precedenza. In quest'ottica, in astratto, si potrebbe pensare ad un divieto *tout court* di emissione e circolazione di questi strumenti, cosa ben possibile, come evidente, non solo in regimi come quello cinese, refrattari *by default* a riconoscere validità a ciò che nasce come prodotto autonomo della società civile, ma anche in Stati democratici laddove, ad un'analisi attenta, emergano valutazioni di pubblico interesse che conducano verso questa direzione¹¹⁴. Del resto, la stessa Commissione Europea, nella sua valutazione d'impatto sulla proposta di Regolamento MiCA, in merito alle *stablecoins*, aveva preso in considerazione proprio l'ipotesi di adottare misure indirizzate a limitare l'uso di questi strumenti all'interno dell'Unione, salvo scartarla alla luce della sua supposta incoerenza con gli obiettivi di innovazione del settore finanziario fissati dall'UE e, forse soprattutto, vista la possibilità che i consumatori euro-unitari andassero poi ad investire in *stablecoins* emesse e gestite da Paesi terzi.

Al riguardo, infatti, non si può sottacere che, nel mondo finanziario contemporaneo, strutturato su di un cyberspazio che non conosce confini territoriali, l'azione isolata di un singolo Stato (o anche, come in questo caso, di un soggetto sovranazionale, ma pur sempre su base regionale) lascerebbe aperte vie di fuga per l'affermarsi di un mercato di criptovalute semplicemente negoziate al di fuori dei confini (sovra)nazionali¹¹⁵. Di modo che sembra più realistico, nelle more di un'eventuale (ma, ahinoi, improbabile, se non utopistica) intesa di livello mondiale, con cui si definisca un sistema di regole pressoché uniforme mirante ad evitare meccanismi di “arbitraggio”, far sì che l'azione dei pubblici poteri, e segnatamente dell'UE, si indirizzi verso misure di carattere culturale e pedagogico, onde

minary findings on cryptocurrency trading among regular gamblers: a new risk for problem gambling?, in *Addictive Behaviors*, 92, 2019, 136 ss. e P. Delfabbro, D. King, J. Williams, N. Georgiou, *Cryptocurrency trading, gambling and problem gambling*, ivi, 122, 2021, 1 ss.

¹¹³ Per la precisione, nel secondo paragrafo.

¹¹⁴ Condividiamo, in questo senso, le considerazioni di U. Bechini, *Bitcoin e la paura dell'Innominato (noterelle su criptovalute e merito)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, spec. 508 e ss., il quale propende per una soluzione ponderata, che non escluda occasionali divieti pur senza demonizzare *a priori* ciò che emerge come prodotto dell'evoluzione tecnologica.

¹¹⁵ Questo aspetto è stato sottolineato anche da A. Enria, in un discorso tenuto presso l'università Ca' Foscari di Venezia il 14 novembre 2023 (*Regulating crypto finance: taking stock and looking ahead*, consultabile sul sito istituzionale della BCE), il quale ha evidenziato i rischi posti, anche rispetto alle criptovalute, dalla “deteritorializzazione” dei servizi finanziari.

cercare di responsabilizzare cittadini ed imprese interessati ad entrare in questo mercato, attraverso, per esempio, campagne di informazione che possano mettere in guardia rispetto ai rischi correlati all’investimento in *crypto* od anche tramite l’introduzione di obblighi informativi più stringenti ed espliciti sui rischi per l’investitore od ancora per mezzo di limitazioni alla pubblicizzazione di questi strumenti su canali televisivi, giornali e *social networks*. Parimenti, le politiche tributarie degli Stati membri potrebbero essere indirizzate verso finalità extra-fiscali, al fine di aumentare l’imposizione sulle rendite derivanti da questi strumenti, così da renderli meno appetibili per il risparmiatore¹¹⁶. Tutte misure analoghe, per l’appunto, a quelle adottate in relazione al gioco d’azzardo.

Tentare di tutelare chi investe in criptovalute come il Bitcoin attraverso una cornice regolatoria affine a quella del mondo finanziario “tradizionale” sarebbe quindi, secondo il nostro punto di vista, inappropriato e, probabilmente, controproducente: un inquadramento di tal genere potrebbe infatti fornire legittimazione ad un settore che nulla a che vedere con azioni, obbligazioni o fondi di investimento, spingendo altri cittadini ed imprese ad indirizzare il proprio denaro verso un ambito dove l’andamento dei prezzi segue dinamiche tanto oscure quanto stocastiche¹¹⁷. D’altronde, quanto accaduto di recente in seguito all’approvazione del primo ETF (*Exchange Traded Fund*) in Bitcoin da parte della *Securities and Exchange Commission* (SEC) statunitense¹¹⁸ sembra suffragare quanto da noi scritto, considerando la conseguente impennata dei prezzi delle *crypto*¹¹⁹ e l’in-

¹¹⁶ In questo senso già F. Panetta, *op. cit.*, il quale, riconoscendo come alcune *crypto*, in quanto forma di gioco d’azzardo, siano difficilmente “estirpabili” (sit is precisely for this reason that we cannot expect them to disappear. People have always gambled in many different ways. And in the digital era, unbacked cryptos are likely to continue to be a vehicle for gambling»), ha invitato il legislatore, da un lato, ad applicar loro principi affini a quelli enucleati dalla Raccomandazione della Commissione Europea del 14 luglio 2014 in merito al gioco d’azzardo online e, dall’altro, a tassarle coerentemente al costo che impongono alla società.

¹¹⁷ Tale rischio è sottolineato anche dal già menzionato *report* del *Treasury Committee* della Camera dei Comuni britannica (*Regulating crypto*, *op. cit.*, 14 ss.), laddove, raccogliendo il parere dell’ex presidente dalla *Financial Conduct Authority*, Charles Randell, è scritto che «the aim of promoters of speculative cryptoassets in lobbying for a regime which legitimises their issue and trading is to obtain the “halo” of financial services regulation in order to persuade more people to part with real money in exchange for volatile tokens with no inherent value».

¹¹⁸ Il 10 gennaio 2024 la SEC ha infatti autorizzato il primo ETF correlato al Bitcoin, portando quindi, seppur in maniera indiretta, questo (indefinito) strumento all’interno di Wall Street. Tale decisione è giunta in seguito ad una sentenza del 29 agosto 2023 della *U.S. Court of Appeals del District of Columbia*, verdetto con cui si è reputato «arbitrario e capriccioso (*arbitrary e capricious*)» il precedente rifiuto da parte dell’ente di concedere l’autorizzazione alla quotazione. È interessante rilevare come la deliberazione della SEC sia stata anticipata da un hackeraggio dei profili social dell’autorità (con conseguente diffusione di notizie sul tema che ha portato a significative oscillazioni dei prezzi delle criptovalute); un evento che, secondo il nostro punto di vista, rende ancor più opportuno parlare di Far West rispetto al settore *de quo*. Sul tema, si vedano S. Palma, *SEC’s bitcoin ETF sign-off comes with a stark reminder of its lingering doubts*, in *Financial Times*, 12 gennaio 2024 e V. Carlini, *SEC, attacco hacker nel giorno dell’ETF sul Bitcoin*, in *Il Sole 24 Ore*, 10 gennaio 2024.

¹¹⁹ Al momento in cui scriviamo (marzo 2024), secondo i dati forniti da Coinbase, il prezzo di un Bitcoin ha superato i 72 mila Dollari (il 10 gennaio 2024 – giorno della quotazione dell’ETF – il valore era pros-

cremento di consumo d'energia a questa correlato¹²⁰. Un diverso approccio che invece tendesse ad assimilare certi investimenti all'azzardo, per la totale aleatorietà degli stessi, parrebbe invece più aderente alla realtà dei fatti e più efficace nella protezione del risparmiatore.

La strada per portare la legge nel Far West delle *crypto* (e fare in modo che poi venga rispettata) è, quindi, piuttosto lunga: lo sceriffo euro-unitario ha ancora il suo bel da fare.

simo ai 46.000 Dollari). Anche in una recente pubblicazione della Banca Centrale Europea (sul punto, U. Bindseil, J. Schaaf, *ETF approval for Bitcoin – the naked emperor's new clothes*, consultabile sul sito dell'istituzione, 22 febbraio 2024) si fa rientrare la decisione della SEC tra le principali cause alla base della rilevante crescita dei prezzi che ha riguardato (di nuovo) il settore delle criptovalute. Gli Autori di questo scritto, d'altronde, già in passato avevano evidenziato il rischio che una regolamentazione mal "calibrata" delle *crypto* potesse portare verso «una percezione di benedizione laddove invece una proibizione sarebbe necessaria» (*perceived blessing where a ban would be required*); in tal senso, U. Bindseil, P. Papsdorf, J. Schaaf, *The encrypted threat: Bitcoin's social cost and regulatory responses*, in *SUERF policy note*, 2022.

¹²⁰ Invero, l'aumento del prezzo delle *crypto* incentiva, inevitabilmente, l'attività di "estrazione" dei cosiddetti *miners*, i quali sono remunerati in maniera sempre più significativa.

Matteo Bursi, Simone Scagliarini - Abstract

Lo sceriffo euro-unitario nel “Crypto Far West”

Il presente scritto è incentrato sul fenomeno crypto e sull'azione finora implementata da parte dell'Unione Europea al fine di regolarlo. In quest'ottica, viene innanzitutto effettuata una disamina afferente alla natura delle crypto-attività, per poi porre l'attenzione sulle prime iniziative portate avanti sul tema da parte delle diverse istituzioni euro-unitarie ed evidenziare quindi i principali elementi enucleati dal Regolamento (UE) 2023/1114 (MiCA). Infine, nell'articolo si suggeriscono alcuni interventi che, ragionevolmente, andrebbero nello scenario futuro strutturati con lo scopo di perfezionare un quadro regolatorio ancora *in fieri*.

Euro Union sheriff in the “Crypto Far West”

The aim of this paper is to analyse the crypto phenomenon and the action implemented so far by the European Union in order to regulate it. In this regard, firstly, we examine the nature of cryptocurrencies; secondly, we deepen the first initiatives carried out on the topic by the various EU institutions and, then, we highlight the main elements outlined in Regulation (EU) 2023/1114 (MiCA). Finally, this essay suggests some interventions that, in our view, should be designed in the forthcoming years with the target of fine-tuning a regulatory framework which is still *in fieri*.

Disastri apparentemente ragionevoli della giurisprudenza

Marco Q. Silvi*

Ora, la questione: in quale modo i giudici ragionino nella realtà – [...] tenendo in conto o trascurando le conseguenze prevedibili delle decisioni – è sì una questione psicologica, ma non per questo occorre l'introspezione o la psicoanalisi per rispondervi.
(Riccardo Guastini, *Dalle fonti alle norme*, 1990)

SOMMARIO: 0. Tema, metodo, finalità. – 1. Teoria. – 1.1. Fattori pragmatici dell'interpretazione. – 1.2. Contesti di decisione. – 1.2.1. Regolazione e conformazione di rapporti giuridici. – 1.2.2. Regolazione e sistemazione giuridica. – 2. Fenomenologia. – 2.1. Garanzie del trasporto di energia elettrica e oneri generali di sistema. – 2.1.1. Contesto. – 2.1.2. Pronunce. – 2.1.3. Ricadute. – 2.2. Tariffe di trasporto del gas naturale per i punti di entrata e uscita della rete nazionale di gasdotti. – 2.2.1. Contesto. – 2.2.2. Pronunce. – 2.2.3. Ricadute. – 3. Assiologia. – 3.1. Una direttiva per una dottrina dell'interpretazione. – 3.2. Per il ruolo del giudice.

0. *Tema, metodo, finalità*

Il giudice, si sa, come tutti, può sbagliare: l'errore può riguardare – alternativamente o cumulativamente – la decisione finale e tutte le varie operazioni intellettuali in cui si articolano gli argomenti che giustificano tale decisione, operazioni relative alla ricostruzione sia della situazione di fatto considerata (c.d. *quaestio facti*), sia del quadro normativo rilevante per la qualificazione dei fatti di causa e per la soluzione della controversia (c.d. *quaestio iuris*).

* Le considerazioni espresse sono del tutto personali e non impegnano in alcun modo l'ente di appartenenza.

A volte, però, gli errori del giudice possono generare veri e propri *disastri*. Ed è su quest'ultimo aspetto che è bene porre l'attenzione.

Intendo indagare, qui, un tipo particolare di disastro, la cui fisionomia sarà meglio precisata nel seguito, ma che può, per ora, essere individuato in un *risultato*, ovviamente *non desiderabile* (ossia valutato negativamente alla stregua di uno o più criteri di valore), di tipo *sistemico*, ossia che investe in modo notevole un insieme (tendenzialmente organico e unitario) di relazioni giuridiche che caratterizzano un certo settore della vita regolato dal diritto.

Tali sistemi di relazioni giuridiche (intendo, quindi, per 'sistema' un insieme di elementi strutturato, coordinato in virtù d'uno o più criteri¹) connotano, in modo quasi esemplare, la trama normativa di alcuni settori economici particolari, quali la raccolta del risparmio e i mercati finanziari, l'attività bancaria e assicurativa, l'energia (elettrica e il gas), il servizio idrico integrato, il ciclo dei rifiuti urbani e assimilati, le telecomunicazioni, i trasporti, ecc., la cui disciplina è, per varie ragioni, delegata (dal legislatore) alla competenza normativa di autorità amministrative (normalmente indipendenti²) c.d. di regolamentazione³. Concentrerò la mia analisi su uno di tali settori, quello dell'energia⁴.

Il metodo che intendo seguire nella mia indagine è quello offerto dalla filosofia analitica del diritto, intesa quale meta-giurisprudenza, ossia come analisi

¹ Mutuo, qui, con qualche adattamento l'idea di N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Torino 1993, VIII, che efficacemente definisce per 'sistema normativo' un «insieme strutturato di norme» (cfr. anche R. Guastini, *Insieme strutturati di norme. Contributi di Bobbio alla teoria dei sistemi normativi*, in P. Comanducci e R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2004*, Torino, 2004, 103 ss.). Più in generale, sulla nozione di sistema, e sull'attività di sistemazione giuridica, mi limito a rinviare a V. Velluzzi, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, 2002 e a G.B. Ratti, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino, 2008.

² L'indipendenza delle autorità indipendenti è, come noto, duplice: esse sono indipendenti dal Governo (pur essendo amministrazioni pubbliche dello Stato), e sono indipendenti agli interessi economici delle imprese che operano nei settori sottoposti alla loro regolazione (e/o vigilanza). La bibliografia è ormai ampia, e non è utile darne conto. Mi limito a rinviare a F. Merusi e M. Passaro, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2011 e, più di recente, a F. Takanen, *Le autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2022, nonché a E. Bruti Liberati, *Le autorità amministrative indipendenti. Vizi e virtù di un modello istituzionale*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2020, 1, 51 ss., e Id., *Poteri privati e nuova regolazione pubblica*, in *Dir. pubbl.*, 2023, 1, 285 ss.

³ Come noto, si distingue normalmente tra (i) autorità di regolamentazione (o regolazione), le quali disciplinano, mediante l'adozione di norme generali e astratte, i comportamenti degli operatori economici d'un certo settore; e (ii) autorità di vigilanza (o controllo), le quali vigilano sui comportamenti degli operatori economici, rispetto a determinati ambiti meritevoli di tutela, con (solo) poteri di *enforcement*. In realtà, però, anche le autorità di regolamentazione sono dotate di poteri di *enforcement*, così come anche le autorità di controllo, coi loro provvedimenti sanzionatori (individuali), stabiliscono "precedenti" che, in termini generali, possono influenzare inevitabilmente le successive condotte degli operatori vigilati.

⁴ Si badi: non sostengo che sentenze disastrose, nei termini che ho accennato, si verifichino solo nei settori regolamentati. Mi limito ad affermare che, in tali settori, in particolare in quello dell'energia, il fenomeno su cui intendo porre l'attenzione, quando si verifica, è certamente evidente. Tra i settori regolamentati, ho selezionato quello dell'energia, sia perché a me noto, sia perché sui provvedimenti di Arera si è formata una ricca giurisprudenza, che ha affermato importanti principi valevoli anche per le altre autorità indipendenti.

filosofica della giurisprudenza⁵. Il punto di vista della filosofia analitica mi pare molto utile in questa sede, in quanto consente di sottoporre a un'analisi logica (in senso ampio), tendenzialmente neutra e asettica dal punto di vista valutativo, gli argomenti impiegati dai giudici per giustificare le interpretazioni delle norme scelte per fondare le proprie decisioni, mettendone in luce eventuali carenze, o percorsi apparentemente nascosti, e svelare la natura, interpretativa in senso stretto, oppure costruttiva (nomopoietica)⁶, delle varie operazioni intellettuali compiute nell'ambito dell'iter argomentativo.

In tale prospettiva, in particolare, seguendo una distinzione proposta da Riccardo Guastini, la mia analisi non sarà orientata solo a «stabilire in qual modo la decisione del giudice sia fondata» nei termini sopra chiariti (c.d. *approccio normativo*, o deontologico), ma sarà volta anche a indagare quali effetti detta decisione abbia prodotto, anche al fine di scoprire «a quale interesse o classe di interessi la decisione abbia, di fatto, offerto tutela giurisdizionale (eventualmente in modo inconsapevole)» (c.d. *approccio pragmatico*, o consequenzialista)⁷. La scelta di svolgere, qui, un'analisi meta-giurisprudenziale *integrata* (di tali due approcci: normativo e pragmatico) si giustifica proprio in ragione della rilevanza che assumono gli effetti sistemici di cui sopra ho parlato, e che fanno, d'una cattiva sentenza (d'una sentenza non ben fondata), una sentenza disastrosa.

Tuttavia, il mio *non* è un lavoro di filosofia analitica (anche se non escludo di poter fornire spunti utili per tale campo di ricerca). Sempre per dirla col lessico

⁵ Almeno due sono i modi di intendere la filosofia analitica del diritto: come analisi concettuale, ossia analisi volta a elaborare concetti per comprendere e spiegare i fenomeni giuridici, o come meta-giurisprudenza, ossia come analisi dei discorsi della giurisprudenza (cfr. R. Guastini, *Manifesto per una filosofia analitica del diritto*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2012, I, 1, 51 ss.).

⁶ La distinzione è di Riccardo Guastini (alla cui teoria dell'interpretazione farò principalmente riferimento nel presente lavoro), ed è volta a isolare, all'interno delle attività che, pur normalmente indicate dai giuristi col termine 'interpretazione', quelle che eccedono in realtà i confini di ciò che è genuinamente interpretativo (che consiste nell'ascrivere un certo significato a un testo normativo), trattandosi di attività costitutive di norme nuove, ossia di attività "costruttive" di significati che non trovano referenti in testi normativi già dati. Cfr. ad esempio R. Guastini, *Produzione di norme a mezzo di norme*, in *Informatica e diritto*, 1985, I, 7 ss.; Id., *Componenti cognitive e componenti nomopoietiche nella scienza giuridica*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 3, 927 ss.; Id., *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, 27-32; Id., *La sintassi del diritto*, Torino, 2014, 379-383. Nel testo, seguendo una distinzione diffusa in teoria dell'interpretazione (propugnata anche da Guastini), impiegherò il termine 'disposizione' per riferirmi al testo normativo interpretando, mentre col termine 'norma' mi riferisco al significato attribuito al testo, o comunque al prodotto dell'attività interpretativa (nel caso di operazioni costruttive, pertanto, alla norma prodotta dal giudice non corrisponde alcuna disposizione).

⁷ Cfr. R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1990, 159-171. Secondo Guastini, in particolare, con l'approccio d'analisi normativo «si muove dalla decisione e si risale agli argomenti addotti per giustificare tale decisione; si muove cioè dal dispositivo alla motivazione»; mentre, secondo l'approccio pragmatico, «si prendono le mosse dalla decisione non per risalire alla sua fondazione normativa, ma piuttosto per svolgerne le conseguenze (politiche, sociali, economiche), gli esiti pratici. [...] Insomma, l'approccio pragmatico alla giurisprudenza è interessato a scoprire non tanto se e in qual modo una decisione sia normativamente giustificata, ma piuttosto a quale interesse o classe di interessi la decisione abbia, di fatto, offerto tutela giurisdizionale [...]» (Ivi, 160-161).

di Guastini, lo scopo del presente lavoro non è fornire un contributo a una *teoria* dell'interpretazione, consistente in un discorso analitico e descrittivo, assiologicamente neutro, intorno a ciò che l'interpretazione di fatto è. Il mio intento è, piuttosto, fornire un contributo a una *dottrina* dell'interpretazione, volto quindi ad articolare e sviluppare un discorso valutativo, prescrittivo, sull'interpretazione, diretto a stabilire come l'interpretazione debba avvenire⁸.

Sebbene, quindi, farò ricorso a strumenti concettuali offerti dalla filosofia analitica del diritto, il mio scopo non è (tanto) *descrivere*, ma (soprattutto) *valutare* (e, spero, *persuadere*).

Intendo, in particolare, criticare (*ex post*) alcuni tipi di decisioni giudiziarie (che non solo non sono ben fondate, ma che sono anche) caratterizzate da risultati sistemici notevoli e indesiderabili (pur prevedibili dall'interprete); e ciò al fine di tentare di proporre un criterio (normativo) che possa orientare (*ex ante*) l'azione del giudice, almeno del giudice che opera in contesti settoriali caratterizzati dalla presenza di intricate e fitte relazioni giuridiche conformate (e ordinate) da norme adottate da un'autorità di regolamentazione.

Anticipando qui le mie conclusioni, ritengo che il giudice, in tali contesti in cui egli si trova a decidere su una controversia (per brevità parlerò, nel seguito, di 'contesti di decisione'), dovrebbe considerare le (prevedibili) conseguenze della sua eventuale decisione, astenendosi dall'adottare quegli argomenti e quelle interpretazioni che produrranno conseguenze sistemiche notevoli e indesiderabili (nei termini che spero di chiarire meglio nel seguito)⁹.

⁸ Cfr. ad esempio R. Guastini, *La sintassi del diritto*, cit., 233-234. Cfr. anche R. Guastini, *Teoria del significato e teoria dell'interpretazione*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2008, 38, 2, 463 ss. Sono esempi di dottrine dell'interpretazione quelle che propugnano, o contrastano, il ricorso alla c.d. etica sociale, anche contro i significati astrattamente attribuibili al testo normativo: cfr. ad esempio, anche per i ricchi riferimenti bibliografici, P.L. Portaluri, *Bannkreise giurisprudenziali. Qualche appunto di metodo*, in *Ordines*, 2022, 2, 211 ss.

⁹ Il riferimento alle "conseguenze" delle decisioni giudiziarie apre certamente le porte a un filone di studi e ricerche, molto ricco e articolato, ben noto agli studiosi di diritto ed economia, che sfocia esemplarmente nella c.d. analisi economica del diritto (nell'ambito della voluminosa letteratura, mi limito a rinviare alla raccolta di saggi curata da P. Cserne e M. Malecka, *Law and Economics as Interdisciplinary Exchange. Philosophical, Methodological and Historical Perspectives*, London, 2019; da un punto di vista più vicino alla teoria dell'argomentazione giuridica, cfr. ad esempio, anche per la bibliografia ivi citata, G. Tuzet, *L'analisi economica come argomentazione giuridica*, in *Teoria jurídica contemporanea*, 2019, 3, 2, 97 ss.; F. Esposito and G. Tuzet, *Economic Consequences for Lawyers Beyond the Jurisprudential Preface*, in *Journal of Argumentation in Context*, 9, 3, 368 ss.). Si tratta, però, quest'ultimo, d'un ambito di ricerche dal quale mi tengo volutamente estraneo: ciò che qui mi interessa, infatti, è, più modestamente, analizzare, usando strumenti concettuali possibilmente neutri quali quelli offerti dalla teoria analitica del diritto, alcuni specifici "contesti di decisione" (quelli che hanno a oggetto giudizi di legittimità sugli atti di regolazione settoriale delle autorità amministrative indipendenti), al fine di *isolare* (e *tematizzare*) alcuni specifici risultati (a mio avviso disastrosi) che, in detti contesti, alcune decisioni giudiziali possono produrre (e hanno prodotto). In tale prospettiva, l'apparato concettuale offerto (principalmente) dalla teoria dell'interpretazione proposta da Riccardo Guastini (e da Alf Ross) mi pare sufficiente allo scopo, anche se non escludo che il mio discorso possa risultare di interesse per gli studi di analisi economica del diritto.

Un'ultima precisazione. Ho detto che la mia indagine si focalizza principalmente sul settore dell'energia – sottoposto alla competenza dell'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente ('Arera'). Tuttavia, il mio lavoro non mira (tanto) a fornire un contributo allo studio del diritto dell'energia, anche se l'analisi delle pronunce che considero richiederà, da parte mia, un'esposizione di istituti e norme che compongono tale ordinamento settoriale¹⁰. La mia indagine, come detto, è volta (soprattutto) a fornire un contributo a una dottrina dell'interpretazione, adattata a contesti decisionali in cui il giudice decide sulla legittimità d'un provvedimento di regolamentazione settoriale, analogamente a quanto avviene nel settore dell'energia.

A tal fine, procedo come segue. *Sub 1*, cerco di tratteggiare il quadro teorico entro cui si iscrive la mia indagine, richiamando (*sub 1.1*) alcune tesi di teoria dell'interpretazione che assumo ai fini della mia analisi, ed elencando (*sub 1.2*) alcune peculiarità che caratterizzano il c.d. diritto dell'energia e che, a mio avviso, giustificano la perimetrazione dell'ambito della mia indagine.

Successivamente, *sub 2*, analizzo (secondo un approccio normativo e, soprattutto, pragmatico) due vicende giudiziali che hanno determinato, a mio avviso in modo emblematico, quei tipi di disastri di cui tratto. Una tale analisi dovrebbe far emergere gli elementi tipici che caratterizzano il fenomeno da me considerato (risultati sistemici notevoli d'una decisione giudiziale, e loro indesiderabilità), che mi consentiranno, *sub 3*, di formulare alcune valutazioni conclusive sul piano della dottrina dell'interpretazione.

1. *Teoria*

1.1. *Fattori pragmatici dell'interpretazione giuridica*

L'attività del giudice è attività eminentemente *normativa* (anche se, ovviamente, non priva di componenti cognitive), e tale normatività non inerisce solamente alla decisione con cui specificamente il giudice pone la norma che regola il caso concreto (il comando rivolto a una delle parti, l'iscrizione d'un diritto, l'annullamento d'un atto, ecc.)¹¹. Normative sono anche le altre attività che (almeno

¹⁰ Anche per lo studio del diritto dell'energia, e la sua sistemazione, la filosofia del diritto può offrire utili strumenti d'analisi: cfr. ad esempio M.Q. Silvi, *Il concetto di dispacciamento nel diritto dell'energia. Un contributo analitico*, in *Notizie di Politeia*, 2010, 97, 35 ss.; Id., *Elementi della regolazione dei mercati dell'energia*, in E. Castorina (a cura di), *Servizi pubblici, diritti fondamentali, costituzionalismo europeo*, Napoli, 403 ss.; Id., *Abuso della regolazione nel diritto dell'energia*, in *Mercato concorrenza regole*, 2018, 20, 2, 317 ss.; Id., *DLT e nuove opportunità evolutive per il Sistema Informativo Integrato nei mercati dell'energia*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, Numero Speciale, 2022, 167 ss.

¹¹ Cfr. ad esempio H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966 [1960], 267-273.

logicamente) precedono la decisione, tra le quali, per quel che qui rileva, le attività interpretative (in senso ampio), che si possono declinare in: (i) atti ascrittivi d'un significato a un certo testo normativo (interpretazione in senso stretto), e/o (ii) atti produttivi di norme nuove, ossia di significati che non trovano corrispondenza tra i significati resi possibili dal testo normativo da interpretare (costruzione giuridica), come avviene, ad esempio, in esito alla c.d. interpretazione analogica, alla dissociazione, all'applicazione di principi, alle attività di ricerca della *ratio* della norma, ecc.¹².

L'analisi filosofica (soprattutto la meta-giurisprudenza analitica di stampo realista) ha ben mostrato come ampia sia la discrezionalità del giudice nel compiere le richiamate operazioni interpretative. Come osservato ad esempio da Alf Ross (eminente esponente del realismo scandinavo), essa assicura al giudice un importante ruolo costruttivo «nella determinazione della giustizia definendo o correggendo la direttiva della legge [...]», anche se tale attività creativa «solo di rado è manifesta. Normalmente il giudice non ammetterà che la sua interpretazione abbia carattere costruttivo, ma cercherà, mediante una tecnica di argomentazione, di far apparire che la sua decisione era nata oggettivamente ed è coperta dal “significato della legge” o dalla “intenzione del legislatore”»¹³.

Discrezionalità, tuttavia, non significa (almeno non necessariamente) arbitrarietà, o casualità dell'esito della decisione (come nel caso del giudice Bridoye, nel celebre romanzo di Rabelais¹⁴). Secondo Ross, ad esempio, dovrebbe essere per lo più possibile prevedere, in qualche modo, gli esiti delle decisioni giudiziarie. Ciò è possibile in ragione del fatto che i giudici d'un determinato ordinamento giuridico condividono, o comunque partecipano in qualche modo d'una cultura giuridica¹⁵, in cui circolano una o più ideologie delle fonti e del metodo

¹² Cfr. precedente nota 6. La costitutività d'un atto con cui si ascrive a un testo un significato è ovviamente differente da quella d'un atto che produce una norma nuova. Più in generale, costitutivi sono anche gli atti con cui il giudice decide non solo la *questio iuris*, ma anche la decisione sulla *questio facti*: al riguardo, cfr. ad esempio T. Mazzaresse, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Torino, 1996, 57-104, nonché M.Q. Silvi, *Atti ascrittivi e performatività*, in A. Rossetti ed E. Colzani (a cura di), *Mente azione normatività*, Milano, 2014, 29 ss.

¹³ A. Ross, *Diritto e giustizia*, Torino 1965 [1958], 143.

¹⁴ Il giudice Bridoye è il noto personaggio delle avventure di Pantagruel, che compare nei capitoli XXXIX-XLII del *Tiers Livre*, e che decide le cause con un lancio di dadi. Su tale figura cfr. l'acuta analisi di B. Cavallone, *La borsa di miss Flite. Storie e immagini del processo*, Milano, 2016, 170-181.

¹⁵ Cfr. ad esempio A. Ross, *op. cit.*, 71, secondo cui «il processo mentale con il quale il giudice decide di fondare la decisione su una norma piuttosto che su un'altra, non è un capriccio o un atto arbitrario, variabile da un giudice a un altro, ma è un processo determinato da atteggiamenti e da concetti, da una *comune ideologia normativa* presente e attiva nelle menti dei giuridici quando questi agiscono in veste di giudici». E così, prosegue Ross (ivi, 94), «[i]l diritto è legato al linguaggio come mezzo per comunicare significati, e il significato che è connesso alle parole del diritto è condizionato per mille vie da taciti presupposti sotto forma di credenze e di pregiudizi, di aspirazioni, modelli di comportamento e valutazioni, esistenti nella tradizione culturale che è comune al legislatore e al giudice. Il giudice nell'adempimento della sua professione è sottoposto all'influenza della tradizione culturale [...]».

interpretativo. Un'ideologia delle fonti è un insieme di «direttive che non concernono direttamente il modo di risolvere una controversia giuridica, ma indicano il modo secondo il quale il giudice dovrà procedere per scoprire la direttiva o le direttive rilevanti per la controversia di cui si tratta»¹⁶; mentre un'ideologia del metodo interpretativo è un insieme di direttive che indicano il modo in cui il giudice dovrebbe interpretare e applicare le direttive individuate per la soluzione della controversia¹⁷. Come è stato correttamente osservato, peraltro, è improbabile che, in un certo ordinamento, vi sia una sola ideologia delle fonti e del metodo interpretativo, ciò che può portare a risultati interpretativi (e applicativi) anche molto divergenti da parte della giurisprudenza a seconda dell'ideologia che orienta il singolo decidente¹⁸.

Come tali ideologie si configurino, però, è questione che varia a seconda del singolo ordinamento positivo, e non può che essere oggetto d'una analisi empirica (anche se il fenomeno, come visto, è accessibile all'analisi teorica). Esse certamente incidono sul concreto contenuto di quelli che Ross chiama i *fattori pragmatici dell'interpretazione*, i quali «consistono in considerazioni fondate su una valutazione della ragionevolezza pratica del risultato [di una norma o di un istituto], giudicato [tale risultato] in relazione a certe fondamentali valutazioni presupposte»¹⁹.

Tra i fattori pragmatici censiti da Ross, ve ne sono almeno due (connessi tra loro) di cui è bene dar qui conto: (i) quello secondo cui il giudice, quando interpreta, normalmente assumerebbe che le norme abbiano uno scopo la cui realizzazione si accorda con gli effetti della norma stessa; e (ii) quello per cui la ricerca dello scopo più adeguato alla norma non prescinderebbe dai valori o dagli interessi che sono presenti al giudice al momento della decisione, con la conseguenza che, nella sua interpretazione, opera un inevitabile «adattamento valutativo delle norme ai valori» che il giudice presuppone²⁰. Un tale «adattamento» dipende quindi dall'ideologia delle fonti e dell'interpretazione cui il giudice aderisce (ad esempio, se si tratta d'una ideologia d'orientamento più sostanzialista, il giudice si sentirà più libero nel compiere un tale «adattamento», andando anche oltre il dato del testo normativo da interpretare; mentre se il suo orientamento ideologi-

¹⁶ A. Ross, *op. cit.*, 72.

¹⁷ A. Ross, *op. cit.*, 103-105. Che le due ideologie (delle fonti e del metodo) siano connesse tra loro è evidente, visto che prima il testo da interpretare deve essere anche individuato nell'ambito del sistema delle fonti. Sui rapporti tra le due ideologie, cfr. Ivi, 146-148.

¹⁸ Così, ad esempio, G. Pino, *L'applicabilità delle norme giuridiche*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 11, 2011, 852-853. Giorgio Pino ha approfondito (invero in modo più rigoroso di Ross) il tema del condizionamento delle ideologie delle fonti e del metodo, nell'ambito d'una ricerca teorica dedicata al concetto di applicazione. Cfr. anche G. Pino, *Teoria analitica del diritto. I. La norma giuridica*, Pisa 2016, nonché Id., *L'interpretazione nel diritto. Come un trattato*, Torino, 2021.

¹⁹ A. Ross, *op. cit.*, 137 (corsivo mio).

²⁰ Cfr. Ivi, 137 e 148. Per un approfondimento, cfr. M.Q. Silvi, *Funzione dell'atto giuridico e interpretazione*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2018, 369 ss.

co fosse più formalista, allora egli potrebbe essere meno propenso ad adattare la norma oltre i limiti testuali²¹).

Le considerazioni sopra svolte ineriscono alla teoria dell'interpretazione (sono volte a chiarire come l'attività interpretativa di fatto avvenga). Nel seguito, esaminerò alcune pronunce al fine di valutarle (in modo critico) e fare emergere (esplicitandolo), un criterio direttivo il quale, a mio avviso, dovrebbe orientare l'attività interpretativa e argomentativa del giudice, almeno in certi contesti di decisione, con l'auspicio che esso possa essere accolto tra i fattori pragmatici dell'interpretazione.

1.2. *Contesti di decisione*

I contesti di decisione su cui intendo concentrare la mia analisi, come anticipato *sub* 0, sono rappresentati da quelle controversie che riguardano la legittimità di provvedimenti amministrativi con cui le c.d. autorità (indipendenti) di regolamentazione normano vari aspetti del settore alla cui disciplina sono appunto preposte. Come detto, limito la mia analisi al settore dell'energia, anche se non escludo che essa (coi dovuti adattamenti) possa valere anche per gli altri settori regolamentati.

Quali peculiarità presentano tali contesti di decisione che ne giustificano un'analisi specifica? Almeno due sono, a mio avviso, gli aspetti rilevanti, tra loro connessi, i quali possono essere tratteggiati nei termini seguenti: (i) in primo luogo, gli atti di normazione delle autorità di regolamentazione *conformano* una fitta rete di rapporti giuridici tra i diversi soggetti che operano nel settore economico di riferimento, e che, nel loro insieme, concorrono a costruire la trama giuridica in cui quel settore (principalmente) consiste (*sub* 1.2.1); (ii) in secondo luogo, in tale attività conformativa, l'autorità di regolamentazione svolge anche un'attività (logicamente ulteriore e distinta) di *sistemazione giuridica*: essa cioè, nell'adottare una disciplina d'una attività, tenta anche di ricondurre a sistema (tenta di ricostruire una trama sistematica che leghi) l'insieme delle norme da essa prodotte, unitamente a quelle adottate dal legislatore (nazionale/comunitario) e da altre fonti di produzione (delegate) sulla stessa materia (*sub* 1.2.2).

²¹ Sulla differenza tra ideologie formaliste (o legaliste) e ideologie sostanzialiste, cfr. G. Pino, *L'applicabilità delle norme giuridiche*, cit., 848-851, nonché Id., *L'interpretazione nel diritto*, cit., cap. IX.

1.2.1. *Regolazione e conformazione di rapporti giuridici*

Quanto al primo aspetto (l'attività normativa di Arera conforma l'insieme dei rapporti giuridici in cui consistono i settori regolati), il settore dell'energia è emblematico: le c.d. filiere dell'elettricità e del gas naturale si articolano in una serie di attività (importazione/produzione, trasporto su reti nazionali, trasporto su reti locali, vendita all'ingrosso e vendita al dettaglio) e di conseguenti rapporti contrattuali, tra i diversi esercenti tali attività e i relativi utenti, i quali rapporti, nel loro assieme, concorrono a costituire i mercati dell'energia (all'ingrosso e al dettaglio). Arera, in quanto competente a disciplinare, in termini generali, le condizioni (in alcuni casi anche economiche) di accesso ed erogazione dei servizi in cui le suddette attività si traducono, conforma, eterointegrandoli, tutti i relativi rapporti, plasmando la morfologia dei relativi tipi contrattuali e dei mercati stessi²².

Ma non solo. L'aspetto più interessante, a mio avviso, consiste nel fatto che la regolazione di Arera non "entra" solo nei singoli contratti, ma costruisce e conforma anche la fisionomia delle *relazioni* che intercorrono tra detti contratti. Si è proposto di parlare, in proposito, di «strutture contrattuali» per riferirsi, appunto, a un «sistema di interazioni tra singoli contratti, ulteriore rispetto a quello di carattere economico e commerciale, all'evidenza apprezzabile, che definisce per l'appunto la filiera» energetica, «interazioni istituite e disciplinate nelle deliberazioni [di Arera]»²³. Si tratterebbe, in altre parole, di forme di collegamento negoziale (necessario), costituite dalla regolazione di Arera, le quali «si fondano sul

²² La letteratura sul rapporto tra regolazione amministrativa indipendente e contratto è ormai molto ampia, specialmente con riferimento ai settori dell'energia e agli interventi di Arera. Non è possibile, né utile, darne qui conto. Mi limito a segnalare che, in linea di massima, la dottrina pubblicistica è principalmente interessata al fondamento di tali interventi da parte del regolatore, rispetto alla compressione dell'autonomia privata che ne consegue, nonché alle possibili "torsioni" che il c.d. principio di legalità ne soffrirebbe (per una panoramica, mi limito a rinviare a D. Simeoli, *Contratto e potere regolatorio (rapporti tra)*, in *Dig. Priv.*, Sez. Civ., Torino, 2014, 91 ss.). Nonostante la varietà delle posizioni in dottrina, univoca e consolidata mi pare, invece, la giurisprudenza formatasi sui provvedimenti di Arera, su cui (oltre a Cass., sez. III, 30 agosto 2011, n. 17786; Cass., sez. IV-3, 31 ottobre 2014, n. 2382, Cass., sez. VI, 2 febbraio 2016, n. 1906), cfr., a mero titolo d'esempio, Cons. Stato, sez. VI, 27 giugno 2019, n. 4422; 23 marzo 2019, n. 1958; 24 maggio 2016, n. 2182. Più proficuo e interessante mi pare l'approccio d'una certa dottrina civilistica, che si interroga su come la regolazione operi rispetto ai generali principi e categorie del diritto dei contratti: al riguardo, mi limito a rinviare a G. Gitti (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006; Id., *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, Annali V, Milano, 133 ss.; Id., *Strutture contrattuali nei mercati del gas*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2014, 2, 201 ss.; A. Silipo, *Il pegno irregolare sul gas naturale depositato in stoccaggio*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2014, 2, 249 ss.; C. Ferrari, *I contratti dei mercati regolati*, Torino, 2018; Id., *Condizioni generali e predisposizione autoritativa del contenuto dei contratti (standard)*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2022, 1, 103 ss.; M. Angelone e M. Zarro (a cura di), *Diritto civile della regolazione. Conformazione degli atti di autonomia e disciplina dei mercati*, Napoli, 2022.

²³ G. Gitti, *Strutture contrattuali nei mercati del gas*, cit., 202.

presupposto di uno specifico *oggetto*, e non direttamente sui contratti, che rilevano solo in seconda battuta, perché hanno, per l'appunto, quell'*oggetto*»²⁴.

Un tale "oggetto" – è bene chiarirlo anche al fine della successiva analisi (*sub* 2) – è un oggetto complesso, il cui nucleo (procedendo con quale inevitabile semplificazione) può essere scomposto, grosso modo, nei seguenti elementi: (i) la presenza di un insieme di infrastrutture (di rete e non) quale elemento materialmente necessario per chi, operando nei mercati dell'energia (all'ingrosso o al dettaglio), deve assicurare l'esecuzione di contratti di vendita o somministrazione conclusi in tali mercati; (ii) la natura c.d. essenziale di tali infrastrutture, ossia l'essere non duplicabili ed esercitate in condizioni di monopolio legale o di fatto (si tratta di c.d. *essential facilities*²⁵); (iii) la scelta (compiuta dal legislatore italiano su impulso di quello comunitario) di liberalizzare la domanda e l'offerta dell'energia in un contesto in cui, quindi, i nuovi venditori (diversamente dagli ex monopolisti nella vendita) non dispongono delle suddette infrastrutture (né sono in grado di realizzarle agevolmente)²⁶.

La compresenza di tali tre elementi rende necessario, per chi intende operare nei mercati dell'energia, ottenere la cooperazione dei soggetti che gestiscono le infrastrutture di rete, divenendo quindi *utenti* d'un *servizio* che il gestore è tenuto a offrire nei confronti di coloro che lo richiedono (c.d. obbligo di *third party access*²⁷). La dinamica che ne consegue genera una serie di esigenze e di interessi alla cui tutela e promozione dovrebbe provvedere proprio l'autorità di regolamentazione di settore attraverso la disciplina condizioni, anche economiche (c.d. tariffa), di erogazione dei servizi infrastrutturali – soprattutto se si considera il potenziale conflitto di

²⁴ Ivi, 218.

²⁵ La letteratura sulle c.d. *essential facilities doctrine* è praticamente sconfinata. Mi limito a rinviare, tra i tanti e per prime nozioni, a R. Pitofsky, D. Patterson, J. Hook, *The essential Doctrine under U.S. Antitrust Law*, in *Antitrust Law Journal*, 2002, 2, 442 ss.; P. Areeda, *Essential Facilities. An Epithet in Need of Limiting Principles*, in *Antitrust Law Journal*, 1990, 3, 841 ss.; A. Cavaliere, *Liberalizzazione e accesso alle essential facilities: regolamentazione e concorrenza nello stoccaggio del gas naturale*, in *Politica economica*, 2007, 1, 59 ss.; Id., *Regolamentazione e concorrenza nello stoccaggio del gas naturale*, in M. Renna (a cura di), *Infrastrutture di stoccaggio e quote di mercato del gas naturale*, Milano, 2011, 59 ss.

²⁶ Mi riferisco, ovviamente, al d.lgs. 79/99 e al d.lgs. 164/00 per i settori, rispettivamente, dell'energia elettrica e del gas naturale (di attuazione delle direttive 92/02/CE e 98/30/CE). È con la liberalizzazione decisa a livello comunitario che la disciplina dei settori elettrico e del gas naturale ha iniziato a "convergere" in un *corpus* di norme che oggi viene designato con l'espressione di "diritto dell'energia". Tipici istituti che caratterizzano un tale diritto, nella prospettiva procompetitiva che lo connotano, sono il c.d. obbligo di accesso (su cui cfr. nota successiva), la segregazione sotto il profilo della gestione e della *governance* delle attività infrastrutturali rispetto a quelle di vendita/produzione (c.d. *unbundling*), nonché la regolazione indipendente: su tali aspetti, cfr. M.Q. Silvi, *Elementi della regolazione dei mercati dell'energia*, cit., 408 ss.

²⁷ Secondo la ricostruzione dogmatica fornita dal giudice amministrativo, l'obbligo di *third party access* consiste, nient'altro, che in un obbligo legale a contrarre, per il gestore dell'infrastruttura, riconducibile allo schema dell'art. 2597 c.c. (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 3 dicembre 2008, n. 5936).

interessi, derivante dall'elemento *sub* (iii), in cui si trova il gestore dell'infrastruttura, qualora abbia rapporti col venditore ex monopolista su quella rete²⁸.

I brevi lineamenti ora tracciati fanno emergere, a mio avviso, un dato interessante: quello delle conseguenze (pratiche e giuridiche) che i singoli provvedimenti regolatori di Arera hanno per il settore regolato (nonché, di riflesso, delle ricadute che possono avere le pronunce dei giudici sulla legittimità di tali provvedimenti). La disciplina (economica e non) d'una certa attività da parte di Arera, infatti, incide su una pluralità di rapporti contrattuali che non coinvolge solo quelli che si instaurano tra esercenti e utenti dei servizi in cui si estrinseca l'attività regolata; ma si riverbera anche tra le controparti dei rapporti giuridici che sono, in vario modo, collegati a quell'attività (anche in tale prospettiva, quindi, ho proposto di parlare di ricadute *sistemiche*: esse sono, normalmente, diffuse, complesse e articolate, in quanto coinvolgono anche rapporti che non sono solo quelli direttamente incisi dal provvedimento di regolazione, ma che sono comunque collegati a quelli su cui la regolazione direttamente ricade).

Due esempi possono essere utili. *Primo esempio*: la disciplina delle condizioni economiche d'un servizio infrastrutturale (c.d. regolazione tariffaria) non incide solamente sui rapporti tra gestore dell'infrastruttura di rete e suoi utenti (integrandone la disciplina dei corrispettivi), ma ricade anche sui rapporti tra gli utenti dell'infrastruttura, ossia venditori di energia (al dettaglio o all'ingrosso), e le proprie controparti acquirenti, alle quali i costi del servizio di trasporto sono ribaltati nell'ambito del relativo contratto di vendita (c.d. fornitura).

Secondo esempio: il venditore al dettaglio che abbia un cliente inadempiente e voglia esercitare l'eccezione d'inadempimento (art. 1460 c.c.), che avviene attraverso la temporanea disalimentazione dell'impianto di consumo del medesimo cliente, necessita della materiale collaborazione del gestore della rete alla quale tale impianto è allacciato. È quindi solo nell'ambito della regolazione di Arera, relativa alle condizioni (non economiche) dei servizi di rete (e quindi nell'ambito del contratto tra gestore di rete e utente, conformato dalla regolazione di Arera), che può trovare disciplina un tale profilo essenziale per le vicende funzionali proprie del differente (ma collegato) contratto di fornitura tra venditore/utente della rete e cliente finale (consumatore di energia fisicamente allacciato alla rete)²⁹.

²⁸ Tale situazione, oggi, può considerarsi superata con riferimento alle reti nazionali di trasporto elettrico e gas, i cui gestori (rispettivamente dalle società Terna S.p.A. e Snam Rete Gas S.p.A.) sono pienamente segregati dalle società di vendita/produzione, anche sotto il profilo proprietario (c.d. *ownership unbundling*).

²⁹ Più in generale, l'effettivo dispiegarsi della fase funzionale dei contratti di somministrazione con clienti finali (consumatori) passa per la disciplina dei servizi delle reti alle quali quei clienti sono allacciati, dall'avvio dell'esecuzione del contratto di fornitura, al suo scioglimento, passando alla gestione della sua esecuzione fisiologica, nonché delle patologie. Per un'analisi dettagliata di tali aspetti, cfr. ad esempio M.Q. Silvi, *DLT e nuove opportunità evolutive per il Sistema Informativo Integrato nei mercati dell'energia*, cit., 173 ss. Con particolare riferimento, poi, all'esercizio dell'eccezione di inadempimento nel settore dell'energia, cfr. A. D'Adda, *L'auto-*

1.2.2. *Regolazione e sistemazione giuridica*

Il secondo aspetto che caratterizza l'attività normativa di Arera consiste nel fatto che essa risulta (tendenzialmente) connessa a un'attività di *sistemazione giuridica* del settore regolato. L'autorità di regolamentazione settoriale, come visto, opera come una sorta di micro-legislatore, delegato a disciplinare le varie attività, in coerenza con alcune disposizioni legislative (nazionali/comunitarie) che hanno (almeno di norma) carattere generale, e si comportano quindi come principi che orientano l'esercizio del potere normativo dell'autorità³⁰. Tuttavia, l'autorità di regolamentazione (in deroga all'art. 3, co. 2, l. 241/90) è tenuta a motivare i suoi atti di normazione³¹, al fine di giustificare la regolazione prodotta rispetto al quadro legislativo (nazionale e comunitario), con la conseguenza che, in tali atti, sono compresenti due diversi tipi di discorsi: (i) sia discorsi normativi in senso stretto, propri d'un organo della produzione giuridica (contenenti le disposizioni vere e proprie), (ii) sia (meta)discorsi e operazioni (di interpretazione e di costruzione giuridica) che vertono sul discorso *sub* (i) e su previgenti disposizioni contenute in documenti legislativi e in altri provvedimenti della stessa Arera.

In altre parole, le norme adottate da Arera – ricavabili dal discorso *sub* (i) – sono (di solito) il risultato d'una attività argomentativa – discorso *sub* (ii) – fatta (anche) di interpretazioni e di sistemazioni del dato normativo (legislativo e regolatorio) entro il quale si iscrivono le nuove disposizioni adottate: ciò significa che il discorso normativo *sub* (i), normalmente, trova già un inquadramento di tipo dogmatico (e sistematico) nell'ambito dei discorsi *sub* (ii) contenuti nella motivazione del provvedimento regolatorio. L'autorità di regolamentazione, insomma, svolgendo un'attività di sistemazione del diritto settoriale, compie (anche) attività dogmatica, al pari di quanto fanno giurisprudenza e dottrina.

Per quanto riguarda Arera, in particolare, essa ha rivendicato, sin dall'inizio della sua operatività, un tale "compito" di «presidiare anche l'esigenza di unità e di unificazione sistematica dell'assetto normativo delle relazioni commerciali nel-

tutela del creditore nel mercato dell'energia e del gas: i limiti all'eccezione di inadempimento, in *Contratto e impresa*, 2015, 1, 79 ss.; M.Q. Silvi, *Tipi regolatori. Per la tutela del credito nel diritto dell'energia*, in *Notizie di Politica*, 2014, 116, 36 ss.

³⁰ L'impiego del termine 'principi', per riferirsi alle norme legislative, rispetto alla disciplina di Arera, è qui (seguendo la tassonomia proposta da R. Guastini, *Lezioni di teoria costituzionale*, Torino, 2001, 125-130) almeno duplice: le norme legislative possono (i) esigere l'adozione di altre norme che diano loro attuazione (e/o possono essere attuate in molti modi diversi); e/o possono (ii) costituire fondamento/giustificazione delle norme adottate da Arera.

³¹ La deroga alla norma di legge è tutta di natura giudiziale: con particolare riferimento ad Arera (che comunque ha sempre seguito la prassi di motivare i propri atti di regolazione), l'orientamento giurisprudenziale si è affermato (e consolidato) con Cons. Stato, sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2007, 11 aprile 2006, n. 2021, e 27 dicembre 2006, n. 7972.

le quali si traduce l'esercizio delle diverse attività»³². E ciò non solo mediante gli argomenti svolti (e le tesi affermate) nella motivazione dei suoi provvedimenti di regolazione (motivazione che è stata arricchita anche di appositi documenti che accompagnavano il provvedimento – c.d. relazioni tecniche; e che lo precedono – c.d. documenti per la consultazione), ma anche muovendosi su (almeno) altre tre direttrici: (i) valorizzando le funzioni propositive e di segnalazione assegnate dalla legge – nei confronti di Parlamento, Governo e del Ministro competente al rilascio di autorizzazioni o concessioni³³; (ii) attraverso una consolidata prassi di pubblicare (sul proprio sito internet) una serie di chiarimenti interpretativi e applicativi della propria regolazione, rispetto a casistiche dubbie (o controversie) segnalate dagli operatori settoriali; (iii) infine, tale attività interpretativa e di chiarimento è svolta anche (a volte) nell'ambito dei vari provvedimenti applicativi della sua regolazione generale (si pensi, ad esempio, ai provvedimenti sanzionatori, o a quelli di approvazione delle proposte tariffarie, o, ancora, a quelli di approvazione di determinate clausole contrattuali, ecc.).

Questa attività di sistemazione giuridica (che, a volte, diviene un'attività di vera e propria *sistematizzazione*³⁴), che Arera compie attraverso i suoi atti di regolazione, assume un ruolo notevole per chiarire meglio (e meglio tematizzare) ciò che intendo parlando di ricadute sistemiche (arricchendone il contenuto rispetto a quanto detto *sub* 1.2.1). Un provvedimento regolatorio ha ricadute sistemiche (*anche*) nella misura in cui fornisce contributo a un'attività di sistemazione giuridica del diritto settoriale, o di suoi sottosistemi (o comunque presuppone una

³² Cfr. Relazione Tecnica alla deliberazione 55/04, 3.

³³ Tale riflessione è stata sviluppata in modo rigoroso nell'ambito della Relazione Tecnica alla deliberazione 55/04, in cui Arera ha cercato di sistematizzare le competenze a essa attribuite rispetto a quelle che la legge conferisce, nei settori interessati, al Ministro competente al rilascio degli atti concessori, o comunque abilitanti d'una certa attività in cui si declina la filiera. Cfr. M.Q. Silvi, *Elementi della regolazione dei mercati dell'energia*, cit., 412-416.

³⁴ Seguendo G.B. Ratti, *op. cit.*, 69-75, rispetto a una nozione ampia di sistemazione (che consiste, in generale, nel «complesso delle operazioni necessarie a strutturare sistematicamente un certo insieme di materiali giuridici»), si può distinguere una nozione di (i) sistemazione in senso stretto, intesa come le operazioni mediante le quali si rimuovono le contraddizioni all'interno d'un sistema, e la nozione di (ii) sistematizzazione, intesa nel senso «di sviluppo (*development, desarrollo*) logico di un certo insieme di norme giuridiche». Giambattista Ratti, inoltre, ha distinto diverse attività (e relative caratteristiche) di sistemazione/sistematizzazione, a seconda che esse siano compiute dagli organi della produzione (sistemazioni legislative), o dell'applicazione (sistemazioni giudiziali), o, infine, dalla c.d. scienza giuridica (sistemazione dottrinale). Secondo Ratti, ad esempio, solo raramente il legislatore compie attività di sistematizzazione, diversamente dai giudici o, ancor più dalla dottrina. A me pare, che, nel caso delle autorità di regolamentazione (almeno in quello di Arera), nell'ambito dei discorsi che queste sviluppano nelle motivazioni dei provvedimenti, e nelle attività di chiarimento e di *moral suasion*, siano rintracciabili operazioni di sistematizzazione, ad esempio, (seguendo G.B. Ratti, *op. cit.*, 89) sia di analisi giuridica «che consiste nella scomposizione, per via di successiva astrazioni da casi concreti, dei concetti giuridici fondamentali», sia di contrazione logica, «che consiste nell'inferire dei principi generali dalle disposizioni normative di dettaglio» che può risultare prodromica a una ulteriore attività di «sviluppo delle conseguenze logiche di tali principi».

tale sistemazione già compiuta, alla luce della quale è inquadrato il contenuto delle disposizioni adottate).

Parimenti, anche una sentenza con cui il giudice che si pronuncia sulla legittimità (o sull'illegittimità) d'un provvedimento di regolazione può avere analoghe ricadute sistemiche. Nell'adottare la sua decisione, infatti, il giudice inevitabilmente si confronta anche con le ricostruzioni e le sistemazioni (e le sistematizzazioni) giuridiche compiute dall'autorità di regolamentazione: pertanto, una decisione giudiziale non incide solamente sui (complessi e numerosi) rapporti giuridici conformati dalla regolazione settoriale, e sulla loro disciplina generale; essa può anche andare a toccare alcune delle linee portanti del sistema entro sui si colloca una tale disciplina.

2. *Fenomenologia*

Per dirla con le parole di Guastini prese a motto del presente lavoro, «la questione: in quale modo i giudici ragionino nella realtà – [...] tenendo in conto o trascurando le conseguenze prevedibili delle decisioni – è sì una questione psicologica, ma non per questo occorre l'introspezione o la psicoanalisi per rispondervi». A questa domanda, osserva Guastini, «si può rispondere sperimentalmente, osservando da quali tipi di argomentazioni (deontologiche o teleologiche, formalistiche o utilitaristiche) di fatto i giudici si lascino persuadere»³⁵.

In realtà, non è solo dall'analisi degli argomenti addotti dal giudice nella motivazione della sentenza, che si comprende se egli abbia o meno considerato, ai fini della sua decisione, «le conseguenze prevedibili» della stessa; si può (forse meglio, si *deve* – laddove si assuma un approccio d'analisi pragmatico) confrontare tali argomenti con le conseguenze che, in concreto, la decisione ha prodotto. Ciò soprattutto se si tratta di ricadute sistemiche, ossia ricadute che, in qualche modo, incidono (i) sulla ricca rete di rapporti costituiti o comunque conformati dall'atto di regolamentazione sulla cui legittimità il giudice si esprime, nonché (ii) su aspetti importanti delle relazioni sistematiche che legano l'insieme di norme entro cui si collocano quelle oggetto della pronuncia giudiziale.

In tale caso, infatti, le conseguenze della decisione del giudice possono essere ritenute “prevedibili” (nel senso che il giudice, che dovrebbe conoscere l'atto di regolazione impugnato, e la struttura dei rapporti in cui esso interveniva, dovrebbe essere in grado di prevedere le ricadute sistemiche della sua decisione).

Nel seguito esibirò alcune decisioni nelle quali, a me pare, il giudice si sia pronunciato sulla (il)legittimità della regolazione settoriale di Arera, senza aver,

³⁵ R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, cit., 168-169.

però, considerato *adeguatamente* tali prevedibili ricadute sistemiche. Le decisioni che considero afferiscono a due diverse “vicende”, che a me paiono emblematiche. Purtroppo, l’illustrazione di ogni caso richiede un cenno alla regolazione di contesto che, come visto, può risultare complicata, e richiede un minimo di spiegazione.

È bene subito avvertire che, fortunatamente, decisioni disastrose (almeno nel settore dell’energia) sono molto poche³⁶. Ma, ciononostante, dati i loro effetti sistemici importanti, esse risultano comunque altamente problematiche, ed è bene che siano evitate.

2.1. *Garanzie del trasporto di energia elettrica e oneri generali di sistema*

La vicenda più emblematica è, a mio avviso, ravvisabile in quella che attiene alla disciplina delle garanzie del servizio di trasporto dell’energia elettrica, in merito ai c.d. oneri generali di sistema del settore elettrico.

2.1.1. *Contesto*

Gli oneri generali di sistema (nel seguito, anche: ‘OG’) si presentano come una maggiorazione della tariffa di trasporto di energia elettrica, ossia del prezzo (regolamentato da Arera) che chi utilizza le infrastrutture di rete deve corrispondere al gestore (nella specie, al distributore). Gli OG sono quindi oggetto di specifiche “componenti tariffarie”, ma non costituiscono controprestazione economica del servizio di trasporto reso dal gestore di rete, essendo piuttosto volti a finanziare attività di interesse generale individuate dal legislatore (quali le varie forme di incentivo previste dal nostro ordinamento per le c.d. fonti rinnovabili, o le misure solidaristiche per persone in condizione di disagio economico – c.d. *bonus* sociale, o le opere di dismissione delle centrali nucleari realizzate in Italia prima del referendum). Il gettito degli OG, pertanto, non è trattenuto dal gestore di rete, ma versato su appositi conti gestiti da un ente pubblico (la Cassa per i

³⁶ Oltre a quelle esaminate nel presente lavoro, ve ne è (almeno) un’altra che meriterebbe analogo analisi (che però non è possibile qui compiere per ragioni di spazio). Si tratta di una serie di sentenze del 2022 (cfr. ad esempio Cons. Stato, sez. VI, 8 luglio 2022, n. 5745, e Cons. Stato, sez. II, 15 novembre 2022, n. 9998, e 18 novembre 2022, n. 10459) con cui il Consiglio di Stato ha disarticolato l’assetto sistematico della disciplina per l’aggiornamento degli incentivi (finanziati con gli OG) spettanti ad alcuni impianti di produzione di energia elettrica (c.d. impianti Cip 6). Pure interessante è una vicenda, occorsa stavolta non nel settore dell’energia, ma in quello dei rifiuti urbani e assimilati (pure sottoposto alla regolazione di Arera), con riferimento ai c.d. sistemi di compliance, su cui cfr. Cons. Stato, sez. II, 24 luglio 2023, n. 7196 (nonché, in sede di prima ottemperanza, la deliberazione 389/23, 19-20, 25-26 – su quest’ultimo provvedimento cfr. Cons. Stato, sez. II, 23 febbraio 2024, n. 1821).

servizi energetici e ambientali – ‘Csea’), che poi li destina ai diversi impieghi previsti dalla legge (secondo varie modalità).

Gergalmente, si parla(va) al riguardo (in modo invero poco chiaro) di “prestazioni patrimoniali imposte” o di “oneri parafiscali”³⁷. Prima della liberalizzazione del settore energetico, gli OG erano applicati dal legalmonopolista nell’ambito della bolletta di fornitura emessa verso il c.d. cliente finale. Con la sopravvenuta liberalizzazione, invece, e con la connessa separazione delle attività infrastrutturali da quelle di vendita, gli OG sono divenuti una maggiorazione dei corrispettivi di accesso alla rete (art. 3, co. 10 e 11, d.lgs. 79/99): essi sono quindi posti in capo ai venditori, che ovviamente sono liberi di ribaltare tale costo ai propri clienti finali, unitamente all’intero corrispettivo di trasporto.

Ad Arera, cui compete la regolazione anche economica del servizio di trasporto, è stato quindi affidato anche il compito di disciplinare le modalità di esazione degli OG (e stabilire il loro dimensionamento, in funzione del reale fabbisogno). In estrema sintesi, le modalità di esazione degli OG sono state definite in modo da lasciare un capo al gestore di rete il rischio dell’inadempimento di controparte, ciò sul presupposto che il gestore ha la piena disponibilità degli strumenti di tutela, tra cui anche la possibilità di richiedere ai venditori il rilascio di adeguate garanzie per l’adempimento degli obblighi di pagamento comprensivi degli OG (analogo ragionamento valeva, a maggior ragione, per il venditore che, pur dovendo corrispondere gli OG fatturati dal gestore di rete indipendentemente dall’effettivo incasso presso i corrispondenti clienti, aveva la possibilità di tutelarsi nell’ambito del proprio rapporto contrattuale, potendo chiedere al proprio cliente di prestare garanzie adeguatamente dimensionate).

³⁷ Tali espressioni ambigue nascondono un problema notevole, circa la natura, tributaria o contrattuale, di tale prestazione patrimoniale. Il problema si è posto in tempi recenti, parallelamente alle pronunce sugli oneri che discuterò qui. Non v’è spazio per affrontare tale (ulteriore) questione: per completezza basti rilevare che la natura fiscale degli OG è stata espressamente asserita dalla stessa Arera, con la Memoria 588/18 (cfr. 9) e, prima di lei, la Corte di giustizia europea, ne aveva riconosciuto (almeno *prima facie*) la qualifica di imposta indiretta ai sensi della direttiva 2003/96/CE (cfr. sent. 18 gennaio 2017, C-189/15, §§ 30-40; per un caso analogo, afferente al sistema francese, cfr. in termini sent. 25 luglio 2018, C-103/17). Il giudice del rinvio, tuttavia, aveva risolto la causa senza fare applicazione di tale pronuncia della Corte, esprimendo, in via incidentale, la propria preferenza sulla natura non tributaria degli OG (Cons. Stato, sez. VI, 9 gennaio 2018, n. 346/18, § 8.1), preferenza che è stata affermata espressamente dallo stesso Consiglio di Stato nel maggio 2022 (quando quindi si erano dispiegati gli effetti rovinosi delle pronunce che qui si commenteranno – cfr. Cons. Stato, sez. II, 24 maggio 2022, n. 4127, §§ 8.2-8.3). Tuttavia, in tempi recentissimi, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nel risolvere un problema di giurisdizione nel caso d’impugnazione da parte d’un gestore di rete, degli atti di recupero degli OG messi in atto da Csea, si sono pronunciate sulla questione della natura degli OG, escludendone la natura tributaria, in quanto, pur essendo «senz’altro dovuti *ex lege*», difettano però della natura coattiva, in quanto «la [relativa] decurtazione patrimoniale, rispetto al cliente finale, è definitivamente provocata solo dallo spontaneo pagamento al venditore dell’importo dovuto, al fine di ottenere la fornitura dell’energia elettrica o del gas» (Cass, ss. uu., 18 dicembre 2023, n. 35282, §§ 28-29). Tuttavia, le medesime Sezioni Unite riconoscono la natura non sinallagmatica della prestazione, lasciando, in definitiva, insoluto il problema del “parafiscale”.

Il problema che è emerso riguarda il progressivo aumento delle esigenze di gettito degli OG, e quindi delle relative componenti tariffarie, dovuto soprattutto all'incremento degli incentivi per le fonti rinnovabili previsti dal legislatore nazionale. Tale politica incentivante ha portato a un'esponenziale crescita della "voce" OG «che inizialmente era coerente con la natura di maggiorazione dei corrispettivi di trasporto», ma che poi «è diventata una voce di pari, e addirittura di maggiore, incidenza rispetto ai medesimi corrispettivi» relativi al servizio di trasporto vero e proprio³⁸. Tanto che la stessa Arera, nel 2015, ha segnalato la criticità derivante dalla maggiore incidenza degli OG sulla bolletta (all'epoca più che triplicata rispetto al 2009)³⁹.

L'aumento del peso assunto dagli OG, rispetto alla restante quota dei corrispettivi di trasporto, ha determinato, per quel che qui rileva, alcuni problemi per i venditori (utenti del trasporto) operanti sui mercati *retail*, derivante dai (conseguenti) (i) maggiori inadempimenti dei propri clienti finali (sempre più diffusi), nonché (ii) incrementi delle garanzie richieste dai gestori di rete anche per il pagamento degli OG. L'elemento (i) determina difficoltà nel recuperare dai propri clienti i costi sostenuti per il trasporto (tra cui gli OG fatturati dal gestore di rete); l'elemento (ii) introduce invece ostacoli alla stessa partecipazione al mercato *retail*, dovute all'aumento dei costi di tali garanzie richieste da banche e assicurazioni, e dalla difficoltà di reperirne, dati gli importi divenuti considerevoli⁴⁰ (a quest'ultimo riguardo, deve infatti ricordarsi che la risoluzione del contratto di trasporto da parte del gestore di rete comporta l'impossibilità per il venditore suo utente di dare esecuzione fisica ai propri contratti di vendita verso i clienti allacciati a quella rete; con la conseguente estromissione del venditore dal mercato *retail* – almeno nell'ambito territoriale in cui opera il gestore).

Le suddette esigenze si sono poste nell'ambito d'un procedimento, avviato da Arera nel 2013, per la definizione d'una disciplina dettagliata del servizio di trasporto dell'energia elettrica, con particolare riferimento alle modalità e ai tempi di fatturazione, nonché all'individuazione delle garanzie e alla loro gestione in caso di inadempimento contrattuale da parte dell'utente della rete. Il procedimento – concluso con la deliberazione 268/15 – è stato lungo (quasi due anni) e articolato, a causa della difficoltà di trovare un ragionevole equilibrio tra due principali esigenze confliggenti: (i) quella di contenere il rischio dell'inadempimento

³⁸ Memoria Arera 20 novembre 2018, 588/2018/I/EEL, 7-8. Il gettito annuo degli OG complessivamente raccolto attraverso le "maggiorazioni" ai corrispettivi di trasporto è passato da circa 5 miliardi e mezzo di euro, a più di 14 miliardi.

³⁹ Cfr. Segnalazione 18 giugno 2015, 292/2015/I/EEL, 6-7.

⁴⁰ Cfr. anche Memoria Arera 588/2018/I/EEL, 8-9.

mento degli utenti di rete, e assicurare l'esazione degli OG; e (ii) quella di non ostacolare l'accesso al servizio ai medesimi⁴¹.

Un tale equilibrio è stato trovato da Arera nell'ambito d'una serie di accorgimenti della disciplina delle garanzie⁴², mantenendo però fermo il principio per cui il gestore di rete ha titolo di dimensionare le garanzie che l'utente deve prestare, includendo anche gli importi dovuti a titolo di OG (tale principio era stato mantenuto fermo anche in sede d'avvio nelle more del procedimento – deliberazione 612/13).

Mi pare utile su questo punto sottolineare un aspetto importante. La decisione di Arera di (continuare a) includere gli importi dovuti a titolo di OG del dimensionamento delle garanzie rispecchia due elementi centrali del sistema d'esazione degli OG da essa costruito: da un lato, presuppone che (i) «gli utenti del trasporto non si limitano a svolgere un'operazione di raccolta delle somme relative agli oneri generali di sistema nell'interesse di altri soggetti, ma, ai sensi dell'art.3, co. 11, d.lgs. 79/99, sono proprio i soggetti giuridicamente obbligati a corrispondere maggiorazioni tariffarie funzionali al finanziamento di tali medesimi oneri»⁴³; (ii) dall'altro lato, giustifica (rendendolo proporzionato) l'obbligo del gestore di rete di versare interamente al sistema gli importi fatturati a titolo di OG, indipendentemente dal loro effettivo incasso (obbligo che, come detto, assicura un pronto versamento degli OG nei conti pubblici, rimettendo sul gestore il rischio dell'inadempimento dell'utente).

⁴¹ Si tratta di interessi pubblici sotto plurime prospettive, che assumono rilievo rispetto alle principali finalità che dovrebbero orientare la regolazione di Arera (promozione dell'efficienza dei servizi, tutela del consumatore finale, promozione della concorrenza – art. 1, co. 1, l. 481/95), e che entrano, nel caso di specie, in conflitto tra loro). Il primo interesse (riduzione della morosità dei venditori) coinvolge, oltre alla posizione dei gestori di rete, esercenti un servizio pubblico (rilevante per la finalità di promuovere l'efficienza dei servizi), anche la posizione della generalità dei clienti finali sui quali, di fatto, ricade il costo dei servizi (e assume pertanto rilievo rispetto alle finalità di tutela del consumatore finale), nonché la posizione dei soggetti che beneficiano delle attività che lo Stato ha deciso di finanziare con gli OG (sotto tale profilo, l'interesse rileva per finalità erariali). La seconda esigenza (non ostacolare l'accesso alla rete dei venditori), invece, riguarda la posizione dei venditori che operano nel mercato *retail* (e assume pertanto rilievo rispetto alle finalità procompetitive che Arera deve perseguire).

⁴² In particolare, la deliberazione 268/2015 è intervenuto riducendo l'importo massimo della garanzia, riducendo l'esposizione potenziale dell'utente a 3 mesi (rispetto al potenziale scoperto che la regolazione consente, pari a 5 mesi), e introducendo anche forme alternative (e meno costose) di garanzie per gli utenti c.d. buoni pagatori (unitamente a un sistema di monitoraggio) – cfr. ad esempio deliberazione 268/15, 38-39.

⁴³ Deliberazione 268/15, 39.

2.1.2. *Pronunce*

È quindi sulla scelta di Arera, di continuare a includere gli importi dovuti a titolo di OG nel calcolo delle garanzie di trasporto, che si è generato un contenzioso.

La prima pronuncia del Tar (Lombardia, Sez. II, sent. 854/15), che aveva confermato la legittimità della decisione assunta da Arera, è stata riformata dal Consiglio di Stato (sez. VI, 24 maggio 2016, n. 2182), i cui argomenti sono stati ripresi (e affinati) dalle successive pronunce sia del Tar, sia del Consiglio di Stato (cfr. Tar Lombardia, sez. II, 31 gennaio 2017, nn. 237, 238, 243, 244; Cons. Stato, sez. VI, 30 novembre 2017, nn. 5619 e 5620).

Il ragionamento sviluppato nelle citate sentenze è abbastanza semplice e (apparentemente) lineare, poiché si fonda su un'interpretazione letterale d'una disposizione tratta da un decreto-legge del 2012 (art. 38, co. 3, d.l. 83/12): in forza di tale interpretazione il giudice ricava la norma che individua il soggetto passivo degli OG – «dal punto di vista giuridico ed economico»⁴⁴ – *non* nell'utente della rete, ma nel cliente finale. È dunque negato uno degli assunti principali del sistema d'esazione degli OG costruito da Arera (e confermato inizialmente dal Tar⁴⁵), e ciò in base a una disposizione legislativa sopravvenuta rispetto all'art. 3, co. 11, d.lgs. 79/99 (da cui tale assunto era stato tratto).

Da tale (nuova) premessa, il giudice trae, in sintesi, le seguenti conclusioni⁴⁶: (i) che il potere di regolazione di Arera di eterointegrare il contratto di trasporto mediante l'imposizione di garanzie a carico dell'utente non può fare riferimento a obbligazioni che non sono proprie dell'utente in virtù del contratto o di norme di legge; (ii) che tale potere di eterointegrazione non può spingersi a far gravare sull'utente il rischio dell'inadempimento d'un obbligo di legge che grava non sull'utente, ma sul cliente finale, quale quello relativo agli OG; (iii) che però, con riferimento all'esazione degli OG, resta invece prestazione dovuta dall'utente ai sensi del citato art. 3, co. 11, d.lgs. 79/99 «l'obbligo di versamento ai distributori degli [OG] che [essi utenti] abbiano già effettivamente riscosso presso i clienti finali»⁴⁷. Sulla base di tanto, è stata annullata la disciplina delle garanzie (e della

⁴⁴ Cons. Stato, sez. VI, 24 maggio 2016, § 7; cfr. ad esempio anche Tar Lombardia, sez. II, 31 gennaio 2017, 244, § 10.

⁴⁵ Cfr. Tar Lombardia, sez. II, 25 marzo 2015, n. 854, §§ 25 e 26: «L'ultima parte del comma 11 dell'art. 3 d.lgs. 79/99 [...] dispone poi che, una volta individuati gli [OG], l'A[re]ra provvede ad adeguare le tariffe per il servizio di trasporto. [...] Da quest'ultima norma si ricava che, sotto il profilo giuridico, l'obbligo di pagamento degli [OG] grava sugli utenti della rete (ed in particolare del servizio di trasporto) i quali, per far fronte ad essi, sono tenuti a corrispondere una maggiorazione tariffaria».

⁴⁶ Cfr. ad esempio Tar Lombardia, sez. II, 31 gennaio 2017, n. 244, § 12-14; nonché Cons. Stato, sez. VI, 30 novembre 2017, n. 5619, §§ 12, 13.1 e 14.1.

⁴⁷ Tar Lombardia, sez. II, 31 gennaio 2017, n. 244/17, § 14.

collegata disciplina sulla risoluzione del contratto per omesso adeguamento delle stesse) nella parte in cui comprende anche gli OG non incassati dagli utenti/venditori presso i rispettivi clienti finali.

Prima di analizzare la decisione da un punto di vista pragmatico (o consequenzialista – *sub* 2.1.3), può essere utile spendere qualche parola sugli argomenti svolti dal giudice (secondo un approccio d'analisi normativo, o deontologico).

Il cuore dell'argomentazione del giudice è quello che sostiene un mutamento del soggetto legalmente obbligato agli OG (dal venditore/utente della rete, al cliente finale), mutamento conseguente a una disciplina legislativa sopravvenuta (l'art. 39, co. 3, d.l. 83/12) che avrebbe inciso l'assetto delineato dall'art. 3, co. 11, d.lgs. 79/99 ai sensi del quale, una volta individuati gli OG (primo periodo del co. 11), Arera «provvede al conseguente adeguamento del corrispettivo» per il servizio di trasporto (secondo periodo del co. 11).

L'art. 39, co. 3, d.l. 83/12, infatti, recita che «[i] corrispettivi a copertura degli [OG] e i criteri di ripartizione dei medesimi oneri a carico dei clienti finali sono rideterminati da [Arera]» secondo alcuni criteri ivi indicati. La norma che il giudice ricava da tale testo, attraverso un'interpretazione letterale dell'inciso 'a carico dei clienti finali', è che i corrispettivi a copertura degli OG gravino, appunto, sui clienti finali, e siano quindi loro i soggetti passivi di tale prestazione patrimoniale⁴⁸. Tutto il resto segue da sé. La decisione appare quindi ben fondata (poggia su una solida interpretazione letterale d'una disposizione legislativa sopravvenuta) e (tutto sommato) ragionevole: riconosce tutela all'interesse all'esazione degli OG entro i limiti degli importi riscossi dal venditore presso il cliente finale.

Sulla ragionevolezza, tornerò meglio *sub* 2.1.3. Sulla fondatezza, qualche dubbio può essere sollevato ora. Al fine della sua interpretazione, infatti, il giudice ha selezionato, come base enunciativa un solo segmento del testo del comma 3 dell'art. 39 d.l. 83/12 (sopra riportato). Può valere però la pena riportare il comma per intero:

I corrispettivi a copertura degli [OG] e i criteri di ripartizione dei medesimi oneri a carico dei clienti finali sono rideterminati da [Arera] entro [...], in modo da tener conto della definizione di imprese a forte di energia contenuta nei decreti di cui al comma 1 e nel rispetto dei vincoli di cui al comma 2, secondo indirizzi del Ministro dello sviluppo economico. Dalla data di entrata in vigore della rideterminazione è conseguentemente abrogato l'ultimo periodo del comma 11 dell'articolo 3 del [d.lgs. 79/99].

⁴⁸ Cfr. ad esempio Cons. Stato, sez. VI, 24 maggio 2016, n. 2182, § 7 (in part. cpv 4°-8°); Tar Lombardia, sez. II, 31 gennaio 2017, n. 244, § 10; Cons. Stato, Sez. VI, 30 novembre 2017, n. 5619, §§ 10.1-10.4.

Per quel che qui rileva, basti sapere che i commi 1 e 2 dell'art. 39 sopra citati riguardano specifiche agevolazioni da introdurre a beneficio dei c.d. clienti energivori (si tratta di aiuti di Stato volti a mitigare il peso degli OG su imprese che richiedono elevati consumi di energia per la loro attività). Più attenzione è bene invece porre sul finale sull'ultimo periodo del comma in esame (mai citato dal giudice nelle sue pronunce). L'art. 3, co. 11, d.lgs. 79/99, ivi richiamato, infatti, all'epoca, (dopo i due primi periodi con cui si disponeva sull'individuazione degli OG, e si delegava Arera ad adeguare conseguentemente il corrispettivo di trasporto) recava un terzo periodo (oggetto quindi d'abrogazione) ai sensi del quale «[I] a quota parte del corrispettivo a copertura dei suddetti [OG] a carico dei clienti finali, in particolare per le attività ad alto consumo di energia, è definita in misura decrescente in rapporto ai consumi maggiori» (*corsivi miei*).

Come si nota, rispetto a tale ultima disposizione, presente nella versione originaria del d.lgs. 79/99, il testo dell'art. 39, co. 3, d.l. 83/12 non apporta reali elementi di novità testuale (se non con riferimento ai criteri che Arera deve seguire nella determinazione delle componenti relative agli OG); ciò soprattutto per quanto riguarda l'espressione 'oneri a carico dei clienti finali', presente in ambedue i testi (del 1999 e del 2012). Ma allora, data una tale continuità testuale tra l'abrogato terzo periodo dell'originario art. 3, co. 11, d.lgs. 79/99 e il sopravvenuto art. 39, co. 3, d.l. 83/12, è sbagliato affermare che sia quest'ultima disposizione ad aver individuato nel cliente finale il soggetto giuridicamente obbligato a farsi carico degli OG.

In altre parole, l'art. 39, co. 3, d.l. 83/12 non ha introdotto alcuna innovazione – rispetto all'art. 3, co. 11, d.lgs. 79/99 – circa il soggetto passivo degli OG: pertanto, se ai sensi dell'art. 3, co. 11, d.lgs. 79/99 il soggetto passivo degli OG è l'utente del trasporto (e non il cliente finale), allora esso dovrebbe continuare a esserlo anche dopo l'adozione del d.l. 83/12.

L'unica alternativa possibile a quest'ultima conclusione sarebbe quella di sostenere che anche l'art. 3, co. 11, d.lgs. 79/99, proprio in ragione del dato testuale del suo (abrogato) terzo periodo, avrebbe dovuto, da sempre, essere interpretato nel senso che il soggetto giuridicamente obbligato a farsi carico degli OG dovesse essere individuato nel cliente finale e non nell'utente della rete. A quest'ultima conclusione, però, non può pervenirsi solo sulla base d'una interpretazione letterale della disposizione in esame, in quanto la disposizione contenuta nell'ultimo periodo dell'art. 3, co. 11, d.lgs. 79/99 è contestuale – e co-stestuale – a quella del secondo periodo del medesimo comma, ai sensi della quale, come visto, gli OG si configurano come *maggiorazioni* della tariffa di trasporto, posta a carico del venditore (e non del cliente).

A ben vedere, infatti, l'argomento interpretativo del Consiglio di Stato ha una sua apparente plausibilità solo in quanto la disposizione interpretata (art. 39, co. 3, d.l. 83/12) è *successiva* al d.lgs. 79/99, potendo solo così risolversi i problemi di coordinamento col secondo periodo dell'art. 3, co. 11, attraverso il principio della *lex posterior*. Ma, come visto, per quanto riguarda il riferimento ai clienti finali, non v'è alcuna reale successione temporale: il riferimento è contenuto anche nell'originario terzo periodo dell'art. 3, co. 11, che quindi deve essere interpretato in modo da non entrare in conflitto con l'interpretazione della disposizione di cui al secondo periodo.

A questo punto, il dato letterale, evidentemente, non basta più. Il dato che consente, a mio avviso, di spiegare il richiamo alla clientela finale che si fa carico degli OG, contenuto nell'art. 3, co. 11, d.lgs. 79/99 (e replicato nell'art. 39, co. 3, d.l. 83/12), consiste nel fatto (storico) che, nel settore elettrico, le tariffe (anche prima della liberalizzazione) sono sempre state dimensionate e calibrate in ragione della tipologia dell'impianto di consumo allacciato alla rete, ossia alle caratteristiche del cliente finale che di tale impianto è titolare⁴⁹. Ciò non implica, però, che il cliente finale, per dirla con le parole della sentenza n. 2182, sia anche il soggetto "giuridicamente" obbligato a farsi carico degli OG: egli lo è solo "economicamente"; ma proprio per questo la disciplina dei corrispettivi tiene conto delle esigenze della clientela finale. Del resto, da un punto di vista logico, se gli OG sono configurati dalla legge (secondo periodo dell'art. 3, co. 11, d.lgs. 79/99) come una *maggiorazione* della tariffa di trasporto, non si vede come sia possibile che al pagamento d'una tale quota parte della tariffa debbano essere tenuti soggetti diversi da coloro che sono tenuti al pagamento della tariffa stessa⁵⁰.

2.1.3. *Ricadute*

Se assumiamo ora un approccio pragmatico d'analisi delle pronunce giudiziali, appare chiaro che – sul piano politico – il giudice abbia inteso privilegiare l'interesse delle imprese di vendita, o almeno (in una prospettiva più "nobile") l'interesse della promozione della concorrenza tra venditori, riducendo i costi per l'accesso a tale mercato. Non senza però cercare una qualche soluzione di equilibrio rispetto agli altri interessi in gioco, quale quello dell'efficienza dei servizi e

⁴⁹ Tale diversa disciplina, in base alle caratteristiche del cliente finale (e del suo impianto di consumo) è una costante, non solo della regolazione tariffaria di Arera, ma anche della disciplina delle tariffe anteriore alla liberalizzazione del settore elettrico.

⁵⁰ Anche l'IVA, ad esempio, funziona (più o meno) così.

dell'esazione del gettito relativo agli OG (il sistema di garanzie è stato ammesso con riferimento agli OG incassati dal venditore).

Le decisioni potrebbero, quindi, risultare apparentemente ragionevoli. A me pare, però, che non sia così, se si considerano le loro (principali) ricadute, i risultati che esse hanno prodotto. Le pronunce sopra esaminate, infatti, hanno prodotto una disarticolazione del sistema della (meglio, della sistemazione attribuita alla) intera disciplina degli OG, con conseguenze che si dispiegano su almeno tre livelli.

Una prima conseguenza delle decisioni giudiziali, immediata (verrebbe da dire, quasi banale), consiste nel venir meno delle forme di tutela che garantivano l'esazione degli OG, e che giustificavano il versamento degli importi a Csea da parte del gestore di rete, non appena questi li fatturava (indipendentemente da quanto effettivamente incassato). Venendo quindi meno lo strumento delle garanzie, che giustificava il trasferimento del rischio dell'inadempimento sul gestore, tale rischio non può che ricadere sul sistema (non risultando più ragionevole, e quindi proporzionato, pretendere dal gestore il versamento della totalità degli OG fatturati).

In altre parole, per richiamare quanto riportato nella deliberazione 109/17 – con cui Arera ha avviato il procedimento d'ottemperanza alle pronunce d'annullamento – per effetto di queste ultime, la regolazione non è (più) «in grado di contrastare il danno erariale relativo ai corrispettivi per le prestazioni parafiscali dovute (in quanto fatturate) ma non effettivamente incassate»⁵¹. E infatti ne è conseguito un incremento (notevole) della morosità, generato anche da comportamenti opportunistici di alcuni venditori che, pur avendo incassato gli OG dai propri clienti (fatto non accertabile dal gestore di rete), avevano omesso di versarli⁵².

Un secondo aspetto rilevante è la necessità di (ri)costruire, sistematizzandola, una nuova regolazione del servizio di trasporto e dei relativi strumenti di garanzia, a tutela dell'esazione degli OG, nel rispetto dei nuovi principi fissati dal giudice amministrativo. Si tratta d'una operazione, com'è facile intuire, non semplice in quanto, da un lato, Arera non ha strumenti per incidere direttamente sull'omesso pagamento dei clienti finali (Arera regola i servizi in cui si realizzano le attività della filiera, potendo arrivare a regolare i contratti di somministrazione tra venditori e clienti finali; non ha titolo a imporre obblighi diretti sui clienti), dall'altro lato, però, nell'esercizio dei suoi poteri di regolazione del servizio di trasporto, Arera è tenuta a perseguire due diversi obiettivi difficilmente conciliabili: quello già previsto «dalla legge (garantire la copertura degli [OG]) e [quello nuo-

⁵¹ Deliberazione 109/17, 4.

⁵² Tale circostanza è stata segnalata da Arera nella Memoria 588/2018, 4-5. La memoria quantifica l'ammontare degli inadempimenti dei venditori sugli OG, per il periodo 1 gennaio 2016 - 30 giugno 2017, in circa 191.000.000 di euro.

vo, imposto] dal giudice amministrativo (imputare al cliente finale, e non ai venditori, né alle imprese distributrici, i costi degli [OG]»⁵³.

Non a caso, il procedimento avviato da Arera nel 2017 (deliberazione 109/17) per adottare una nuova regolazione (in ottemperanza alle sentenze), si è concluso solo nel 2021 (con due provvedimenti: le deliberazioni 50/18 e 32/21), e passando per diversi snodi (tre documenti per la consultazione – DCO 597/17, 58/18, 445/20; una segnalazione a Governo e Parlamento – la citata Memoria 588/18; un atto di estensione e rinnovo del procedimento – la deliberazione 430/18), da cui è emersa un'elevata conflittualità dei diversi soggetti intervenuti (venditori, gestori di rete e clienti finali e associazioni dei consumatori e di piccole e medie imprese)⁵⁴.

La soluzione individuata a livello sistematico da Arera è quella per cui, in realtà, una reale soluzione non v'è. O meglio, la soluzione ottimale (a fronte dei nuovi vincoli risultanti dalle pronunce del giudice) dovrebbe essere quella d'una complessiva riforma legislativa che reinquadri gli OG riconoscendone formalmente la natura tributaria e li ricollochi nell'ambito della «fiscaltà generale, provvedendo al relativo finanziamento tramite l'istituzione di un apposito Fondo da gestire secondo le regole di finanza pubblica e, pertanto, escludendo tale importi dalle bollette»⁵⁵.

Nelle more di tale riforma organica e complessiva a livello legislativo (che però pare ancora ben lungi dall'essere attuata), Arera è comunque pervenuta a definire una nuova disciplina (che si presenta quindi come “transitoria”), che può, in estrema sintesi, essere così tratteggiata: (i) i venditori continuano a essere obbligati a versare la totalità degli OG fatturati loro dal gestore di rete⁵⁶; (ii) ma le garanzie relative agli OG da essi prestate (e la conseguente disciplina che prevede la risoluzione del contratto in caso di incapienza delle stesse) sono ridimensionate non più in ragione degli importi fatturati, ma a un valore che rappresenta la miglior stima degli importi normalmente riscossi dal venditore presso i clienti finali⁵⁷; (iii) al

⁵³ Deliberazione 430/2018, 18.

⁵⁴ Cfr. ad esempio deliberazione 430/2018, 18, in cui Arera evidenzia che «gli esiti della consultazione e dei confronti svolti mettono in luce, nel complesso, un quadro di interessi altamente conflittuale e una preoccupazione diffusa da parte dei portatori di tali interessi per le possibili conseguenze degli interventi [di Arera] a riguardo (una tale preoccupazione si [è riflessa] con particolare evidenza nella trasmissione di osservazioni da parte di singoli clienti finali)».

⁵⁵ Memoria 588/2018, 10, in cui si rappresenta anche l'urgenza d'una tale riforma legislativa, auspicandone almeno una riforma per gradi tramite il trasferimento alla fiscalità generale di alcune voci degli OG, quali quelli «non direttamente connessi a obiettivi di sviluppo ambientale sostenibile o a obiettivi di contrasto alla povertà energetica» (solo tale trasferimento avrebbe consentito di ridurre il peso complessivo degli OG in bolletta di circa 2.200.000.000 di euro all'anno – cfr. 11).

⁵⁶ Tali norme erano già previste dalla deliberazione 268/2015, nonché dalla regolazione tariffaria, e non hanno costituito oggetto delle pronunce sopra richiamate.

⁵⁷ Cfr. deliberazione 32/2021, punti 2 e 3 (e cfr. anche 19 della motivazione). Analoga disposizione era stata anche introdotta, con efficacia provvisoria per la durata del procedimento, dalla deliberazione 109/2017.

gestore di rete e all'utente che versano, rispettivamente a Csea e al gestore di rete, la totalità degli OG fatturati è garantita una compensazione per la quota parte di OG versati ma non riscossi, rispettivamente, dai venditori e dai clienti finali (secondo criteri volti comunque a incentivare una gestione efficiente del credito relativo ai suddetti OG) – i costi della compensazione sono coperti da ulteriori componenti tariffarie, e scaricate, quindi, sulla generalità della clientela finale⁵⁸.

Si tratta quindi d'un sistema caratterizzato da una operatività più complessa, e che – in linea col nuovo assunto statuito dal Consiglio di Stato – sostanzialmente ribalta gli inadempimenti dei clienti finali (e dei venditori) in capo alla generalità dei medesimi clienti non inadempienti. Sono infatti i due sistemi di compensazione della morosità – *sub* (iii) – che (nel nuovo sistema) giustificano l'obbligo posto su gestori di rete e venditori di anticipare la totalità degli OG fatturati – *sub* (i).

Come si può notare, anche la definizione di tale nuova disciplina, è stata accompagnata da un'attività di sistemazione della stessa, che Arera ha basato, questa volta, su due assunti principali – sostanzialmente confermati dal Consiglio di Stato (sez. II, 24 maggio 2022, n. 4126, resa su un ricorso contro la stessa deliberazione 109/17), che vanno a integrare il (nuovo) principio sancito dal giudice amministrativo, e che il regolatore ha ricavato interpretando l'art. 3, co. 11, d.lgs. 79/99 e le pronunce giudiziali sopra richiamate: (i) da un lato, il fatto che il venditore, pur non essendo tenuto a farsi carico dei costi per il mancato versamento degli OG da parte del cliente finale, resta comunque tenuto a versare al gestore della rete la totalità degli OG fatturati (atteso che, gli OG continuano a essere configurati come maggiorazioni alle tariffe dovute dagli utenti al gestore di rete)⁵⁹; (ii) dall'altro lato, il fatto che Arera ha comunque titolo per dimensionare le garanzie del trasporto agli OG che l'utente incasserà effettivamente⁶⁰.

Un risultato conseguente alla necessità di ricostruire (e ricomporre) un nuovo sistema d'esazione degli OG è, ovviamente, la situazione di profonda *incertezza* cui è stato esposto il settore e i soggetti controparti dei vari rapporti giuridici interessati (gestore di rete *vs.* utente; venditore *vs.* cliente finale; Csea *vs.* gestore di rete); periodo che, come visto, si è protratto per almeno sei anni, ossia fino all'adozione della citata sentenza n. 4126 che ha dato sostanziale conferma ai nuovi principi posti da Arera a base del nuovo sistema ultimato con la deliberazione 32/21.

A ben vedere, l'incertezza tuttora perdura, in quanto il legislatore nazionale, nel 2021, ha incaricato Arera di proporre ai Ministri dell'Economia e delle finanze e della Transizione ecologica una nuova disciplina sulle «modalità di riscos-

⁵⁸ Cfr. rispettivamente la deliberazione 50/2018 e l'Allegato A alla deliberazione 32/2021.

⁵⁹ Cfr. ad esempio deliberazione 32/2021, 17-19, nonché deliberazione 109/2017, 5.

⁶⁰ Cfr. ad esempio deliberazione 109/2017, 6.

sione degli [OG] prevedendo che, anche avvalendosi di un soggetto terzo che possenga caratteristiche terzietà e indipendenza, le partite finanziarie relative agli [OG] possano essere destinate a Csea senza entrare nella disponibilità dei venditori» (art. 33-ter d.l. 77/21).

Un tale intervento legislativo si inquadra nel nuovo contesto ricostruito da Arera sull'assunto sancito dal giudice amministrativo (secondo cui il soggetto passivo degli OG è il cliente finale), introducendo un principio nuovo: quello di prevedere che gli OG siano versati direttamente a Csea. Tuttavia, come segnalato da Arera nella sua proposta (cfr. deliberazione 216/22), l'attuazione d'un tale principio – che ad avviso di Arera può essere realizzata attraverso il ricorso ad appositi meccanismi di *split payment* (senza quindi “passare” più attraverso il contratto di trasporto)⁶¹ – richiede, sotto il profilo sistematico, una riconfigurazione (a livello legislativo) degli OG come componenti dei corrispettivi di vendita (nei contratti di somministrazione al dettaglio), e non più come maggiorazioni delle tariffe di trasporto⁶².

Solo in tempi recentissimi (in seguito all'adozione del Piano nazionale di ripresa e resilienza), il legislatore ha avviato un percorso di graduale trasferimento degli OG sulla fiscalità generale, trasferendo quelli volti a finanziare lo smantellamento delle attività nucleari (art. 1, co. 29, l. 197/22), e incaricando Arera di formulare nuove proposte per il trasferimento di altre tipologie di oneri – cfr. art. 1, co. 23 e deliberazione 432/23). Come si nota, quindi, la vicenda non può dirsi ancora conclusa.

2.2. *Tariffe di trasporto del gas naturale per i punti di entrata e uscita della rete nazionale di gasdotti*

Passando dal settore dell'energia elettrica a quello del gas naturale, un'altra emblematica vicenda mi pare quella che ha interessato, più di recente, la regolazione delle tariffe di trasporto del gas naturale, con particolare riferimento ai criteri di fissazione dei corrispettivi applicabili ai c.d. punti di entrata e di uscita della c.d. rete nazionale di gasdotti.

2.2.1. *Contesto*

In termini generali, Arera definisce la regolazione economica dei servizi infrastrutturali per un periodo di tempo predeterminato (c.d. periodo regolatorio), al fine di garantire certezza al settore sulla disciplina applicabile, ma anche per poterle modificare (anche radicalmente) all'inizio d'un nuovo periodo regolatorio.

⁶¹ Cfr. Allegato A alla deliberazione 216/22, § 3 e 4.

⁶² Cfr. Allegato A alla deliberazione 216/22, §§ 5.3.

Per il trasporto del gas, la regolazione prevede che le tariffe, che il gestore di rete (in particolare della c.d. rete nazionale di gasdotti – ‘RNG’) ha diritto di richiedere ai propri utenti per il servizio reso, siano determinate in modo differenziato rispetto ai singoli punti di entrata o di uscita della rete, presso i quali gli utenti/venditori hanno acquisito diritto a immettere/prelevare gas (i punti di entrata della RNG corrispondono, tendenzialmente, ai punti in cui il gas è immesso nel sistema nazionale dall'estero; i punti di uscita, invece, corrispondono ai punti in cui il gas è prelevato dalla RNG per fluire nelle infrastrutture locali, fino agli impianti di consumo dei clienti finali). Se, da un lato, quindi, le tariffe di trasporto devono essere dimensionate al fine di assicurare al gestore della RNG la copertura dei costi e una congrua remunerazione dell'attività svolta, dall'altro lato, tuttavia, la regolazione differenzia tale dimensionamento in ragione dei diversi punti di entrata/uscita secondo vari criteri (c.d. modello *entry-exit*).

Tale impostazione, per quel che qui rileva, si è mantenuta sostanzialmente costante nei suoi principi dalla prima regolazione (deliberazione 120/01) sino al 2020, subendo alcuni affinamenti e migliorie che, però, non hanno accontentato tutti i venditori; in particolare uno, che importa gas principalmente da Paesi posti a Sud dell'Italia, e che ha visto progressivamente incrementare i valori dei corrispettivi di entrata ivi applicati.

L'operatore in questione ha, pertanto, impugnato la disciplina tariffaria prevista per il c.d. terzo periodo di regolazione (2010-2013 – deliberazione 184/09) che è stata ritenuta illegittima dal giudice amministrativo (cfr. Tar Lombardia, sez. III, 19 aprile 2013, n. 995; e Cons. Stato, sez. VI, 26 giugno 2015, n. 2888) per aver determinato un immotivato incremento tariffario che avrebbe penalizzato gli utenti del servizio che hanno accesso presso i punti di entrata della RNG ubicati nel Sud del Paese. Il Consiglio di Stato, per quel che qui rileva, aveva precisato che i vizi riscontrati si risolvevano in una carenza motivazionale rispetto agli elementi innovativi della disciplina tariffaria, ciò che ha portato Arera ad avviare un procedimento d'ottemperanza che, dopo ampia consultazione (con la pubblicazione di due documenti – DCO 607/15 e 321/16), si è concluso, su tale profilo di censura, con la conferma della regolazione tariffaria annullata, a fronte d'una integrazione della relativa motivazione (deliberazione 550/16).

La motivazione adottata da Arera, per quel che qui rileva, precisa due profili che giustificerebbero il maggior valore delle tariffe di *entry* da Sud. Il primo, di tipo fattuale, si basa sulla rilevanza (ai fini dell'algoritmo di calcolo dei corrispettivi di entrata) del c.d. baricentro del mercato che «identifica il luogo fisico in cui, di fatto, si concentrano i prelievi di gas dal sistema nazionale di trasporto»: ciò comporta che «i corrispettivi ai punti di *entry* siano più elevati tanto maggiore è la distanza che separa il punto dal baricentro», e che, «essendo il baricentro [del

sistema italiano] ubicato nella Pianura padana, i corrispettivi di *entry* ubicati nel Sud Italia saranno maggiori»⁶³.

Il secondo profilo è, invece, di tipo normativo, e si basa sulla *irrilevanza* dell'art. 23, co. 3, primo periodo, d.lgs. 164/00 (invocato in giudizio) ai sensi del quale le tariffe di trasporto (come pure quelle di stoccaggio) «tengono conto della necessità di non penalizzare le aree del Paese con minori dotazioni infrastrutturali, e in particolare le aree del Mezzogiorno». Arera, che ha sempre interpretato tale disposizione come una norma che la obbliga a tutelare i clienti finali ubicati in quelle zone del Paese, ha concluso che tale obiettivo può essere realizzato solo mediante un «correttivo tariffario che preveda una riduzione dei corrispettivi presso i punti di *exit* ubicati in tali aree», in quanto l'eventuale riduzione dei corrispettivi di *entry* non assicura il rispetto del criterio di non penalizzazione: non è detto, infatti, che un utente che importi da Sud serva il mercato ubicato nella medesima zona» (potendo servire anche clienti concentrati nel Nord)⁶⁴.

Tali argomenti di Arera, in sede di giudizio d'ottemperanza, sono stati ritenuti sufficienti a colmare la lacuna motivazionale (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 23 marzo 2018, n. 1840). Nel frattempo, però, lo stesso operatore, aveva impugnato anche la (simile) disciplina tariffaria per il nuovo periodo regolatorio (2014-2017 – deliberazione 514/13), e per gli anni 2018-2019 (c.d. periodo transitorio, adottata con deliberazione 575/17, nelle more della riforma del sistema tariffario subentrato nel 2020)⁶⁵.

2.2.2. *Pronunce*

I contenziosi promossi verso il nuovo periodo regolatorio 2014-2017 e il c.d. periodo transitorio, sebbene basati su censure tutto sommato simili (per quel che qui rileva) a quelle relative al periodo 2010-2013, hanno avuto, però, esiti

⁶³ Deliberazione 550/16, 5-7. Cfr. anche DCO 321/16, §§ 27-28: «[I]l baricentro costituisce il luogo fisico verso il quale il gas viene immesso nella rete nazionale di gasdotti (ai punti di *entry*) deve essere fisicamente vettoriato, e in funzione di tale vettoriamento è dimensionata la capacità di trasporto dell'infrastruttura. All'utente che ottiene il conferimento presso un punto di entrata [il gestore della RNG] non consente solamente l'immissione di gas in rete, ma garantisce anche la possibilità di utilizzare la complessiva capacità delle infrastrutture funzionali a vettoriare il gas sino al baricentro. E ciò indipendentemente da quale sia l'effettiva uscita che l'utente decide, in concreto, di utilizzare, eventualmente ubicata anche prima del baricentro. Per questo motivo, e detto altrimenti, a parità di capacità conferita su diversi *entry points*, quella relativa al punto più distante dal baricentro attribuisce all'utente il diritto di utilizzare una maggiore porzione dell'infrastruttura e una corrispondente maggiore capacità complessiva della rete».

⁶⁴ Cfr. deliberazione 550/16, 7. Cfr. anche DCO 607/15, §§ 26-27; nonché DCO 321/16, § 30-32, in cui si chiarisce che, in tal modo (ossia mediante la riduzione dei corrispettivi dei punti di *exit* ubicati al Sud), «è certo che la riduzione tariffaria sarà ribaltata sui clienti finali sottesi».

⁶⁵ L'operatore risulta avere anche riassunto di fronte al giudice di primo grado il giudizio di impugnazione della regolazione tariffaria del periodo 2010-2013 (giudizio ancora pendente).

diversi. In sintesi, il Consiglio di Stato (sez. II), con una prima pronuncia (5 ottobre 2022, n. 8523), ha ritenuto illegittima la regolazione tariffaria per il periodo regolatorio 2014-2017 per l'assorbente ragione che non risulta chiaro se sia stato rispettato il divieto di penalizzazione delle aree del Paese con minori dotazioni infrastrutturali di cui al richiamato art. 23, co. 3, d.lgs. 164/00.

Arera ha evidentemente interpretato la sentenza d'annullamento nei termini d'un giudizio di carenza motivazionale, in quanto, al fine di ottemperarvi, ha avviato un procedimento (deliberazione 70/23, cfr. punto 1) volto a verificare se la regolazione annullata «tenesse effettivamente in adeguata considerazione la finalità» di cui al citato art. 23, co. 1, e colmare l'eventuale lacuna regolatoria, qualora accertata. È appena il caso di osservare che, dopo quanto precisato e chiarito con la deliberazione 550/16 sulla portata di tale disposizione, l'esito potrebbe apparire scontato, nel senso che le verifiche si sarebbero concentrate sui corrispettivi di *exit* (e non quelli di *entry*).

È, poi, però, intervenuta una seconda pronuncia dello stesso Consiglio di Stato (sez. II), che ha annullato anche il c.d. periodo transitorio (27 luglio 2023, n. 7386), e che, a tal fine, nel dichiarato intento di «ribadire» i medesimi principi espressi nella prima pronuncia, ne ha, in realtà, precisato (e forse corretto) il significato. In particolare, per quel che qui rileva, il Consiglio di Stato ha interpretato l'art. 23, co. 3, primo periodo, d.lgs. 164/00 nel senso che esso detterebbe (in modo «chiaro e inequivoco») la «inderogabile esigenza di non caricare di maggiori oneri i punti di *entry* del Sud Italia». Da tale finalità il Consiglio di Stato fa, quindi, discendere l'illegittimità della regolazione tariffaria di Arera, che l'avrebbe non solo vanificata, ma addirittura sovvertita (cfr. sentenza n. 7386, § 13.4.5)⁶⁶.

Anche qui, come nella vicenda esaminata *sub* 2.1, il ragionamento del giudice è chiaro. Esso non si basa, però, su un'interpretazione letterale d'una disposizione di legge, ma opera un'interpretazione teleologica, che muove appunto dall'individuazione della sua *ratio* (cfr. sentenza n. 7386, § 13.4.4). Secondo Arera, come visto, lo scopo della norma è quello di tutelare i clienti finali i cui impianti di consumo sono ubicati nel Mezzogiorno e non i venditori che importano gas dal Nord Africa. Il giudice amministrativo, invece, dissente e individua la *ratio* della norma proprio nella tutela degli operatori di mercato che immetto-

⁶⁶ A onor del vero, nella prima sentenza (5 ottobre 2022, n. 8523), il Consiglio di Stato non aveva accolto in modo chiaro la tesi della ricorrente (secondo cui l'art. 23, co. 3, d.lgs. 164/00 tutelerebbe gli importatori da Sud). Solo in un passaggio finale della sentenza, dopo aver concluso l'iter degli argomenti e deciso sull'infondatezza dell'appello di Arera, aveva osservato, in modo quasi parentetico, che «del resto, l'introduzione di temperamenti tariffari capaci di contrastare i rilevanti svantaggi gravanti sugli *shippers* che immettono il gas nella rete dai punti di *entry* collocati nel Sud Italia, risulta anche funzionale ad assicurare l'efficace ed equilibrato approvvigionamento energetico da Parsi diversi, collocate in aree geografiche anche opposte». Tale inciso, che Arera ha qualificato come *obiter dictum* (DCO 424/23, § 1.17), è stato invece valorizzato dalla successiva sentenza 27 luglio 2023, n. 7386, come vera *ratio decidendi*.

no gas nei punti della RNG ubicati nel Sud Italia. Del resto, verrebbe da dire, la lettera della disposizione è ambigua, limitandosi a imporre ad Arera l'obiettivo di «non penalizzare [alcune] aree del Paese», senza chiarire se tale principio debba attuarsi in una disposizione che tuteli i venditori che immettono gas in quelle aree, oppure i clienti finali che prelevano gas in quelle aree, oppure, ancora, ambedue tali categorie di soggetti.

Verrebbe da concludere, dunque, che è la disposizione di legge che sembra lasciare ampio margine di manovra alla discrezionalità dell'interprete. E in tale spazio, la scelta è stata quella di tutelare (almeno anche) i venditori che importano gas dai punti di *entry* ubicati dal Sud Italia, punti che, del resto, «hanno assunto un ruolo strategico negli ultimi tempi maggiore a seguito del conflitto russo-ucraino» (§ 13.1). Queste considerazioni aprono la via per un'analisi pragmatica, che svolgerò *sub* 2.2.3.

Tuttavia, a ben vedere, la decisione del giudice non pare così ben fondata. Innanzi tutto, occorre ricordare che la stessa lettera dell'art. 23, co. 3, primo periodo, d.lgs. 164/00 non fa riferimento al solo Sud Italia, ma alle «aree del Paese con minori dotazioni infrastrutturali», tra cui vi sono anche («in particolare») quelle del Mezzogiorno.

Il sintagma 'dotazioni infrastrutturali' nel contesto dell'enunciato in esame, a me pare faccia evidentemente riferimento ad aree del paese sottodimensionate sotto il profilo delle infrastrutture che dovrebbero consentire uno sviluppo di attività economiche *in* quelle zone territoriali. Ma allora, francamente, appare difficile far rientrare nell'obiettivo della norma anche quello della tutela di venditori di gas che importano dal Sud Italia, visto che la RNG – come detto – è funzionale al trasporto del gas verso qualunque punto d'uscita ubicato nel territorio nazionale e, soprattutto, verso il Nord, dove è situato, come visto, il baricentro, ossia dove sono concentrati i prelievi dalla RNG. Le importazioni da Sud, in altre parole, non sono finalizzate ad approvvigionare i mercati locali del gas ubicati a Sud, ma partecipano al mercato nazionale, in quanto tale gas è utilizzato per l'esecuzione fisica di contratti di somministrazione conclusi con clienti finali ubicati sull'intero territorio nazionale (l'operatore interessato in questione, infatti, è un venditore che opera in tutte le aree del Paese).

Inoltre, è lo stesso Consiglio di Stato (sez. VI) che, in precedente pronuncia (7 marzo 2019, n. 1578), aveva già interpretato il primo periodo dell'art. 23, co. 3, d.lgs. 164/00 in termini coerenti con quelli seguiti da Arera nella sua regolazione tariffaria. È la stessa Arera che lo denuncia nel documento di consultazione pubblicato nel procedimento d'ottemperanza alle due sentenze (DCO 424/23), evidenziando che, anche secondo tale (precedente) pronuncia «la tutela apprestata dalla

norma legislativa in esame, quindi, deve intendersi orientata a quei segmenti territoriali del mercato *retail* del gas naturale localizzati nelle aree del Sud del Paese»⁶⁷.

Infine, la norma che il Consiglio di Stato ricava dalla disposizione in esame si sostanzia in un vero e proprio indirizzo di politica energetica, rientrante in scelte strategiche di geopolitica, che – come ha sempre evidenziato anche la stessa Arera (sia nel DCO 321/16, § 31, sia nell'ultimo DCO 424/23, § 2.15) – non spettano certamente al giudice, ma rientrano nelle prerogative del Governo. Il giudice, infatti, come visto, in un passaggio della sentenza n. 7386, enfatizza l'importanza che hanno assunto le importazioni dall'Africa, rispetto a quelle dalla Russia: tuttavia, il d.lgs. 164/00 è stato adottato ben prima del conflitto russo-ucraino, e anche il periodo regolatorio 2014-2017, e quello transitorio precedono detto conflitto; come poteva, non solo Arera (ma in generale il mercato nazionale del gas), sapere quanto fosse strategica l'importazione di gas dal meridione? E poi: perché le importazioni dall'Africa dovrebbero essere così preferite rispetto alle altre immissioni al Nord? Nel Nord Italia non è immesso solo gas russo: al punto di *entry* presso Passo Gries è immesso gas proveniente da Olanda e Norvegia; perché a tali importazioni dovrebbero essere preferite quelle africane?

2.2.3. *Ricadute*

Sotto il profilo pragmatico, come visto, con la sentenza 5 ottobre 2022, n. 8523 e (soprattutto) con la sentenza 27 luglio 2023, n. 7386, il Consiglio di Stato ha inteso tutelare l'interesse dell'operatore del mercato (venditore) a non essere penalizzato rispetto agli altri venditori, suoi concorrenti, che immettono gas presso altri punti di *entry* presso i quali versano corrispettivi di trasporto più bassi.

Apparentemente, le decisioni perseguono commendevoli finalità procompetitive, rimuovendo una disparità di trattamento tra operatori di mercato (peraltro in coerenza coi valori che dovrebbero governare la stessa regolazione di Arera *ex art.1, co. 1, l. 481/95*).

Ma è proprio così? In realtà, se ben si osserva, le ricadute delle due sentenze mi paiono tutt'altro che orientate al buon funzionamento dei mercati.

Tali ricadute, peraltro, sono facilmente prevedibili, e sono in parte già chiarite dal citato DCO 424/23: in sintesi, e a prescindere dai criteri che sono stati

⁶⁷ DCO 424/23, § 2.11. Cfr. più in generale §§ 2.9-2.16. Come sottolinea Arera, con la sentenza 7 marzo 2019, n. 1578, che riguardava la regolazione tariffaria del servizio di stoccaggio, avrebbe chiarito che l'art. 23, co. 3, primo periodo, d.lgs 164/00 non trova applicazione quando le prestazioni offerte da un'infrastruttura (di stoccaggio o di trasporto) «sono rese disponibili per l'intero sistema nazionale, senza alcuna distinzione territoriale», ciò che avviene certamente per i punti di entrata alla RNG – mentre non avviene per i punti di uscita, che veicolano il gas verso impianti di consumo ubicati entro determinate zone territoriali sottostanti.

concretamente posti in consultazione, poiché la decisione del giudice obbliga Arera a rideterminare le modalità di calcolo, in riduzione, dei corrispettivi applicabili ai punti di *entry* ubicati nel Mezzogiorno, nei periodi considerati (2014-2019), ciò comporta la necessità di rideterminare, in aumento, anche i corrispettivi di trasporto applicabili nei restanti punti di *entry*. Infatti, ai fini della regolazione tariffaria, il dimensionamento dei vari corrispettivi applicati dal gestore di rete ai propri utenti è funzionale, prima di tutto, ad assicurare al gestore il gettito necessario per coprire i propri costi e conseguire un'adeguata remunerazione del servizio svolto; pertanto, ogni modifica della regolazione tariffaria, fatta ora per allora da Arera, dovrà comunque assicurare al gestore della RNG il medesimo flusso di ricavi⁶⁸.

La necessità di modificare in tal senso l'algoritmo di calcolo dei corrispettivi di *entry* della RNG ha, per effetto, la necessità di rideterminare le partite economiche fatturate dal gestore della rete nell'intero periodo considerato, con la conseguente attività di conguaglio tra medesimo gestore e i propri utenti (conguaglio che sarà a favore dell'utente che immette gas a Sud; sarà invece a sfavore degli utenti che immettono gas a Nord).

Ora, in disparte la complessità che caratterizza ogni attività di conguaglio, che può coinvolgere un gestore di rete e la generalità dei suoi utenti (i quali dovranno rimettere mano a contratti di trasporto eseguiti durante sei annualità già concluse, dopo quattro anni dall'ultima di esse), l'aspetto che, qui, risulta più problematico consiste nel fatto che i conguagli interesseranno proprio i corrispettivi di *entry*. Il problema che si pone, infatti, non investe il gestore di rete (che, come detto, dai conguagli avrà diritto all'invarianza nei flussi di ricavi⁶⁹), ma i venditori utenti del trasporto, che si trovano a versare somme al gestore di rete, e che hanno l'esigenza di recuperare tali costi.

In linea generale, la possibilità che un venditore ha di ribaltare sui propri clienti (controparti acquirenti dei suoi contratti di fornitura all'ingrosso o al dettaglio) dipende, ovviamente, dal contenuto dei relativi contratti (non regolati sul punto da Arera). Certo è che, mentre i corrispettivi di trasporto applicabili ai punti di uscita della rete sono normalmente ribaltati nell'ambito delle varie componenti a copertura dei costi che il venditore sostiene per il vettoriamento del gas da riconsegnare ai clienti (e ciò è possibile anche in ragione del fatto che i pun-

⁶⁸ Cfr. anche DCO 424/23, §§ 2.5-2.8, in cui Arera motiva l'impossibilità di procedere – come invece auspicato dall'operatore di mercato che ha vinto il contenzioso – attraverso l'introduzione d'un meccanismo di compensazione *ad hoc* per gli utenti che importano da Sud Italia, mantenendo invariato il valore degli altri corrispettivi di *entry*. Un tale meccanismo compensativo, infatti, poiché dovrebbe essere finanziato non dagli altri operatori di mercato, ma attraverso apposite componenti tariffarie da applicare e "scaricare" infine sulla clientela finale, «andrebbe a incrementare la dimensione del gettito tariffario a beneficio di specifici utenti, operatori della vendita all'ingrosso: si avrebbe, in tal modo, uno stravolgimento della finalità della metodologia tariffaria, con un incremento dell'onere sopportato dalla generalità dei clienti finali».

⁶⁹ Tale aspetto è esplicitamente garantito anche dal DCO 424/23 (§ 4.4).

ti d'uscita sottendono determinati impianti di consumo ubicati nelle corrispondenti aree territoriali⁷⁰), non così è per i costi sostenuti dal venditore nei punti di *entry*. Nei punti di entrata alla RNG, infatti, è immesso gas importato dall'estero. Si tratta di pochi punti fisici in cui gli utenti interessati immettono il gas di cui si approvvigionano all'estero e che poi rivendono alla totalità della propria clientela: normalmente, i costi sostenuti nei punti di *entry* sono trattati dai venditori (utenti del trasporto) come costi di approvvigionamento, assieme quindi agli altri costi sostenuti per l'acquisto della materia prima e del trasporto internazionale.

È verosimile attendersi, quindi, che i venditori che, in ottemperanza alle decisioni del Consiglio di Stato, dovranno operare conguagli a favore del gestore di rete non riusciranno a riallocare i costi nell'ambito dei propri contratti di vendita.

Inoltre, nei casi in cui i contratti di fornitura consentano ai venditori di recuperare eventuali costi per il trasporto che siano sorti successivamente alla scadenza dello stesso contratto, resta ovviamente a loro carico il rischio di inadempimento della controparte acquirente, rischio che aumenta con l'aumentare del tempo in cui si chiede un conguaglio (come visto, nel caso di specie sono passati ben quattro anni dall'ultimo anno del periodo, di sei anni, oggetto di detti conguagli).

Come si nota, quindi, il risultato della rideterminazione – ora per allora – della metodologia tariffaria relativa ai corrispettivi di *entry* non apporta alcun giovamento alla promozione della concorrenza, né al buon funzionamento del mercato. La ricaduta immediata delle pronunce, infatti, è quella di porre in capo ai venditori utenti, che dovranno versare al gestore di rete importi a conguaglio, un (nuovo) costo che non sarà, probabilmente, recuperabile presso i propri clienti serviti in quel periodo. Si tratta, in altre parole, d'un onere economico che viene semplicemente posto in capo ai concorrenti di coloro che avevano importato gas nel Sud Italia, senza che vi siano reali benefici per le dinamiche concorrenziali dal periodo considerato, né per il futuro (atteso che a essere oggetto di annullamento sono periodi regolatori ormai conclusi da più di quattro anni).

Ma non solo. L'onere economico che viene in tal modo posto in capo a detti utenti – a ben vedere – non era, neppure, *prevedibile* da questi ultimi, visto che – come ricordato dall'Autorità – la regolazione tariffaria ha sempre interpretato (dal 2000 in poi) l'art. 23, co. 3, d.lgs. 164/00 come un criterio applicabile ai soli punti d'uscita.

Ne segue, inevitabilmente, un grave problema di *incertezza* delle relazioni giuridiche anche per il futuro, in quanto non è chiaro se e come dovrà essere attuato un tale criterio nell'ambito delle regolazioni tariffarie che saranno adottate nei successivi periodi regolatori. Come visto *sub* 2.2.2, infatti, l'orientamento

⁷⁰ Ciò trova conferma, ad esempio, nella regolazione che Arera ha definito dei contratti di fornitura per clienti di piccole dimensioni (cfr. in tal senso DCO 424/23, § 4.5, lett. b)).

del Consiglio di Stato non è univoco in quanto, mentre con le recenti pronunce del 2022 e 2023, la *ratio* individuata salvaguardava le esigenze degli importatori dal Sud del Paese, nella precedente pronuncia del 2015 (non commentata dal Consiglio di Stato), la tutela prevista dall'art. 23, co. 3, d.lgs. 164/00, era stata circoscritta a quelle sole prestazioni dell'infrastruttura di rete che impattavano sulle sole aree del Mezzogiorno.

Non è dato quindi sapere, a oggi, come potrà essere interpretata la medesima disposizione rispetto a nuovi contenziosi, che potrebbero insorgere contro metodologie adottate per nuovi periodi regolatori.

Come si nota, anche qui, come nella vicenda degli OG, le pronunce del giudice amministrativo producono notevoli ricadute *sistemiche*, sia con riferimento al sistema delle relazioni contrattuali che sono direttamente incise dalla pronuncia (come visto, si tratta, non solo – non tanto – dei rapporti tra gestore di rete e suoi utenti, ma anche – soprattutto – tra venditori utenti di rete e i relativi clienti rispetto a rapporti pregressi), ma anche sui criteri di sistemazione di tali tipologie di rapporti giuridici che potranno essere adottate in futuro.

Peraltro, anche qui, la vicenda non si è conclusa ancora. Ciò non solo in quanto non si è concluso il procedimento d'ottemperanza, ma anche in quanto potrebbe accadere che il provvedimento che Arera adotterà infine, potrebbe esporsi a nuovi e ulteriori contenziosi, potenzialmente promossi sia dall'operatore che importa da Sud (che, almeno dalla lettura del DCO 424/23, non pare che dovrebbe conseguire il beneficio economico che lo stesso ha rappresentato nel corso del procedimento⁷¹), sia dagli importatori presso altri punti (atteso che, almeno dai calcoli prospettati nel medesimo documento, dovrebbero subire un incremento dei corrispettivi di *entry* cui sono interessati pari circa a il 11,3%⁷²).

Da ultimo, non si deve neppure dimenticare che l'operatore in questione ha, nel frattempo, impugnato in riassunzione la regolazione tariffaria del periodo 2010-2013, confermata (con nuova motivazione) con la deliberazione 550/16: non è chiaro quale sarà l'esito di tale contenzioso, ben potendo il giudice seguire gli ultimi orientamenti della sentenza 27 luglio 2023, n. 7386.

⁷¹ Cfr. DCO 424/23, § 1.11 (in cui si apprende anche che l'operatore auspica di incassare, per il solo periodo di regolazione 2014-2017 circa 90 milioni di euro).

⁷² Mentre il presente lavoro è in fase di pubblicazione, Arera ha adottato un nuovo documento per la consultazione – il DCO 103/24, nell'ambito del quale, a fronte del generale dissenso e delle serie preoccupazioni rappresentate dai vari utenti del trasporto, ha prospettato l'intenzione di introdurre, in via del tutto eccezionale, un meccanismo di socializzazione sulla clientela finale, da applicare a valere sulle future tariffe di trasporto, al fine di compensare i soli importatori da Sud. Al riguardo, Arera ha peraltro ammesso che una tale soluzione costituisce una forzatura del sistema tariffario. Tuttavia, ne ha prospettato l'introduzione, proprio al fine di ridurre le incertezze per il sistema, e quindi, in parte, a tutela della stessa clientela finale, sulla quale, però, la misura andrà a impattare generando oneri che non sarebbero dovuti (cfr. §§ 4.12-4.16).

3. *Assiologia*

3.1. *Una direttiva per una dottrina dell'interpretazione*

Adducere inconueniens non est solvere argumentum. A ricordarlo è il Consiglio di Stato, in una delle pronunce adottate sulla vicenda degli OG, in replica alle considerazioni svolte da Arera sugli inconvenienti applicativi conseguenti alle sentenze del Tar Lombardia che si erano uniformate alla sentenza 24 maggio 2016, n. 2182⁷³.

Non è però mio interesse, qui, svolgere argomenti, almeno non argomenti giuridici a sostegno d'una tesi o d'una impostazione dogmatica. Il mio intento, come chiarito *sub 0*, è quello di fare emergere, dall'analisi compiuta *sub 2*, un *valore* che dovrebbe, in particolari *contesti* di decisione, orientare in una certa direzione (e non in altre) l'attività decisionale del giudice (e le connesse attività interpretative e argomentative).

I *contesti* di decisione che ho considerato sono costituiti da controversie che si collocano nell'ambito di ordinamenti economici settoriali, quali quello dell'energia, sottoposti alla disciplina d'una autorità di regolamentazione indipendente (come Arera), la quale conforma – con una disciplina tendenzialmente con pretese di sistematicità – una pluralità, ricca e variegata, di rapporti giuridici tra i vari operatori, interconnessi tra loro.

Un aspetto rilevante, che mi pare emerga bene dall'esame svolto *sub 2*, è che le predette controversie, che il giudice è chiamato a decidere, non sono di univoca e immediata risoluzione, nel senso che le attività di individuazione delle disposizioni rilevanti, e di loro interpretazione (in senso ampio), che, in concreto, risultano possibili (e relativamente *plausibili*) sono più d'una. Nelle vicende esaminate, anzi, si è visto (da una prospettiva d'analisi deontologica) che le decisioni del giudice non sono affatto ben fondate, o (almeno) sono criticabili ed è possibile costruire un percorso argomentativo più solido che conduca a soluzioni differenti.

Così, nel caso degli OG, le decisioni esaminate si basavano su un'interpretazione letterale d'un testo che solo apparentemente poteva risultare corretta, in quanto, se si considera il testo dell'*intera* disposizione interpretanda, e (soprattutto) gli altri enunciati normativi ai quali rinviavano i brani di testo omessi, allora la stessa interpretazione letterale offerta dal giudice non sta più in piedi.

Nel caso del trasporto del gas naturale, poi, la decisione del giudice è costruita su un'interpretazione teleologica, che muove da un atto di individuazione della *ratio* d'un obbligo di legge, che risulta però poco accettabile, sia rispetto alla lettera della disposizione (che dà rilievo al Mezzogiorno in quanto area

⁷³ Cfr. ad esempio Cons. Stato, sez. VI, 30 novembre 2017, n. 5619/17, § 13.1.

carente sotto il profilo infrastrutturale, di sviluppo del territorio considerato), sia rispetto ad altre norme dell'ordinamento (che attribuiscono specificamente al Governo le competenze in tema di strategia politica internazionale)⁷⁴.

In tali contesti, quindi, il giudice, nel momento in cui si trova a dover scegliere tra una pluralità di percorsi argomentativi (possibili) – o comunque a riflettere sul percorso che egli intende seguire (rispetto ad altri possibili) – non può non considerare le probabili ricadute che potranno avere le sue decisioni e (soprattutto) i relativi argomenti, dovendo astenersi dall'adottare quelli che determinano il prodursi di ricadute sistemiche indesiderabili, quali quelle che connotano i disastri esibiti *sub 2*.

Parlando di *ricadute sistemiche*, come detto, intendo (i) una "alterazione" d'una rete d'una pluralità di (concreti) rapporti giuridici, intercorrenti tra un numero rilevante di soggetti diversi, e interconnessi tra loro; e/o (ii) una "disarticolazione" delle connessioni sistematiche dell'insieme dei predetti rapporti definiti dalla regolazione settoriale adottata dall'autorità di regolamentazione.

Così, nel caso degli OG, le pronunce del giudice non hanno solo un impatto sulla generalità dei rapporti contrattuali che intercorrono tra venditori e distributori, e i collegati rapporti tra venditori e clienti finali; esse incidono anche sull'assetto organico della disciplina complessiva di tali rapporti, modificandone alcuni dei principi fondanti. Analogamente, anche nel caso delle tariffe di *entry* della RNG, le pronunce del Consiglio di Stato esaminate non avranno un impatto solamente sulla generalità dei rapporti tra il gestore della rete e i soggetti che sono stati suoi utenti negli anni considerati, ma hanno anche alterato, sovvertendolo, uno dei principi da sempre assunti nella regolazione tariffaria dei contratti di trasporto (in generale).

È qui il caso di osservare che è proprio la modifica, da parte del giudice, di tali principi cardine, assunti dall'autorità di regolazione nella costruzione (e sistemazione) della disciplina considerata, che rende facilmente prevedibili le ricadute sistemiche della sua decisione. Se rimuovo, e modifico, uno dei postulati – o delle assunzioni – d'un sistema non posso ragionevolmente attendermi che i corollari e i teoremi di quel sistema restino necessariamente invariati.

⁷⁴ In via generale, è bene ricordare che, come ha ben mostrato Riccardo Guastini (*Produzione di norme a mezzo di norme*, cit.), ogni argomento giuridico basato sull'attività di individuazione della *ratio* d'una norma è attività (non interpretativa in senso stretto), ma genuinamente nomopoietica, attesa l'ampia discrezionalità che il giudice ha nell'attribuire a un certo testo un certo scopo. Peraltro, d'accordo con V. Velluzzi, *Analogia giuridica e razionalità dell'ordinamento. Note a margine*, in Id., *Tra teoria e dogmatica. Studi intorno all'interpretazione*, Pisa, 2012, 85 ss., l'individuazione d'una *ratio*, ancorché discrezionale, non è un'attività completamente arbitraria, potendo essere individuati criteri (pragmatici) di accettabilità: ad esempio, commenta Velluzzi (Ivi, 92-93) «uno scopo potrà dirsi plausibilmente lo scopo o uno degli scopi di una data norma se: è compatibile con la formulazione letterale della norma; se non è incompatibile con la finalità di altre norme [...]; se non è uno scopo assurdo». È proprio in base a tali criteri che a me pare non sia accettabile l'interpretazione del giudice nella vicenda *sub 2.2*.

Ma perché dette ricadute sistemiche sono *indesiderabili*? Anche questo aspetto mi pare chiarito dall'esame delle due vicende considerate.

Ora, in disparte il "costo" (economico) che tali decisioni hanno generato (la generalità dei clienti finali "buoni pagatori" su cui è ribaltato il rischio della morosità degli OG di venditori e di altri clienti finali inadempienti; gli altri venditori che importano gas da punti di *entry* diversi da quelli meridionali), l'aspetto problematico che maggiormente viene in rilievo è quello dell'*incertezza* che quelle ricadute sistemiche portano con sé.

È vero, infatti, che l'alterazione dei rapporti giuridici e la disarticolazione della sistematicità della loro disciplina è un fatto rimediabile, anzi: i procedimenti d'ottemperanza perseguono proprio questo scopo (e, infatti, nel caso degli OG, Arera è riuscita ad adottare una nuova disciplina coerente coi nuovi principi giurisprudenziali, e una disciplina coerente coi nuovi principi adottati dal giudice in tema di corrispettivi di *entry* della RNG sarà, alla fine, adottata).

Tuttavia, l'incertezza che accompagna le ricadute sistemiche delle pronunce esaminate è un'incertezza che, in primo luogo, si è protratta per (o ha comunque interessato) un periodo di tempo notevole. Nel caso degli OG, ad esempio, la nuova regolazione è stata completata dopo circa sei anni, e il percorso di riforma previsto dal legislatore (che andrà a incidere sulla regolazione adottata nel 2021) non si è ancora concluso. Nel caso del trasporto, come visto, è possibile che si dovrà attendere un po' di tempo prima che la nuova regolazione si stabilizzerà, e comunque essa avrà a oggetto una serie di rapporti che si sono dispiegati per un periodo di (almeno) sei anni, intervenendo a più di quattro anni di distanza.

In secondo luogo, l'incertezza che accompagna gli effetti sistemici delle pronunce in esame investe principi importanti attorno ai quali era stata sistematizzata da Arera la materia regolata. È quindi, in qualche modo, stata messa in crisi la certezza che un assetto con pretese di sistematicità normalmente conferisce a una disciplina, e, quindi, ai rapporti che ne conseguono.

Così, nel caso degli OG, si è visto che il sistema regolatorio era stato costruito da sempre (dall'avvio della liberalizzazione) sull'assunto per cui il rischio morosità fosse a carico dei venditori, e l'intero mercato si era conformato a tale impostazione; e allo stesso modo la regolazione tariffaria del trasporto aveva da sempre (anche qui dall'avvio della liberalizzazione) curato le esigenze della clientela finale ubicata nelle aree del Mezzogiorno. L'impianto regolatorio e la sua sistemazione sono stati travolti all'improvviso da una decisione giudiziale, senza che però né l'autorità di regolazione, né il mercato (inteso come insieme dei soggetti che esprimono domanda e offerta) avesse avuto tempo e modo per prepararsi a una conseguente riforma organica della materia.

È, insomma, il valore della *certezza* a essere vulnerato dalle ricadute sistemiche delle pronunce considerate. E la *certezza*, come noto, non è solo un valore che tipicamente interessa il diritto in generale, ma è anche un valore importante, in particolare, per i mercati e per il loro buon funzionamento⁷⁵. Certamente, le decisioni esaminate *sub* 2, ancorché apparentemente ragionevoli, non hanno certamente prodotto buoni effetti sulla *certezza* e sulla stabilità dei mercati – e quindi sul loro buon funzionamento.

3.2. *Per il ruolo del giudice*

Quanto sin qui detto non significa, però, che il giudice deve appiattirsi e prendere per buona (acriticamente) la sistemazione che l'autorità di regolamentazione conferisce (meglio, tenta di conferire) alla disciplina settoriale.

Le autorità di regolamentazione, come anche emerge in filigrana dall'analisi qui compiuta, hanno un grande potere (che, come visto, le rende simili a un legislatore); e un tale potere non può che trovare un necessario contrappeso nel sindacato del giudice.

Di ciò pare consapevole la stessa giurisprudenza che, innanzi tutto, come visto *sub* 1.2, ha imposto alle autorità di regolamentazione (ai fini della legittimità delle proprie regole) di motivare i provvedimenti a contenuto generale, facendoli precedere da una consultazione dei soggetti interessati⁷⁶; in secondo luogo, si è anche riservata un sindacato più penetrante nell'esercizio della discrezionalità tecnica delle autorità di regolazione, sindacato che, senza sovrapporsi alle scelte dell'amministrazione, può spingersi a valutare la ragionevolezza dei vari passaggi dell'iter logico che l'amministrazione ha scelto di seguire⁷⁷.

⁷⁵ Sul tema della *certezza* quale valore specifico per il diritto (così, ad esempio, G. Radbruch, *Filosofia del diritto*, Milano, 2021 [1932], 81-85), la letteratura giuristica è sconfinata. In Italia, oltre a N. Bobbio, *La certezza del diritto è un mito?* in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1951, 1, e a C. Luzzati, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999, mi limito a rinviare a G. Gometz, *La certezza come prevedibilità*, Torino, 2005 e Id., *Indici di certezza del diritto*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2012, 12, 309 ss. (cfr. anche A. Schiavello, *L'avvocato Hercules tra certezza e flessibilità del diritto*, in *Ordines*, 2021, 2, 350 ss.). Sugli aspetti economici dell'incertezza giuridica, invece, più di recente, cfr. M. Giraud, *Incertezza giuridica e instabilità economica*, in *Sistemi intelligenti*, 2023, 35, 1, 179 ss. (anche per i ricchi riferimenti bibliografici).

⁷⁶ Cfr. precedente nota 29.

⁷⁷ Tale giurisprudenza è richiamata, ad esempio, anche dalla prima sentenza del Consiglio di Stato sulle tariffe di trasporto (5 ottobre 2022, n. 8523), afferma, in sintesi che, «pur non potendo il giudice sostituirsi all'Amministrazione in ciò che a essa è riservato, il merito della funzione amministrativa, il sindacato giurisdizionale non può limitarsi a un esame estrinseco della valutazione discrezionale (secondo i noti parametri di logicità, congruità e completezza dell'istruttoria) ma deve estendersi, invece, all'esatta rappresentazione dei fatti e all'attendibilità delle operazioni tecniche, sotto il profilo della correttezza dei criteri applicati, secondo i parametri della disciplina nella fattispecie rilevante».

Ma se così è, allora il giudice non può esimersi dal tener conto dell'attività di sistemazione (e di sistematizzazione) compiuta dalle autorità di regolamentazione, e delle conseguenze prevedibili che le sue decisioni possono avere su tale attività e sulle sottostanti dinamiche che governano i rapporti giuridici che ne sono disciplinati.

Anche il giudice, ovviamente, con le sue decisioni, partecipa e interviene sull'attività di sistemazione (e di sistematizzazione) delle autorità di regolamentazione, confermandola o correggendola: non solo, quindi, in termini generali, di principi dell'azione amministrativa e di coerenza/incoerenza con le norme di legge e di attribuzione di poteri, ma anche sulle modalità con cui un certo assetto di rapporti giuridici (in cui consistono i mercati regolati, o porzioni di essi) sono disciplinati e ordinati.

La numerosa giurisprudenza prodotta proprio con riferimento al settore dell'energia offre un panorama ricco (ed encomiabile) di decisioni giudiziali in tale prospettiva: (i) sia in termini di conferma della ricostruzione sistematica di Arera (basti pensare, a mero titolo di esempio, alla giurisprudenza prodotta in tema di codici di rete ed eterointegrazione dei contratti da parte del regolatore)⁷⁸; (ii) ma anche in termini di correzione della ricostruzione sistematica di Arera (si pensi, a mero titolo d'esempio, al modo d'intendere l'obbligo di *third party access*, alla stregua di obbligo legale, con le conseguenti eccezioni che possono essere opposte dal gestore di rete⁷⁹; o, più di recente, all'intervento di Arera di ordinare a numerosi utenti del dispacciamento di restituire al sistema parte di quanto conseguito da strategie di programmazione non diligenti – su cui il giudice è intervenuto a integrare i criteri che Arera avrebbe dovuto considerare a tal fine, proprio alla luce della disciplina da questa definita⁸⁰).

In tale contesto, pertanto, il penetrante potere di controllo che il giudice esercita sugli atti generali delle autorità di regolamentazione comporta, per il medesimo giudice, una correlativa *responsabilità* delle sue decisioni⁸¹. E una tale

⁷⁸ Cfr. precedente nota 20, e giurisprudenza ivi richiamata.

⁷⁹ Cfr. precedente nota 25. Dalla riconduzione dell'obbligo di *third party access* alla fattispecie dell'obbligo legale del legalmonopolista, il giudice ha tratto la conseguenza (negata inizialmente da Arera) che il gestore di rete può esercitare la c.d. eccezione di inadempimento per negare l'accesso a un utente che era stato in passato inadempiente, fintanto che non fosse disponibile a versare quanto dovuto. A tale principio, Arera ha poi conformato l'intera sua regolazione della tutela del credito per tutti i servizi il cui esercente è tenuto a offrire il servizio a chi lo richiede.

⁸⁰ Cfr. *ex plurimis* Cons. Stato, sez. VI, 4 luglio 2023, n. 6541. La vicenda è troppo complessa per poterne dare conto qui, ma è interessante solo evidenziare il fatto che il giudice, nel concordare con lo sviluppo svolto da Arera a partire dalla sistemazione del servizio di dispacciamento, ha però tratto da tale sistema alcune conseguenze non considerate da Arera che però essa avrebbe dovuto considerare, ai fini dei recuperi (ciò che ha consentito di rettificare i contenuti provvedimenti originariamente impugnati, in coerenza col sistema definito da Arera).

⁸¹ Uso qui il termine 'responsabilità' per indicare ciò che, ad esempio, Hebert L.A. Hart, nel *Postscriptum a Responsabilità e pena*, Milano, 1981 [1968] ha chiamato responsabilità per ruolo.

responsabilità non può non riguardare anche le conseguenze, le ricadute, delle decisioni sull'insieme di relazioni giuridiche sottostante e sul sistema che regge la relativa disciplina: il giudice, in altre parole, nel momento in cui partecipa all'attività di sistemazione delle autorità di regolamentazioni con penetranti poteri, non può esimersi dall'interrogarsi se, e in quale misura, le sue decisioni possano produrre ricadute sistemiche per il settore, e quali "costi" per il sistema esse possano produrre, non solo in termini economici, ma anche in termini di (in)certezza per i mercati. Si tratta, insomma, (anche) del dovere di evitare disastri.

Disastri apparentemente ragionevoli della giurisprudenza

Assumendo una prospettiva d'analisi meta-giurisprudenziale, il presente lavoro è volto a tematizzare alcune pronunce giudiziali, adottate in settori economici disciplinati dalle autorità indipendenti di regolamentazione, le quali pronunce hanno prodotto risultati indesiderabili di tipo sistemico sulle relazioni giuridiche che connotano detti settori. In particolare, il metodo d'analisi e le categorie impiegate sono quelle offerte dalla filosofia analitica del diritto, assumendo in particolare una teoria realista dell'interpretazione, volta a valutare non solo come le decisioni sono fondate (approccio deontologico), ma anche quali ripercussioni esse hanno in termini di interessi cui prestano tutela (approccio consequenzialista). L'ambito fenomenico selezionato è quello della regolazione dei mercati dell'energia, di cui saranno presi in considerazione due casi emblematici. Lo scopo dell'analisi è quella di fornire un contributo a una dottrina dell'interpretazione, ossia di proporre alcuni criteri che possono guidare (per il futuro) le attività interpretative dei giudici che operano in settori simili a quello considerato.

Seemingly reasonable disasters of judicial decisions

Assuming a meta-jurisprudential perspective, present work aims to thematize certain judicial pronouncements, adopted in economic sectors regulated by independent regulatory authorities, which have produced undesirable systemic results on the legal relations characterizing that sector. In particular, the analysis is conducted according to the method and categories offered by the analytical philosophy of law, assuming a realist theory of interpretation, oriented towards establishing not only how decisions are grounded (deontological approach), but also what repercussions they have in terms of protected interests (consequentialist approach). The phenomenal field selected is that of the regulation of energy markets, of which two highly controversial case law cases will be analyzed and highlighted. The purpose of the investigation is to provide a contribution to a doctrine of interpretation, i.e. to propose some criteria that can guide (future) interpretative actions of judges operating in sectors similar to the one considered.

Note sui collaboratori

GIAN DOMENICO COMPORTI, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Siena (giando.comporti@gmail.com)

FABRIZIO FRACCHIA, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università “L. Bocconi” di Milano (fabrizio.fracchia@unibocconi.it)

SIMONE SCAGLIARINI, Professore ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia (simone.scagliarini@unimore.it)

GAETANO ARMAO, Professore associato di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Palermo (gaetano.armao@unipa.it)

PASQUALE PANTALONE, Professore associato di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Milano (pasquale.pantalone@unimi.it)

EUGENIO MARIA MASTROPAOLO, Professore a contratto di Diritto dell’economia e di Diritto bancario, Università Telematica Pegaso (eugeniomaria.mastropaolo@unipegaso.it)

PAOLO BRAMBILLA, Assegnista di ricerca, Università Ca’ Foscari, Venezia (paolo.brambilla@unive.it)

MATTEO BURSI, Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia (matteo.bursi@unimore.it)

BENEDETTA CIFERNI, Assegnista di ricerca di Diritto amministrativo nell’Università degli Studi di Teramo (bciferri@unite.it)

UMBERTO NIZZA, Assegnista di ricerca, Università degli studi di Torino e Transatlantic Technology Law Forum fellow, Università di Stanford (umberto.nizza@unito.it)

ANNALISA NEGRELLI, Ph.D. in Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Milano (annalisa.negrelli@gmail.com)

GIOVANNI PENNETTA, Dottore di ricerca in Diritto pubblico, Università degli Studi di Roma Tor Vergata (giovanni.pennetta@alumni.uniroma2.eu)

MARCO Q. SILVI, Dottore di ricerca in Filosofia analitica e teoria generale del diritto, Responsabile dell’Unità Affari Giuridici e Consulenza, Autorità di regolazione per energia reti ambiente (marco.q.silvi@gmail.com)

PIERMARIA DELLA ROCCA, Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico dell’Economia, Università degli Studi di Roma “La Sapienza” (piermaria.dellarocca@uniroma1.it)

DANIELE DIACO, Dottorando di ricerca in “Ordine giuridico ed economico europeo”,
Università degli Studi Magna Graecia di Catanzaro (daniele.diaco@studenti.unicz.it)

GIUSEPPE MARIA MARSICO, Dottorando di Ricerca, Università degli Studi di Roma Tor
Vergata (giuseppemaria.marsico@students.uniroma2.eu)

MANFREDI MATASSA, Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo, Università degli Stu-
di di Palermo (manfredi.matassa@unipa.it)

GIOVANNA PILERI, Dottoranda di ricerca in Diritto amministrativo, Università degli Stu-
di di Sassari (giovanna.1996@outlook.it)



www.ildirittodelleconomia.it
www.muccheditore.it