

Il diritto dell'economia

ISSN 1123-3036

rivista quadrimestrale
open access di dottrina,
giurisprudenza
e documentazione

dicembre 2020

3

promossa da

Università degli Studi
"Mediterranea" di Reggio Calabria



Università degli Studi
Mediterranea
di Reggio Calabria

Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze umane



STEM Mucchi Editore

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

issn 1123-3036

d e Il diritto dell'economia

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

Promossa da



Università degli Studi
Mediterranea
di Reggio Calabria

Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze umane

anno 66, n. 103 (3-2020)



Mucchi Editore

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

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

issn 1123-3036

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

info@mucchieditore.it

info@pec.mucchieditore.it

www.mucchieditore.it

facebook.com/mucchieditore

twitter.com/mucchieditore

instagram.com/mucchi_editore

www.ildirittodelleconomia.it



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

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

Grafica, impaginazione, gestione sito web: STEM Mucchi Editore Srl - Modena
Pubblicato nel mese di dicembre 2020

Comitato di direzione

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

Comitato scientifico

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

Comitato editoriale

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La correzione delle bozze avviene di norma in via redazionale.

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

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

Per le citazioni di dottrina:

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

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

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

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

Per le opere collettanee:

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

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

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

Per le citazioni di giurisprudenza:

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

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

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

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

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

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

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

Indice n. 103 (3-2020)

ARTICOLI E SAGGI

Diritto ed emergenza sanitaria

- Fabio Cintioli*, Le conseguenze della pandemia da Covid-19 sulle concessioni di servizi e sull'equilibrio economico e finanziario..... pag. 13
- Biancamaria Raganelli*, Stato di emergenza e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali » 35
- Francesco Gaspari*, Coronavirus, assistenza finanziaria dell'Unione europea e «sentieri interrotti della legalità» costituzionale. Per un ritorno alla Costituzione e alla sovranità nazionale..... » 63

Seconda parte

- Francesco de Leonardis*, Interventi sostitutivi a tutela dell'ambiente » 105
- Enrico Lubrano*, La soppressione dell'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. (onere di immediata impugnazione delle ammissioni degli altri *competitors* nel processo-appalti, c.d. rito superaccelerato): un'occasione per la riespansione dell'effettività del diritto alla tutela giurisdizionale » 131
- Paola Lombardi*, Forme di esclusione nella prospettiva del diritto amministrativo » 155
- Mauro Renna, Stefano Vaccari*, Raggruppamenti temporanei di imprese e avvalimento: relazioni giuridiche e principali criticità..... » 181
- M.T. Paola Caputi Jambrenghi, Giuseppe Colella*, PPI for a sustainable economy: sustainable supply chain management in the agri-food sector..... » 207
- Giovanna Marchianò*, La legalità algoritmica nella giurisprudenza amministrativa..... » 229
- Giulio Peroni*, Crisi e ricerca della stabilità economica nella prospettiva di un nuovo ordine economico internazionale orientato allo sviluppo sostenibile » 259
- Dario Scarpa*, Analisi economico-giuridica del conto corrente tra prassi e tensione assiologica » 299
- Antonio Leo Tarasco*, Proprietary fragmentation and public-private management of UNESCO sites owned by the Italian state » 317
- Scilla Vernile*, Ragionevole durata del procedimento amministrativo e "sorte" dell'atto tardivo » 337
- Gianmatteo Sabatino*, Il diritto dell'economia circolare tra programmazione, contratto e responsabilità. Profili teorici ed applicativi in dialogo tra Repubblica Popolare Cinese ed Unione Europea » 379

<i>Calogero Miccichè</i> , Efficienza e legalità nel commissariamento delle opere pubbliche: il commissario come responsabile unico dei progetti più complessi.....	»	419
<i>Laura Pergolizzi</i> , I principi dell'istruttoria nel procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale. Riflessi sul piano processuale	»	443
<i>Giuseppe Settanni, Manuela Ruggi</i> , Alcune considerazioni a proposito del prestito vitalizio ipotecario	»	463
<i>Pasquale Cuzzola</i> , La disciplina italiana dell' <i>equity crowdfunding</i> : varianti tipologiche, responsabilità e valore dell'informazione tra problema e sistema.....	»	489
<i>Lucrezia Anzanello</i> , Il sistema sanitario americano al test del Covid 19: la reazione degli <i>Health Care Sharing Ministries</i>	»	533
<i>Marco Di Lullo</i> , La nozione e la disciplina (pubblicistica) dei "rifiuti": beni da valorizzare?	»	555
<i>Alessandro Di Martino</i> , L'amministrazione per algoritmi ed i pericoli del cambiamento in atto	»	599
<i>Nicola Dolci</i> , Gli effetti della Vigilanza prudenziale sulla performance di esercizio delle banche italiane nell'ambito del nuovo modello di <i>governance</i> economica europea .	»	635
<i>Emanuele Fazio</i> , Il problema delle competenze settoriali e l'adozione di un approccio olistico alla data-driven economy	»	653
<i>Enea Franza</i> , Il Piano d'azione europeo sulla finanza sostenibile: il punto sullo stato di realizzazione	»	679
<i>Costanza Gallo</i> , La pratica del <i>deaccessioning</i> . Una comparazione tra l'ordinamento italiano e l'ordinamento inglese	»	707
<i>Manfredi Matassa</i> , Alcune considerazioni sul danno all'immagine della Pubblica Amministrazione.....	»	733
<i>Gabriella Perotto</i> , La standardizzazione europea nel settore dell'ICT nell'era dell' <i>Internet of Things</i> : qualificazione giuridica e controllo di validità degli standard tecnici armonizzati	»	757
<i>Riccardo Samperi</i> , Le prospettive di riforma del MES nel processo di integrazione europea	»	773
<i>Simona Terracciano</i> , Le sanzioni amministrative pecuniarie e i rapporti contrattuali delle pubbliche amministrazioni	»	793
 <i>Dialoghi di diritto dell'economia</i>		
Fabio Cintioli <i>versus</i> Marco Mazzamuto: riformare i contratti pubblici?	»	847
 <i>Sezione di diritto internazionale dell'economia</i>		
NOTE SUI COLLABORATORI	»	911

Le conseguenze della pandemia da Covid-19 sulle concessioni di servizi e sull'equilibrio economico e finanziario

Fabio Cintioli

SOMMARIO: 1. Il problema. – 2. La concessione, il rischio del concessionario e il ruolo del servizio pubblico. – 3. Rischio operativo e piano economico finanziario. – 4. Evento pandemico e revisione del PEF: diritto o interesse legittimo alla revisione. – 5. L'art. 11 della legge n. 241 del 1990 e i principi del codice civile. – 6. Impossibilità sopravvenuta della prestazione e articolo 1463 cod. civ. – 7. Eccessiva onerosità sopravvenuta e articolo 1467 cod. civ. – 8. *Segue*. L'art. 1467 cod. civ. e i principi generali in materia di obbligazioni e contratti. – 9. *Segue*. L'art. 1467 cod. civ. e il diritto del concessionario al riequilibrio economico-finanziario.

1. *Il problema*

Le conseguenze della pandemia da Covid-19 hanno colpito duramente le attività imprenditoriali in Italia a partire dal mese di marzo del 2020 e suscitano molti interrogativi circa i rimedi giuridici attivabili in quei rapporti che dall'emergenza sono stati a vario titolo interessati.

Prendiamo qui in esame i rapporti di concessione amministrativa che siano basati sulla gestione di un servizio affidato da un'amministrazione ad un privato e che quindi vedano quale principale, se non esclusiva, fonte di approvvigionamento per il concessionario il conseguimento dei ricavi dai fruitori del servizio.

Senza ancora voler utilizzare la nozione di diritto italiano di servizio pubblico e quella europea di servizio di interesse economico generale, possiamo intanto fare riferimento alla disciplina sui c.d. contratti pubblici e quindi richiamare la figura della concessione di servizi, il cui tratto caratteristico consiste nel fatto

* Questo articolo è destinato agli Scritti in onore di Franco Gaetano Scoca.

che il corrispettivo deriva al concessionario dal pagamento delle prestazioni fatto dagli utenti, con l'eventuale addizione di un prezzo in denaro da parte dell'amministrazione.

Si tratta, quindi, di rapporti a struttura trilaterale. Si pensi, a titolo di esempio, al settore dei trasporti locali.

L'evento pandemico ha agito ed agisce su questo genere di rapporti per un duplice verso.

In primo luogo, possono esservi stati casi nei quali le misure di contenimento del virus che hanno trovato fonte, in varia guisa, in una serie di decreti legge e in numerosi decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (DPCM), oltre che in ordinanze di livello regionale od anche comunale, abbiano imposto la sospensione temporanea del servizio. Questo è un primo caso di evidente alterazione del rapporto "contrattuale", dato che a fronte della persistenza dei costi, sia quelli fissi sia quelli collegati agli ammortamenti degli investimenti, il concessionario si è trovato sprovvisto dei ricavi, in tutto o in parte a seconda dei casi, per un congruo periodo di tempo.

In secondo luogo, vi sono state ipotesi nelle quali, pur mancando un atto normativo o amministrativo che avesse sospeso la gestione del servizio, le misure di contenimento e le stesse condotte sociali impresses dalla pandemia nelle abitudini dei cittadini possono avere nei fatti fortemente ridotto la domanda dei servizi, provocando un drastico abbattimento dei ricavi. In tal caso, ai costi poc' anzi ricordati, dovrebbero aggiungersi, evidentemente, anche quelli dovuti alla prosecuzione del servizio. Tale secondo scenario – legato appunto alla riduzione dei ricavi rispetto a quel che avevano stimato i piani economico-finanziari coevi all'affidamento della concessione – ben potrebbe manifestarsi anche in una fase successiva a quella di più grave emergenza, ossia durante le cosiddette fase due e fase tre dell'emergenza sanitaria; la riduzione dei margini di remunerazione del concessionario, vuoi a causa di una riduzione dei flussi, anche quelli di tipo turistico ad esempio, vuoi a causa di misure di precauzione che riducano la capienza dei mezzi e/o la fruibilità quantitativa delle prestazioni, sono evidenti e purtroppo probabili a verificarsi.

Che in tale situazione delle conseguenze giuridiche possano esservi ed altrettanti rimedi possano esser promossi è intuitivo. Più difficile è identificarli.

Nelle considerazioni che seguono si cercherà di stilare almeno delle linee generali, le quali ovviamente andranno adattate alle caratteristiche di ciascuna situazione concreta.

2. *La concessione, il rischio del concessionario e il ruolo del servizio pubblico*

Il primo punto di riferimento è la disciplina del c.d. Codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 50 del 2016, la quale, a sua volta, ha recepito il pacchetto di direttive dell'UE del 2014, ivi inclusa la direttiva 2014/23/UE, dedicata appunto alle concessioni di servizi.

Trattandosi dell'incidenza di un evento esterno e straordinario come quello pandemico sul rapporto di concessione, la questione centrale ci conduce a due dati ben precisi, tra quelli che contornano l'istituto.

Il primo è l'assunzione del rischio operativo. Il secondo è la collocazione del piano economico finanziario (c.d. "PEF") quale base del rapporto di concessione nonché, di riflesso, l'esigenza che esso esprime di salvaguardare il medesimo equilibrio economico finanziario in corso di rapporto.

È ben noto che, mosso dall'obiettivo di espandere gli obblighi di selezione mediante gara oltre il confine degli appalti pubblici, il diritto comunitario e dell'UE ha attratto nell'orbita dei contratti pubblici anche le concessioni. Pure le concessioni sono da qualificare come contratti, per la Corte di giustizia UE prima e per le direttive del 2014 dopo, e questa premessa ha aperto il varco ad un regime procedimentale omogeneo per entrambe le figure.

La diversità intrinseca dei due rapporti e la proiezione di quello concessorio verso la collettività degli utenti e verso quel tipo di interesse della p.a. che si identifica con la nozione di servizio pubblico rimane un fatto ulteriore, in buona parte lasciato all'autonomia del diritto dello Stato membro. Nonostante questa postergazione temporale rispetto alla gara ed alla qualifica contrattuale prescelta dall'UE, la fase di attuazione del servizio pubblico avrà, come vedremo, una rilevanza cruciale nelle mie osservazioni. In altre parole, non si deve dimenticare che il diritto comunitario ha scelto di qualificare la concessione come contratto al fine di evitare che un'altrimenti diversa struttura rispetto all'appalto potesse consolidare un'interpretazione che sottraesse la prima alle procedure di selezione imparziale previste per il secondo. L'obiettivo e l'effetto utile del denominare la concessione quale contratto si circoscrive in ciò. Sicché tale *nomen* non elide la componente distintiva di tipo pubblicistico che alla concessione, secondo la tradizione, pertiene. Il regime giuridico di una concessione che abbia ad oggetto la gestione di un servizio pubblico, quindi, rimane condizionato da regole speciali, le quali oltretutto vantano una sperimentazione secolare nel nostro ordinamento, sia nella prassi che nella giurisprudenza.

Dovendo trovare una linea distintiva tra cosa fosse un appalto e cosa una concessione, il diritto comunitario ha puntato sul c.d. rischio operativo¹.

¹ Per un'ampia analisi di questo tema, cfr. G.F. Cartei, *Rischio e disciplina negoziale nei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 599 ss.

Mentre tale rischio nel primo caso non spicca a tratto distintivo dell'equilibrio contrattuale, nel secondo caso viene di necessità trasferito in capo al concessionario. La concessione presuppone, così, un'alea e un rischio. Il rischio, per un verso, si collega alla capacità del concessionario di trarre dai corrispettivi (prezzi o tariffe che siano) pagati dagli utenti quanto necessario a remunerare gli investimenti e ad assicurare il profitto e, per altro verso, si trasfonde in un PEF che sia in grado di equilibrare le condizioni economiche, patrimoniali e finanziarie dell'intera operazione.

Ancor prima dell'entrata in vigore delle direttive comunitarie del 2014, la Corte di Giustizia² e la Commissione UE³ avevano già affermato che la concessione si differenzia dall'appalto sostanzialmente per il fatto che il concessionario: (i) riceve la remunerazione dai terzi e solo eventualmente un'integrazione da parte dell'Amministrazione concedente; (ii) assume un rischio sulla gestione – eventualmente anche non elevato, ma comunque economicamente apprezzabile – e che riguarda il rapporto con il mercato ed i terzi che fruiscono dei servizi (*i.e.*: rischio di insolvenza, rischio della domanda, rischio di concorrenza da parte di altri operatori ecc.). Si allude, insomma, ad un rischio non limitato alla valutazione economica eventualmente errata fatta dal concessionario al momento dell'assunzione del servizio, ma ad un rischio che si estende ed è legato all'andamento dell'attività.

3. *Rischio operativo e piano economico finanziario*

Nell'ordinamento italiano, prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, vi era già l'art. 30 del d.lgs. n. 163 del 2006 (c.d. primo Codice dei contratti pubblici) dedicato alle «concessioni di servizi».

Questa previsione, riprendendo gli orientamenti comunitari testé ricordati, stabiliva che è possibile riconoscere al concessionario, oltre al diritto di gestire i servizi, anche un «prezzo» allo scopo di assicurare «il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare». Quest'ultimo accento sulla «qualità» del servizio è da sottolineare: il concetto di equilibrio economico-finanziario era utilizzato non soltanto per garantire la posizione del concessionario, ma anche l'interesse del concedente e quindi quello esteso agli utenti tutti, atteso che solo

² Cfr. Corte di Giustizia UE, sez. III, 10 marzo 2011, n. 274; Corte di Giustizia UE, sez. II, 10 novembre 2011, n. 348.

³ Cfr. il *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni* del 30 aprile 2004.

una gestione che si mantenga in equilibrio può assicurare un livello qualitativo adeguato delle prestazioni rivolte ai fruitori del servizio.

Nel regime che risulta dalla citata direttiva n. 23 del 2014 e dal Codice del 2016 emerge ancor più l'importanza della coppia di concetti tra loro interdipendenti: il rischio operativo e l'equilibrio economico finanziario⁴. Il primo di stretta origine europea, il secondo rafforzato dal diritto nazionale, fors'anche proprio per recuperare il tratto trilaterale del rapporto e la dimensione di interesse generale del servizio pubblico⁵.

Il rischio operativo è elemento essenziale della concessione di servizi: è il rischio legato alla gestione dei servizi sul lato della domanda, dell'offerta o di entrambi. L'assunzione del rischio operativo da parte del concessionario significa che egli, in «condizioni operative normali», per tali intendendosi l'insussistenza di eventi non prevedibili, non ha la garanzia di recuperare gli investimenti effettuati o i costi sostenuti per la gestione dei servizi. Sicché il trasferimento del rischio operativo al concessionario comporta un'esposizione alle fluttuazioni del mercato, ossia la possibilità di dover affrontare le oscillazioni che possono condizionare la gestione dei servizi (ad es., costo dei materiali, competizione di altri operatori, domanda da parte dell'utenza).

L'equilibrio economico finanziario richiede la contemporanea valutazione delle condizioni (*i*) di convenienza economica e di (*ii*) di sostenibilità finanziaria. Per convenienza economica si intende la capacità del progetto di creare valore nell'arco di efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito. Per sostenibilità finanziaria si intende la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento (v. art. 3, co. 1, lett. *fff*, del d.lgs. 50 del 2016). Al fine di garantire l'equilibrio economico finanziario, l'amministrazione come detto può prevedere un corrispettivo in favore del concessionario, fermo restando che tale somma deve coprire solo una parte dei costi dell'attività e della sua gestione (non superiore al 49 per cento del costo dell'investimento complessivo, secondo quanto previsto dall'art. 165, co. 2, d.lgs. n. 50 del 2016).

Posto che la concessione è un contratto aleatorio, che il concessionario prende un rischio legato all'andamento più o meno profittevole del rapporto e che tuttavia lo svolgimento del rapporto presuppone che si trovi un punto di equilibrio economico e finanziario, il punto critico è la misura del rischio e la definizione dell'alea. Il secondo elemento condiziona il primo, perché se il rischio operativo si

⁴ Sulla stretta connessione tra questi due concetti, cfr. G. Urbano, in E. Follieri (a cura di) *Corso sul codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2017, 643.

⁵ Pone in rilievo questa diversità G. Greco, *Profili generali*, in *Trattato dei contratti pubblici*, a cura di R. De Nicolis e M.A. Sandulli, tomo V, *Concessioni di lavori e di servizi, partenariati, precontenzioso e contenzioso*, Milano, 2020, 8 ss.

allargasse troppo a danno del concessionario sarebbe difficile sostenere che, anche in caso di estrema difficoltà dovuta beninteso ed eventi esterni e non imputabili, l'equilibrio economico finanziario resti comunque nel solco del PEF redatto in occasione della gara per l'affidamento della concessione. Lo statuto pubblicistico dell'amministrazione ne limita l'autonomia negoziale, perché sono in gioco interessi pubblici da salvaguardare comunque: se viene meno l'equilibrio originario, il problema non è solo del concessionario, che si troverà ad affrontare extra-costi non più coperti dai prevedibili ricavi, ma anche della p.a. concedente, la quale rischia di non poter più assicurare ai cittadini servizi di qualità adeguata⁶. La riduzione dei ricavi verosimilmente inciderà sulla qualità delle prestazioni. È qui che il tratto pubblicistico dell'istituto si riflette sul problema concreto: lo standard qualitativo del servizio dev'essere garantito entro soglie di ragionevolezza e il fattore di crisi esterno che investisse il concessionario non è circostanza di cui la p.a. possa disinteressarsi, lasciandone il peso interamente a quest'ultimo⁷. È indispensabile un intervento riparatore per ritrovare l'equilibrio.

4. *Evento pandemico e revisione del PEF: diritto o interesse legittimo alla revisione*

Queste considerazioni aiutano a comprendere meglio il significato delle previsioni del Codice del 2016.

Il rischio operativo, ai sensi del citato art. 3, si estende in concomitanza con le «condizioni operative normali» e per tali si intende «l'insussistenza di eventi non prevedibili».

L'art. 165 del d.lgs. n. 50 del 2016 è dedicato alla disciplina del «rischio ed equilibrio economico finanziario nelle concessioni» e il comma 6 prevede che «il verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario può comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio», che «la revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto» e che «in caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanzia-

⁶ F.G. Scoca, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, 431 ss., il quale spiega che il problema del riconoscimento dell'autonomia privata della p.a. si riduce ad un gioco di parole, in quanto rimane sempre ferma, accanto a tale riconoscimento, la funzionalizzazione dell'intera attività amministrativa, anche quella di tipo contrattuale e privatistico.

⁷ In questo senso anche Cartei, *Rischio e disciplina negoziale*, cit., il quale osserva appunto che la conservazione in vita del contratto è interesse comune ad entrambi i contraenti, sia all'operatore privato che guarda al profitto sia alla p.a. che deve tener conto dell'interesse pubblico alla sopravvivenza e fruizione del servizio per la collettività e delle esternalità positive che ne derivano.

rio, le parti possono recedere dal contratto». Una disciplina di segno analogo si trova nell'art. 182, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016, in materia di partenariato pubblico privato⁸, a testimoniare la valenza di principio generale di questa regola.

Oltre che queste norme, andrebbe ricordato anche l'art. 175, che disciplina alcuni casi di modifica del rapporto di concessione in corso e l'art. 176, che prevede, in caso di revoca della concessione «per motivi di pubblico interesse», un indennizzo per mancato guadagno a favore del concessionario.

È opportuno a questo punto procedere per sintesi.

Il concessionario deve assumersi un'alea che corrisponde al rischio operativo. Tuttavia, egli non è tenuto a subire le conseguenze negative dovute ad eventi non prevedibili ed a sé non riconducibili. Quando eventi di questo tipo reagiscono sul rapporto sino a modificare l'equilibrio del piano economico finanziario si «può» far luogo alla sua revisione in modo da rideterminare le condizioni di equilibrio.

È utile sottolineare alcune diversità di questa disciplina da quella che si desume da una norma di principio della quale diremo tra breve: l'articolo 1467 cod. civ. in tema di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta.

Il comb. disp. degli artt. 3 e 165 delimitano l'alea entro il confine degli eventi prevedibili e contemplan la facoltà di revisione del rapporto in caso del venir meno dell'equilibrio così come individuato nel PEF. L'articolo 1467 invece si riferisce ad un'eccessiva onerosità e soprattutto presuppone che questa sia dovuta ad un evento che possa dirsi sia straordinario sia imprevedibile. Inoltre, l'art. 1469 esclude dal campo di applicazione dell'art. 1467 i contratti aleatori, per loro natura o per volontà delle parti.

Un'altra diversità che risalta sul piano letterale è il tipo di rimedio. Mentre l'articolo 1467 prevede un diritto alla risoluzione, nonché la facoltà della parte contro la quale la risoluzione è chiesta di offrire la riduzione ad equità, l'art. 165 riporta una formula piuttosto ambigua, la quale si limita a dire che la sopravvenienza di eventi non riconducibili al concessionario che abbiano alterato l'equilibrio economico finanziario «può» comportare la revisione.

La norma del Codice dei contratti pubblici del 2016, in altre parole, non rende esplicito un vero e proprio diritto alla revisione del contratto a favore del concessionario, il che ha indotto alcuni a sostenere che un diritto di tal natura non vi sia o che vi sia tutt'al più una sorta di pretesa ad intavolare con la p.a. un dialogo volto ad appurare che tipo di eventi siano sopraggiunti e che tipo di

⁸ Secondo tale disposizione «il verificarsi di fatti non riconducibili all'operatore economico che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario può comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio. La revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto».

impatto possano esercitare⁹. Il che però non includerebbe anche una vera e propria tutela in sede giurisdizionale.

Questa visione restrittiva, in verità, lascia qualche perplessità.

Il legislatore si è preoccupato di delimitare il rischio operativo e di mantenere l'equilibrio economico finanziario non solo nell'interesse del concessionario ma anche del concedente e soprattutto dei terzi fruitori del servizio, la cui qualità potrebbe scendere oltre i livelli accettabili in una situazione di crisi patrimoniale e finanziaria del concessionario medesimo. È in gioco sovente l'erogazione di un vero e proprio servizio pubblico. La continuità e l'efficienza di quest'ultimo non possono allora che essere in primo piano.

Mi sembra perciò inevitabile fondare su questa disposizione una pretesa giuridicamente tutelata alla revisione del PEF.

Si potrà discutere se essa raggiunga la soglia di un diritto soggettivo o se rimanga attratta nell'orbita della pretesa ad un legittimo esercizio del potere di revisione – e quindi confinata nella dimensione dell'interesse legittimo pretensivo, con influenza sul modo concreto della tutela da svolgersi in sede di giurisdizione esclusiva *ex art. 133, comma 1, lett. b) c.p.a.* – ma non mi pare possibile negarne la giustiziabilità, in armonia col principio di effettività della tutela giurisdizionale (art. 113 Cost.). La seconda strada lascerebbe al concedente un margine di valutazione sia su quanto sia ampio il distacco che esige il riequilibrio sia su quel che è necessario ripristinare per assicurare gli standard di qualità del servizio, ma per il resto non escluderebbe una tutela effettiva della pretesa avanzata dal concessionario.

D'altra parte, vale la pena di ribadire che riconoscere una pretesa giustiziabile del concessionario alla revisione del PEF è l'inevitabile contrappeso al principio di continuità del servizio pubblico, il cui carattere ininterrotto è persino presidiato in sede penale, come sappiamo. Qualora si seguisse la strada dell'interesse legittimo, diventa centrale per il concedente identificare l'interesse pubblico concreto, ossia l'interesse che l'amministrazione deve effettivamente perseguire nel caso concreto e che assorbe l'interesse del privato e gli altri interessi che vengono in gioco. Questa variabile conformazione dell'interesse pubblico può proiettare il rapporto giuridico oltre la dimensione bilaterale, per renderlo trilaterale o multilaterale: nel nostro caso torna decisivo, oltre agli interessi direttamente imputabi-

⁹ In questo senso sembra orientarsi S. Fantini, nel Webinar di Risorgimento giuridico *Concessioni e contratti pubblici di durata al tempo di Covid-19*, 11 maggio 2020, reperibile presso il sito della Fondazione Cesifin Alberto Predieri, il quale ritiene che la soluzione dei principali problemi possa passare attraverso il segno dell'art. 3, comma 6 *bis*, del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, sul quale *infra*.

li al concedente e al concessionario, anche l'interesse dei terzi alla continuità ed efficienza del servizio oggetto della concessione¹⁰.

5. *L'art. 11 della legge n. 241 del 1990 e i principi del codice civile*

Il codice dei contratti pubblici forma però solo la prima parte del quadro normativo da prendere in considerazione, sia perché l'impatto economico della pandemia si potrebbe essere manifestato in maniera così dirimpente da non rendere sufficiente un congegno come quello dell'art. 165 del d.lgs. n. 50 del 2016, sia perché potrebbero esservi clausole – che la prassi testimonia esser sparse nelle varie convenzioni di concessione – le quali comprimono le aspettative del concessionario, limitando il suo diritto alla revisione del PEF, ovvero riducendo o addirittura azzerando il rilievo dei ricavi ed amplificando il suo rischio operativo.

Volgiamo così lo sguardo al codice civile, o meglio ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e di contratti, i quali sono estensibili alle c.d. concessioni-contratto. Secondo una cospicua giurisprudenza, infatti, l'articolo 11 della legge n. 241 del 1990, dedicato agli accordi di diritto pubblico tra p.a. e privati, si applica anche a questo tipo di rapporti. Quest'ultimo, per effetto del suo comma 2, porta con sé il richiamo ai principi del codice civile «in quanto compatibili».

L'art. 11 ha suscitato un ampio dibattito tra gli studiosi nel corso degli anni ed ha trovato un punto di sintesi che – potremmo dire – ha visto proprio nel criterio della compatibilità la chiave per bilanciare l'ingresso del principio proveniente dal diritto privato con le prerogative del diritto pubblico¹¹. L'applicazione del principio non elimina lo statuto della funzione pubblica che in concreto venga esercitata dalla p.a. Sicché i rimedi a protezione del sinallagma contrattuale devono combinarsi con le regole di fondo per l'esercizio dei poteri della p.a. e col principio di nominatività delle funzioni: dalla disciplina sul procedimento ai presupposti ed effetti del provvedimento, dalle norme sulla competenza amministrativa a quelle sui limiti ai poteri ablatori e sull'autotutela decisoria.

¹⁰ In questa valutazione ho direttamente fatto riferimento al “*proprium*” dell'interesse legittimo, ossia alle parole e agli insegnamenti che ci offre F.G. Scoca nei suoi scritti e, da ultimo, nel suo lavoro sull'interesse legittimo: *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, in part. 458 ss.

¹¹ G. Greco, *Il regime degli accordi pubblicistici, in Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, Atti del XLVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, 2002, 161 ss., nonché *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino 2003, 99 ss. Sul tema di recente, cfr. M. Ramajoli, *Gli accordi tra amministrazione e privati ovvero della costruzione di una disciplina tipizzata*, in *Dir. amm.*, 675 ss., in part. 684; cfr. altresì G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984; E. Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, 1996, nonché *Accordi pubblici (ad vocem) Enc. dir.*, agg., 2001.

La giurisprudenza nel corso degli anni ha fatto proprie queste linee di interpretazione. Si è utilizzato il filtro dei principi del codice civile per estrapolare la regola da applicare nel caso concreto, ma ci si è sforzati di coordinarli col regime del potere pubblico, in un costante bilanciamento tra l'uno e l'altro polo.

Così, pur riconoscendo alla p.a. la facoltà di utilizzare i suoi poteri provvedimentali nel corso del rapporto, la giurisprudenza ha negato che essa possa esercitarli presupponendo una sorta di delega in bianco che consenta alla p.a. di alterare l'equilibrio economico raggiunto nell'accordo, dato che questo sarebbe oltretutto in contrasto coi principi di buona fede oggettiva (artt. 1366 e 1375 cod. civ.) e di determinabilità dell'oggetto del contratto (art. 1346 cod. civ.)¹². In altri casi, ha attribuito alla p.a. la facoltà di esercitare un vero e proprio potere provvedimentale di revoca e/o revoca-decadenza a carico del privato che non avesse adempiuto la sua prestazione a condizione ed in quanto esso abbia rispettato la cornice stilata dall'articolo 1454 cod. civ. a proposito della diffida ad adempiere entro un termine essenziale¹³.

Si è anche esplicitamente affermato che un atto amministrativo unilaterale di decadenza comminato a carico del privato che sia inadempiente all'accordo resta possibile e legittimo perché, constando un inadempimento effettivo, l'esercizio della potestà pubblicistica non va a detrimento della capacità privatistica ma si somma ad essa, essendovi un concorso e non una alternatività dei poteri¹⁴. La p.a. avrebbe insomma una facoltà di accertare l'inadempimento, ma dovrebbe seguire poi i principi stilati nel codice civile in materia di risoluzione per farlo valere; e salvo sempre restando, evidentemente, il controllo del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva.

Non mancano, peraltro, in tali precedenti, le avvertenze che raccomandano che, proprio in quanto si esercitano poteri pubblicistici in un rapporto derivante dall'art. 11 della legge n. 241 del 1990, non si può surrettiziamente conseguire il risultato corrispondente al recesso per sopravvenuti motivi di pubblico interesse previsto dal comma 4 senza rispettarne le condizioni ed i presupposti¹⁵.

Come si vede, proprio le disposizioni in materia di risoluzione e di salvaguardia del sinallagma contrattuale sono state richiamate come fonte del principio da applicare nel rapporto tra p.a. e privato. Questo è accaduto anche a pro-

¹² Cons. Stato, sez. VI, 18 dicembre 2012, n. 674, a proposito della pretesa di un Comune di esercitare poteri non meglio definiti di revoca e recesso e sulla base di essi imporre al privato una prestazione economicamente molto più elevata di quella prevista.

¹³ Cons. Stato, sez. IV, 8 luglio 2013, n. 3597, la quale ha giustificato l'esercizio di un potere provvedimentale di risoluzione del rapporto in quanto esercitato in aderenza ai contenuti dell'art. 1454 cod. civ., ed ha anche superato l'obiezione di mancata applicazione dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990 grazie ai caratteri di urgenza offerti dall'istituto civilistico.

¹⁴ TAR Emilia Romagna, Bologna, 21 marzo 2014, n. 306.

¹⁵ TAR Toscana, sez. II, 30 novembre 2011, n. 2077.

posito dell'eccezione di inadempimento *ex art.* 1460 cod. civ., a proposito di un accordo che contrapponeva gli obblighi di bonifica di un privato al rilascio di autorizzazioni commerciali ed edilizie¹⁶, nonché a proposito dell'art. 1467 cod. civ. in materia di concessioni¹⁷.

Ed è proprio quest'ultimo un precedente molto importante per l'analisi che si va svolgendo. In esso il Consiglio di Stato ha escluso che la qualifica in termini di "contratto" della concessione amministrativa potesse comportare, di per sé, la diretta applicazione delle norme del codice civile. Tuttavia, dovendo esser ricompresa la concessione nell'ambito applicativo dell'art. 11 cit. dedicato agli accordi, valorizzando in ciò la componente convenzionale delle c.d. concessioni-contratto, è fatta salva l'applicazione dei principi del codice civile. Tali principi devono però rispettare i limiti di compatibilità e quindi devono scontare quel necessario adattamento che dipende dalla «immanente presenza dell'esercizio di potestà pubbliche» e dalle «finalità di pubblico interesse cui le stesse sono teleologicamente orientate». Su queste premesse, si è ritenuto applicabile al rapporto di concessione il principio che si desume dall'art. 1467, purché però sussista effettivamente sia un evento straordinario sia un evento imprevedibile e purché si vada oltre l'alea normale, la quale ultima – ricorda il Consiglio di Stato – include solitamente anche fluttuazioni accentuate quando non siano effettivamente dovute a situazioni davvero straordinarie del mercato.

6. *Impossibilità sopravvenuta della prestazione e articolo 1463 cod. civ.*

Questi precedenti consentono di affermare che alle ipotesi esaminate in questo scritto si potranno applicare anche i principi desumibili dalle norme del cod. civ. che siano pertinenti al caso.

Segnatamente, si richiamano sia il già citato art. 1467 cod. civ. in tema di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta sia l'art. 1463 cod. civ. in tema di risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione.

Partiamo da quest'ultimo articolo, perché il principio da esso desumibile potrebbe adattarsi alla prima delle evenienze ricordate nel primo paragrafo: quella in cui il concessionario abbia dovuto interrompere in tutto o in parte la prestazione a causa di quel *factum principis* costituito dall'ordine amministrativo derivante da un DPCM o da ordinanze di altra autorità amministrativa.

¹⁶ Cons. Stato, sez. IV, 18 aprile 2015, n. 1894.

¹⁷ Cons. Stato, sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3653. Sull'impatto della forza maggiore sulla convenzione di concessione, può essere altresì menzionata Cons. Stato, sez. V, 19 aprile 2013, n. 2205.

Il caso in questione potrebbe effettivamente rientrare nel concetto di impossibilità e, per la precisione, in una impossibilità giuridica della prestazione¹⁸.

La disposizione del codice civile appresta in questo caso un rimedio di tipo risolutorio e stabilisce che la parte che non ha eseguito la prestazione per causa sopravvenuta a sé non imputabile è liberata, ma non può chiedere la controprestazione e, se l'avesse già ricevuta, deve restituirla secondo le norme sulla ripetizione d'indebito. In caso di impossibilità parziale, ai sensi dell'art. 1464 cod. civ., l'altra parte ha diritto ad una riduzione della prestazione dovuta e può anche recedere dal contratto se non abbia un interesse apprezzabile alla prestazione parziale.

Il principio che si trae dall'istituto è una naturale conseguenza dell'effetto liberatorio dall'adempimento generato da un'impossibilità sopravvenuta non imputabile al debitore. Questi è liberato, ma nel congegno del contratto a prestazioni corrispettive questo evento traumatico non può che reagire anche sul sinallagma funzionale e quindi sulla controprestazione, la quale ultima non è più dovuta. Sicché il contratto non può che sciogliersi.

L'adattamento del principio di diritto al nostro caso implicherebbe, anzitutto, che il concessionario non possa esser ritenuto responsabile per inadempimento a causa dell'interruzione delle prestazioni. Questo è un effetto certamente condivisibile e perfettamente compatibile con la situazione che si è determinata a causa dell'emergenza pandemica. Anzi, è una conseguenza ovvia e l'ovvietà è tantopiù dimostrata dalla circostanza che sul piano dell'apprezzamento sociale la forza delle misure di contenimento non avrebbe mai potuto giustificare una soluzione contraria, ché avrebbe addirittura prodotto una grave violazione di norme di diritto amministrativo o addirittura un illecito penale a carico del concessionario.

Vi sono d'altra parte anche norme speciali che sono state dedicate durante l'emergenza a situazioni certamente meno scontate di quella qui considerata ed esse hanno appunto seguito la logica di escludere l'inadempimento. Ad esempio, va ricordato l'art. 3, comma 6 *bis*, del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, il quale stabilisce che «il rispetto delle misure di contenimento... è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti»

L'ulteriore effetto che dovrebbe derivare dallo schema degli articoli 1463 e ss. è che il concessionario non avrebbe diritto a pretendere il pagamento del prezzo dovuto dal concedente né, più in generale a richiedere indennizzi o il riequilibrio patrimoniale a causa del mancato incasso dei ricavi dagli utenti. La logica è,

¹⁸ Nel senso che la liberazione per causa di impossibilità non imputabile non potrebbe operare ai fini dell'art. 1463 cod. civ. qualora il contraente offrisse una prestazione di cui colpevolmente non sa prevedere l'impossibilità, R. Sacco, in P. Rescigno (diretto da) *Trattato di diritto privato*, vol. X, Milano 2018, 651.

appunto, quella risolutoria: il concessionario sarebbe sì liberato, ma non avrebbe nulla a pretendere né potrebbe dolersi dei mancati ricavi.

Questa seconda parte del principio di diritto civile desumibile dall'art. 1463, però, è dubbio possa essere applicata al caso di specie, sino a negare che possa esistere una qualche pretesa del concessionario ad un ristoro economico.

In primo luogo, non si può affatto escludere che il *factum principis* abbia inciso negativamente sulle modalità di ammortamento degli investimenti né che il concessionario abbia continuato a sostenere i costi legati al mantenimento del complesso aziendale. Al di là della interruzione della prestazione divenuta impossibile, insomma, ben possono esservi altre voci economiche che hanno pesato sui conti del concessionario che non sono compensati dalla automatica interruzione della controprestazione del concedente. Sicché potrebbe esser constatata un'alterazione del PEF e questo sarebbe dipeso indubbiamente da un evento non prevedibile. In altre parole, i due criteri individuati dall'art. 165, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 potrebbero dirsi soddisfatti e questo porrebbe il rapporto in una dimensione diversa da quella di cui tiene conto l'art. 1463. In secondo luogo, non va dimenticata la proiezione trilaterale del rapporto di concessione e la circostanza che continuità del servizio – destinato a riprendere subito dopo la sospensione – e qualità di esso rimangono elementi che contraddistinguono la concessione, connotandola in chiave pubblicistica. Il che rilancia il bisogno di verificare se e quanti pregiudizi economici abbia effettivamente prodotto la sospensione del rapporto a carico del concessionario ed apre le porte ad una pretesa economica di riequilibrio.

Del resto, ad un approdo simile mi sembra possa giungere una delle disposizioni speciali emanate durante l'emergenza, la quale dimostra, per l'appunto, di tener conto anche del bisogno di salvaguardare il valore dell'impresa colpita dall'emergenza sanitaria, lì dove esclude non soltanto l'applicazione di penali che sarebbero conseguenza di un inadempimento imputabile, ma anche le «decurtazioni di corrispettivo» a danno del concessionario¹⁹. Mentre per le penali la norma potrebbe ancora spiegarsi con la volontà di non ritenere inadempiente colui che non avesse eseguito la prestazione perché la sospensione gli era stata imposta con atto avente forza di legge e con provvedimento amministrativo, nel senso che non si può subire la penale quale conseguenza dell'inadempimento, cosa diversa è questa espressione. Il fatto che, a fronte della mancata esecuzione della prestazione, non si subisca alcuna «decurtazioni di corrispettivo» sembra che possa significare proprio che la controprestazione resti – in tutto o in parte – dovuta.

¹⁹ L'art. 92, comma 4 *bis* del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 ha previsto che, al fine di contenere gli effetti negativi dell'emergenza epidemiologica e delle misure di contrasto sui gestori di servizi di trasporto pubblico locale e regionale e di trasporto scolastico, «non possono essere applicate dai committenti dei predetti servizi, anche laddove negozialmente previste, decurtazioni di corrispettivo, né sanzioni o penali in ragione delle minori corse effettuate o delle minori percorrenze realizzate».

Inoltre, proprio con riferimento al citato articolo 3, comma 6 *bis*, del d.l. n. 6 del 2020, vi sono state interpretazioni che sembrano andare oltre la logica della vera e propria impossibilità sopravvenuta, sino a conferire a questa disposizione una valenza tale da legittimare forme riparatorie di riequilibrio del rapporto contrattuale. Così, si è ritenuto rilevante il richiamo all'art. 1223 cod. civ. oltre che all'art. 1218. Tale richiamo potrebbe avere un preciso significato, ossia il voler attribuire al giudice un potere equitativo che gli consenta di valutare in termini diversi dal contenuto dell'art. 1223 non il risarcimento del danno, ma il contenuto del rapporto contrattuale nell'ipotesi in cui la prestazione non sia divenuta impossibile, ma per il rispetto delle misure di contenimento sia divenuta particolarmente onerosa²⁰.

7. *Eccessiva onerosità sopravvenuta e articolo 1467 cod. civ.*

Sembra tuttavia statisticamente più rilevante per i casi qui esaminati l'impatto prodotto dall'art. 1467 cod. civ. e dall'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta.

L'ipotesi in cui il concessionario abbia sofferto durante la *lockdown* od anche nella fase di prima ripartenza una consistente riduzione dei ricavi ben potrebbe rientrare nello spazio applicativo di questa disposizione. Che l'emergenza dovuta all'epidemia costituisca sia un evento straordinario sia un evento imprevedibile è fuori discussione, dato che si tratta della prima pandemia occorsa in questa scala da circa un secolo ad oggi e che le conseguenze che ha determinato sulla vita dei cittadini italiani e degli abitanti dell'intero globo non hanno precedenti. Basti pensare alla chiusura di pressoché tutte le attività produttive e commerciali e delle scuole ed università, che erano rimaste aperte anche durante i difficili anni della seconda guerra mondiale. Sebbene l'articolo 1467 sia stato sottoposto in passato ad un'interpretazione anche severa, che pretendeva la dimostrazione puntuale e separata sia del carattere straordinario (ad esempio una guerra mondiale) sia dell'imprevedibilità dell'evento (ad esempio, le sue conseguenze economiche, da dimostrare come protrattesi oltre le ragionevoli previsioni), il nostro caso si colloca stabilmente oltre ogni dubbio, vista l'assoluta eccezionalità e gravità dell'evento.

Sicché, quando l'alterazione economico-finanziaria andasse oltre le soglie della eccessiva onerosità, si dovrebbe estrapolare dalla disposizione il suo principio ed applicarlo al nostro caso.

²⁰ Cfr. M. Zaccheo, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *Giustizia civile.com*, 21 aprile 2020.

Non si deve trascurare che l'art. 1469 nega l'applicazione della risoluzione per eccessiva onerosità ai contratti aleatori, come ricordato poc'anzi. Tuttavia, l'interpretazione prevalente e più convincente è che questa disposizione non intenda sottrarre all'istituto ogni contratto aleatorio *tout court*, ma solo esplicitare che l'evento dev'essere di portata tale da eccedere il tipo di alea accettata in concreto e nello specifico caso dalle parti al momento della stipula dell'accordo²¹. Il contratto aleatorio non è una mera scommessa ed è meritevole comunque di rimedi contro la perturbazione dei rischi, previsti, non a caso, anche nei contratti di assicurazione *ex artt.* 1897 e 1898 cod. civ.; sicché colui che si è caricato un rischio non può vedersi negato ogni rimedio per il verificarsi di eventi dannosi connessi con rischi ulteriori²².

Ancora una volta la portata dell'evento di cui discutiamo sembra tale da escludere che quest'ultima disposizione possa ostacolare la trasposizione del principio che dà spazio alla rilevanza dell'eccessiva onerosità sopravvenuta. L'alea convenuta dalle parti non aveva di certo compreso un evento di simile portata²³.

Che sia utile interrogarsi sull'applicazione dell'art. 1467 cod. civ. al nostro caso è dimostrato, tra l'altro, da due circostanze: dal fatto che potrebbero esservi clausole convenzionali che in qualche misura possano essere ritenute limitative del rimedio già previsto dall'art. 165 del codice dei contratti pubblici, nonché dal fatto che esistono dei dubbi interpretativi, come detto, circa la forza cogente di quella mera facoltà («può») che l'art. 165 evoca come preludio alla revisione del PEF in senso favorevole al concessionario. L'istituto dell'art. 1467, in quanto mira al riequilibrio del sinallagma, ben potrebbe essere invocato con la sua forza imperativa sia per superare clausole di tal fatta sia per confermare l'esistenza di una pretesa giuridicamente azionabile da parte del concessionario.

Si tratta perciò di vedere quale principio sia ricavabile dall'art. 1467 cod. civ.

²¹ Cfr. Cfr. A. Riccio, *Eccessiva onerosità*, in Commentario Scialoja-Branca, a cura di F. Galgano, Bologna, 2010, 516 ss.; nonché G. Accardo, *L'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione nei più recenti orientamenti giurisprudenziali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, il quale ricorda come la giurisprudenza ha prestato grande attenzione alle specifiche pattuizioni stabilite dai contraenti.

²² Sottolinea la diversità tra il contratto aleatorio ed una mera scommessa e l'importanza di un concetto di «razionalità» dell'alea, D. Maffei, *Alea giuridica e calcolo del rischio nella scommessa legalmente autorizzata di swap*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1096 ss.

²³ Qualora invece si trattasse di un contratto di concessione affidato quando la pandemia fosse già sopraggiunta e non ancora definitivamente cessata, ad esempio nella c.d. fase due o nella fase tre, il rischio di un suo ritorno purtroppo non si potrebbe dire imprevedibile, né ai fini dell'art. 165 cit. né ai fini dell'art. 1467 cod. civ. Questo significa che le amministrazioni dovranno aver cura di congegnare i bandi in maniera da tener conto di tale circostanza. Se l'incombente del predetto rischio rendesse troppo difficili le valutazioni degli offerenti e troppo ampia l'oscillazione tra un'offerta redatta tenendo conto del rischio Covid-19 per un dato arco di tempo ed una redatta senza tenerne conto o tenendone conto per un lasso di tempo nettamente minore, la p.a. potrebbe allora esplicitamente redigere un bando recante una clausola di applicazione del principio della revisione al caso del protrarsi delle difficoltà derivanti dalla pandemia, qualificando convenzionalmente come "non prevedibile" un tale rischio.

Il quesito, a sua volta, intreccia due questioni distinte e sulle quali il dibattito tra gli studiosi di diritto privato è sempre stato molto acceso: (i) se effettivamente l'articolo 1467 possa esprimere un principio generale, che sia quindi compatibile con la concessione amministrativa; (ii) se tale principio introduca solo un rimedio di tipo risolutorio o se ne possa anche includere uno diverso, che si possa sostanziare in un diritto alla revisione contrattuale a favore del concessionario, o per meglio dire un diritto al riequilibrio del piano economico e finanziario²⁴.

8. *Segue. L'art. 1467 cod. civ. e i principi generali in materia di obbligazioni e contratti*

Partiamo dal primo punto e chiediamoci se dall'art. 1467 cod. civ. derivi un principio generale adattabile ai rapporti di natura concessoria.

Come si è detto, la giurisprudenza amministrativa nel 2016 ha già dato una risposta positiva al quesito. Nondimeno, mi sembra utile approfondire il tema.

L'articolo 1467 cod. civ. è sicuramente norma di rara applicazione, perché viene in gioco solo in concomitanza con eventi straordinari e imprevedibili. È norma concepita per provvedere a situazioni davvero eccezionali. I casi di applicazione della disposizione acquistano un valore storico. Tuttavia, quando tali situazioni si verificano, essa è destinata a campeggiare, attirando la molteplicità di situazioni concrete che dalla straordinarietà sono interessate. Ed è pertanto norma che esprime un corrispondente principio generale, che potremmo racchiudere in questa sintesi: quando sopraggiunge l'evento straordinario e imprevedibile ed esso è tale da alterare l'equilibrio del sinallagma contrattuale sino a determinare l'eccessiva onerosità di una delle due prestazioni, l'ordinamento reagisce sino a intaccare il principio di relatività e vincolatività degli effetti del contratto tra le parti di cui all'art. 1372, comma 1, cod. civ.

La disposizione sull'eccessiva onerosità è la risultante di un lavoro antichissimo, che trova riscontro nella Relazione al Re, secondo la quale con l'art. 1467 cod. civ. «si introduce in modo espresso e in via generale il principio dell'implicita soggezione dei contratti con prestazioni corrispettive alla clausola *rebus sic stantibus*, sulle tracce del diritto comune, e, quindi, in collegamento con una tradizione prettamente italiana». Una tradizione che risale addirittura alle riflessioni di Bartolo da Sassoferrato²⁵.

Deve prendersi atto, adesso, che si è partiti un dibattito tra gli studiosi di diritto civile, che ha visto contrapporsi proprio coloro che, da un lato, sostengo-

²⁴ Cfr. A. Riccio, *Eccessiva onerosità*, cit., 23 ss.

²⁵ Bartolo, *Opera omnia*, Venetiis, 1603, II, citato da Riccio, *op. cit.* 3.

no che l'art. 1467 abbia voluto codificare un principio generale, e chi, dall'altro lato, ritiene invece che abbia perlopiù solo voluto introdurre un rimedio specifico. Un dibattito che, per molti versi, può dirsi ancora attuale.

Questo dibattito distingue, a sua volta, chi predilige un criterio oggettivo di interpretazione della norma, che rimanda al criterio *rebus sic stantibus* accettando l'espansione di un principio generale che mira al riequilibrio tra le prestazioni e all'equa distribuzione dei rischi sopravvenuti, e chi invece preferisce un approccio di tipo soggettivo, che parte dal principio *pacta sunt servanda* e rimane ad esso tendenzialmente più legato e che pertanto legge nell'art. 1467 un rimedio strutturato su requisiti puntuali, solo ricorrendo i quali è possibile attivare le specifiche conseguenze che incidono sulla stabilità del contratto²⁶.

Un tale dibattito, tuttavia, non implica a mio avviso che tale alternanza di opinioni debba, a sua volta, riflettersi automaticamente sulla possibilità di utilizzare il combinato disposto tra l'art. 11 della legge n. 241 del 1990 e l'art. 1467 cod. civ. e che quindi detta alternanza – con i dubbi che reca in sé – possa impedire a monte l'enucleazione di un principio generale, da utilizzare a fini pubblicistici e per la regolazione di un accordo tra p.a. e privato. Infatti, nel nostro caso l'estrapolazione del principio è operazione che compete all'interprete sul terreno specifico dell'art. 11 cit. Si vuol dire che pressoché ogni norma del codice civile in materia di obbligazioni e di contratti è teoricamente suscettibile di dar vita ad un principio, lì dove il principio, al posto dell'asettica applicazione dell'intero articolo, è proprio quel materiale flessibile che serve ad adattare la regola civilistica all'accordo pubblicistico secondo le sue proprie esigenze ed appunto nei limiti di compatibilità. Insomma, non è decisivo per noi che il 1467 sia in senso proprio principio generale o rimedio specifico in campo civilistico. Dalla norma potremo comunque trarre un principio utilizzabile per l'accordo di diritto pubblico, nei limiti della compatibilità con i caratteri che quel dato accordo presenta.

È dunque solo per dare maggior sostegno a questa conclusione che ricordo quanto sostenuto in passato dalla Corte di cassazione.

La Corte, dopo aver ricordato che ai sensi dell'art. 12 delle preleggi il giudice che è chiamato a decidere una controversia relativa ad un rapporto giuridico anomalo che non trovi disciplina nell'ordinamento deve far ricorso ai principi generali, ha affermato che fra questi principi vi è quello che corrisponde al principio *rebus sic stantibus* cui si ispira l'art. 1467: principio secondo il quale, a pare-

²⁶ Spiega, con ampi richiami dottrinali, come tale dibattito abbia registrato una tendenza a favorire una posizione di tipo oggettivo, pur se nell'ulteriore variante che ha visto contrapporsi al suo interno una teoria dell'attuabilità – che presuppone che una data prestazione non possa più essere richiesta dal creditore quando sia divenuta eccessivamente gravosa per il debitore che ha assunto l'obbligo – e una teoria dell'equilibrio – alla quale sembra alla fine riportarsi la giurisprudenza – secondo la quale ciò che conta è l'oggettivo squilibrio patrimoniale tra le due prestazioni, Accardo, *L'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit.

re della Corte, un rapporto giuridico patrimoniale non può essere mantenuto in vita quando siano venute meno, in misura notevole, le condizioni di equilibrio sulle quali esso è sorto²⁷.

Sempre a favore della configurazione di un principio generale può infine esser citato il tradizionale orientamento che ha poggiato le basi della teoria della presupposizione – intesa come condizione sospensiva o risolutiva non sviluppata nel contratto – proprio sulla clausola *rebus sic stantibus* desunta dall'art. 1467 cod. civ. Talmente generale quindi sembra il principio posto dall'art. 1467, che vi potrebbe trovare aggancio un istituto non regolato dal codice, ma di grandissima importanza pratica e sistemica, come la presupposizione²⁸.

9. *Segue. L'art. 1467 cod. civ. e il diritto del concessionario al riequilibrio economico-finanziario*

Una volta ammesso che, ai sensi dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990, sia possibile enucleare un principio corrispondente all'art. 1467 cod. civ. e che esso possa trovare applicazione a casi come quelli presi in esame in questo scritto, possiamo passare al secondo interrogativo ed esplorare quali contenuti debba avere il relativo rimedio nel rapporto di concessione di servizi.

Se si trattasse solo di applicare la risoluzione per eccessiva onerosità, l'impatto applicativo al nostro problema sarebbe piuttosto marginale. Esistono altre disposizioni nel codice dei contratti pubblici dedicate alla risoluzione. Poi, è discutibile che i tempi necessari ad ottenere la risoluzione, in costanza del principio per cui il servizio pubblico non può essere interrotto, possano soddisfare le esigenze patrimoniali del concessionario e ripararne il pregiudizio. Infine, è verosimile che anche dal punto di vista della p.a. non sia questa la soluzione migliore. Sicché è da esplorare se il principio possa andare oltre la risoluzione e direttamente fondare un diritto alla revisione economico-patrimoniale del rapporto di concessione.

Quando il codice civile è entrato in vigore, molto si era discusso a proposito del tipo di rimedio da apprestare nei casi di eccessiva onerosità: se un congegno di risoluzione o un diritto al mantenimento del contratto e alla revisione delle sue pattuizioni. Un'alternativa, questa, nella quale come si vede si percepisce ancora una volta la distinzione tra teoria soggettiva o teoria oggettiva nella ricostruzione dello strumento.

²⁷ Cass. 11 novembre 1986, n. 6584, *Foro it.*, 1987, I, 2177.

²⁸ Su tali profili, cfr. Cass. civ., sez. III, 25 maggio 2007, n. 12235, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, parte prima, 1177 ss., con nota di F. Azzarri, *Difetto di presupposizione e rimedi esperibili: il revirement della Suprema Corte*.

È prevalsa la prima soluzione ed è stata scelta la risoluzione. Tuttavia altre norme, e soprattutto l'art. 1664 cod. civ. in materia di appalto, hanno dato parimenti spazio al principio della revisione del contratto. E il diritto alla revisione dell'appaltatore ha visto significative applicazioni proprio nel caso degli appalti stipulati dalla p.a. (la cui contiguità normativa alla concessione di servizi non può esser qui sottovalutata). Inoltre, non si deve neppure trascurare che il metodo della revisione e del mantenimento del contratto affiora nello stesso comma 3 dell'art. 1467, attraverso il sistema della riduzione ad equità.

Una parte della dottrina, infine, tende non soltanto a trarre dall'art. 1467 un principio generale, ma anche a leggere questa disposizione in una con il principio generale di solidarietà previsto dall'art. 2 Cost. e con il principio di buona fede oggettiva e correttezza nelle relazioni contrattuali (art. 1375 cod. civ.). La clausola di buona fede è letta non solo come fonte di integrazione del contratto, ma pure come limite generale dell'autonomia dei privati e addirittura come strumento di controllo del contenuto, dell'equilibrio e della congruità causale del contratto²⁹. Si postula, così, anche l'applicazione analogica dell'art. 1384 cod. civ. e l'affermazione di un potere del giudice di ricondurre ad equità quelle clausole e quei contratti manifestamente squilibrati³⁰.

Ne deriverebbe una sintesi che sicuramente aprirebbe, a tali condizioni, il varco a un diritto alla revisione della parte che abbia subito l'eccessiva onerosità.

Queste tendenze interpretative incontrano le obiezioni di chi, viceversa, preferisce frenare circa l'attribuzione di poteri "straordinari" al giudice e rimanere più saldamente ancorato alla configurazione risolutoria dell'eccessiva onerosità. Il valore del *pacta sunt servanda* e la scelta di fondo del legislatore a favore della risoluzione, pur se con parallele soluzioni aperte al diritto alla revisione come quella dell'art. 1664, suggerirebbero una soluzione diversa³¹.

Questo tipo di cautela è più che comprensibile sul piano del diritto privato. Terreno sul quale, evidentemente, non mi spingo oltre.

Tuttavia, è da chiedersi se, affacciandosi al diritto pubblico e al caso nostro, non sia possibile trovare argomenti ulteriori che servano decisamente a trarre

²⁹ Riccio, *Eccessiva onerosità* cit., 12 ss. Sul ruolo del giudice e sull'equità, da utilizzare sempre come fattore che riconduca il rapporto ad equilibrio *ex art.* 1467, comma 3, cod. civ., cfr. E. Gabrielli, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, *Contr. impr.*, 1995.

³⁰ Riporta questa tendenza oggettivista, di sostanziale riduzione del valore volontaristico dell'autonomia privata, proprio di alcuni orientamenti della dottrina del diritto privato italiana – e sulla quale comunque penso si debba riflettere adeguatamente, tenendo in debita considerazione le tesi contrarie –, per trarne spunti ricostruttivi anche sul fronte del diritto pubblico A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016, 371 ss.

³¹ Cfr. Zaccheo, *op. cit.*, nonché il medesimo autore in occasione del citato Webinar di Risorgimento giuridico *Concessioni e contratti pubblici di durata al tempo di Covid-19*, 11 maggio 2020, reperibile presso il sito della Fondazione Cesifin Alberto Predieri. Sul punto anche C. Chessa, *Il potere giudiziale di ristabilire l'equità contrattuale nelle transazioni commerciali*, in *Riv. dir. civ.* 2006, 439 ss., in part. 462.

dall'art. 1467 anche il fondamento di una pretesa alla revisione del rapporto concessorio in capo al concessionario.

Lo scenario offerto dal diritto amministrativo e dal carattere multipolare del rapporto, specie se combinato – come sembra inevitabile – con l'istituto del servizio pubblico, potrebbe decisamente orientare verso questa maggiore ampiezza del rimedio.

In primo luogo, si deve tener conto del principio di continuità del servizio e dell'impossibilità che esso venga interrotto, nonostante il sopraggiungere di eventi anche molto gravi e capaci di generare alterazioni insopportabili sul piano economico e finanziario per il concessionario. Quella risolutoria potrebbe rivelarsi una cura decisamente inadatta e non è casuale, del resto, che l'art. 165 incentri la sua attenzione proprio sulla revisione del PEF nel caso in cui venga meno l'equilibrio.

In secondo luogo, la tesi soggettiva nell'interpretazione dell'art. 1467 cod. civ. e le remore rispetto a troppo ampie applicazioni del canone di buona fede oggettiva, sembrano adatte ad un rapporto bilaterale tipico del diritto privato, ma potrebbero rivelarsi meno acconce ad un rapporto concessorio di tipo trilaterale.

La multipolarità del potere pubblico che previamente assume la cura e garanzia del servizio pubblico incide su interessi che vanno ben oltre la bilateralità concedente-concessionario, dimostrando che la visione propria del diritto UE della concessione come contratto è solo parziale e consona esclusivamente alla questione dell'iniziale metodo di selezione del contraente. L'interesse pubblico tocca la sfera soggettiva degli utenti e richiede sia la continuità del servizio sia – nei limiti del possibile – il mantenimento della sua qualità. Il che, però, sposta l'asse rimediale decisamente verso il diritto alla revisione piuttosto che verso la mera risoluzione. La distribuzione delle conseguenze negative del rischio dovuto alla sopravvenienza imprevedibile deve coinvolgere (e proteggere) anche gli utenti e questo suggerisce la strada del diritto alla revisione. Servirebbe a poco gravare un concessionario della prosecuzione del servizio se non riuscisse più ad assicurare lo *standard* necessario della prestazione. La protezione degli utenti – se davvero rimane un obiettivo da preservare – non può che imporre il ritorno, a condizioni date, alla fiscalità generale.

In terzo luogo, anche le regole di diritto pubblico ed europeo che impongono che la scelta del concessionario sia fatta mediante un procedimento di gara e nel rispetto della *par condicio* potrebbero influenzare la soluzione di questo problema. È principio pacifico quello che impedisce – o comunque limita – al concedente di rinegoziare e modificare il contratto in corso di svolgimento, perché altrimenti si rischierebbe di introdurre clausole di favore per il concessionario e/o miglioramenti di vario genere che sarebbero così occultati alla celebrazione della gara. Il divieto di rinegoziazione tutela coloro che hanno partecipato al procedimento selettivo, perché costoro, se avessero avuto contezza di tali prospettive di

modifica, avrebbero potuto valutare l'offerta pubblica di un contratto differente da quello effettivamente ponderato in gara e formulare quindi, a loro volta, una proposta diversa da quella a suo tempo riversata in gara³². Ebbene, un tale principio dovrebbe avere una sua applicazione speculare a vantaggio del concessionario. Dato che l'obiettivo è quello di mantenere tendenzialmente integro il quadro contrattuale – e l'equilibrio economico finanziario – in relazione al quale la gara si è conclusa, così come sono vietate rinegoziazioni a favore del concessionario che possano “spiazzare” gli altri originari partecipanti, allo stesso modo si dovrebbero evitare quelle modifiche *in pejus* che sono provocate in via di fatto dalle sopravvenienze straordinarie e imprevedibili al momento della competizione e che danneggiano la posizione del concessionario stesso. Sicché si renderebbe opportuno, se non necessario, un adeguamento del PEF.

Queste considerazioni inducono così a concludere che il principio desumibile dall'art. 1467 cod. civ. è quello che fonda un diritto del concessionario ad un ragionevole riequilibrio economico finanziario, mediante adeguate forme di ristoro economico, tra le quali sicuramente si può supporre l'intervento di erogazioni finanziarie e quindi maggiori corrispettivi da parte del concedente.

Il legislatore, d'altra parte, ha iniziato ad effettuare stanziamenti a beneficio di settori che vedono la presenza proprio di concessionari di servizi³³. Nonostante la possibile diversità soggettiva dell'amministrazione che effettua lo stanziamento (lo Stato) e l'amministrazione concedente, è verosimile che tali flussi potranno essere indirizzati e ripartiti proprio secondo criteri di riequilibrio dei rapporti di concessione e dei relativi piani economico finanziari.

³² Il divieto di rinegoziazione è principio ormai stabile della disciplina della c.d. evidenza pubblica esterna. Tra le molte occasioni in cui è stato utilizzato dalla giurisprudenza si ricorda il caso in cui venne messo a punto nel modo forse più netto, relativo alla Centrale del latte di Roma: Cons. Stato, sez. V, 1° marzo 2010, n. 1156.

³³ Si menziona, ad esempio, l'art. 200 del d.l. n. 34 del 2020, noto come Decreto Rilancio, recante «Disposizioni in materia di trasporto pubblico locale», il quale così dispone: ««1. Al fine di sostenere il settore del trasporto pubblico locale e regionale di passeggeri oggetto di obbligo di servizio pubblico a seguito degli effetti negativi derivanti dall'emergenza epidemiologica da COVID-19, è istituito presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti un fondo con una dotazione iniziale di 500 milioni di euro per l'anno 2020, destinato a compensare la riduzione dei ricavi tariffari relativi ai passeggeri nel periodo dal 23 febbraio 2020 al 31 dicembre 2020 rispetto alla media dei ricavi tariffari relativa ai passeggeri registrata nel medesimo periodo del precedente biennio. Il Fondo è destinato, nei limiti delle risorse disponibili, anche alla copertura degli oneri derivanti con riferimento ai servizi di trasporto pubblico locale e regionale dall'attuazione delle misure previste dall'articolo 215 del presente decreto. 2. Con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da adottarsi entro trenta giorni decorrenti dalla data di entrata in vigore della presente decreto, previa intesa in sede di Conferenza Unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sono stabiliti i criteri e le modalità per il riconoscimento della compensazione di cui al comma 1 alle imprese di trasporto pubblico locale e regionale, alla gestione governativa della ferrovia circumetnea, alla concessionaria del servizio ferroviario Domodossola confine svizzero, alla gestione governativa navigazione laghi e agli enti affidanti nel caso di contratti di servizio *grosscost*. Tali criteri, al fine di evitare sovracompenzazioni, sono definiti anche tenendo conto dei costi cessanti, dei minori costi di esercizio derivanti dagli ammortizzatori sociali applicati in conseguenza dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, dei costi aggiuntivi sostenuti in conseguenza della medesima emergenza».

Le conseguenze della pandemia da Covid-19 sulle concessioni di servizi e sull'equilibrio economico e finanziario

Il presente lavoro si interroga sulle conseguenze che potrà determinare la pandemia da Covid-19 sui rapporti di concessione di servizi, sia in relazione agli effetti immediati delle misure di contenimento e di forzosa interruzione dell'attività sia in relazione ai riflessi concreti che la pandemia stessa ha determinato e verosimilmente continuerà a determinare nei comportamenti degli utenti del servizio e, segnatamente, sui volumi dei ricavi. Il riequilibrio economico finanziario viene considerato, potenzialmente, come l'oggetto di una pretesa giuridicamente fondata, a condizioni date, in capo al concessionario. Per giustificare questa conclusione lo scritto parte dall'esaminare la disciplina del c.d. Codice dei contratti pubblici, in particolare l'art. 165 del d.lgs. n. 50 del 2016 e la sua gestazione, e si spinge sino a valutare le ricadute su questo tema delle norme del codice civile e dei relativi principi generali, i quali filtrano attraverso la previsione dell'articolo 11 della legge n. 241 del 1990. Uno dei punti cruciali del ragionamento consiste nel valorizzare sia la multipolarità del rapporto di concessione sia l'interesse pubblico alla continuità e qualità del servizio pubblico da erogare, ciò che induce ad assestare in modo specifico alla materia trattata i rimedi che si possono trarre dal diritto privato.

The consequences of the Covid-19 pandemic on service concessions and on economic and financial balance

This paper questions the consequences that the Covid-19 pandemic may have on service concession relations, both in relation to the immediate effects of the containment and forced interruption measures, and in relation to the concrete effects that the pandemic has entailed and is likely to continue to entail in the behaviour of service users and, in particular, on revenue volumes. The economic and financial rebalancing is considered, potentially, as the object of a legally justified claim, under given conditions, on the part of the concessionaire. In order to justify this conclusion, the writing begins by examining the rules of the so-called Public Contracts Code, in particular Article 165 of Legislative Decree no. 50 of 2016 and its gestation, and goes so far as to assess the effects on this issue of the Civil Code and its general principles, which filter through the provisions of Article 11 of Law no. 241 of 1990. One of the crucial points of the reasoning consists in enhancing both the multipolarity of the concession relationship and the public interest in the continuity and quality of the public service to be provided, which induces remedies that can be drawn from private law to be specifically addressed to the matter under consideration.

Stato di emergenza e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali

Biancamaria Raganelli*

SOMMARIO: 1. L'Europa dinanzi ad una sfida epocale. – 2. La dichiarazione dello «stato di emergenza» in alcuni paesi europei. – 2.1. Stato giuridico di eccezione in Italia tra *moral suasion* e coercizione. – 2.2. La gestione dell'emergenza in altri paesi europei. – 3. Il rapporto tra emergenza, potere e libertà negli Stati Uniti d'America e la decisione della Suprema Corte del Wisconsin sul DHS 28 Emergency Order. – 3.1. Libertà e limiti all'azione dei pubblici poteri in un sano dialogo tra potere esecutivo e legislativo. – 3.2. «*Safer at home order*» e limiti ai poteri conferiti dalla legislazione emergenziale. – 3.3. L'Emergenza non può creare potere e prescindere dal vaglio di criteri ermeneutici rigorosi di interpretazione dei principi fondamentali di uno Stato democratico. – 4. Ponderazione e bilanciamento tra diritti e libertà fondamentali nella giurisprudenza recente di alcuni paesi europei. – 4.1. Sulla proporzionalità delle misure adottate per garantire la salute pubblica: «*vivre avec le virus, agir progressivement, adapter localement*». – 4.2. Libertà di riunione, manifestazione e proporzionalità: «*¿Restricción o supresión durante el estado de alarma?*». – 4.3. Proporzionalità e adeguatezza nel giudizio di valutazione delle circostanze concrete da parte della Corte costituzionale federale tedesca: «*die bewertung des konkreten falles*». – 5. Italia e Europa: ripartire dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

1. *L'Europa dinanzi a una sfida epocale*

La crisi sanitaria che ha colpito violentemente l'Europa a inizi 2020 ha innescato reazioni emergenziali nei diversi Stati membri e alimentato un vivace dibattito in Europa su modi e mezzi di azione e reazione comune.

* Biancamaria Raganelli, Professore Associato di Diritto dell'Economia, Università di Roma Tor Vergata, dove insegna European Institutions, Law and Markets, Diritto pubblico dell'economia e Istituzioni finanziarie europee. Tra le pubblicazioni più recenti *Competitive dialogue: an economic and legal assesment*, in *Journal of Public Procurement*, 2020; *Anticorruption measures in Public Procurement: issues and challenges*, in *Diritto dell'economia*, 2019, 99; *Frontiere di Diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2019, *Architettura finanziaria e Corti europee*, Napoli, 2018; *Distressed banks, European principles and policy targets*, in *Riv. Concorrenza e mercato*, 2018.

Il tema della solidarietà, più volte evocato nei diversi momenti di difficoltà che l'Europa ha conosciuto a partire dal secondo dopoguerra¹, è tornato prepotentemente alla ribalta nel dibattito politico europeo, chiamato a far fronte ad una importante emergenza sanitaria, che porta con sé una nuova crisi economica. Si evoca un necessario cambio di mentalità che consenta di affrontare uniti, in tempi di guerra, un nemico comune e di assumere decisioni importanti a tutela dei cittadini e dell'economia.

Ancora una sfida importante per l'Europa. Da come i governi decidono di affrontarla dipende il futuro dell'Unione e quello dei popoli che ne fanno oggi parte.

A questa sfida l'Europa è giunta indebolita da conflitti interni e spinte centrifughe sovraniste, ma anche dalla complessità dei processi decisionali e dall'interazione tra molteplici livelli di governo dotati di responsabilità di politica economica (dalla UE a 27 alla BCE per l'Eurozona, ai singoli Stati membri), che ha rallentato la gestione delle questioni.

La sopraggiunta emergenza ha così consentito di evidenziare le principali debolezze dell'Unione, a partire dalla mancanza di un'integrazione politica e fiscale, che consenta di fornire risposte coerenti a sostegno dei singoli paesi in difficoltà nel nome di quel principio di solidarietà più volte evocato.

Nel nome dell'emergenza si è assistito ad una forte intensificazione della sovranità dello Stato, introducendo deroghe ai principi generali che governano il mercato unico europeo². Alcuni hanno sostenuto che l'idea di una sovranità senza Stati sia infondata e che la dimensione sovranazionale possa cogliere soltanto un parziale aspetto dei problemi della modernità, non riuscendo ad assurgere a convincente modello esplicativo generalizzato o prevalente³.

¹ Decisi a segnare una nuova tappa nel processo di integrazione europea intrapreso con l'istituzione delle Comunità europee nel rispetto, tra le altre cose, dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nel 1992 gli Stati contraenti hanno istituito l'Unione Europea (Preambolo TUE). In questo contesto la stessa si è impegnata a promuovere la coesione economica, sociale e territoriale e la solidarietà tra gli Stati Membri e questi ultimi ad assistersi reciprocamente in base al principio di leale cooperazione (artt. 3-4).

² Come noto, il mercato comune instaurato dal Trattato di Roma nel 1958 mirava all'eliminazione delle barriere commerciali tra gli Stati membri al fine di accrescere la loro prosperità economica e contribuire a «un'unione sempre più stretta fra i popoli europei». L'Atto unico europeo del 1986 ha integrato l'obiettivo del mercato interno nel trattato CEE, definendolo come «uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali». I principali strumenti di realizzazione del mercato unico sono stati pertanto le quattro libertà, la disciplina europea sulla concorrenza e la riduzione degli aiuti di Stato alle imprese. Nel nome dell'emergenza in corso invece si assiste ad una revisione e reinterpretazione di tali strumenti in una prospettiva inverse finalizzata alla difesa dei confini statali e la protezione dei «propri» cittadini, interessi commerciali e delle «proprie» imprese.

³ Da ultimo, F. Fracchia, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, 579 s.; Id., *Sovranismi, globalizzazione e diritto amministrativo: sull'utilità di un approccio dialogante e a più dimensioni*, in www.federalismi.it, 17, 2018. Sulla storia del termine sovranità, tra gli altri, L. Raggi, *La teoria delle sovranità*, Genova 1908; H. Rehm, *Geschichte der Staatsrechtswissenschaft*, Friburgo, 1896; Id., *Allgemeine Staatslehre*, in *Handbuch des öffent.* 1899; G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Berlino, 1929; H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität und d. Theorie d. Völker-*

Si tratta tuttavia di un'affermazione che convince poco proprio alla luce delle difficoltà riscontrate nell'esperienza che stiamo vivendo di contenere il diffondersi di un virus entro gli stretti confini di uno Stato. Proprio l'incapacità dell'argine politico di esercizio della sovranità nazionale di garantire un perimetro di azione efficace a gestire il contagio ci invita a guardare oltre, verso una dimensione sovranazionale, alla ricerca di forme e modi di gestione di quei "problemi della modernità" che sfuggono i limiti fisici e politici tradizionali.

Sarebbe pertanto un errore, invertire il percorso finora intrapreso dai popoli d'Europa per riscattarsi dalle devastazioni della guerra e passare dalla coesistenza alla cooperazione, per costruire un mercato unico e una cittadinanza europea attraverso un delicato processo di cessione della sovranità.

Varrebbe forse piuttosto la pena riflettere sui limiti e le debolezze riscontrate durante il percorso per cercare di farvi fronte, più uniti di prima, cogliendo questa drammatica esperienza come un'opportunità per correggere la traiettoria e colmare le lacune favorendo l'equilibrato sviluppo di una sovranità europea attraverso un democratico processo di legittimazione politica. Solo così si possono arginare le spinte distruttive finalizzate a ricostituire confini vecchi (sospensione del Trattato di Shenghen) e nuovi, intesi talvolta come limiti alle responsabilità o come barriere nei confronti di aspirazioni straniere (*golden power*) nel nome della presunta protezione dei "propri" cittadini e delle "proprie" aziende.

Per fronteggiare lo *shock* nell'economia⁴ che gli Stati membri sono chiamati ad affrontare è necessaria una strategia comune anche in materia di emissione di debito pubblico e trasferimenti fiscali a sostegno della crisi economica in corso. Strategia che risulta fortemente condizionata dalla mancanza di una convergenza (unione) politica e fiscale europea.

Questa nuova crisi, nella sua drammaticità, potrebbe essere colta come un'occasione preziosa per fare un passo avanti nella giusta direzione e superare il duplice livello UE e Eurozona al fine di procedere verso una Europa più integrata da un punto di vista monetario, bancario, fiscale e politico per i paesi che decideranno di farne parte.

rechts, Tubinga 1920; 2^a ed., 1928; E. Crosa, *Il principio della sovranità dello stato nel diritto italiano*, in *Archivio giuridico*, 1933.

⁴ L'ISTAT nelle Prospettive per l'economia italiana nel 2020-2021 prevede che nel 2020 il Pil segnerà una "marcata contrazione" pari a circa il -8,3% (poco di più della stima del governo italiano nel Documento di economia e finanza). Il Fondo monetario internazionale stima per il 2020 una recessione a livello globale (-3%), la peggiore recessione economica dopo la Grande depressione, e per l'Italia le stime FMI indicano un calo del prodotto interno lordo al -9,1% nel 2020, mentre la Commissione europea, nelle previsioni economiche di primavera recentemente pubblicate, stima una contrazione dell'economia dell'UE del 7,5% nel 2020 (Spring 2020 Economic Forecasts). Per uno studio dell'impatto della crisi si veda OECD, *Evaluating the initial impact of COVID-19 containment measures on economic activity*, Updated 14 April 2020.

Ad oggi i singoli Paesi si sono mossi in ordine sparso, adottando provvedimenti emergenziali d'urgenza a livello nazionale, che hanno impattato – in forme e modi diversi – sulle libertà individuali e le attività economiche (*infra* par. 2), che hanno alimentato pronunce diverse della giurisprudenza di alcuni paesi europei (*infra* par. 3, 4) e il dibattito in Europa su come ripartire e da dove (*infra* par. 5)⁵.

Il presente contributo tiene conto della prima fase (o ondata) di diffusione del virus in Europa. Vuole proporre alcune riflessioni sul tema del rapporto tra emergenza, potere, diritti e libertà fondamentali, sui criteri ermeneutici di interpretazione degli stessi in un contesto democratico e sostenere l'esigenza di un sostanziale riconoscimento degli stessi anche in termini di interpretazione, applicazione e tutela, ripartendo dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati europei.

2. *La dichiarazione dello «stato di emergenza» in alcuni paesi europei*

2.1. *Stato giuridico di eccezione in Italia tra moral suasion e coercizione*

Con il diffondersi del virus in Europa, nel nome dell'emergenza sanitaria, molti paesi europei hanno adottato provvedimenti straordinari, imponendo limiti alle libertà personali ed economiche e alimentando il dibattito sui diritti costituzionali dinanzi all'emergenza, sulla legittimità dalle misure restrittive e sulla democraticità del processo deliberativo in considerazione degli strumenti giuridici utilizzati⁶.

⁵ Si pensi alle restrizioni alla *libera circolazione delle merci* e in particolare alle esportazioni riguardanti essenzialmente mascherine, respiratori e altri dispositivi di protezione individuale, che appaiono palesemente contrarie al divieto di restrizioni quantitative all'esportazione e di misure di effetto equivalente (art. 35 TFUE); alle restrizioni alla *libera circolazione delle persone*, rispetto alle quali con una comunicazione del 16 marzo 2020 la Commissione europea aveva evidenziato la possibilità per gli Stati membri di reintrodurre controlli temporanei alle frontiere interne alla zona Schengen; alle misure di protezione delle imprese nazionali in alcuni settori strategici (c.d. Golden power).

⁶ Il dibattito che ha toccato profili diversi trova conferma nei numerosi interventi di recente pubblicati su diverse riviste. Tra gli altri, L. Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it*, 2020; Aa.Vv., *Il senso di Diritti Comparati per la crisi: emergenza, protezione dei diritti fondamentali e radici europee*, in *Diritti comparati*, 1 aprile 2020; C. Acocella, *L'epidemia come metafora della sospensione e della compressione delle libertà fondamentali.*, in *Diritti regionali*, 2020; U. Allegretti, *Il trattamento dell'epidemia di "coronavirus" come problema costituzionale e amministrativo*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 25 marzo 2020, Id., *Una normativa più definitiva sulla lotta all'epidemia del coronavirus?*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2020, 1, 28 marzo 2020; G. Azzariti, *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocata dal Covid-19*, in *Questione Giustizia*, 27 marzo 2020; Id., *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, 1, 31 marzo 2020; V. Baldini, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza.*, in *Dirittifondamentali.it*, 23 marzo 2020; Id., *Riflessioni sparse sul caso (o sul caos...) normativo al tempo dell'emergenza costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, 2 aprile 2020; Id., *Dignità umana e normativa emergenziale: (in) osservanza di un paradigma formale o (colpevole...) elusione di un parametro (anche) sostanziale? Aspetti problematici di un difficile equilibrio*, in *Dirittifondamentali.it*, 2020, 2, 6 maggio 2020; G. Bartolini, *Alcune questioni dell'emergenza COVID-19 in Italia in un'ottica di international disaster law*, in *SIDI blog –Forum Covid-19*, 21

Il presupposto nella gran parte dei provvedimenti adottati è riconducibile alla dichiarazione dello «stato di emergenza»⁷, in molti casi accostato allo «stato di guerra» e allo «stato di eccezione». La nozione ha assunto significati diversi nella dottrina internazionale, con risvolti storici, politici e giuridici importanti⁸. Riferimenti al «pericolo pubblico eccezionale», lo «stato di guerra» e «ogni altra situazione di crisi che minacci l'indipendenza o la sicurezza di uno Stato parte» si rinvencono nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950), nel Patto internazionale sui diritti civili e politici dell'Assemblea generale dell'ONU (1966) e nella Convenzione americana sui diritti dell'uomo (1969), sia pure con specifici limiti e garanzie.

La carta Costituzionale italiana non contempla esplicitamente lo «stato di emergenza», tuttavia l'art 77 disciplina i «casi straordinari di necessità e urgenza», che consentono eccezionalmente al governo di esercitare la funzione legislativa⁹ e l'art. 78 attribuisce alle Camere la deliberazione dello stato di guerra e il conferimento al governo dei poteri necessari¹⁰.

In Italia, la pandemia da Covid-19 è stata equiparata ad una guerra nel dibattito politico e si è ritenuto di poter ricorrere all'art. 78 della carta costituzionale¹¹. Unico modello di riferimento è stato in un primo momento quello cinese che, come noto, presenta caratteristiche tipiche non pienamente riconducibili ad uno stato democratico, che impattano fortemente sul modo di intendere il

maggio 2020; C. Bottari, *Alcune riflessioni sui profili organizzativi ai tempi del coronavirus*, in *giustizia-amministrativa.it*, 4 maggio 2020; B. Caravita, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, 18 marzo 2020, in *Federalismi.it*, 5.

⁷ Nelle scienze sociali l'espressione farebbe riferimento a situazioni improvvise di difficoltà o di pericolo, a carattere tendenzialmente transitorio (anche se non sempre di breve durata), le quali comportano una crisi di funzionamento delle istituzioni operanti nell'ambito di una determinata compagine sociale (sul punto A. Pizzorosso, voce *Emergenza, stato di*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Treccani, 1993). Vedi anche *infra* nota n. 11.

⁸ La tesi di Carl Schmitt nel 1922, secondo la quale la capacità di decidere sullo stato di eccezione costituirebbe il connotato essenziale della sovranità, è stata fonte di ispirazione che ha consentito al nazismo di rafforzare il proprio potere sulla Germania, attraverso il decreto d'emergenza per la difesa del popolo e dello Stato del 28 febbraio 1933 e negli anni 70 ad alcuni paesi dell'America Latina di imporre la dottrina della sicurezza nazionale.

⁹ Tra le altre, Corte Cost. n. 93/2011, 171/2007.

¹⁰ L'Assemblea costituente discusse la proposta di far ricomprendere in tale articolo situazioni diverse da quelle dell'emergenza bellica internazionale, ma diverse furono le argomentazioni del rigetto, le quali sostenevano che sospendere i diritti di libertà in altre situazioni equivarrebbe a sospendere la stessa idea di democrazia, ravvisandone una «contraddizione palese» (Cherchi). Di stato di emergenza si è poi occupata la legge ordinaria n. 225/1992 e il d.lg. 1/2018.

¹¹ Per un parallelismo tra guerra e diffusione della SARS-CoV-2, tra gli altri, F. Fracchia, *Stato e Forze Armate: la specialità del relativo ordinamento a presidio della sovranità*, Recensione alla monografia di Riccardo Ursi, *L'amministrazione militare*, Torino, 2018, è destinato a essere pubblicato sulla *Riv. it. dir. pubbl. comun.*; Id., *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo*, *op. cit.*, 575 ss. sostiene che la stessa terminologia impiegata dalla politica e dai mezzi di comunicazione di massa (guerra, emergenza, lotta, attacco, difesa, patriottismo, orgoglio di essere italiani) sancisce la plausibilità dell'accostamento tra emergenza sanitaria e guerra. Sul punto, v. criticamente M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2020, 2.

rapporto tra governo, amministrazione e cittadini, nonché il rapporto tra potere, diritti e libertà individuali¹².

Il governo italiano ha scelto di centralizzare il potere nelle mani del Presidente del Consiglio¹³ e di emanare provvedimenti di urgenza a carattere regolatorio nella forma del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (DPCM), ancorandone la legittimità al d.l. n. 6, 23 febbraio 2020, che ha conferito al Presidente del Consiglio il potere di adottare «ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica»¹⁴. Nell'esercizio di tale potere si sono già succeduti diversi DPCM di attuazione di decreto legge, passando dalle misure straordinarie e urgenti di contrasto, alle misure di (auspicabile) rilancio del paese.

La scelta dello strumento giuridico utilizzato ha fatto discutere anche in considerazione delle implicazioni in termini di impatto su diritti e libertà fondamentali, seppure il dibattito sia emerso in un primo momento piuttosto timidamente per il tramite di giornali e televisioni, che hanno invece svolto un incisivo ruolo di interpretazione, veicolazione, *moral suasion* e *quasi-enforcement* delle prescrizioni governative.

Si è passati rapidamente dall'invito, alla prescrizione; dallo slogan «io sto a casa», al mantra «andrà tutto bene», fino all'intimazione «state a casa», con conseguente minaccia di sanzione e forme di quasi-persecuzione (con tanto di alto-parlante) del più timido passeggiatore solitario sugli argini di un fiume deserto. Un'atmosfera surreale vissuta per oltre due mesi dall'interno di case connesse al mondo esterno per il tramite di televisioni, che hanno raccontato la loro storia

¹² Di contro, vi è chi ha contestato la stessa qualificazione di «emergenza» e conseguente adozione di una regolamentazione confusa e contraddittoria, che si tradurrebbe in obblighi e divieti privi di alcuna legittimazione scientifica e giuridica: istanza di autotutela presentata da alcuni medici (P.M. Bacco, A. Gatti, M. Amici, C. Rescigno, F. Milani, M.G. Dondini) al Presidente del Consiglio dei Ministri, al Ministro della Salute, al Presidente dell'Istituto Superiore di Sanità e, in conoscenza, ai governatori delle regioni.

¹³ Per la legge del 1978 sul Servizio Sanitario Nazionale, competente a emanare più della metà di quegli atti sarebbe stato il Ministro della Salute. Si è invece preferito procedere all'accantonamento del quadro normativo scaturente dal Codice della protezione civile (d.lgs. n. 1 del 2018) e dall'art. 32 della legge sul Servizio sanitario nazionale (l. n. 833 del 1978) in favore della costruzione di una «catena normativa» strutturata sullo schema decreti-legge-decreti del presidente del Consiglio, così alimentando un dibattito amplissimo su cui sono stati pubblicati diversi interventi anche su riviste giuridiche di settore. Tra le altre, *Rivista Aic, Osservatorio Aic, Osservatorio sulle fonti, Federalismi.it, Forumcostituzionale.it, Diritti regionali, Diritti comparati, Diritti fondamentali*, che in molti casi hanno dedicato all'«emergenza Coronavirus» apposite sezioni.

¹⁴ Con d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 sono state introdotte misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-2019, seguito dal d.l. 2 marzo 2020, n. 9, Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19. In dottrina, tra gli altri, R. Cavallo Perin, *Pandemia 2020: decreti e ordinanze d'emergenza*, in *Giustiziainsieme.it*, 15 maggio 2020; F. Cintoli, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto-legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *Federalismi.it*.

accompagnata da riprese di droni all'inseguimento dei presunti untori, nella gran parte dei casi *runners* o ciclisti in fuga per la libertà¹⁵.

Alcuni hanno timidamente osservato che avrebbero potuto essere coinvolti organi di garanzia e di rappresentanza diretta dei cittadini individuati dalla Costituzione italiana con profili, attribuzioni e competenze diverse, tra i quali il Parlamento, il Presidente della Repubblica e la Corte costituzionale che di regola interviene *ex post*¹⁶.

Di contro vi è chi ha difeso la copertura costituzionale con specifici riferimenti agli artt. 16, 17 e 32 cost. e alle limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità e sicurezza o di incolumità pubblica, sancendone senza remore l'automatica prevalenza su ogni altro diritto e libertà.

Lo stato giuridico di eccezione, imposto per il tramite di uno strumento governativo, è stato così ancorato alle dichiarate esigenze di sanità e incolumità pubblica, sia pure molto discusse all'interno della stessa comunità scientifica internazionale rispetto all'*an, quando, quantum e quomodo*¹⁷. I provvedimenti emergenziali adottati hanno fatto perno sulla tutela del diritto alla salute¹⁸ riconosciuto dalla Costituzione quale elemento qualificante del modello di Stato sociale e rispetto al quale il potere pubblico funge da autorità di regolamentazione, di amministrazione attiva e di prestatore in via diretta di servizi pubblici. Si è quindi perfezionato l'accentramento del potere nelle mani del Governo invocando la Costituzione che permette a questi di sostituirsi agli enti territoriali, tra le altre cose, in caso di pericolo grave all'incolumità e alla sicurezza pubblica¹⁹.

In particolare, le misure emergenziali adottate dallo Stato italiano hanno comportato limitazioni e divieti al godimento di alcune libertà fondamentali, tra le quali la libertà personale, di movimento, di riunione, di esercitare la propria religione anche in forma associata, del diritto all'iniziativa economica e del diritto al rispetto della vita familiare, nonché del diritto all'istruzione. La giurisprudenza italiana nella gran parte dei casi ha respinto i ricorsi avverso le misure emergen-

¹⁵ L'immagine richiama emotivamente il noto passaggio di A. Manzoni, *I Promessi sposi*, cap. XXXIV, 1827, nel quale il povero Renzo viene inseguito dalle grida di una donna che richiama l'attenzione del popolo che lo insegue urlando «l'untore! dagli! dagli all'untore!».

¹⁶ S. Cassese, *La pandemia non è una guerra. I pieni poteri al governo non sono legittimi*, in *Il dubbio*, 14.04.2020; in senso analogo, E. Cheli, *Poteri, diritti, competenze. I problemi costituzionali sorti dal Covid*, *Huffingtonpost.it*, 22.06.2020.

¹⁷ Si è discusso anche delle modalità di raccolta dei dati, sulla loro interpretazione, sulle modalità di presentazione, con schieramenti contrapposti di esperti.

¹⁸ La Costituzione italiana disciplina all'art. 32 il diritto alla salute oggetto di specifico riconoscimento anche in ambito europeo (art. 168 TFUE, ex art. 152 TCE) e internazionale (art. 2 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, New York il 6 dicembre 1966).

¹⁹ Art. 120 co. 2 Cost. Come noto, l'art. 117, co. 2, lett. m), che riserva allo Stato la competenza legislativa in materia di «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale»; l'art. 117, co. 3, invece, attribuisce alla competenza concorrente la materia «tutela della salute».

ziali²⁰. Si tratta per lo più di diritti riconosciuti oltre che dalla Costituzione, dalla stessa Convenzione europea sui diritti umani, retta dal principio di soggezione dell'esercizio del potere pubblico a criteri di democrazia e *rule of law* e al rispetto della dignità umana²¹.

Come noto, la Convenzione prevede anche deroghe temporanee e limitazioni per esigenze particolari²² e lo stesso art. 15 consente di adattare i principi di legalità, necessità e proporzionalità in senso stretto, che fondano la logica del bilanciamento tra diritti umani e interessi collettivi, a situazioni che, per loro natura, non consentono una valutazione di ogni singolo caso concreto²³. Resta tuttavia da chiarire se ogni singola misura adottata per fronteggiare l'emergenza abbia o meno superato i limiti stabiliti da ciascuna clausola di limitazione²⁴. Limiti molto sensibili al giudizio della Corte EDU, considerata l'impostazione generale secondo cui la limitazione di un diritto non può spingersi al punto di compromettere l'essenza del diritto stesso e l'ambiguità insita nel vaglio del giudizio di proporzionalità, che impone una limitazione nella stretta misura in cui la situazione lo richiede.

Sarebbe stato quantomeno opportuno seguire l'esempio di altri paesi europei e procedere alla notifica delle dichiarazioni in deroga almeno per quando riguarda i diritti maggiormente colpiti dalle misure di contenimento, quali la

²⁰ La giurisprudenza in Italia nella gran parte dei casi ha finora confermato le misure, respingendo i ricorsi. Tra le varie T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, decreto, 18 marzo 2020, n. 416, che ha respinto l'istanza di sospensione delle ordinanze del Presidente della Giunta regionale della Campania, che avevano imposto il divieto di fare sport anche all'aperto e, in particolare, il divieto di praticare «attività sportiva, ludica o ricreativa all'aperto in luoghi pubblici o aperti al pubblico». Altri riferimenti alla giur. italiana recente nell'ultimo paragrafo.

²¹ Nel dibattito scientifico nazionale le perplessità si sono appuntate sulla compatibilità con la Costituzione delle misure adottate, specie per quel che riguarda la struttura della "catena normativa" cui si è accennato nel testo, in relazione al rispetto delle riserve di legge e del principio di legalità in senso sostanziale (tra gli altri, G. Silvestri, *Covid-19 e Costituzione*, in www.unicost.eu). A tali posizioni critiche si sono aggiunte quelle sull'incertezza del ruolo assegnato ai Presidenti di Regione e ai Sindaci dai decreti-legge, che si sono succeduti nel tempo (tra gli altri, A. Morelli, *Il Re del Piccolo principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Diritti regionali*, 2020, 1).

²² Ai sensi degli artt. 8-11 e dell'art. 2 Prot. 4 CEDU, possono imporsi limitazioni dei diritti degli individui qualora queste derivino da «misure necessarie in una società democratica» per la salvaguardia, tra l'altro, della salute pubblica. Per un commento tra gli altri, L. Acconciamesa, *COVID-19 e diritti umani: le misure di contenimento alla luce della CEDU*, in *Ius in Itinere*, 2020.

²³ G. Cataldi, *Art. 15. Deroga in caso d'urgenza*, in *Commentario breve alla CEDU*, a cura di A. Bartole, P. De Sena e V. Zagrebelsky, Padova, 2012, 555. Il fondamento filosofico e normativo della norma sarebbe da rinvenirsi nella teoria dello stato di necessità, che serve a incardinare anche le situazioni di emergenza nell'ambito dei meccanismi convenzionali, garantendo che l'eccezionalità del pericolo non sia invocata per giustificare, *rebus sic stantibus*, qualsiasi limitazione dei diritti fondamentali. Sul tema anche R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, traduzione in inglese di J. Rivers, Oxford, 2002 (originale in tedesco del 1985). Sul tema del bilanciamento, tra gli altri anche Aa.Vv., *Il processo, luogo della tutela dei diritti anche e soprattutto nell'emergenza. Dialogando con il Presidente Patroni Griffi sulla giustizia amministrativa*, in *Federalismi.it*, 2020, 13, 13 maggio 2020; A. Buratti, *Quale bilanciamento tra i diritti nell'emergenza sanitaria? Due recentissime posizioni di Marta Cartabia e Giuseppe Conte*, in *Diritti comparati*, 1 maggio 2020.

²⁴ Tra gli altri nel dibattito A. Spadaro, *Do the containment measures taken by Italy in relation to COVID-19 comply with human rights law?*, in *EJIL Talks*, 16 marzo 2020.

libertà di circolazione e la libertà di associazione, rispetto ai quali il superamento del limite di non compromettere l'essenza del diritto appare più agevole considerate le misure adottate. Ciò avrebbe consentito di invocare legittimamente l'art. 15, oltre che di dimostrare l'impegno del governo a che le limitazioni dei diritti fondamentali restino nei limiti di quanto strettamente necessario, secondo principi ispirati ai più alti valori democratici²⁵.

2.2. *La gestione dell'emergenza in altri paesi europei*

In Francia la nozione di emergenza condensa una molteplicità di sfumature concettuali che legittimano l'adozione di misure di carattere eccezionale e impattano in modi diversi sulle libertà individuali. La carta costituzionale francese contempla la possibilità di imporre limiti alle libertà per ragioni di urgenza e pericolo²⁶. Così, il Presidente della Repubblica Francese può assumere su di sé poteri eccezionali al fine di salvaguardare la democrazia, concentrando potere esecutivo e legislativo²⁷. In caso di pericolo di guerra o di insurrezione armata, può essere dichiarata l'*état de siège* con un decreto del Consiglio dei ministri²⁸. L'*état d'urgence*, invece, consente all'autorità amministrativa l'adozione di misure straordinarie, mediante l'esercizio di poteri di polizia, che impattano sui diritti e le libertà individuali²⁹. Lo stato di emergenza può essere dichiarato su tutto o parte del territorio nazionale, nel caso in cui si manifestino gravi minacce e pericoli imminenti per l'ordine pubblico³⁰.

Per fronteggiare l'epidemia il governo francese ha preferito introdurre uno strumento specifico per fronteggiare e ha emanato la legge ordinaria di urgenza *Loi n. 2020-290 du 23 mars 2020* per fornire una base giuridica solida e specifica alle misure emergenziali da adottare. Si è conferito al governo il potere di legifera-

²⁵ E. M. Hafner Burton, L.R. Helfer e C.J. Farris, *Emergencies and Escape: Explaining Derogations from Human Rights Treaties*, International Organizations, 2001, 679.

²⁶ L'assunzione dei poteri eccezionali da parte del Presidente della Repubblica è possibile solo dopo la consultazione ufficiale del Primo Ministro, dei Presidenti delle assemblee e del Presidente de Consiglio Costituzionale, cui segue il messaggio alla Nazione.

²⁷ Art. 16 della Costituzione della Quinta Repubblica francese. Il *Conseil Constitutionnel* verifica il perdurare delle condizioni che giustificano l'attribuzione di tali poteri.

²⁸ Art. 36 Cost. francese. La dichiarazione dell'*état de siège* non può protrarsi oltre il termine di dodici giorni, salvo proroghe subordinate all'approvazione del Parlamento. Tra gli altri, J. Lllamarque, *Légalité constitutionnelle et contro le juridictionnel des actes pris en vertu de l'article 16*, in *JCP*; F. Saint-Bonnet, *Réflexions sur l'article 16 et l'état d'exception*, in *RD* 1998, Les quarante ans de la Constitution du 4 octobre 1958.

²⁹ Si tratta di un istituto di carattere eccezionale regolato dalla *Loi 1955-385* del 03 aprile 1955 e s.m.i. Si è fatto ricorso all'*état d'urgence* ad esempio a seguito degli attacchi terroristici del 13 novembre 2015 a Parigi.

³⁰ La *Loi 1955-385* non determina una alterazione dei poteri tra i diversi organi costituzionali e consente l'adozione di misure straordinarie da parte dell'autorità amministrativa. I provvedimenti del governo e di alcuni prefetti precedenti la dichiarazione dello stato di emergenza prevedevano la possibilità per il Ministro della salute di adottare misure di urgenza proporzionate ai rischi e appropriate alle circostanze di tempo e luogo.

re mediante *ordonnances* (art. 38 Cost.) ed è stata introdotta *l'état d'urgence sanitaire* nel Code de la santé publique³¹. Viene opportunamente chiarito che le conseguenze della dichiarazione dello stato d'urgenza sanitaria devono essere proporzionate al rischio sanitario e appropriate alle circostanze di tempo e luogo, oltre a dover durare per il tempo strettamente necessario.

Anche la Carta costituzionale spagnola contempla lo stato di emergenza distinguendo tra *estado de alarma*³², *estado de excepción*³³ e *estado de sitio*³⁴, cui corrisponde la possibilità di adottare misure straordinarie e transitorie di intensità diversa in termini di impatto sui diritti fondamentali degli individui. È comunque previsto un controllo politico del Parlamento, che delibera su eventuali proroghe in considerazione della compressione dei diritti dei singoli, della durata e delle altre condizioni e termini³⁵.

Si è discusso di quale fosse lo strumento giuridico migliore da attivare per affrontare la crisi in corso, in base soprattutto alle libertà e ai diritti che si intendeva limitare o incidere sia pure per un tempo limitato³⁶. La decisione del governo di dichiarare lo *estado de alarma*³⁷ esteso a tutto il territorio nazionale, proro-

³¹ Art. L. 3131-12 *Code de la santé publique*.

³² L'art. 116, co. 2 della Cost. prevede che il governo può attivarsi con decreto del Consiglio dei Ministri, riferendo al *Congreso de los Diputados*, immediatamente riunito a tale scopo, che può autorizzare una proroga del periodo emergenziale.

³³ Lo stato di eccezione, ai sensi dell'art. 116, co. 3 della Costituzione spagnola è dichiarato dal governo mediante decreto deliberato dal *Consejo de Ministros*, previa autorizzazione del *Congreso de los Diputados*. Per un dibattito, tra gli altri, A. Cuenca Miranda, *Alarma "excepcional"*, in *Papeles faes fundacion*, n. 236 del 23/03/2020; Id., *El derecho ante el coronavirus*, in *Diario ABC*, dell'11.03.2020.

³⁴ Ai sensi dell'art. 116, co. 4 Cost., lo stato di assedio deve essere dichiarato dalla maggioranza assoluta del *Congreso de los Diputados*, su proposta esclusiva del governo. Il Congresso determinerà il suo ambito territoriale, durata e condizioni.

³⁵ Come chiarito nella Sentencia del Tribunal Constitucional 83/2016, tale controllo non modifica la natura esclusiva della competenza del governo a dichiarare inizialmente lo stato di allarme per un periodo massimo di quindici giorni, garantendo un controllo politico o di opportunità sulla dichiarazione della situazione a carattere eccezionale e delle misure adottate nell'ambito del rapporto fiduciario che deve esistere tra il governo e il Congresso dei deputati.

³⁶ Secondo alcuni la dichiarazione dell'*estado de alarma* non comporterebbe la sospensione di alcun diritto fondamentale, ma solo la timida possibilità di limitare la libertà di circolazione stabilita (J.N. Muniz, *Emergencias constitucionales y catástrofes en el ordenamiento constitucional español*, in *Cuadernos de Derecho Público*, 17 2002). Lo *estado de excepción*, invece, consentirebbe di limitare o sospendere alcune libertà riguardanti la persona, la violabilità dell'abitazione, il segreto delle comunicazioni, la libertà di circolazione e di residenza, di espressione, di informazione, di riunione e di manifestazione; e l'*estado de sitio* estenderebbe le limitazioni ad un elenco più ampio. Tra gli altri, L. Cotino Hueso, *Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria*, in *El Cronista*; S. De La Sierra, *Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción*, in *El Cronista*; F. Rodriguez e J. Julio, *Cuestiones constitucionales sobre el estado de alarma en España y la pandemia del COVID-19*, in *IEEE.ES* 43/2020, 1.05.2020.

³⁷ Real Decreto 463/2020.

gato più volte, ha suscitato un acceso dibattito. Secondo alcuni sarebbe peraltro stato preferibile invocare lo stato di eccezione³⁸.

In Germania oggi l'esecutivo e l'amministrazione sono vincolati al rispetto del principio di legalità: i presupposti per addivenire ad una limitazione dei diritti costituzionalmente garantiti devono essere chiaramente determinati³⁹. Solo il Parlamento con propria legge può autorizzare il governo ad adottare decisioni che incidono su diritti costituzionalmente garantiti.

Si distingue tra stati di emergenza esterni (stato di difesa, stato di tensione) e stato di emergenza interno, includendo in quest'ultimo anche un pericolo imminente o la minaccia di epidemie, tale da giustificare limitazioni *ex lege* alle libertà di circolazione sul territorio federale. Per fronteggiare l'emergenza sanitaria la Germania ha adottato una serie di misure (Corona-Krisenpaket), che comprende un pacchetto di leggi di ampia portata, adottate dal governo federale e approvato dal Bundestag e dal Bundesrat, che hanno imposto alcune limitazioni alle libertà personali ed economiche. Successivamente il governo federale e i *länder* hanno raggiunto un accordo circa il progressivo e parziale allentamento delle misure restrittive per il contenimento dell'epidemia.

Di diversa impostazione i paesi di influenza anglosassone che, secondo tradizione, negano tendenzialmente l'applicazione in tempo di pace del *martial law*, intesa come situazione di sospensione della legge ordinaria e temporaneo governo di un paese o di parte di esso attraverso tribunali militari⁴⁰. Anche in altri paesi europei il dibattito è ancora in corso e si attende di comprendere gli sviluppi dei provvedimenti assunti nei singoli paesi.

³⁸ Tale interpretazione troverebbe conferma nel dettato dell'art. 20.1 della legge organica n. 4/1981 e nel testo costituzionale: il diritto di riunione e manifestazione può essere sospeso solo nell'*estado de excepción* (o *de sitio*), ma non nell'*estado de alarma*.

³⁹ In passato, lo stato di emergenza era contemplato dall'art. 48 della Costituzione di Weimar, il quale stabiliva che "quando la sicurezza o l'ordine pubblico del Reich siano gravemente turbati o compromessi, il Presidente del Reich può prendere le misure necessarie per ristabilirli facendo ricorso, se necessario, alla forza armata". In dottrina, tra gli altri, K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 3 voll., München 1977.

⁴⁰ Sul punto A.V. Dicey, *An introduction to the study of the law of the Constitution*, 1885, London 1959, 287 ss. parla di completa supremazia della legge. In Gran Bretagna, l'Emergency powers act del 1920, modificato nel 1964, ha conferito all'esecutivo il potere di emanare ordinanze, genericamente soggette al controllo parlamentare, quando lo stato di emergenza sia stato dichiarato dalla Corona sul presupposto che si siano verificati o stiano per verificarsi eventi tali da privare del necessario la collettività. Per l'emergenza è stato emanato il Coronavirus Act 2020, che fornisce all'esecutivo i poteri emergenziali necessari, impattando per un periodo di massimo due anni su individui, imprese e autorità pubbliche e prevedendo misure di sostegno economico. Uno strumento che concede al governo i più ampi poteri in tempi di pace, sollevando preoccupazione per il modo con cui ridisegna in maniera significativa i rapporti di potere con il Parlamento (R. Cormacain, *Coronavirus Bill: A Rule of Law Analysis* (Supplementary Report - House of Lords), Bingham Centre for the Rule of Law, British Institute of International and Comparative Law) e comprime i diritti umani (T. Konstadinides e L. Marsons, *Covid-19 and its impact on the constitutional relationship between Government and Parliament*, in *UK Constitutional Law Association Blog*, 26 marzo 2020).

3. *Il rapporto tra emergenza, potere e libertà negli Stati Uniti d'America e la decisione della Suprema Corte del Wisconsin sul DHS 28 Emergency Order*
- 3.1. *Libertà e limiti all'azione dei pubblici poteri in un sano dialogo tra potere esecutivo e legislativo*

Il sistema federale degli Stati Uniti d'America è articolato in una pluralità di centri di esercizio del potere pubblico centrale e caratterizzato da una forte promozione del valore delle libertà individuali⁴¹. Non sono previste particolari forme di raccordo tra i due livelli di governo, centrale e periferico, con l'effetto di ostacolare l'azione del potere pubblico a beneficio delle libertà⁴².

Davanti alla diffusione del contagio negli Stati Uniti un ruolo chiave è stato svolto dallo U.S. Department of Health and Human Services (DHS). È stato dichiarato lo stato di *public health emergency*, conferendo poteri speciali per contenere il contagio⁴³ e limitando fortemente la libertà di movimento ai cittadini e visitatori⁴⁴. L'Emergency Order n. 28 del DHS ha imposto a tutte le persone che si trovano nello Stato di rimanere a casa, non viaggiare e tenere chiusa ogni attività qualificata come non essenziale. Il Centers for Disease Control (CDC)⁴⁵ dal canto suo ha invitato le autorità competenti – federali, statali e locali – a predisporre per tempo i piani necessari per affrontare l'emergenza ed il sistema economico e prepararsi a fronteggiare le diverse evenienze. Le misure assunte dai governi degli Stati federati e dalle amministrazioni locali hanno mostrato un andamento convergente in una prospettiva improntata al principio della sussidiarietà, restando in molti casi le istanze provenienti dalla società civile.

È seguita l'adozione a livello centrale di una serie di importanti provvedimenti finalizzati ad offrire un sostegno all'economia⁴⁶ e a livello di Stati federali

⁴¹ E. Mostacci, *COVID vs. Trump, ovvero dell'orchestra che suona da sola*, in *Federalismi.it* nel quale l'autore si dilunga sui limiti del sistema sanitario americano.

⁴² La Costituzione degli Stati Uniti d'America stabilisce che «*the privilege or the writ of habeas corpus*» non possa essere sospeso, salvo che non sia richiesto dalla sicurezza pubblica in caso di rivolta o di invasione (28 USC 2241). La legge marziale non può essere imposta per una minaccia d'invasione. La necessità deve essere attuale e presente, l'invasione effettiva, così come devono essere effettivamente chiusi i tribunali e deposta l'amministrazione civile (ex parte Milligan, 71 U.S. 2, 1866).

⁴³ Sect. 319, Public Health Service Act, e 42 U.S. Code §247d.

⁴⁴ In particolare, è stato limitato l'ingresso negli Stati Uniti a soggetti che non fossero cittadini americani e provenissero da aree infette, nonché imponendo la quarantena di due settimane ai cittadini e titolari di green card, che avevano avuto contatti nei quattordici giorni precedenti con le medesime aree.

⁴⁵ L'Agenzia federale, incardinata presso il Department of Health and Human Services, che si occupa di proteggere la salute e la sicurezza pubblica attraverso il controllo e la prevenzione delle malattie.

⁴⁶ A livello centrale l'approvazione di un primo piano finanziario, il *Coronavirus Preparedness and Response Supplemental Appropriations Act* (CPRSAA), con un impegno di 8,3 miliardi di dollari, cui hanno fatto seguito altre misure tra le quali il *Families First Coronavirus Response Act* e il *Coronavirus Aid, Relief and Economic Security Act* (Cares Act) finalizzati ad offrire un sostegno all'economia e alle famiglie.

misure per impedire gli assembramenti e strumenti di *moral suasion* finalizzati a ridurre i contatti sociali.

Nonostante l'impegno economico del governo americano a sostegno dell'economia, il quadro generale è da ultimo degenerato in gravi scontri tra cittadini e forze di polizia nutriti da un grave malcontento e dalla profonda disperazione di molti per la perdita del lavoro e il degenerare delle condizioni economiche del paese.

3.2. «Safer at Home Order» e limiti ai poteri conferiti dalla legislazione emergenziale

Su questo sfondo si colloca la decisione della Corte Suprema del Wisconsin del 13 maggio 2020, che si è pronunciata sulla legittimità dell'*Emergency Order* 28 del *Department of Health Services*⁴⁷.

Il caso riguarda il valore da riconoscere all'ordine diretto a tutte le persone all'interno del Wisconsin di rimanere in casa, non viaggiare e chiudere tutte le attività dichiarate non essenziali nell'*Emergency Order*, pena la reclusione di un mese, una multa o entrambi.

Il «*Safer at Home Order*», prescrizione imposta per il tramite di un atto esecutivo dell'esecutivo, ricorda il monito «state a casa» con cui si è data attuazione alle misure emergenziali adottate in molti paesi, sia pure in modi e forme diverse. La pronuncia assume una rilevanza significativa nel dibattito che ha coinvolto la gran parte dei paesi democratici sul tema della limitazione dei diritti e delle libertà individuali e consente di riflettere sulla esigenza che la giustizia presidi con attenzione l'esercizio del potere pubblico in tempi di emergenza a garanzia del massimo rispetto del delicato equilibrio tra libertà individuali, diritti e interessi della comunità. Questo non può prescindere dal circuito democratico, perché proprio nella tempesta dell'emergenza è importante poter agire con rapidità e flessibilità, ma pur sempre nel rispetto delle libertà e diritti fondamentali che rendono un paese democratico⁴⁸.

⁴⁷ Wisconsin Legislature, Secretary-Designee Andrea Palm, 2020 WI 42 del 13 Maggio 2020. La previsione richiamata prevedeva una sanzione penale in caso di violazione, con 30 giorni di reclusione e 250 dollari di multa.

⁴⁸ In senso analogo D. De Lungo, *Un atto di coraggio costituzionale. La Corte Suprema del Wisconsin dichiara illegittimo il Safer-at-Home Order*, in *Diritti comparati*, 18.05.2020 e in *IBL Istituto Bruno Leoni*, n. 332, 27 maggio 2020, il quale sostiene che il governo non può sostituirsi, con i propri provvedimenti, al legislatore e al circuito democratico-rappresentativo; in periodi di crisi, i giudici non devono indulgere nella tentazione di sostituirsi alla politica, operando bilanciamenti arbitrari fra libertà individuali e interessi della comunità, ma assicurare una applicazione ancor più puntuale e severa del testo costituzionale; in periodi di emergenza il potere, come Ulisse, deve restare incatenato all'albero maestro per evitare i letali canti delle sirene.

La pronuncia ha giudicato il provvedimento amministrativo «*unlawful, invalid, and unenforceable*», evidenziando un grave vizio formale, denso d'implicazioni non solo per l'ordinamento giuridico nel quale si colloca, ma per la portata dei principi generali che dallo stesso emergono, capaci di risultare facilmente permeabili in altri ordinamenti democratici.

La Corte osserva che *l'Emergency order 28* è strutturato come un «*general order of general application*», cioè un atto generale e astratto, accompagnato dalla previsione di sanzioni penali, che rientra nella categoria delle *rules*, ovvero un atto di natura sostanzialmente normativa⁴⁹. Il DHS, anziché seguire il procedimento a carattere normativo prescritto per le *rules*, avrebbe seguito quello di natura provvedimentale previsto per gli *orders*, così fuoriuscendo dal perimetro dei poteri conferiti dalla legislazione emergenziale. Tali poteri, sia pure formulati in termini ampi con la delega ad adottare ogni misura necessaria, si mantengono comunque sul piano provvedimentale⁵⁰.

Seguendo il ragionamento della Corte, se il potere attribuito dalla legge all'amministrazione comprende anche atti normativi, la sua formulazione in termini così ampi e generici da consentire l'adozione di ogni misura ritenuta necessaria rende la legge stessa incostituzionale. Al contrario, se il potere si limita ad atti di natura provvedimentale, la legge non è incostituzionale, ma lo è l'*Emergency Order 28*, che ha assunto una portata normativa non consentita. La Corte suprema applica il principio del c.d. *constitutional doubt*, che impone di privilegiare la lettura della disposizione che consenta la compatibilità con la Costituzione.

Tale impostazione consegue al principio generale della separazione e dell'equilibrio dei poteri, il cui scopo non è semplicemente quello di assicurare un governo efficace, ma di preservare la libertà individuale. Il corollario da cui muove la Corte è che non vi possa essere libertà pubblica se il potere legislativo e quello esecutivo sono uniti nelle mani della stessa autorità.

La separazione tra norme e provvedimenti (*rules* e *orders*) è pertanto necessaria ad assicurare la distinzione tra la fase di produzione e quella di applicazione del diritto, riservando la prima al circuito democratico-rappresentativo. La delega all'amministrazione (*unelected bureaucracy*) di un potere normativo indistinto deve ritenersi non consentita dalla legislazione del Wisconsin e neppure l'emergenza può essere invocata come eccezione. Ne consegue che il prolungarsi dello stato di emergenza non giustifica la stabilizzazione permanente dei poteri straordinari in capo al governo, ma impone di garantire per quanto possibile il canale

⁴⁹ Wis. Stat. §§ 227.01.

⁵⁰ Di diverso avviso, la difesa della State Health Secretary, la quale aveva sostenuto la natura provvedimentale dell'*Emergency Order 28*, in considerazione del carattere meramente temporaneo della misura.

democratico ordinario di assunzione delle decisioni politico-normative, garantito dal Parlamento.

Le riflessioni che emergono dalla pronuncia travalicano il contesto americano e inducono a riflettere anche sull'esperienza italiana, dove nonostante la cornice generale individuata nell'emanazione del decreto-legge, l'esecutivo ha continuato a gestire le fasi successive all'emergenza con DPCM, senza ricercare un rapido recupero del canale democratico ordinario di assunzione delle decisioni politico-normative.

3.3. *L'emergenza non può creare potere, né prescindere dal vaglio di criteri ermeneutici rigorosi di interpretazione dei principi fondamentali di uno Stato democratico*

Un altro passaggio molto interessante è quello nel quale la Corte mette in guardia dal rischio di acquiescenza della giustizia ad azioni governative svolte nell'interesse della società, ma in seguito riconosciute come veicoli di oppressione. Non mancano esempi nella storia anche recente di forme di esercizio dello stato di polizia, che deviando dal testo costituzionale, hanno finito per opprimere individui calpestando i diritti individuali⁵¹.

Il tema che travalica i confini dell'ordinamento americano riguarda l'effettiva capacità del *judicial review* di fungere da argine nei contesti emergenziali rispetto ai possibili abusi delle istituzioni e dell'esecutivo. La Corte mette in guardia contro il rischio di elaborare una personale visione del bene comune, facendosi carico della sua implementazione per via giurisdizionale; il rischio di subire le pressioni dell'opinione pubblica e, aggiungerei, dei mezzi di comunicazione, che finiscono spesso per farsi strumento di trasmissione della linea di condotta dell'esecutivo soprattutto in situazioni di difficoltà. È invece proprio nei periodi di emergenza, quando il bene comune (come interpretato da chi amministra lo Stato in quel momento) finisce per prevalere sulle garanzie individuali, che c'è bisogno di un controllo giurisdizionale rigoroso.

Come è stato recentemente ricordato anche dalla nostra Corte costituzionale in Italia, «la piena attuazione della Costituzione richiede un impegno corale, con l'attiva leale collaborazione di tutte le Istituzioni, compresi Parlamento, Governo, Regioni, Giudici», che rappresenta la chiave per affrontare l'emergenza. La Costituzione italiana pur non contemplando un diritto speciale per i tempi eccezionali, offre «la bussola anche per navigare per l'alto mare aperto nei tempi

⁵¹ Rebecca Grassl Bradley, J. (concurring opinion), § 70.

di crisi, a cominciare proprio dalla leale collaborazione fra le istituzioni, che è la proiezione istituzionale della solidarietà tra i cittadini»⁵².

Nella prospettiva di una serena collaborazione, la c.d. ragion di Stato non può prescindere dal vaglio di criteri ermeneutici rigorosi di interpretazione dei principi fondamentali della Costituzione. L'amministratore dal canto suo deve cercare di mediare e contemperare i vari interessi coinvolti e ispirare le decisioni assunte al principio del bilanciamento degli interessi in gioco. La scelta politica governa l'assunzione della scelta tra diverse alternative e innanzi alla stessa emergenza sanitaria, i paesi coinvolti hanno optato per strategie diverse, stemperando le garanzie costituzionali per il tramite del ricorso ai principi di proporzionalità e di adeguatezza.

In nessun caso tuttavia – come confermato dalla stessa Corte del Wisconsin – i diritti e le libertà individuali assicurate dalla Costituzione di un paese dovrebbero scomparire nel corso di una crisi e neppure per ragioni di salute pubblica. L'incapacità del sistema sanitario di far fronte all'emergenza, per ragioni spesso legate a scelte politiche di gestione dello stesso, non può essere utilizzata dal governo come espediente per giustificare deroghe ai diritti e libertà fondamentali.

L'emergenza pertanto non può divenire essa stessa fonte del diritto⁵³ e il sopraggiungere di una situazione emergenziale non può incidere sui poteri delle istituzioni, né può consentire di comprimere indefinitamente, né di ledere legittimamente i diritti e le libertà fondamentali. Dinanzi alle più forti sollecitazioni la Costituzione deve imporsi come argine ineludibile a garanzia dell'impianto istituzionale e delle situazioni giuridiche individuali. E dal canto loro, le corti di ogni paese democratico possono fare molto per garantire la tutela degli stessi in ogni situazione nel rispetto dei principi di proporzionalità e adeguatezza.

Tuttavia, l'interpretazione e la stessa gerarchia da riconoscere ai diritti riconosciuti nella Costituzione possono variare da paese a paese in relazione al caso specifico, così come appare variare la sensibilità di ogni cittadino rispetto ai limiti imposti alle proprie libertà individuali per ragioni diverse e, come sostiene la Corte del Wisconsin, «*men born to freedom are naturally alert to repel invasion of their liberty by evil-minded rulers*».

⁵² M. Cartabia, *Relazione annuale della Corte costituzionale sul 2019*, 28 aprile 2020, www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/composizione/relazione_annuale.do.

⁵³ Rebecca Grassl Bradley, J. (concurring), § 77: «The Constitution was adopted in a period of grave emergency. Its grants of power to the federal government and its limitations of the power of the States were determined in the light of emergency, and they are not altered by emergency».

4. *Ponderazione e bilanciamento tra diritti e libertà fondamentali in alcune pronunce della giurisprudenza*

4.1. *Sulla proporzionalità delle misure adottate per garantire la salute pubblica: «vivre avec le virus, agir progressivement, adapter localement»*

Anche in Europa le limitazioni imposte dall'adozione di misure emergenziali per fronteggiare la pandemia hanno coinvolto la giurisprudenza e in alcuni paesi europei hanno riguardato la libertà di movimento, i diritti di riunione e di manifestazione. Nella maggior parte dei casi si è posta la questione dell'interpretazione e della portata del diritto alla salute e il suo temperamento con gli altri diritti fondamentali.

In gran parte dei paesi colpiti dalla pandemia la decisione politica di emanare provvedimenti emergenziali è stata preceduta dall'intervento o dalla consultazione di comitati tecnico-scientifici all'uopo preposti, che hanno fornito valutazioni tecniche sulla cui base sono state assunte specifiche decisioni politiche, ponendo questioni in tema di assunzione di responsabilità⁵⁴.

In Francia, in caso di grave violazione delle libertà fondamentali, può essere chiesto l'intervento del giudice del *référé*, il quale può ordinare tutte le misure che ritenga necessarie a salvaguardare le libertà fondamentali incise da una violazione grave e manifestamente illecita prodotta da parte di una persona giuridica di diritto pubblico o da un ente di diritto privato incaricato della gestione di un servizio pubblico⁵⁵. È ciò che è accaduto a seguito dell'adozione delle misure emergenziali, quando il giudice dei *référés* del *Conseil d'État* con *ordonnances* ha ordinato al governo di revocare il divieto generale e assoluto di riunione nei luoghi di culto. Ha inoltre ordinato di emanare misure proporzionate ai rischi alla salute e adeguate al c.d. piano di progressivo de-confinamento, in linea con il principio *«vivre avec le virus, agir progressivement, adapter localement»*⁵⁶.

Avverso il décret n. 2020-548 dell'11 maggio 2020, che aveva vietato qualunque forma di riunione o incontro all'interno di strutture religiose, ad eccezione delle cerimonie funebri, avevano presentato ricorso diverse associazioni e singoli richiedenti. Questi sostenevano che il divieto generale e assoluto di ogni tipo di riunione nei luoghi di culto dovesse considerarsi sproporzionato rispetto all'obiet-

⁵⁴ Si pensi in Italia alle indagini della Procura sulla mancata costituzione di una zona rossa in val Seriana nel nord Italia all'inizio del contagio.

⁵⁵ Art. L. 512-2 del Codice di giustizia amministrativa francese.

⁵⁶ *Ordonnances* nn. 440366, 440380, 440410, 440531, 440550, 440562, 440563, 440590 del 19 maggio 2020. Il *Plan de déconfinement progressif* è stato presentato dal governo all'Assemblea nazionale il 28 aprile ed è volto ad allentare gradualmente le misure di contenimento su base regionale differenziata. In dottrina, tra gli altri, P. Costanzo, *Brevi note sulle soluzioni apprestate dalla Francia per contrastare la pandemia nei giudizi di costituzionalità*, in *Consulta-online*, 1, 2020, 17 aprile 2020.

tivo di tutela della salute pubblica. Il giudice chiarisce che è al contrario necessario evitare violazioni delle libertà fondamentali, nonché la discriminazione ingiustificata tra chi pratica un culto e gli altri. La libertà di culto rientra tra i principi fondamentali riconosciuti dalla Costituzione francese del 1958, riprova della fedeltà del popolo francese ai diritti dell'uomo e ai principi della sovranità nazionale definiti dalla Dichiarazione del 1789, confermata ed integrata dal preambolo della Costituzione del 1946, nonché ai diritti e doveri definiti nella Carta dell'ambiente del 2004. Essa include tra le sue componenti essenziali anche il diritto di prendere parte collettivamente alle cerimonie in luoghi di culto e va temperata con l'obiettivo della tutela della salute, anch'esso costituzionalmente protetto.

La Corte argomenta circa forme, modi e gradualità delle misure adottate per garantire la salute pubblica. Sostiene che sarebbe stato possibile adottare misure di vigilanza meno restrittive del divieto generalizzato, in grado di garantire lo svolgimento delle cerimonie religiose in completa sicurezza, in linea con la tolleranza degli incontri di meno di dieci persone in altri luoghi aperti al pubblico previsti dal medesimo *décret n. 2020-584*. Il divieto generale e assoluto risulterebbe pertanto non proporzionato rispetto all'obiettivo di tutela della salute pubblica, in quanto integra gli estremi di una violazione grave e manifestamente illecita della libertà di coscienza e di religione, della libertà personale, della libertà di movimento e di riunione.

Come noto, la libertà di espressione e di comunicazione, da cui deriva il diritto di espressione collettiva delle idee e delle opinioni, è tanto più preziosa in quanto il suo esercizio è una condizione di democrazia e una delle garanzie del rispetto di altri diritti e libertà. Ne consegue che qualsiasi interferenza nell'esercizio di tale libertà e diritto deve essere necessaria, adeguata e proporzionata all'obiettivo perseguito⁵⁷. Il *Conseil d'État* ingiunge pertanto al Presidente del Consiglio dei Ministri di modificare il decreto citato con l'adozione di misure strettamente proporzionate ai rischi sanitari sostenuti e adeguati alle circostanze di tempo e di luogo applicabili al *déconfinement*⁵⁸.

⁵⁷ Art. 11 della Dichiarazione del 1789.

⁵⁸ In precedenza, sul rafforzamento dei poteri delle forze dell'ordine per garantire il mantenimento dell'ordine pubblico durante le manifestazioni e contrastare la violenza, il *Conseil Constitutionnel* francese, aveva dichiarato incostituzionali alcune disposizioni della legge n. 2019-290 del 10 aprile 2019 (c.d. *loi anti-casseurs*): decisione n. 2019-780 del 4 aprile 2019. La pronuncia è reperibile sul sito del *Conseil Constitutionnel*, www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2019/2019780DC.htm.

4.2. *Libertà di riunione manifestazione e proporzionalità: «¿Restricción o supresión durante el estado de alarma?»*

Come sopra ricordato, in Spagna la dichiarazione dello *estado de alarma* ha sollevato un ampio dibattito in considerazione della legittimità dello strumento giuridico a fungere da base giuridica delle misure emergenziali adottate dal governo e delle relative implicazioni⁵⁹.

Un caso molto interessante ha riguardato la decisione di un'autorità pubblica spagnola di non autorizzare un corteo in auto per commemorare il primo maggio, confermata dal Tribunale della Galizia⁶⁰. La decisione ha chiarito che il *Real Decreto* n. 463/2020 avrebbe potuto essere impugnato solo davanti alla Corte Costituzionale, ma non reputava sussistere ragione per sollevare tale giudizio di costituzionalità. Nella valutazione comparativa tra i diversi diritti coinvolti nella questione, il Tribunale chiariva che il rischio per la salute pubblica potesse giustificare il ricorso al *estado de alarma* e con esso la restrizione alla circolazione di persone, al fine di prevenire la diffusione del virus e di eliminare ogni possibilità di contagio. Tale misura risultava, pertanto, necessaria e proporzionata, ritenendo il diritto alla vita e alla salute pubblica⁶¹ sempre e comunque prevalente rispetto al diritto di manifestazione.

Innanzi al *Tribunal Constitucional* il ricorrente⁶² sostiene che si sarebbe verificata una violazione della libertà di riunione in luogo pubblico (art. 21 Costituzione), contraria allo stato di allarme che non può mai determinare la sospensione di diritti fondamentali costituzionalmente protetti (ma una eventuale limitazione degli stessi). Chiedeva quindi al Tribunale costituzionale di adottare immediate misure cautelari affinché il corteo potesse essere celebrato il giorno della ricorrenza⁶³.

⁵⁹ Si veda, tra gli altri, L. Cotino Hueso, *Confinamientos, libertad de circulación y personal, prohibición de reuniones y actividades y otras restricciones de derechos por la pandemia del Coronavirus*, in *Diario La Ley*, n. 9608, 6 aprile 2020. E. Arana García, *Covid 19 y Derecho Público en España: el virus que desnudó nuestro*, in *Diritto pubblico dell'economia*, 17 Maggio 2020.

⁶⁰ Tribunal Superior de Justicia della Galizia, Sala de lo contencioso-administrativo, Section n. 1, sentenza n. 136 del 28 aprile 2020. In dottrina, L. Cotino Hueso, *La posible constitucionalidad de las manifestaciones bajo ed Covid 19 y el Decreto para el Tribunal Constitucional*, in www.derechocovid.com/ del 01 maggio 2020.

⁶¹ Art. 43, comma 2, Cost. spagnola.

⁶² Si è trattato di un ricorso individuale (c.d. ricorso di *amparo*), che nel diritto spagnolo permette al cittadino di adire direttamente il giudice costituzionale per richiedere la tutela i diritti fondamentali lesi da atti dei pubblici poteri. Per un commento F. Marconi, *Crisi Covid e limitazione della libertà di movimento, del diritto di riunione e di manifestazione in Francia, Spagna e Germania alla luce della giurisprudenza recente*, in *Giustamm*, giugno 2020.

⁶³ La giurisprudenza costituzionale aveva in precedenza chiarito che il diritto di riunione e manifestazione rappresentano manifestazione collettiva della libertà di espressione, esercitata attraverso un'associazione transitoria di persone, che opera strumentalmente per consentire lo scambio e l'esposizione delle idee, la difesa degli interessi o la pubblicizzazione di problemi o rivendicazioni (*Tribunal Constitucional de España*, Sent. 85/1988, in *BOE* núm. 128, de 28 de mayo de 1988).

Il giudice costituzionale respinto la richiesta, giudicando la limitazione del diritto di riunione legittima in rapporto all'emergenza in atto e riaffermando la prevalenza del diritto alla vita, all'integrità fisica della popolazione e, più genericamente, alla salute sul diritto di riunione⁶⁴. Ha ricordato che le autorità pubbliche possono incidere sul diritto di riunione e di manifestazione modificando le circostanze del loro esercizio, vietandoli o limitandoli purché sussistano ragioni fondate come l'alterazione dell'ordine pubblico con pericolo per persone e beni o per la necessità di evitare che un esercizio senza limiti possa collidere con altri valori costituzionali, nel rispetto del principio di proporzionalità⁶⁵.

La motivazione del diniego di autorizzazione del corteo avrebbe tenuto conto delle informazioni sul virus a disposizione, delle caratteristiche e della impossibilità di prevedere scientificamente le conseguenze di medio e lungo termine sulla salute delle persone colpite⁶⁶. Pertanto, il divieto di svolgere la manifestazione sarebbe stato in un rapporto logico e necessario con la finalità perseguita dal divieto stesso: prevenire la diffusione di una malattia grave, il cui elevato tasso di contagio avrebbe potuto portare al collasso dei servizi sanitari pubblici⁶⁷.

La decisione non tiene in alcun modo in considerazione situazioni analoghe rispetto alle quali altri Tribunali locali si sono pronunciati in modo diverso. È il caso del Tribunale superiore della Comunità autonoma di Aragona, che ha autorizzato alcune concentrazioni per il 1° maggio, sostenendo che sotto la vigenza del *estado de alarma* il diritto fondamentale di riunione e manifestazione può essere limitato, ma mai soppresso: il rifiuto generale equivale, di fatto, ad una sospensione del diritto che, in quanto tale, non è ammissibile⁶⁸. Lo stesso *Ministerio Fiscal* spagnolo ha sostenuto, che lo stato di allarme non limita il diritto di riunione, consentendone l'esercizio in modo adeguato e sotto il controllo dell'autorità sanitaria⁶⁹. Ciò dimostra che il dibattito sulle forme e i modi di adozione di misure

⁶⁴ La Corte osserva che la manifestazione non si sarebbe potuta svolgere in altra data e l'adozione di misure cautelari avrebbe reso inutile una successiva pronuncia sull'ammissibilità e sul merito.

⁶⁵ Solo in stato di emergenza e sulla base dell'art. 22 della legge n. 4/1981 è possibile sospendere l'art. 21 della Costituzione spagnola e assoggettare le riunioni o manifestazioni ad autorizzazione preventiva, vietarle o sciogliere quelle già convocate.

⁶⁶ Il diniego dell'autorizzazione del corteo si sarebbe basato sulla necessità di garantire la vita e l'integrità fisica delle persone (art. 15 Cost.) e la tutela della salute (art. 43 Cost.).

⁶⁷ Nello svolgere il giudizio di proporzionalità, il Tribunale ricorda che gli organizzatori della manifestazione non avevano predisposto l'adozione di misure specifiche per controllare la trasmissione del virus, né per ridurre la concentrazione di automobili conseguente ad una massiccia adesione all'iniziativa.

⁶⁸ Tribunal Superior de Justicia de Aragon, Section n. 1 de la Sala de lo contencioso-administrativo, sent. n. 151 del 30 aprile 2020. L'amministrazione aveva autorizzato un corteo con un massimo di 60 veicoli e una sola persona al loro interno e il giudice adito aveva ritenuto che si dovesse procedere ad una valutazione caso per caso che tenesse conto delle misure che concretamente sarebbero state adottate per ridurre al minimo i rischi per la salute.

⁶⁹ *Contraris* Departament d'Interior de la Generalitat de Catalunya dinanzi al Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, Section n. 2 de la Sala de lo contencioso-administrativo, n. 1223 del 24 aprile 2020 in

di contenimento dell'emergenza sanitaria in Spagna è ancora aperto e si profilano diverse importanti implicazioni.

4.3. *Proporzionalità e adeguatezza nel giudizio di valutazione delle circostanze concrete da parte della Corte costituzionale federale tedesca: «die bewertung des konkreten falles»*

In Germania i diritti fondamentali sono garantiti agli artt. 1-19 della legge fondamentale e in caso di violazione è consentito adire i tribunali ordinari e in via residuale la Corte costituzionale federale (*Bundesverfassungsgericht*)⁷⁰.

Quest'ultima si è recentemente pronunciata su un caso di ricorso avverso le misure con cui il Comune di Stoccarda aveva vietato alcune riunioni e manifestazioni sia pure fossero state organizzate nel rispetto delle misure di distanziamento⁷¹. Ha chiarito che secondo la legge fondamentale tedesca (art. 8, co. 2), le riunioni in spazi pubblici possono essere limitate solo dalla legge; ogni limitazione per essere considerata legittima deve essere finalizzata a proteggere beni di pari peso o sotto una rigorosa garanzia del test di proporzionalità⁷². Nell'adozione di misure emergenziali l'autorità è sempre tenuta ad un esame approfondito delle circostanze di ciascun caso, per valutare insieme al richiedente se è possibile trovare modi alternativi compatibili con l'esercizio del diritto costituzionalmente garantito.

Un altro caso recente ha riguardato un ricorso cautelare proposto avverso le misure emergenziali adottate dal Comune di Giessen con cui erano state vietate alcune riunioni e manifestazioni⁷³. Il giudice federale ha ritenuto di concedere all'amministrazione la possibilità di decidere di nuovo sulla questione, in quanto sarebbe incorsa in una erronea interpretazione del decreto del *Land* Assia per la

relazione al ricorso presentato contro il rigetto della richiesta di autorizzazione per una manifestazione nel Parque de la Ciutadella de Barcelona davanti al Parlamento della Catalogna ritenendo che il diritto di riunione non può essere esercitato mentre dura lo stato di allarme.

⁷⁰ Per una panoramica di alcune pronunce si possono vedere i comunicati stampa del 07 aprile 2020 www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2020/bvg20-023.html e del 14 maggio 2020, recante pronunce di inammissibilità di istanze contro l'allentamento e il prolungamento delle misure di contenimento per la pandemia, www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/bvg20-036.html. In dottrina, tra gli altri, A. De Petris, *Un approccio diverso: l'emergenza "collaborativa" del federalismo tedesco*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 3, 2020, 2020.

⁷¹ Ricorso avverso le decisioni assunte dal Tribunale amministrativo di Stoccarda e della Corte amministrativa del *Land* di Baden-Württemberg, Tribunale costituzionale federale, ordinanza del 14 aprile 2020 (1 BvQ 37/20).

⁷² La libertà di riunione è riconosciuta all'art. 8 della legge fondamentale tedesca, dove si riconosce che tutti i tedeschi hanno il diritto di riunirsi, liberamente e senza armi, senza preavviso o autorizzazione; il diritto può essere limitato con legge per le riunioni all'aperto.

⁷³ Tribunale costituzionale federale, ordinanza del 15 aprile 2020, 1 BvR 828/20. In primo grado le misure emergenziali adottate erano state confermate dal Tribunale amministrativo di Giessen e della Corte amministrativa del *Land* Assia.

lotta al Covid19. Questo non conterrebbe un divieto assoluto di manifestazione, ma un divieto derogabile qualora le circostanze del caso concreto consentano un adeguato livello di tutela della salute pubblica⁷⁴.

Ancora una volta il giudizio di ponderazione tra diritti e libertà fondamentali richiede di applicare rigorosamente i principi di proporzionalità ed adeguatezza nella valutazione del caso specifico e di tutti gli elementi e circostanze in grado di formare il giudizio stesso, allo scopo di rendere effettivo l'esercizio dei diritti fondamentali anche in tempi di pandemia da Covid-19.

In un caso diverso riguardante il divieto di assembramenti e incontri in luoghi di culto⁷⁵, la Corte ha rigettato l'istanza, dopo attenta ponderazione e comparazione tra interessi prevalenti (libertà di religione, libertà di riunione nei luoghi di culto⁷⁶, diritto alla salute pubblica⁷⁷).

Il ricorrente aveva sostenuto che la celebrazione comune dell'Eucarestia è una componente centrale della fede, la cui mancanza non può essere compensata da forme alternative di attività religiosa (trasmissione via web o preghiera individuale)⁷⁸ e il divieto della celebrazione costituisce una gravissima ingerenza nel diritto alla libertà di fede e di confessione⁷⁹.

Il *Bundesverfassungsgericht* ha ritenuto che nel caso di specie dovesse prevalere la tutela della salute, nonostante nell'ordinamento tedesco i confini del diritto siano tracciati dalla legislazione concorrente della federazione e degli Stati e la legge fondamentale tedesca non contenga un esplicito riferimento al diritto alla salute, paragonabile all'art. 32 della Costituzione italiana. I potenziali assembramenti nei luoghi di culto tuttavia avrebbero potuto elevare il rischio di contagio e di conseguenza il rischio di sovraccaricare le strutture sanitarie già pesantemente messe alla prova dall'emergenza Covid⁸⁰. Si è quindi ritenuto che la protezione da accordare alla vita e all'incolumità fisica, alla luce dell'obiettivo della prima fase della pandemia da individuarsi nel rallentamento della diffusione di una malattia virale altamente contagiosa, dovesse prevalere sulla tutela della fondamentale

⁷⁴ Il decreto del governo del *Land* Assia infatti riservava alle autorità competenti un potere discrezionale e un margine di valutazione delle concrete circostanze in cui la manifestazione avrebbe avuto luogo.

⁷⁵ Ordinanza 1 BvQ 28/20 del 10 aprile 2020 con cui veniva chiesto di annullare la pronuncia del Tribunale amministrativo dell'Assia e sospendere il divieto di riunirsi in chiese, moschee, sinagoghe e di prendere parte a riunioni di altre comunità religiose.

⁷⁶ L'art. 4 della Legge fondamentale tedesca.

⁷⁷ Si veda al riguardo M. Carrer, *Tutela della salute e dimensione della discrezionalità a livello comparato: l'esperienza tedesca*, in *La tutela della salute tra tecnica e potere amministrativo*, a cura di M. Andreis, Milano, 2006, secondo cui una lettura sistematica dei primi tre articoli della Legge Fondamentale tedesca, congiuntamente ai principi contenuti negli artt. 19, 20 e 74 GG, permette di fondare compiutamente il diritto alla salute tedesco.

⁷⁸ Concilio Vaticano II, Costituzione dogmatica sulla Chiesa, n. 11 e il Catechismo della Chiesa Cattolica n. 1324-1327.

⁷⁹ Art. 4, co. 1 e 2 legge fondamentale tedesca.

⁸⁰ A fondamento di tali considerazioni viene richiamata la valutazione dei rischi condotta dall'Istituto Robert Koch in data 26 marzo 2020.

libertà di culto. La ponderazione e il bilanciamento sono stati condotti dalla Corte in relazione anche al particolare momento di sviluppo del contagio nel paese e al termine di efficacia del provvedimento emergenziale che imponeva il divieto.

La decisione pertanto riconosce l'esigenza di sviluppare il giudizio di proporzionalità delle misure emergenziali adottate attraverso un'attenta ponderazione delle condizioni e degli elementi di valutazione. Il giudizio è ancorato al permanere delle condizioni e degli elementi di valutazione nel rispetto dei principi di proporzionalità e adeguatezza; può mutare al mutare delle condizioni e degli elementi di valutazione. Al fine di definire correttamente il giusto grado di limitazione delle libertà individuali è pertanto necessario un rigoroso esame delle circostanze del caso concreto, il che consente un'eventuale diversificazione delle misure su base regionale.

5. *Italia e Europa: ripartire dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*

La giurisprudenza citata consente di riflettere sull'esperienza italiana e, nonostante le peculiarità di ciascun ordinamento giuridico nazionale, di cogliere qualche stimolo che deriva dalle pronunce citate.

Come ricordato, in Italia l'esecutivo ha scelto di accentrare la valutazione in termini di bilanciamento tra diritti e libertà fondamentali e l'adozione delle misure emergenziali, facendole prevalere sull'autonomia delle amministrazioni locali.

Così si è proceduto nella fase di massimo sviluppo del contagio (c.d. fase 1), scegliendo lo strumento del DPCM per gestire l'emergenza, senza graduare proporzionalmente l'azione amministrativa e diversificare le zone territoriali più colpite dalle altre. È stata creata un'unica zona rossa tracciata dai confini statali all'interno della quale si è comunque in un qualche modo favorito l'esodo dal nord al sud. Alcuni diritti e libertà sono stati limitati, talvolta in modo rilevante, ed è mancata in molti casi un'adeguata valutazione della proporzionalità nella selezione dei modi di esercizio del potere⁸¹.

⁸¹ Il riferimento è tra gli altri a la limitazione della libertà personale, diritto riconosciuto come inviolabile e tutelato dalla Costituzione all'art.13, limitato evidentemente dalla misura della "quarantena" introdotta per la prima volta in questa circostanza con l'Ordinanza del Ministero della Salute del 21 febbraio 2020, che compie una distinzione tra quarantena con sorveglianza attiva e permanenza domiciliare fiduciaria; alcune misure restrittive della libertà di circolazione e di soggiorno, tutelata dall'art. 16 della Costituzione e introdotte tra gli altri dal d.l. n. 6/2020, che contiene un elenco delle misure che potranno essere adottate per contenere la diffusione del contagio, quali l'art. 1, c. 2, lett. a) che prevede il «divieto di allontanamento dal comune o dall'area interessata» e la successiva lettera b) prevede il «divieto di accesso al comune o all'area interessata», nonché la possibile «limitazione all'accesso o sospensione dei servizi del trasporto di merci e di persone terrestri, aereo, ferroviario, marittimo e nelle acque interne, su rete nazionale, nonché di trasporto pubblico locale, anche non

Si è continuato a seguire la stessa strategia anche nella gestione della c.d. fase 2 di graduale ripresa e presunto «rilancio» del paese, quando si è acuita la tensione con le regioni e alcune, tra quelle meno colpite dal contagio, hanno cercato di ridurre le restrizioni, in considerazione del mutare delle condizioni e degli elementi di valutazione da considerare alla luce dei principi di proporzionalità e adeguatezza.

È ciò che è accaduto con ordinanza del Presidente della Regione Calabria, che ha consentito la ripresa delle attività *di bar, pasticcerie, ristoranti, pizzerie, agriturismo con somministrazione esclusiva attraverso il servizio con tavoli all'aperto*⁸², avverso la quale la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha presentato il ricorso accolto dal giudice amministrativo⁸³.

Il Tar Calabria, ha sostenuto come non sia compito del giudice amministrativo sostituirsi alle amministrazioni e stabilire quale contenuto debbano avere i provvedimenti amministrativi, all'esito del bilanciamento tra i molteplici interessi pubblici o privati in gioco⁸⁴. Ha quindi annullato l'ordinanza della Regione, ritenendo che spetti al Presidente del Consiglio dei Ministri individuare le misure necessarie a contrastare la diffusione del virus. L'iter argomentativo del giudice non propone alcuna riflessione sul tema della ponderazione tra diritti/libertà fondamentali, né considera gli interessi coinvolti, ma si limita a statuire che la libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. non può svolgersi, tra le altre cose, in modo da recare danno alla sicurezza umana e non esiste alcuna riserva di legge in ordine alle prescrizioni da imporre all'imprenditore, che pertanto possono essere introdotte anche con un atto di natura amministrativa.

Il potere centrale di individuare in concreto le misure necessarie ad affrontare l'emergenza sanitaria troverebbe giustificazione nel principio di sussidiarietà, *il quale impone che, trattandosi di emergenza a carattere internazionale, l'individuazione delle misure precauzionali sia operata al livello amministrativo unitario*⁸⁵ e che venga attratta allo Stato la competenza legislativa in materie concorrenti quali la tutela della salute e la protezione civile. Non si sarebbe trattato pertanto di intervento sostitutivo dello Stato, bensì di «avocazione delle funzioni amministrative

di linea, salvo specifiche deroghe previste dai provvedimenti di cui all'art. 3», servizi essenziali che impattano sul pieno godimento della libertà di circolazione; le limitazioni alla libertà di culto; le limitazioni al diritto di difesa, di fatto determinate da un generalizzato rinvio delle udienze, su tutto il territorio nazionale, a dopo il 22 marzo 2020, con una eccezionale previsione di sospensione feriale dei termini processuali dal 9 marzo al 22 marzo, successivamente spostato al 15 aprile dal decreto-legge cd. Cura Italia adottato il 16 marzo 2020.

⁸² Ordinanza del 29 aprile 2020, n. 37, recante ulteriori misure per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-2019.

⁸³ Tar Calabria, sez. 1, Presidenza Consiglio dei Ministri c. Regione Calabria, n. 00841/2020. Per un commento, tra gli altri, F.F. Pagano, A. Saitta, F. Saitta, *Il giudice amministrativo stoppa la ripartenza anticipata della Regione Calabria: sul lockdown è lo Stato a dettare legge*, in *Osservatorio Aic*, 2020, 3, con ricchi riferimenti bibliografici.

⁸⁴ Impostazione radicalmente diversa da quella della Corte del Wisconsin nel caso sopra analizzato.

⁸⁵ Art. 118, co. 1 Cost.

in ragione del principio di sussidiarietà, accompagnata dalla chiamata in sussidiarietà della funzione legislativa»⁸⁶.

Nessun cenno al principio di proporzionalità e adeguatezza della misura rispetto al caso specifico. Viene invece richiamato il *principio di precauzione*, che deve guidare l'operato dei poteri pubblici in un contesto di emergenza sanitaria causata da un virus sul quale, evidenzia il Tribunale, non esistono certezze nella stessa comunità scientifica.

Nell'incertezza, pertanto, la paura prevale e ogni misura risulta proporzionata all'obiettivo di impedire il collasso del sistema sanitario nazionale, traducendo l'azione dei pubblici poteri in forme di *prevenzione* delle stesse conoscenze scientifiche.

In questa prospettiva l'obiettivo prioritario in grado di prevalere su diritti e libertà fondamentali non è in realtà la *tutela del diritto alla salute*, ma esclusivamente quello di impedire la corsa agli ospedali con conseguente collasso del sistema sanitario. Così evocando il diritto alla salute vengono in realtà cancellate operazioni, visite e screening importanti nei principali ospedali del paese per migliaia di cittadini, molti dei quali privi di assicurazione semplicemente rinunceranno alla prevenzione di importanti malattie. Coloro che moriranno per questo verranno mai calcolati nel bollettino della protezione civile?

Allo stesso modo nel nome del potenziale danno alla sicurezza umana, viene limitata la libertà di iniziativa economica e annullata l'ordinanza della Regione Calabria, bacchettando il Presidente della Regione per aver peccato di «ὕβρις»⁸⁷ in violazione del *principio di leale collaborazione* tra i soggetti che compongono la Repubblica italiana, con conseguente difetto di coordinamento tra i due diversi livelli amministrativi. Evidentemente un diverso modo di intendere la leale collaborazione tra istituzioni evocata dalla Corte costituzionale con un'immagine circolare che non impone necessariamente una direzione a senso unico (dal basso dei livelli amministrativi verso l'alto), ma che auspicabilmente si ispiri al principio di sussidiarietà di cui all'art. 5 del Trattato UE⁸⁸.

Nella gestione dell'emergenza in Italia i principi di precauzione e leale collaborazione prevalgono su quelli di proporzionalità e adeguatezza della valutazione

⁸⁶ Si osserva che l'art. 41 Cost., nel riconoscere libertà di iniziativa economica, prevede che essa non possa svolgersi in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. *Non essendo prevista una riserva di legge in ordine alle prescrizioni da imporre all'imprenditore, le prescrizioni possono essere imposte anche con un atto di natura amministrativa, come è stato fatto per il tramite di un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri.*

⁸⁷ Nella Grecia antica, coloro i quali rifiutavano di riconoscere i poteri degli dèi peccavano di ὕβρις, quell'arroganza sfacciata che si palesa quando si pretende di oltrepassare i limiti imposti dalla natura, dal destino o dalla legge: sul tema tra gli altri G. Reale, *Platone, apologia di Socrate*, Milano, 2000.

⁸⁸ Come noto, il principio di sussidiarietà di cui all'art. 5 del Trattato sull'Unione europea mira a garantire che le decisioni siano adottate il più vicino possibile al cittadino. La reale collaborazione è stata recentemente richiamata nella relazione annuale della Corte Cost. di M. Cartabia, *Relazione annuale della Corte costituzionale sul 2019*, 28 aprile 2020 (www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/composizione/relazione_annuale.do)

della misura adottata nel caso specifico e viene da chiedersi se in Europa il cittadino europeo possa dirsi godere degli stessi diritti, delle stesse libertà e delle stesse forme di tutela, a prescindere dal paese in cui risiede.

Dove sono finite le «*Constitutional traditions common to the Member States of the European Union*⁸⁹»?

Ha senso parlare di Unione tra popoli d'Europa se permangono diverse sensibilità sul modo di intendere i diritti e le libertà fondamentali e il rapporto di questi con l'esercizio del potere?

Ha senso parlare di cittadini europei senza il formale e sostanziale riconoscimento di diritti e libertà condivise in termini di interpretazione e applicazione?

Come chiarito dalla Corte di giustizia fin dal noto caso *Internationale Handelsgesellschaft*, la tutela dei diritti fondamentali è parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte garantisce l'osservanza. La salvaguardia di questi diritti, pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, va garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità, oggi dell'Unione⁹⁰. Il caso inaugura una linea di decisioni, nelle quali con crescente determinazione è stato proclamato l'impegno della Corte di giustizia a garantire i diritti facenti parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e fra essi in primo luogo i diritti fondamentali della persona.

Se è vero che la vera forza delle tradizioni costituzionali comuni risiede nella Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ovvero che tali tradizioni sono sviluppate dalla Corte attraverso la sua attività⁹¹, allora questa dovrebbe correre in soccorso dell'emergenza e cercare di ricucire gli strappi al tessuto di valori rappresentato dai diritti e libertà fondamentali incisi dall'emergenza, almeno imponendo il rispetto del principio di proporzionalità.

Ciò al fine di non privare di significato il prioritario obiettivo del Trattato sull'Unione Europea, ovvero la creazione di un'unione sempre più stretta tra

⁸⁹ Come noto si tratta di una clausola generale formulata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea e di seguito codificata nel Trattato dell'Unione europea e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Una prima menzione è rinvenibile nel caso della Corte di giustizia, *Internationale Handelsgesellschaft* (Corte giust UE, sent. 17 dicembre 1970, causa 11/70), relativo al conflitto tra norme comunitarie e ordinamento giuridico dei singoli Stati membri. A partire da allora la Corte di giustizia si interessa alla questione di offrire una tutela dei diritti fondamentali nell'ambito del diritto comunitario, laddove in passato essa era stata appannaggio esclusivo dei giudici interni. Per un commento tra gli altri, S. Cassese, *The Constitutional Traditions Common to the Member States of the EU*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2017, 4.

⁹⁰ CGUE, sent. 17 dicembre 1970, causa 11/70 cit., punto 4 della motivazione in diritto.

⁹¹ In dottrina, tra gli altri, B. Daves, *Internationale Handelsgesellschaft and the miscalculation at the inception of the ECJ's Human Rights Jurisprudence*, EU Law, Cambridge, 2017; F. Belvisi, *The Common Constitutional traditions and the Integration of the EU*, First European Socio-Legal conference on European Ways of Law, Onati, 2005.

i popoli dell'Europa⁹² che, come noto, non ha mai voluto essere un'alternativa all'identità nazionale⁹³.

In un'epoca che si profila come una notte nera di egheliana memoria⁹⁴, l'Europa e i suoi cittadini hanno bisogno più che mai di principi generali del diritto dell'Unione cui ancorare la democraticità delle misure di gestione dell'emergenza e della ripresa, per riacquisire fiducia in un progetto comune che abbia solide basi nei diritti e nelle libertà fondamentali.

⁹² Art. 1, co 2 TUE.

⁹³ L'art. 4, co. 2 TUE dispone 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.

⁹⁴ Il riferimento qui è alla famosa espressione usata da Hegel nella Prefazione alla Fenomenologia dello Spirito (F. Hegel, *Phänomenologie des Geistes*, 1807). La citazione "la notte delle vacche nere" compare in un passo in cui Hegel polemizza con Schelling riguardo alla concezione di assoluto inteso come "assoluta identità con sé stesso", intendendo riferirsi a tutte le concezioni che interpretano la realtà come "altro" da quella in cui viviamo.

Stato di emergenza e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali

La pandemia da Covid-19 che ha colpito l'Europa a inizi 2020 ha innescato reazioni emergenziali nei diversi Stati membri e alimentato un vivace dibattito su modi e mezzi di azione e reazione comune.

Nel nome dell'emergenza, si è assistito ad una forte intensificazione della sovranità, identificandone il centro decisionale nello Stato e introducendo deroghe ai principi generali che governano il mercato unico europeo. Molti paesi europei hanno adottato provvedimenti straordinari, imponendo limiti alle libertà e ai diritti fondamentali e ponendo numerose questioni in tema di ponderazione e bilanciamento tra diritti. La questione dell'interpretazione e della portata del diritto alla salute e il suo temperamento con gli altri diritti fondamentali è stata affrontata da diverse corti nazionali, con impostazioni talvolta diverse.

Il saggio propone alcune riflessioni sul tema del rapporto tra emergenza, potere, diritti e libertà fondamentali e sui criteri ermeneutici di interpretazione degli stessi in un contesto democratico e sostiene l'esigenza di un sostanziale riconoscimento dei diritti e delle libertà fondamentali anche in termini di interpretazione, applicazione e tutela.

State of emergency and Protection of Fundamental Rights and Freedoms

The Covid-19 pandemic that hit Europe in early 2020 triggered emergency reactions in different Member States and was fuelled by a lively debate on ways and means of action and common reaction.

In the name of the emergency, sovereigntism intensified and Member States introduced various amendments to the general principles regulating the European Common Market. Many democratic countries around the world have adopted extraordinary rules, imposing limits on freedoms and fundamental rights, and thus opening a debate on the issue of the balancing of rights. The issue of the interpretation and scope of the right to health and its contempt for other fundamental rights has been addressed by various national courts, with different approaches.

This essay advances some thoughts on the theme of the relationship between emergency, power, rights and fundamental freedom. In the European context, it underlines the need for a substantial and mutual acknowledgement of such rights and freedoms, of their interpretation and protection, based on the common constitutional traditions of the European Member States.

Coronavirus, assistenza finanziaria dell'Unione europea e «sentieri interrotti della legalità» costituzionale. Per un ritorno alla Costituzione e alla sovranità nazionale

Francesco Gaspari

SOMMARIO: 1. Il neoliberalismo totalitario e il ritorno alla Costituzione. – 2. L'Unione europea e la "sfida" del coronavirus. – 3. Il Governo italiano e la fiducia dei mercati: un nuovo colpo di Stato dopo quello del 2011? – 4. Il Meccanismo europeo di stabilità. Il c.d. MES «senza condizionalità». – 5. Il ruolo della Banca centrale europea e il «vuoto di potere» nell'Unione. L'Europa che «*non fait et non fait faire*». – 6. La solidarietà dell'Unione come valore «sulla Carta». – 7. Riflessioni conclusive sulla dis-integrazione dell'Unione europea e sul ritorno alla Costituzione.

1. *Il neoliberalismo totalitario e il ritorno alla Costituzione*

Questa fase storica caratterizzata dall'emergenza sanitaria legata al diffondersi del coronavirus, che ha pesantemente colpito il Pianeta e, soprattutto, i Paesi occidentali, permette di guardare con rinnovata fiducia ad un mondo nuovo – o se si preferisce ad un «Ordine Nuovo»¹ –, superando così la crisi drammatica cui ci ha portato il «neoliberalismo totalitario»², l'unico totalitarismo sopravvissuto al secolo breve.

Si tratta, infatti, a ben vedere, dell'unico totalitarismo in senso compiuto, nel quale il capitalismo, i mercati e la tecnica hanno neutralizzato completamente la politica, annientando i diritti sociali e le dinamiche democratiche. Un totalitarismo che fa apparire come imperfetti i totalitarismi del passato, come molti anni addietro profeticamente osservava il filosofo tedesco Günther Anders, nella sua

¹ Mutuando l'espressione dal titolo della nota rassegna fondata da Antonio Gramsci e da altri intellettuali socialisti torinesi il 1° maggio 1919, in un'epoca storica che sembra lontanissima dalla nostra, non solo perché è passato oltre un secolo da allora, ma anche per i presupposti storici che accomuna le due fasi. Oggi rievocare la rivoluzione russa del 1917 – come fatto storico, nel suo significato storico – significa ripartire da una critica demistificante del nostro presente (che ha visto l'alba nel 1989), per ripensare il capitalismo come destino.

² Così G. Azzariti, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1 del 2020, I ss., spec. II.

lettera aperta (*Wir Eichmannsöhne*, 1964) al figlio di Adolf Eichmann, Klaus³. Egli osservava, in particolare, come il mondo stesse andando verso una «condizione *tecnotalitaria*»⁴. In questo nuovo «regno chiliastico» – notava il filosofo – vi è una grande somiglianza con Auschwitz, che è stata la prova generale dell'oggi⁵. Non dobbiamo «considerare il regno (*“Reich”*) che ci sta dietro, cioè il «terzo» come qualcosa di unico e di erratico, come qualcosa di atipico per la nostra epoca o il nostro mondo occidentale»⁶, in quanto, secondo tale A., «l'orrore del regno che viene supererà di gran lunga quello di ieri» che, al confronto, «apparirà [...] soltanto come un teatro sperimentale di provincia, [...] una prova generale del totalitarismo agghindato da stupida ideologia»⁷.

Non possiamo che constatare come tutto ciò si sia effettivamente verificato, con il capitalismo e il mercato (massime espressioni della tecnica). Si tratta, anzi, del vero totalitarismo, giacché quello attuale totalizza il reale e il simbolico e non viene neppure percepito come tale dai popoli, posti nella condizione descritta da Platone con il mito della caverna.

Di fronte a questa inquietante situazione, il giurista ha un ruolo importante ed è chiamato a prendere posizione, come esorta a fare la dottrina⁸. E tale posizione non può che essere quella di un «ritorno alla sovranità»⁹ e, dunque, un «ritorno alla Costituzione e ai suoi principi»¹⁰, nella prospettiva della deglobalizzazione¹¹.

Il coronavirus ci permette, dunque, pur nella sua drammatica portata, di riflettere sulla crisi socioeconomica e politica che ne è derivata e che ci ha trovati

³ G. Anders, *Noi figli di Eichmann*, trad. it. di A.G. Saluzzi, Firenze, 2018, 60 ss., nonché 64 ss.

⁴ G. Anders, *Noi figli di Eichmann*, cit., 58.

⁵ G. Anders, *Noi figli di Eichmann*, cit., 60 ss., nonché 64 ss.

⁶ G. Anders, *Noi figli di Eichmann*, cit., 61.

⁷ G. Anders, *Noi figli di Eichmann*, cit., 61.

⁸ F. Fracchia, *Sovranismi, globalizzazione e diritto amministrativo: sull'utilità di un approccio dialogante e a più dimensioni*, in *Federalismi.it*, n. 17 del 2018, spec. 2.

⁹ F. Fracchia, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?*, in *Dir. econ.*, n. 3 del 2019, 575 ss., spec. 579.

¹⁰ G. Azzariti, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, cit., II.

¹¹ Sulla sfida senza precedenti alla concezione tradizionale di sovranità lanciata dallo sviluppo della globalizzazione e dal consolidamento delle organizzazioni internazionali si veda A. Bosio, S. Dellavalle, *Crisi e ridefinizione della sovranità nel contesto plurilivellare*, in *Costituzionalismo.it.*, n. 3 del 2016, 127 ss. Sulla nascita della sovranità come attributo fondamentale dello Stato si veda D. Grimm, *Die Errungenschaft des Konstitutionalismus und ihre Aussichten in einer veränderten Welt*, in D. Grimm (ed.), *Die Zukunft der Verfassung II: Auswirkungen von Europäisierung und Globalisierung*, Berlin, 2012, 315 ss., trad. it. dal tedesco a cura di M. Bozzon, *La conquista del costituzionalismo e le sue prospettive in un mondo trasformato*, in *Scienza politica*, n. 59 del 2018, 131 ss. A partire da Bodin (e con la nascita dello Stato assolutistico), la sovranità è intesa come il diritto di un sovrano di fare le leggi per tutti, senza che egli stesso fosse a sua volta vincolato giuridicamente: J. Bodin, *Les six livres de la République*, Paris, 1576, I 8 e I 10. La sovranità viene «riconcettualizzata» con la nascita del costituzionalismo e con l'avvento delle costituzioni (cfr. D. Grimm, *op. ult. cit.*, 143). Sul significato del termine costituzionalismo si veda, tra le opere più recenti, F. Lanchester, *Il profumo del costituzionalismo*, nel volume curato dal medesimo A., *Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell'Europa*, Milano, 2019, 21 ss., nonché, anche sui profili storici del termine, M. Fioravanti, *Costituzionalismo. La storia, le teorie, i testi*, Roma, 2018.

impreparati; crisi che, però, come vedremo anche *infra*, era in realtà già in atto e, anche qui, ampiamente annunciata da uno dei più importanti pensatori del XX secolo: Martin Heidegger.

Il filosofo tedesco individuava nel pensiero occidentale la tendenza al calcolo e la riduzione di tutto il pensiero alla calcolabilità (*Denken als Rechnen*, il pensiero come calcolo)¹². Ogni decisione politica viene ridotta al binomio utile-inutile, dove l'utile è la crescita, l'efficienza, la produttività, mentre l'inutile è ciò che è specularmente opposto a tale logica, e dunque l'inefficienza, gli sprechi e, in generale, tutto ciò che proviene dal settore pubblico (impiego pubblico, sanità pubblica, istruzione pubblica, ecc.) è l'emblema dell'inutile.

La categoria in cui è egemone questo scenario del pensiero calcolante è la tecnica (e dunque anche il mercato). E qui Heidegger avverte come ciò che è inquietante non sia tanto il fatto che il mondo si riduca a questo enorme apparato tecnico, molto più inquietante è che noi occidentali non siamo affatto preparati a questa radicale trasformazione del mondo. E ancora più inquietante è che non disponiamo più di un pensiero alternativo al pensiero capace solo di calcolare¹³.

Da qui origina la impreparazione e incapacità con cui affrontiamo l'attuale crisi legata al coronavirus. La ricerca dell'utile ha, infatti, determinato l'arretramento del pubblico, favorendo politiche neoliberiste, spesso di derivazione comunitaria (*fiscal compact*, *austerity*, *spending review*), che si sono attuate mediante la incessante riduzione (se non soppressione *tout court*) di servizi e strutture pubbliche (come ospedali, scuole, *housing*), nonché attraverso la compressione dei diritti sociali come conseguenza di un'economia di mercato «fortemente competitiva» imposta dall'art. 3, par. 3, TUE¹⁴, nonché mediante «l'ubriacatura delle privatizzazioni selvagge»¹⁵, che hanno determinato anche la nascita e il crescente sviluppo di nuove categorie giuridiche o sociali, come quella dei «beni comuni»¹⁶, deter-

¹² M. Heidegger, *Einführung in die Metaphysik*, trad. it. *Introduzione alla metafisica*, Milano, 1968, 210.

¹³ Sul pensiero calcolante di Heidegger si veda, tra gli altri, U. Galimberti, *Il tramonto dell'Occidente nella lettura di Heidegger e Jaspers*, Milano, 2005.

¹⁴ Basti qui ricordare la legge 10 dicembre 2014, n. 183, recante «*Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*», su cui si veda S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1 del 2015; F. Angelini, *Il Governo, il lavoro e la Costituzione nel c. d. "Jobs Act"*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1 del 2015; C. Salazar, *Jobs Act e Costituzione: qualche riflessione*, in *Quad. cost.*, n. 1 del 2016, 95 ss. Sulle politiche europee in materia di deregolamentazione del «mercato del lavoro» si veda A. Ciervo, *Con la scusa della crisi. Il neo-liberismo e le trasformazioni dello Stato costituzionale. Riflessioni a partire da due recenti volumi di Pierre Dardot e Christian Laval*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3 del 2015. Sulla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di lavoro si veda G. Azzariti, *Verso la democrazia attraverso i diritti*, in *Pol. dir.*, n. 1-2 del 2013, 3 ss.

¹⁵ G. Azzariti, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, cit., II.

¹⁶ I beni comuni – categoria ad oggi priva di uno «statuto giuridico generale», ma dotata di uno «spessore normativo» (così W. Gasparri, *Suolo, bene comune? Contenimento del consumo di suolo e funzione sociale della proprietà privata*, in *Dir. pubbl.*, n. 1 del 2016, 69 ss., spec. 162) –, sono funzionali e strumentali allo sviluppo della persona «costituzionalizzata» e all'eguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2, Cost.). Tale costituziona-

minando così anche la progressiva cesura tra popolo e governanti (*recte*: potere), che oggi, con l'Unione europea, è arrivata ad un punto tale da determinare una definitiva rottura costituzionale¹⁷.

Da tempo la politica non è più il luogo della decisione. Essa (politica) ha abbandonato la funzione sua propria, che è «quella di produrre decisioni ovvero regole imperative per risolvere conflitti d'interesse fra individui e fra gruppi al fine di renderne possibile la pacifica convivenza»¹⁸. La politica viene così a dipendere dall'economia¹⁹, e l'economia dalla tecnica²⁰ e dai mercati²¹. L'indirizzo politico non promana più dal popolo come espressione di sovranità²², bensì dai mercati²³.

lizzazione della persona avviene mediante strumenti diversi da quelli proprietari e «dunque fuori da una logica puramente mercantile». Cfr. in merito, S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 112 e 140 ss.; V. Cerulli Irelli, L. De Lucia, *Beni comuni e diritti collettivi. Riflessioni de jure condendo su un dibattito in corso*, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, II, Napoli, 2015, 1131 ss. I beni comuni sono considerati come una forma di «reazione, consapevole e disperata insieme, alle distruzioni che siamo riusciti forsennatamente a perpetrare durante l'ultimo secolo» (P. Grossi, *Le proprietà collettive ieri, oggi e domani*, in C. Bernardi, F. Brancaccio, D. Festa, B.M. Mennini (a cura di), *Fare spazio. Pratiche del comune e diritto alla città*, Milano, 2014, 37 ss., spec. 46), come la crescente privatizzazione (in tutte le sue forme), la globalizzazione selvaggia, nonché l'inerzia delle amministrazioni e dei legislatori: C. Hess, *Mapping the New Commons*, Working Paper, 2008, consultabile alla pagina web http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1356835, 3. Si veda inoltre A. Lucarelli, *Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni*, in *Quale Stato*, n. 3-4 del 2007, 87 ss.

¹⁷ Sull'Unione europea come possibile elemento di rottura costituzionale parlava già la dottrina all'indomani dell'avvio delle politiche di liberalizzazione comunitarie nei primi anni Novanta del secolo scorso: cfr. M. Luciani, *La Costituzione italiana e gli ostacoli all'integrazione europea*, in *Pol. dir.*, n. 4 del 1992, 557 ss., spec. 589.

¹⁸ Così N. Bobbio, *Il paradosso della Riforma*, in J. Jacobelli (a cura di), *Un'altra repubblica? Perché come quando*, Roma, 1988, 20 ss., spec. 21.

¹⁹ Cfr., sul punto, A. Somma, *Giustizia o pacificazione sociale? Codeterminazione nello scontro tra modelli di capitalismo*, in *Pol. dir.*, n. 4 del 2015, 549 ss., spec. 552. Cfr., inoltre, Z. Bauman, *La solitudine del cittadino globale*, Milano, 2000, 79, che parla di progressiva erosione della politica a vantaggio dell'economia e sostiene che «al centro della crisi attuale del processo politico non è tanto l'assenza di valori o la loro confusione generata dalla loro pluralità, quanto l'assenza di un'istituzione rappresentativa abbastanza potente da legittimare, promuovere e rafforzare qualunque insieme di valori o qualunque gamma di opzioni coerente e coesa».

²⁰ Come avverte N. Irti, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2007, 18, «la tecno-economia vuole farsi, essa stessa, normativa, e determinare il contenuto del diritto [...]. Le leggi naturali dell'economia, resuscitando i pallidi fantasmi del diritto naturale, tendono a collocarsi al di là e al di sopra del potere giuridico-politico».

²¹ Sul «mercato» come «nuovo sovrano» si veda N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004, *passim*; M. Barcellona, *Il nichilismo giuridico, la forma del diritto moderno e il nuovo sovrano*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 769 ss.; Id., *L'interventismo europeo e la sovranità del mercato. Le discipline del contratto e i diritti fondamentali*, in C. Salvi (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Torino, 2012, 155 ss.

²² In tal senso T. Martínez, voce *Indirizzo politico*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, 134 ss., spec. 147 ss. Sulla crisi della politica come fattore di rischio del modello di legittimazione delle decisioni pubbliche, nel quale (modello) la legittimazione del «Parlamento legislatore» [...] derivava dal consenso degli elettori» si veda F. Capriglione, R. Ibrido, *La Brexit tra finanza e politica*, Torino, 2017, 100 ss., spec. 103-104. Sul «deterioramento della qualità della rappresentanza politica» come «nervo scoperto della società occidentale contemporanea» si veda M. Libertini, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa*, in V. Di Cataldo, P.M. Sanfilippo (a cura di), *La responsabilità sociale dell'impresa. In ricordo di Giuseppe Auletta*, Torino, 2013, 9 ss., spec. 42-43.

²³ Cfr. P. Maddalena, *I beni comuni nella crisi finanziaria*, in *Il Ponte*, n. 2-3 del 2013, 142 ss., spec. 167.

Sembra dunque giunto il momento di porre un argine al dilagare di questi «sentieri interrotti della legalità Costituzionale»²⁴, ponendo a base delle nuove agende politiche il sovranismo, termine che allude alla sovranità²⁵, ma che viene da certe “scuole di pensiero” utilizzato in accezione negativa²⁶, implicante l'esaltazione del potere dello Stato²⁷.

La recente tendenza verso il recupero di un ruolo più attivo della politica, intesa con Platone come «tecnica regia», si manifesta chiaramente in alcuni settori del diritto pubblico dell'economia, in cui lo Stato interviene per la difesa degli interessi nazionali. Alludiamo, in particolare, al decreto legge 15 marzo 2012, n. 21, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 maggio 2012, n. 56²⁸, in materia di *golden power*, vale a dire la riserva di poteri speciali in capo allo Stato privatizzatore, che peraltro non costituisce una novità italiana, in quanto la nostra disciplina si è ispirata alla *golden share* britannica e alla *action spécifique* dell'ordinamento

²⁴ Parafrasando il titolo di un noto volume di Fabio Merusi, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007.

²⁵ Cfr., in merito, F. Fracchia, *Sovranismi*, cit., 2.

²⁶ Il termine «sovranismo» oggi è utilizzato come «un passepartout polemico per squalificare l'interlocutore e sequestrare il dibattito, impedendo una discussione nel merito»: così N. Preterossi, *Chi ha paura del patriottismo costituzionale?*, 16 settembre 2018 – Intervento alla Assemblée Nazionale di Patria e Costituzione svoltosi a Roma l'8 settembre 2018, disponibile alla pagina web <http://www.patriaecostituzione.it/2018/09/16/chi-ha-paura-del-patriottismo-costituzionale/>.

²⁷ Come avverte L. Ferrajoli, *L'alleanza perversa tra sovranismi e liberismo*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1 del 2019, 1 ss. L'A. osserva che il neologismo *sovranismo* «[d]esigna una specifica versione del nazionalismo legata al suo nesso con il populismo», precisando che si tratta di una locuzione con cui si indica di solito «la rivendicazione della sovranità nazionale e popolare contro la dipendenza della politica da vincoli internazionali e specificamente europei». Ma Egli avverte che «[s]i tratta di una rivendicazione illusoria, nell'età della globalizzazione, e tuttavia avanzata con radicalità come la risposta più idonea a generare consenso anche tra i ceti più deboli, il cui crescente disagio è stato certamente provocato dalle politiche liberiste di restrizione dei diritti sociali e del lavoro promosse dalla globalizzazione dei mercati e sostanzialmente avallate dall'Unione europea». Secondo tale A., «i sovranismi sono la versione reazionaria e di destra della protesta no global»; in questa prospettiva, i sovranismi sono «la risposta anti-europeista e più ancora anti-globalista alla globalizzazione selvaggia dell'economia dei nostri tempi, connotata e alimentata dalla xenofobia, cioè dal rifiuto dello straniero e dall'idea di una sorta di autarchia politica, economica e culturale». Un tale approccio finisce però, secondo l'A., con il rivelarsi «perettamente funzionale all'odierno ordo-liberismo» (ivi, 1-2).

²⁸ Il legislatore italiano è successivamente, nel corso degli anni, intervenuto più volte a modificare la disciplina introdotta nel 2012. Tra gli interventi più recenti si segnalano il decreto legge 25 marzo 2019, n. 22 (convertito, con modificazioni, dalla legge 20 maggio 2019, n. 41); il decreto legge 11 luglio 2019 n. 64 (peraltro decaduto per mancata conversione, ma i cui effetti sono stati fatti salvi dall'art. 1, comma 2, legge 4 ottobre 2019, n. 107), nonché il decreto legge 21 settembre 2019, n. 105 (convertito, con modificazioni, dalla legge 18 novembre 2019, n. 133), con i quali è stato esteso l'ambito di applicazione della normativa sui poteri speciali ad ulteriori settori (ad es. reti 5G) rispetto a quelli previsti nella normativa del 2012. Anche dopo la (e a causa della) diffusione del coronavirus, il Governo italiano ha avviato ulteriori iniziative per tutelare gli *asset* strategici nazionali; iniziative che hanno portato all'emanazione del decreto legge 8 aprile 2020, n. 23, recante *Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali* (c.d. decreto legge liquidità), con il quale il Governo ha, tra l'altro, modificato, integrandola, la disciplina riguardante la salvaguardia degli *asset* strategici, con l'obiettivo di dissuadere le operazioni motivate da intenti predatori (si veda in particolare il Capo III del decreto legge in parola, recante *Disposizioni urgenti in materia di esercizio di poteri speciali nei settori di rilevanza strategica*).

francese²⁹. Un altro esempio è il regolamento (UE) 2019/452, in materia di controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione europea, i cui contenuti erano in parte già stati anticipati dal decreto legge 16 ottobre 2017, n. 148 (convertito con modificazioni dalla legge 4 dicembre 2017, n. 172)³⁰.

Tali interventi normativi sono espressione di una ripresa delle politiche protezionistiche degli Stati, i quali tentano di difendersi dalle conseguenze di una globalizzazione non adeguatamente regolata³¹. Si tratta di interventi pienamente giustificati, in quanto in siffatti casi (come il *golden power*) «lo Stato (e non già l'Europa o il contesto globale o ultrastatale tecnico)» si presenta come «il vero portatore della sovranità»³². La sovranità, infatti, «“lavora” esibendo il proprio naturale carattere esteriore, che consiste nel tracciare e stabilire confini»³³, come nel caso del *golden power*. Tali confini, osserva ancora l'A., «servono non già a “bloccare” processi o a rivendicare nazionalismi, ma a proteggere i cittadini e le loro vite»³⁴. Tale carattere *de-finitorio* e *de-limitativo* appartiene alla Costituzione (formale e materiale), intesa come «limite per eccellenza»³⁵. Potremmo a tal proposito affermare che, se la Costituzione è la fonte principale dell'ordinamento giuridico dalla quale dipendono tutte le altre, la quale contiene le regole fondamentali della vita politica e sociale del nostro Paese³⁶ e, in quanto tale, «appartiene» a tutti e per tutti è il punto di riferimento essenziale, lo Stato, come *vero por-*

²⁹ F. Merusi, *La Corte di giustizia condanna la golden share all'italiana e il ritardo del legislatore*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, vol. III, 2000, 1236 ss., spec. 1237.

³⁰ Su tali aspetti, sia consentito rinviare al nostro *Interesse nazionale, regolazione economica e salvaguardia della salus rei publicae*, in *Riv. maritt.*, maggio 2020, 18 ss.

³¹ F. Bassan, *Dalla golden share al golden power: il cambio di paradigma europeo nell'intervento dello Stato sull'economia*, in *Studi sull'integrazione eur.*, n. 1 del 2014, 78. In argomento, si veda anche S. Cassese, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in G. Marasà (a cura di), *Profili giuridici delle privatizzazioni*, Torino, 1998, 1 ss., in particolare 11.

³² F. Fracchia, *Coronavirus*, cit., 580.

³³ Così ancora F. Fracchia, *Coronavirus*, cit., 580.

³⁴ F. Fracchia, *Coronavirus*, cit., 580. Sul ruolo insostituibile dello Stato in ambiti significativi per la vita della collettività, come la tutela dei diritti fondamentali, si veda A. Bosio, S. Dellavalle, *Crisi e ridefinizione della sovranità*, cit., 129, i quali osservano che le competenze delle organizzazioni sovrazionali siano per lo più solo settoriali. Sul concetto di sovranità inteso come avente la funzione di proteggere l'autodeterminazione democratica di una comunità politicamente coesa si veda D. Grimm, *Sovereignty Today. The Origin and Future of a Political and Legal Concept*, New York, 2015, 128. Un tale approccio riteniamo possa trovare fondamento anche sul concetto di *sicurezza umana* elaborato dalle Nazioni Unite (UN Commission on Human Security, 2003), il quale tende a individuare una forma di protezione a tutto tondo della generalità dei diritti della persona nei confronti di una potenziale generalità di fonti aggressive (interne ed esterne). Una tale forma di sicurezza rientra tra i compiti primari che lo Stato deve garantire ai sensi dell'art. 117, comma 2, Cost. Su tali aspetti si veda G. de Vergottini, *Una rilettura del concetto di sicurezza nell'era digitale e della emergenza normalizzata*, in *Riv. AIC*, n. 4 del 2019, 11 novembre 2019, 65 ss., spec. 78-79.

³⁵ L. Ronchetti, *Il nomos infranto: globalizzazione e costituzioni. Del limite come principio essenziale degli ordinamenti giuridici*, Napoli, 2007, 239 ss.

³⁶ G. Zagrebelsky, V. Marcenò, F. Pallante, *Lineamenti di Diritto costituzionale*, Milano, 2019, 198.

tatore della sovranità³⁷, non potrà mai abdicare alle sue funzioni e responsabilità di protezione dei cittadini e dei loro diritti³⁸. E neppure il potere di «bilanciare» i diritti costituzionali è liberamente esercitabile dal legislatore ordinario (e ciò è dimostrato dal fatto che su di esso la Corte costituzionale esercita un controllo penetrante), il quale (legislatore ordinario) non può attribuire alle organizzazioni internazionali poteri di cui non dispone liberamente, ma solo poteri specifici (alla luce del principio di attribuzione, che delimita anche l'azione dell'unione europea³⁹) nei limiti dell'ordinamento costituzionale (dottrina dei controlimiti)⁴⁰.

2. *L'Unione europea e la "sfida" del coronavirus*

La tutela dell'interesse nazionale, della sovranità e della Costituzione è ancor più rilevante tenendo conto dei risultati nefasti cui è giunto il Consiglio europeo del 26 marzo 2020, quando Germania, Olanda e Finlandia (e poi anche Austria) si sono opposti alle richieste di nove Paesi membri dell'Unione (tra cui Italia,

³⁷ La peculiarità che distingue(va) lo Stato da altre (e precedenti) unità politiche è la concentrazione del potere pubblico in un determinato territorio e la libertà da condizionamenti esterni: così D. Grimm, *La conquista del costituzionalismo*, cit., 145. Con riguardo al fenomeno dell'integrazione comunitaria, nonostante la cessione di sovranità all'Unione, gli Stati membri restano comunque in possesso del diritto di autodeterminazione (ivi, 147).

³⁸ Anche nelle più moderne concezioni della sovranità, se da un lato si tende ad una visione post-sovrano-centrica del mondo, muovendo dall'idea che la sovranità tradizionale abbia fatto significativi danni e vada consegnata alla storia, dall'altro lato, e ciononostante, si riconosce anche che il potere sovrano dava garanzie di legittimità, certezza e tutela dei diritti, che nessuna costellazione postsovrano-centrica ha finora mostrato di saper eguagliare: così A. Bosio, S. Dellavalle, *Crisi e ridefinizione della sovranità*, cit., 131, a cui si rinvia per un esame delle reazioni (essenzialmente tre: l'intergovernamentalismo, il federalismo e la teoria della *demoi-crazia*) alla costellazione postnazionale e alle sue conseguenze sul concetto di sovranità (ivi, 130-131). Si noti come lo Stato non perda il suo «peso» neppure nella concezione della «sovranità condivisa» (su cui si veda J. Habermas, *Democracy in Europe: Why the Development of the EU into a Transnational Democracy is Necessary and How It Is Possible*, in *Eur. Law Jour.*, vol. 21, n. 4 del 2015, 546, spec. 554, spec. nota n. 50), a cui si ricorre per spiegare il rapporto tra Stati membri e Unione europea. Il sistema unionale di sovranità condivisa non ha struttura gerarchica, ma multilivellare e poliarchica, in modo che il diritto statale (e in particolare costituzionale) goda di piena autonomia e pari peso normativo rispetto al diritto dell'Unione: così ancora A. Bosio, S. Dellavalle, *op. ult. cit.*, 149. L'Unione europea, in tale prospettiva, deve essere considerata come una *demoi-crazia*, vale a dire un'unione di popoli che governa congiuntamente, ma non in termini unitari: K. Nicolaidis, *European Democracy and Its Crisis*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 51, n. 2 del 2013, 351 ss. Le istituzioni chiave di un'Unione *demoi-cratice* sono, tuttavia, i parlamenti nazionali: cfr. R. Bellamy, *An Ever Closer Union Among the Peoples of Europe: Republican Intergovernmentalism and Democratic Representation within the EU*, in *Journal of European Integration*, vol. 35, n. 5 del 2013, 499 ss. Si tratta di un paradosso solo apparente, poiché la *demoi-crazia* è democrazia tra *demoi*, cioè popoli, non tra stati ed è, pertanto, attraverso gli organi legislativi nazionali, che i singoli *demoi* partecipano effettivamente alla definizione delle politiche e alla produzione del diritto europeo.

³⁹ Art. 5, par. 1, Trattato sull'Unione europea (TUE), secondo cui «La delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione».

⁴⁰ R. Bin, *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa. Relazione finale*, in *Rivista AIC*, n. 3 del 2014, 1 ss., spec. 9-10.

Portogallo, Spagna e Francia) di affrontare le conseguenze socioeconomiche causate dal COVID-19 alla luce del principio di solidarietà⁴¹.

Nella «*Dichiarazione comune dei membri del Consiglio europeo*» del 26 marzo 2020⁴² si invita l'Eurogruppo a presentare ai membri del Consiglio proposte entro le successive due settimane. Tali proposte – si legge nel citato documento – «dovrebbero tener conto del carattere senza precedenti dello *shock* causato dalla Covid-19 in tutti i nostri paesi e la nostra risposta sarà intensificata, ove necessario, intraprendendo ulteriori azioni in modo inclusivo, alla luce degli sviluppi, al fine di dare una risposta globale». Tale battuta di arresto in una situazione di emergenza senza precedenti potrebbe «uccidere il progetto europeo», come ha dichiarato anche il Presidente francese Macron all'indomani della crisi politica aperta dal Consiglio europeo del 26 marzo 2020⁴³, e alimentata dalle dichiarazioni (del 12 marzo 2020) della presidente della Banca centrale europea Lagarde⁴⁴, nonché dalla presidente della Commissione europea von der Leyen, la quale ha apertamente sostenuto la posizione della Cancelliera tedesca Merkel (e dei suoi alleati), nonostante la Commissione europea non avesse titolo ad intervenire (la proposta doveva infatti essere avanzata dall'Eurogruppo)⁴⁵.

Nel suo «*Report on the comprehensive economic policy response to the COVID-19 pandemic*» del 9 aprile 2020, tra le varie proposte e strumenti di finanziamento avanzate dall'Eurogruppo è incluso anche il Meccanismo europeo di stabilità – MES (*European Stability Mechanism – ESM*)⁴⁶.

Viene, così, confermata la linea del rigore e dell'austerità, ancorché nel *report* si faccia sovente riferimento a «flessibilità» e «solidarietà», termini che sem-

⁴¹ Nella fattispecie, la proposta dei nove Paesi membri dell'Unione consiste nella emissione comune di titoli per poter sostenere le spese straordinarie legate all'emergenza.

⁴² Consultabile alla pagina web <https://www.consilium.europa.eu/media/43089/26-vc-euco-statement-it.pdf>.

⁴³ Come si legge dalle cronache: <https://www.ilfattoquotidiano.it/2020/03/27/coronavirus-leuropa-si-spacca-sugli-aiuti-per-superare-lo-choc-conte-durante-il-consiglio-ue-strumenti-del-passato-ve-li-potete-anche-tenere/5750411/>.

⁴⁴ Si allude al noto, quanto inopportuno, «*we [the central bank] are not here to close spreads, this is not the function or the mission of the Ecb*»: cfr. <https://www.reuters.com/article/us-ecb-policy-italy-minister/italy-furious-at-ecbs-lagarde-not-here-to-close-spreads-comment-idUSKBN20Z3DW>.

⁴⁵ L'Eurogruppo è un organo informale in cui i ministri degli Stati membri della zona euro discutono di questioni relative alle responsabilità condivise riguardo all'euro. Esso è menzionato all'art. 137 TFUE e trova una (scarna) disciplina nel Protocollo n. 14 sull'Eurogruppo. Su tale organo si veda R. Adam, A. Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014, 74.

⁴⁶ Al punto 16 del *report* in questione si legge, infatti, che «Safety nets are in place in the euro area and the EU. In the euro area, the ESM is equipped with instruments that could be used, as needed, in a manner adapted to the nature of the symmetric shock caused by COVID 19»: <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2020/04/09/report-on-the-comprehensive-economic-policy-response-to-the-covid-19-pandemic/>. Per approfondimenti su tale *speciale linea di credito* si veda F. Salmoni, *L'insostenibile "leggerezza" del Meccanismo europeo di stabilità. La democrazia alla prova dell'emergenza pandemica*, in *Federalismi.it*, n. 20 del 2020, 280 ss., spec. 281-282.

brano assumere un significato solo politico. Tant'è che anche a livello semantico nel *report* si continuano ad usare termini come «*challenge*»⁴⁷ (*sic!*) per descrivere la pandemia legata al Covid-19. È evidente come una pandemia non sia solo una «sfida», ma riguardi la stessa sopravvivenza dei popoli e, in definitiva, anche dell'Unione europea.

Nel medesimo *report* si accenna anche ad un «*Recovery Fund*», uno strumento di finanziamento diverso dal MES proposto dai Paesi del sud Europa (come Italia e Spagna). Ma non si tratta di una vera e propria proposta, in quanto al punto 19 del *report* in esame si legge che «*we [Eurogroup] also agreed to work on a Recovery Fund to prepare and support the recovery*», ma nessuna decisione al riguardo è stata inizialmente presa⁴⁸. Anzi, una tale decisione – contrariamente al carattere tempestivo delle azioni richieste dalla situazione di emergenza in atto e tenendo conto del principio di solidarietà – viene subordinata ad una serie di «passaggi» e discussioni, il cui esito sembra del tutto imprevedibile, che di fatto la rendono inattuabile⁴⁹. Si legge, infatti, al punto 19 del *report* che «*Subject to guidance from Leaders, discussions on the legal and practical aspects of such a fund, including its relation to the EU budget, its sources of financing and on innovative financial instruments, consistent with EU Treaties, will prepare the ground for a decision*».

Nella sua riunione del 15 maggio 2020, l'Eurogruppo ribadisce la volontà politica di istituire un *Recovery Fund*, ma il ricorso a tale strumento deve essere impiegato «*to accelerate the modernisation of our economies and support investment*

⁴⁷ Punto 16 del *report*.

⁴⁸ Tale atteggiamento dilatorio è stato confermato nella successiva riunione del Consiglio europeo del 23 aprile 2020, nella quale i membri del Consiglio stesso hanno «concordato di lavorare alla creazione di un *recovery funds*»: cfr. Conclusioni del Consiglio europeo a seguito della videoconferenza dei membri del Consiglio europeo, 23 aprile 2020, sulla quale si veda <http://www.euroconsulting.be/2020/04/24/45414/>. Cfr., in merito, M. Bursi, *L'emissione dei Coronabond alla luce dei Trattati: una possibile base per il Recovery Fund?*, in *Federalismi.it - Osservatorio emergenza COVID-19*, paper 29 aprile 2020, 3. Diverso è invece l'approccio verso il MES «senza condizionalità», su cui vi è stata sin da subito (sostanziale) convergenza politica, ribadita anche nella successiva riunione dell'Eurogruppo dell'8 maggio 2020 (<https://www.consilium.europa.eu/media/43992/2020-05-08-summing-up-letter-rev01.pdf>) e nelle successive. Anche il Parlamento europeo – nella sua risoluzione del 17 aprile 2020, recante *Azione coordinata dell'UE per lottare contro la pandemia di COVID-19 e le sue conseguenze*, 2020/2616(RSP) – invita gli Stati membri a ricorrere al MES, ancorché a condizioni meno rigorose. Il Consiglio europeo non ha tenuto conto di tale risoluzione e nella sua riunione del 23 aprile 2020 ha approvato il MES così come proposto dall'Eurogruppo il 9 aprile 2020. Su tali aspetti si veda F. Salmoni, *L'insostenibile "leggerezza"*, cit., 283 ss. e 309 ss.

⁴⁹ Anche i più convinti europeisti (come E. Triggiani, *L'Unione europea alla sfida decisiva*, in *I post di AISDUE*, Sezione «*Coronavirus e diritto dell'Unione*», n. 2, 15 aprile 2020, consultabile alla pagina web <https://www.aisdue.eu/ennio-triggiani-lunione-europea-alla-sfida-decisiva/>, 5 ss., spec. 6) osservano come gli strumenti finanziari innovativi (come i 500 miliardi di cui al *Recovery Fund*) siano fondamentali per il superamento della crisi, ancorché tale A. (come altri che esprimono posizioni simili) sia poi «costretto» ad affermare come allo stato non si conosca né come finanziare tali strumenti, né tanto meno con quale tempistica (*ibidem*). In senso analogo, si vedano anche gli interventi di S. Cafaro e di F. Ferraro al Convegno *Il principio di solidarietà e il ruolo dell'Unione europea nell'emergenza coronavirus*, organizzato dall'Università degli studi Federico II di Napoli e trasmesso via webinar il 29 aprile 2020.

and the continuous reform process»⁵⁰. Questa è anche la posizione della Commissione nel *Piano per la ripresa*, adottato il successivo 27 maggio 2020, nel quale si afferma che i fondi di cui al *Recovery Instrument* devono essere destinati alla «duplice transizione verde e digitale»⁵¹.

Più nel dettaglio, la Commissione propone «*Next Generation EU*», un nuovo strumento per la ripresa da 750 miliardi di euro integrato in un bilancio a lungo termine dell'UE. In sostanza, la Commissione prende in prestito tale importo (750 miliardi) sui mercati finanziari a favore di *Next Generation EU*⁵². La medesima Commissione chiarisce che i fondi ottenuti dovranno essere rimborsati attraverso i futuri bilanci dell'Unione – «non prima del 2028 e non oltre il 2058»⁵³. La Commissione precisa poi che i fondi provenienti da *Next Generation EU* saranno investiti sulla base di tre pilastri, attraverso 500 miliardi di euro di sovvenzioni e 250 miliardi di euro di prestiti agli Stati membri⁵⁴. Non sembra che detti fondi possano essere qualificati come «a fondo perduto»⁵⁵, anche in ragione del fatto che ad oggi non si è raggiunto il necessario consenso politico per configurarli come tali⁵⁶.

In aggiunta a *Next Generation EU*, la Commissione propone un bilancio rinnovato dell'Unione, pari a circa 1100 miliardi di euro⁵⁷.

I fondi che gli Stati otterranno non saranno molto probabilmente, ribadiamo, né a fondo perduto, né destinabili ad investimenti su ambiti decisi dagli Stati membri. Infatti, il Piano prevede che «[t]utti i fondi raccolti attraverso Next

⁵⁰ Eurogroup, meeting of 15 May 2020, *Inclusive summing-up letter*, 20 May 2020, 2.

⁵¹ Così Comunicazione della Commissione, *Il momento dell'Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione*, COM(2020) 456 final, 27 maggio 2020, punto 3, 4 (tale vincolo di destinazione dei fondi viene ripetutamente espresso nel medesimo Piano). Al punto 4 del Piano, la Commissione si sofferma ampiamente sul *Green Deal* dell'Unione europea e sul mercato unico digitale.

⁵² Commissione, COM(2020) 456 final, punto 3, 4.

⁵³ Commissione, COM(2020) 456 final, punto 3, 4.

⁵⁴ Commissione, COM(2020) 456 final, punto 3, 5. Il primo pilastro consiste nel sostenere gli investimenti e le riforme che gli Stati membri devono realizzare per fronteggiare la crisi; il secondo pilastro consiste nel rilanciare l'economia dell'Unione incentivando gli investimenti privati; il terzo pilastro consiste nel trarre insegnamenti dalla crisi.

⁵⁵ Tale aspetto è ancor più chiaro nel documento che accompagna il Piano per la ripresa della Commissione. Si afferma infatti che il «*Recovery Instrument*» di 750 miliardi di euro è «*linked to the EU budget*» e «*to the EU's capacity to finance the recovery*». Si legge inoltre che «*The majority of this funding would take the form of concessional loans and grants to Member States, channelled to them through a market-based funding capacity linked to the EU budget*»: Commission Staff Working Document, *Identifying Europe's recovery needs*, Accompanying the document *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Europe's moment: Repair and Prepare for the Next Generation*, COM(2020) 456 final, SWD/2020/98 final, 27 May 2020 (punto 4, 23). Entrambi – prestiti (*loan*) e sovvenzioni (*grant*) – sono configurati nel medesimo documento come «*loans*», i quali «*will be repaid gradually over 20 years by the beneficiary Member States*» (Annex III al documento in esame, recante *QUEST Simulations of the economic impact of a Recovery Instrument*, punto 2.4.1).

⁵⁶ Nel Consiglio europeo del 19 giugno 2020, infatti, alcuni Paesi nordici (Finlandia, Svezia, Danimarca e Olanda) hanno posto la condizione che il *Recovery Plan* debba basarsi esclusivamente su prestiti e non su sovvenzioni.

⁵⁷ Commissione, COM(2020) 456 final, punto 3, 5.

Generation EU e il nuovo bilancio dell'UE saranno erogati tramite i programmi dell'UE», con la conseguenza che tutti gli investimenti saranno finalizzati ad «accelerare la duplice transizione verde e digitale»⁵⁸.

Mentre la nuova linea di credito relativa al MES (*ESM Pandemic Crisis Support*) è già operativa dal 15 maggio 2020⁵⁹, il Piano proposto dalla Commissione deve essere implementato. Le prospettive non sembrano incoraggianti, in quanto sul piano politico non sussiste alcun condiviso consenso sul *Recovery Fund*, come è emerso chiaramente nella riunione del Consiglio europeo del 19 giugno 2020⁶⁰. I tempi, pertanto, si allungano a causa del complesso negoziato politico in corso, che solo apparentemente si è risolto con il Consiglio europeo del 17-21 luglio 2020⁶¹, in quanto i fondi, non solo non saranno disponibili prima del 2021⁶², ma la decisione ultima di finanziare i progetti nazionali spetterà alla Commissione e al Consiglio (che si esprimerà con voto a maggioranza qualificata⁶³, mentre i Paesi nordici avevano chiesto l'unanimità).

Nelle medesime Conclusioni si ribadisce chiaramente come i finanziamenti saranno condizionati al perseguimento delle politiche (neoliberiste) dell'Unione, che così trovano una rinnovata "forma". Si legge infatti che, affinché la Commissione (e poi anche il Consiglio) valuti(no) positivamente i progetti per la ripresa (*national recovery plan*) – predisposti da ciascuno Stato membro⁶⁴ –, vi sono dei parametri imprescindibili da rispettare. Così, nella valutazione in parola, «il punteggio più alto deve essere ottenuto per quanto riguarda i criteri della coerenza con le raccomandazioni specifiche per paese, nonché del rafforzamento del potenziale di crescita, della creazione di posti di lavoro e della resilienza sociale ed economica dello Stato membro» e si aggiunge che «l'effettivo contributo alla transizione verde e digitale rappresenta una condizione preliminare ai fini di una valutazione positiva»⁶⁵. E ancora: «La valutazione positiva delle richieste di pagamen-

⁵⁸ Commissione, COM(2020) 456 final, punto 3, 5.

⁵⁹ Eurogroup, meeting of 15 May 2020, cit., 1.

⁶⁰ Si vedano, a tal proposito, le dichiarazioni del Presidente del Consiglio europeo Michel a margine della riunione in parola: *Remarks by President Charles Michel following the video conference of the members of the European Council, 19 June 2020*, disponibili alla seguente pagina web: <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2020/06/19/remarks-by-president-charles-michel-after-video-conference-of-the-members-of-the-european-council-19-june-2020/>.

⁶¹ Riunione straordinaria del Consiglio europeo del 17, 18, 19, 20 e 21 luglio 2020 – Conclusioni, consultabili alla pagina web <https://www.consilium.europa.eu/media/45118/210720-euco-final-conclusions-it.pdf>.

⁶² Conclusioni del Consiglio, *ult. cit.*, Punto A17, 5.

⁶³ Conclusioni del Consiglio, *ult. cit.*, Punto A19, 6.

⁶⁴ Gli Stati membri preparano piani nazionali per la ripresa e la resilienza in cui è definito il programma di riforme e investimenti dello Stato membro interessato per il periodo 2021-2023. I piani saranno riesaminati e adattati, ove necessario, nel 2022 per tenere conto della ripartizione definitiva dei fondi per il 2023: così Conclusioni del Consiglio, *ult. cit.*, Punto A18, 5.

⁶⁵ *Ibidem*.

to sarà subordinata al soddisfacente conseguimento dei pertinenti target intermedi e finali»⁶⁶.

Inoltre, se dovesse accadere – e ciò non appare inverosimile, come la recente storia dell’Unione europea ha dimostrato – che uno Stato membro dubitasse della compatibilità di tale strumento di finanziamento con il proprio ordinamento costituzionale e rimettesse, così, la questione alla Corte costituzionale interna, i tempi potrebbero dilatarsi al punto da rendere il ricorso allo strumento (*Recovery Fund*) di fatto non più attuale (con conseguenze economiche e sociali a quel punto molto compromesse o irreversibili).

Il precedente storico non è così lontano nel tempo e ha riguardato proprio la Germania. Il caso è noto, ma vale la pena richiamarlo. Si trattava – paradossalmente – di quel meccanismo (il MES) che la Germania oggi propone (ai Paesi del sud) di applicare per affrontare la crisi legata alla pandemia COVID-19.

L’entrata in vigore del MES (concepito per affrontare la crisi finanziaria allora in atto) era inizialmente prevista per l’1 luglio 2013, ma fu anticipata al 27 settembre 2012 in ragione dell’aggravarsi della crisi finanziaria. Il MES ha, tuttavia, iniziato ufficialmente la propria attività solo l’8 ottobre 2012 a causa delle note vicende legate alla ratifica tedesca del MES (come pure del *Fiscal compact*). Tale ratifica è stata, infatti, molto contrastata in Germania, atteso che si dubitava della compatibilità del MES con l’ordinamento tedesco⁶⁷. E così è stato invocato l’intervento della Corte costituzionale federale, la quale, con due successive decisioni⁶⁸, ha rimosso quei dubbi, sia pure a certe condizioni (obblighi di informazione al *Bundestag* e di coinvolgimento dello stesso oltre una certa soglia di impegno finanziario dello Stato)⁶⁹. È chiaro che, essendo la situazione legata alla crisi socioeconomica dovuta al COVID-19 molto più grave di quella che allora si stava affrontando, i negoziati

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ R. Adam, A. Tizzano, *Manuale di diritto dell’Unione europea*, cit., 684, spec. nota n. 74.

⁶⁸ 12 settembre 2012, n. 1390 (e 14 gennaio 2014, n. 2728). La sentenza del 2012 è stata ampiamente commentata. Tra i diversi contributi, si veda M. Bonini, *Delle prerogative parlamentari nell’Europa dei fallimenti di Stato (commento alla sentenza del Tribunale costituzionale tedesco del 19 giugno 2012)*, in *Quad. cost.*, n. 4 del 2012, 891 ss.; R. Bifulco, *Il custode della democrazia parlamentare*, in *Rivista AIC*, n. 3 del 2011, 1 ss.; P. Ridola, “Karlsruhe locuta causa finita?”. *Il Bundesverfassungsgericht, il fondo salva-stati e gli incerti destini della democrazia federalista in Europa*, in *Federalismi.it*, n. 18 del 2012, 1 ss.; A. De Petris, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul Meccanismo Europeo di Stabilità e sul Fiscal Compact. Una guida alla lettura*, in *Federalismi.it*, n. 18 del 2012, 1 ss.; L. Muzi, *La tutela della democrazia tedesca di fronte al procedimento di integrazione UE: una rassegna sulla giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *Nomos*, n. 3 del 2013, 1 ss. Sulla decisione del 2014 del *Bundesverfassungsgericht* si veda E. Olivito, *Atto primo: Il Bundesverfassungsgericht rinviava alla Corte di giustizia su OMT e poteri della BCE. Un’occasione per il futuro dell’Unione europea?*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3 del 2013, 1 ss.; R. Caponi, *Salvaguardare l’euro con ogni mezzo? Il primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale tedesca*, in *Gior. dir. amm.*, n. 5 del 2014, 469 ss.

⁶⁹ R. Adam, A. Tizzano, *Manuale di diritto dell’Unione europea*, cit., 684, spec. nota n. 74.

e le discussioni sul *Recovery Fund* potrebbero ritardare l'operatività di tale strumento al punto da renderlo non utilizzabile o comunque inutile⁷⁰.

Purtroppo «*la storia insegna, ma non ha scolari*»⁷¹, e sarà dunque sufficiente l'intervento della Corte costituzionale tedesca a rendere, di fatto, obbligata la strada verso il MES⁷².

3. *Il Governo italiano e la fiducia dei mercati: un nuovo colpo di Stato dopo quello del 2011?*

A spingere l'Italia verso il MES sono anche i mercati.

Come noto, il 28 aprile 2020 l'Agenzia di *rating* francese *Fitch* ha declassato l'Italia, portando il *rating* sul debito sovrano del nostro Paese da BBB a BBB-, appena sopra il livello «*junk bond*»⁷³. Un ulteriore *downgrade* a quest'ultimo livello porterebbe ad escludere i titoli italiani dai programmi di acquisto della Banca centrale europea (BCE)⁷⁴.

L'Agenzia ha espressamente fondato tale giudizio negativo sulla possibilità che l'Italia non accetti il MES. A tale proposito, l'Agenzia inequivocabilmente afferma che «[s]embra che il governo italiano abbia accolto con favore la conclusione del vertice [Consiglio europeo del 23 aprile 2020] ma è probabile che persistano differenze politiche tra i partiti politici italiani sull'utilizzo del Mes». Tale aspetto è stato decisivo per la scelta del *rating*⁷⁵. È chiaro, dunque, che i mercati non gradiscono il confronto parlamentare e la dialettica democratica prevista dal nostro sistema costituzionale. L'unico interlocutore possibile per l'Italia è il mercato.

Per meglio comprendere la «portata» dell'intervento dell'Agenzia di *rating* francese vale la pena accennare al «sistema» in cui agiscono detti organismi.

Le agenzie di *rating* sono società di diritto privato, operano (sostanzialmente) in segreto⁷⁶ e si basano su «indici volatili», in quanto «oltre alla capacità di

⁷⁰ Questa è anche l'opinione dell'ambasciatore tedesco in Italia Viktor Elbling, il quale – a proposito di strumenti di finanziamento (c.d. coronabond o eurobond) diversi da quelli già esistenti (come il MES) – ha dichiarato che «una manovra così profonda richiede l'assenso di tutti, compresi i parlamenti nazionali, in certi casi finanche le corti costituzionali», precisando che «[s]arebbe una questione di mesi, se non di anni» (*sic!*): <https://www.ilfattoquotidiano.it/in-edicola/articoli/2020/04/12/niente-eurobond-ma-e-un-nostro-interesse-aiutarvi/5768006/>.

⁷¹ A. Gramsci, *Italia e Spagna*, in *L'Ordine Nuovo*, 11 marzo 1921, anno I, n. 70.

⁷² A dire il vero, una via d'uscita c'è: l'uscita dall'Unione europea o (almeno) la riacquisizione della sovranità monetaria dell'Italia.

⁷³ Cfr. <https://www.fitchratings.com/entity/italy-80442199>.

⁷⁴ Cfr. <https://www.ilsole24ore.com/art/fitch-declassa-l-italia-bbb-outlook-stabile-ADmmNKN>.

⁷⁵ Cfr. <https://www.ilsole24ore.com/art/fitch-declassa-l-italia-bbb-outlook-stabile-ADmmNKN>.

⁷⁶ Il regolamento (CE) n. 1060/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 settembre 2009 relativo alle agenzie di *rating* del credito (vers. cons. 1 gennaio 2019) stabilisce che le attività di *rating* debbano

ripagare il debito, esse considerano il “rischio politico”, inteso come “volontà di ripagare il debito”⁷⁷.

Le agenzie in esame svolgono la loro attività in un sistema in cui lo Stato ha ceduto la propria sovranità monetaria a organizzazioni sovranazionali, con la conseguenza che lo Stato ha perso la capacità di governare i tassi di interesse, i quali dipendono dall'andamento generale dei mercati globalizzati, a loro volta legati alla credibilità dello «Stato-debitore», vale a dire di uno Stato che dipende dalla fiducia dei creditori⁷⁸. Lo Stato viene, pertanto, ad operare nel mercato dei capitali alla stessa stregua di un qualsiasi soggetto privato, cedendo quote del proprio debito ad investitori stranieri, fondi di investimento, assicurazioni, istituzioni finanziarie internazionali oppure da altri Stati. Il debito pubblico collocato sul mercato dei capitali viene acquistato da finanziatori (pubblici o privati), dal cui gradimento dipende la capacità dello Stato di rifinanziare il debito esistente⁷⁹.

In un siffatto scenario, lo Stato, esponendosi sul mercato dei capitali, viene significativamente condizionato nella sua capacità di autodeterminazione, specialmente in ordine alle proprie politiche economiche e di bilancio⁸⁰. In particolare, i titoli di debito pubblico sono acquistati nell'ambito di un mercato che ha assunto dimensioni globali e all'interno del quale il prezzo dei titoli pubblici è influenzato dalle agenzie di *rating*. Queste, infatti, esercitando un potere «incontrollato»⁸¹, influenzano gli investitori, essendo chiamate a valutare l'affidabilità degli operatori nei mercati⁸².

Anche alla luce di quanto precede, sembra evidente come l'intervento dell'Agenzia francese sia volto a condizionare la politica interna (italiana)⁸³. Ciò

svolgersi nel rispetto dei principi – tra gli altri – di trasparenza (cfr. Considerata 1, 37, 39, artt. 1 e 12, quest'ultimo in materia di «Relazione di trasparenza», nonché All. 1, Sez. E, III del medesimo regolamento).

⁷⁷ C. Pinelli, *L'incontrollato potere delle agenzie di rating*, in *Costituzionalismo.it.*, n. 2 del 2012, par. 2. Sulle agenzie di *rating* si veda, inoltre, tra gli altri, F. Parmeggiani, *La regolazione delle agenzie di rating tra tentativi incompiuti e prospettive future*, in *Giur. comm.*, 2010, 121 ss.

⁷⁸ Sullo «Stato debitore» si veda W. Streek, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata dal capitalismo democratico*, Milano, 2013, 68 ss.

⁷⁹ S. Caldarelli, *La sovranità statale alla prova della crisi economica e finanziaria*, in *Rivista AIC*, n. 2 del 2019, 245 ss., spec. 260-261.

⁸⁰ Il *rating* di un paese costituisce uno dei fattori cruciali nella perdita di sovranità degli Stati in materia di politica economica e di bilancio: F. Donati, *Uguaglianza, diritti umani e vincoli di bilancio*, in *Federalismi.it.*, n. 21 del 2018, 1 ss.

⁸¹ C. Pinelli, *L'incontrollato potere*, cit., il quale ricorda come negli ultimi decenni il sistema del *rating* egemonizzato dalle tre maggiori agenzie (le statunitensi *Standard & Poor* e *Moody's* e la francese *Fitch*) si sia progressivamente allargato: nel 1974 esso veniva effettuato solo per Stati Uniti e Canada, nel 1990 ha riguardato 31 Stati e nel 2007 ne ha coinvolto 113 (ivi, par. 4).

⁸² S. Caldarelli, *La sovranità statale*, cit., 260.

⁸³ D'altronde, la storia ci ha consegnato molteplici casi in cui le agenzie di *rating* non abbiamo agito come istituzioni imparziali e (si ritiene che) abbiano, invece, perseguito interessi del capitalismo finanziario e, in taluni casi, abbiano dichiaratamente «colpito» determinati Stati: così C. Pinelli, *L'incontrollato potere*, cit., par. 1.

è dimostrato, *in primis*, dalla tempistica con cui viene reso il giudizio negativo da parte dell'Agenzia stessa, il cui pronunciamento sul nostro Paese era originariamente previsto per il 10 luglio 2020. L'Agenzia ha deciso di anticipare il suo giudizio al 28 aprile 2020, quando le negoziazioni politiche sugli strumenti di finanziamento a livello dell'Unione erano entrate nella loro fase decisiva, proprio all'indomani del Consiglio europeo del 23 aprile, espressamente richiamato nella nota dell'Agenzia. L'anticipazione è stata presa, secondo la medesima Agenzia, interpretando la regolazione UE in materia di *credit rating agency* (CRA), che stabilisce che l'intervento avvenga secondo un calendario prestabilito e pubblicato⁸⁴, salvo quando un intervento non previamente fissato sia necessario «per adempiere ai propri obblighi legali»⁸⁵.

È evidente che l'Agenzia goda di (in generale e abbia esercitato nella specie) un abnorme potere nella emissione, non solo di *rating*⁸⁶, ma anche di «previsioni di rating»⁸⁷ (art. 8, par. 2 e 10, par. 1 del regolamento (CE) n. 1060/2009), senza che tale potere sia democraticamente controbilanciato (ad esempio, chiamando tali organismi a rispondere dinanzi ad un parlamento). In base a siffatto potere, l'Agenzia è intervenuta nella recente vicenda italiana ponendo a fondamento della sua azione (*recte*: «parere») un «cambiamento sostanziale del merito creditizio dell'emittente»⁸⁸.

Una tale presa di posizione è stata messa subito in discussione (sul piano politico) dal nostro Ministro dell'economia e delle finanze, il quale, per «rassicurare» i mercati, è subito intervenuto sottolineando la imprudenza di tale intervento, che non tiene conto delle iniziative multilivello in corso. Inoltre, lo stesso Ministro ha chiarito che l'Italia interverrà non solo con misure emergenziali, ma anche con «riforme e investimenti» per aumentare la crescita, ma sempre

⁸⁴ L'art. 8 *bis*, par. 3, regolamento (CE) n. 1060/2009 stabilisce che le agenzie di *rating* del credito pubblicano sul proprio sito internet e trasmettono all'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (AESFEM) ogni anno alla fine del mese di dicembre un calendario per i dodici mesi successivi che fissi le date per la pubblicazione di *rating* sovrani non richiesti e delle prospettive di *rating* correlate, limitandole a un massimo di tre, nonché le date per la pubblicazione dei *rating* sovrani richiesti e delle prospettive di *rating* correlate.

⁸⁵ Art. 8 *bis*, par. 4, regolamento (CE) n. 1060/2009.

⁸⁶ Definito come «un parere relativo del merito creditizio di un'entità, di un'obbligazione di debito o finanziaria, di titoli di debito, di azioni privilegiate o di altri strumenti finanziari, o di un emittente di un debito, di un'obbligazione di debito o finanziaria, di titoli di debito, di azioni privilegiate o altri strumenti finanziari, emessi utilizzando un sistema di classificazione in categorie di rating stabilito e definito»: art. 3, par. 1, lett. a), regolamento (CE) n. 1060/2009.

⁸⁷ La «prospettiva di rating» (o *rating outlook*) è definita come «un parere relativo alla probabile evoluzione del rating del credito nel breve, nel medio termine o in entrambi»: art. 3, par. 1, lett. w), regolamento (CE) n. 1060/2009.

⁸⁸ Cfr. <https://www.ilsole24ore.com/art/fitch-declassa-l-italia-bbb-outlook-stabile-ADmmNKN>. Sulla parzialità delle scelte dei tempi di comunicazione del declassamento del *rating* (retrospettivo nel caso del debito americano, prospettico in quello dei debiti europei) da parte delle agenzie in esame si veda G. Di Gaspare, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria. Dinamiche del potere finanziario e crisi sistemiche*, Padova, 2011, 432.

dando assoluta prevalenza ai «vincoli e alla sostenibilità della finanza pubblica, e alla necessità di confermare la traiettoria di riduzione del debito»⁸⁹. In sostanza, la prospettiva è quella delle «rigorose condizionalità» proprie del MES (o di altri simili strumenti che verranno elaborati *ad hoc*). Anche la stessa Agenzia francese – sempre nella prospettiva di natura essenzialmente politica del suo intervento – rimarca come gli obiettivi prioritari delle agende politiche dei futuri governi italiani dovranno essere quelli della riduzione del debito pubblico e delle «riforme strutturali a favore della crescita»⁹⁰.

Il condizionamento politico dell'Agenzia di *rating* francese dimostra ancora una volta come la nostra Costituzione sia di fatto sospesa da anni, da un vero e proprio colpo di Stato⁹¹, in quanto la dipendenza delle nostre politiche dai mer-

⁸⁹ Cfr. <https://www.ilsole24ore.com/art/fitch-declassa-l-italia-bbb-outlook-stabile-ADmmNKN>.

⁹⁰ Cfr. <https://www.ilsole24ore.com/art/fitch-declassa-l-italia-bbb-outlook-stabile-ADmmNKN>.

⁹¹ Del colpo di Stato i giuristi non sono soliti trattare. Tra le poche opere dedicate *ex professo* al tema possiamo qui richiamare S. Tosi, *Il colpo di Stato*, Roma, 1951; V. Gueli, voce *Colpo di Stato*, in *Enc. dir.*, vol. VII, 666 ss.; E. Luttwak, *Coup d'État. A practical Handbook*, Cambridge, Mass., 1979. Il colpo di Stato è da intendere come conquista violenta del potere di governo, che avviene, non già (o meglio, non solo) attraverso l'impiego della forza militare (che si consuma nel campo marziale, come storicamente è molte volte accaduto), ma può avvenire anche mediante lo strumento-logica del debito-credito (guerra economica, che implica l'apparato tecnico), che rappresenta il mutato ordine della guerra, la nuova arma non convenzionale o impropria per la conquista degli Stati (e dei relativi beni ed *asset*) e per la sottomissione dei popoli (nella cornice UE, si pensi alla guerra economica tra Germania e Grecia). Sul tema dei conflitti o guerre ibride si veda G. de Vergottini, *Una rilettura del concetto di sicurezza*, cit., 69; C. Jean, *Guerre asimmetriche, infowar e nuova geopolitica*, in *Aspenia*, 2018, 80, 188 ss. Il mutato ordine della guerra rende totalmente infondato quel pacifismo retorico – che trova la sua massima espressione in quel teorema sistematicamente ribadito in tutte le sedi, ma totalmente infondato – secondo cui l'Unione europea ci protegge dalle guerre; in realtà le guerre stanno, appunto, cambiando ambiente, essendo quelle in atto e quelle che si profilano all'orizzonte di tipo economico (ma non per questo meno gravi e drammatiche di quelle tradizionali). Come mostra la storia, il colpo di Stato può intervenire anche entro sistemi economicamente avanzati, retti da modelli democratici, ancorché inefficienti, cioè non in grado di governare se stessi ed esposti a crescenti pressioni esterne dell'ambiente a causa di una debolezza intrinseca, che è maggiore in fasi di crisi economica e politica: così F. Rimoli *Il colpo di Stato come modalità di adattamento sistemico: qualche osservazione su una forma peculiare di transizione costituzionale*, in *Studi in onore di Giuseppe De Vergottini*, 2, Padova, 2015, 1183 ss., spec. 1210. Tale *metodo* sembra essere adottato anche dall'Unione europea, il cui processo *d'integrazione* si fonda sulle *crisi* degli Stati membri come occasione per permettere ad altri Stati membri di impadronirsi dei centri di potere dei primi: cfr. ancora F. Rimoli, *op. ult. cit.*, 1189 ss., il quale mette anche ben in evidenza che l'obiettivo primario del colpo di Stato è la conquista del potere (e anzitutto del ruolo di governo), determinando un adattamento parziale, una forma di (ri)affermazione di assetti di interessi e di gruppi socialmente ed economicamente egemoni, una torsione autoritaria di un regime le cui coordinate di fondo tendono a permanere stabili (ivi, 1197 e 1204-1205). In sostanza, obiettivo essenziale del colpo di Stato «non [è] l'eversione dell'intero assetto politico dello Stato» (ivi, 1197). Ciò potrà conseguire come effetto ulteriore, previsto e accettato (anche tacitamente) (*ibidem*), come sta accadendo nell'ambito dell'integrazione comunitaria prima e eurounitaria oggi (si pensi al MES e al monitoraggio effettuato dalla «Troika» con riguardo alla situazione di difficoltà finanziaria della Grecia). Per raggiungere efficacemente l'obiettivo (acquisizione del potere), i golpisti tendono a legittimarsi cercando il consenso, da un lato, dei cittadini, nei confronti dei quali l'azione dovrà essere presentata in modo tale da farne percepire l'assoluta necessità: F. Rimoli, *op. ult. cit.*, 1207-1208, il quale sottolinea come la manipolazione dell'opinione pubblica, effettuata mediante un controllo dei mezzi di comunicazione e un uso strumentale dell'informazione, e la rimozione concreta del dissenso siano tra i caratteri costanti dei colpi di Stato (e anche questo elemento si riscontra nelle agende, strategie e politiche dell'Unione, spesso presentate da *organi di comunicazione* come le uniche possibili, ma anche, per quel che qui

cati viola non solo l'art. 1 della Costituzione, secondo cui «La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione» (comma 2), ma anche l'art. 94 della medesima Carta, secondo il quale «Il Governo deve avere la fiducia delle due Camere» (comma 1)⁹². Oggi invece, come da tempo

maggiormente interessa, in relazione al MES o altre forme di assistenza finanziaria); dall'altro lato, il consenso dei golpisti cerca di far leva su quelle fasce dell'opinione pubblica (inclusi giuristi e intellettuali) più sensibili alla difesa dell'ordine ideale previamente posto (*ibidem*) (nel caso dell'Unione, dai Trattati e dalle istituzioni della medesima UE). Sotto tale profilo, si ritiene invece non necessario (diversamente da quanto sosteneva Santi Romano, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione*, 1901, ora in Id., *Scritti Minori*, I, *Diritto costituzionale*, Milano, 1990, 131 ss., spec. 149-150) che l'autore (o il co-autore) del colpo di Stato rivesta la qualità di organo costituzionale; ciò non significa che gli organi costituzionali (ad es., una corte costituzionale) non possano agevolare la conquista del potere, ma detta qualità non appare necessaria: così F. Rimoli, *op. ult. cit.*, 1200, il quale comunque ritiene che «il fattore della collusione di taluni soggetti che, all'interno dell'organizzazione statale, siano già collocati in una posizione operativa strategicamente rilevante appare essenziale per l'azione golpista» (ivi, 1201). Sulle modalità del colpo di Stato e sulla sua fase preparatoria, la dottrina sintetizza perfettamente ciò che sta accadendo (ormai da anni) nell'Unione europea in ordine al *metodo* di conquista del potere: «anche il colpo di Stato, valutato a posteriori, può rivelare una fase preparatoria svolta non solo sul piano tecnico-operativo, ma anche su quello della manipolazione delle percezioni in vista di un futuro (e successivo) consenso. In una società fondata sulla comunicazione mediatica (e ora telematica), è infatti della massima importanza accrescere preventivamente un clima di sfiducia e di timore, nonché di incombente minaccia esterna, per rendere i singoli, e con essi la collettività, più malleabili psicologicamente e disposti ad accettare le misure eccezionali (restrittive dei diritti individuali di libertà) che pressoché inevitabilmente conseguiranno al gesto golpista: uno stato di emergenza e necessità più o meno artefatto ha sempre costituito la base necessaria per il successivo consolidamento di un regime autoritario (e talora totalitario), nonché la giustificazione formale per la deroga alla legalità che il golpe di solito comporta»: F. Rimoli, *op. ult. cit.*, 1197-1198.

⁹² L'esautoramento del Parlamento a favore del mercato (che, ribadiamo, è una forma di tecnica) sembra porsi irrimediabilmente in contrasto con l'ordinamento democratico ed è intrinsecamente sovversivo di un elemento che contrassegna il tipo di Stato. In tal senso, si dovrebbe propriamente parlare di «colpo di Stato»: così C. Mortati, voce *Costituzione dello Stato*. b) *Dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, 139 ss., spec. 192, che si sofferma anche sulla differenza tra «rottura» costituzionale e «colpo di Stato». Su tale differenza si veda, più diffusamente, V. Gueli, voce *Colpo di Stato*, cit., 671-672, al quale si rinvia anche per l'esame degli «elementi costitutivi» della definizione di colpo di Stato, nonché per la distinzione tra «rivoluzione» e «colpo di Stato»: ivi, rispettivamente, 672-673 e 675 ss.). Sulla distinzione tra «rivoluzione» e «colpo di Stato» si veda, F. Rimoli *Il colpo di Stato*, cit., 1196-1197 e, più specificamente, S. Tosi, *Il colpo di Stato*, cit., 35 ss. e 51 ss., il quale distingue dalla rivoluzione il colpo di Stato in quanto «fatto di pochi» e non di popolo; in senso analogo si esprime V. Gueli, *op. ult. cit.*, par. 9, che osserva come sia opinione comune che il colpo di Stato sia opera di una ristrettissima minoranza del ceto dirigente o *élite* politica; l'impulso e la direzione effettiva del movimento potrà venire da un capo oppure dal gruppo stesso (ad es., un partito), di cui il capo sia esponente rappresentativo, tuttavia privo di effettiva autonomia di decisione (con riguardo all'Unione europea, ma non solo, si pensi al c.d. Gruppo Bilderberg, che ha iniziato ad operare nel 1954, è dotato di un Comitato direttivo (*Steering Committee*) di cui fanno parte due membri di 18 nazioni diverse, si riunisce annualmente con circa 130 partecipanti provenienti in prevalenza dal mondo bancario, politico ed economico. Sebbene i nomi dei partecipanti siano resi pubblici, si partecipa su invito e la conferenza è chiusa al pubblico e non accessibile ai mezzi di comunicazione. Per l'Italia, fanno attualmente parte del Comitato direttivo del *Club* l'imprenditore John Elkann e la giornalista Lilli Gruber. Tra i partecipanti del più recente *meeting* vi è il senatore Matteo Renzi: <https://www.bilderbergmeetings.org/press/press-release/participants>; in passato, ne hanno fatto parte anche, tra gli altri, Mario Draghi e Mario Monti. Delle riunioni non esistono registrazioni, archivi o altri documenti ufficiali, come resoconti, verbali e simili); H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, 1945, trad. it., Milano, 1984, 373 ss., il quale associa *colpo di Stato* e *rivoluzione*, in quanto entrambi sono fatti creativi di diritto secondo il diritto internazionale.

messo in evidenza dalla dottrina, il Governo deve avere la fiducia dei mercati⁹³ e delle agenzie di *rating*.

La conquista del potere da parte del mercato può essere configurata anche come *colpo di Stato tecnico*. In tal caso, la *tecnica* tende ad impadronirsi degli strumenti del potere (che possono dirsi, appunto, tecnici), «in quanto mettono a profitto le applicazioni delle scoperte scientifiche, indispensabili nel mondo contemporaneo alla vita del Paese e all'esercizio del potere»⁹⁴ (si pensi al *Green Deal* dell'Unione europea o all'agenda digitale).

Ciò che più preoccupa, non solo il giurista, è la diffusa assenza di consapevolezza – che emerge chiaramente dal dibattito pubblico – di tale *coup d'État*, nonché la non centralità del tema nel dibattito politico-istituzionale e in quello scientifico (incluse le scienze giuridiche).

Ciò risulta emblematicamente dal recente (e ancora in corso) dibattito politico-istituzionale e giuridico interno relativo alla situazione emergenziale legata alla pandemia. In questi ultimi mesi, infatti, si è assistito ad un dibattito pubblico e ad un ostruzionismo politico – si allude alla circostanza che molti politici e giuristi hanno espresso moniti e sollevato dubbi sulle misure limitative di talune libertà costituzionali adottate dal Governo nella situazione emergenziale⁹⁵ – con cui si qualifica come «deriva autoritaria» o come «curva autoritaria» o altre simili espressioni⁹⁶ l'azione governativa per fronteggiare l'emergenza coronavirus. Se per certi aspetti l'azione del Governo potrebbe essere discutibile, «non c'è alcun bisogno di drammatizzare, perché la situazione è già drammatica di per sé, per i diritti costituzionali, per la pubblica salute e per l'economia»⁹⁷; e non riusciamo a comprendere la ragione per la quale questi attori del dibattito (pubblico e politico-istituzionale *in primis*), paladini delle libertà e della democrazia, coerentemente non adottino lo stesso approccio (come fa sistematicamente, ad es., la Corte

⁹³ A. Ruggeri, *Art. 94 della Costituzione vivente: 'Il Governo deve avere la fiducia dei mercati'* (nota minima a commento della nascita del Governo Monti), in *Federalismi.it*, n. 23 del 30 novembre 2011.

⁹⁴ V. Gueli, voce *Colpo di Stato*, cit., par. 9, sub c). Dal colpo di Stato tecnico si distingue quello «politico», «che mira invece ad impossessarsi della persona degli attuali detentori del potere e ad occupare gli edifici pubblici sede dei loro uffici, anche in quanto simboli del potere» (*ibidem*).

⁹⁵ Per approfondimenti in merito e per un quadro dei diversi profili delle «gravi preoccupazioni» sollevate nel dibattito pubblico (specialmente riguardo ai rapporti formali tra le fonti) si veda M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo* e in *Consulta OnLine*, 11 aprile 2020, 1 ss.; G. Azzariti, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, cit., 1 ss.

⁹⁶ Per una rassegna delle espressioni più diffuse in merito si veda M. Luciani, *Il sistema delle fonti*, cit., 3 e 23 ss.

⁹⁷ M. Luciani, *Il sistema delle fonti*, cit., 3, il quale aggiunge che la vera necessità è quella di «verificare se certe categorie (guerra, dittatura, eccezione), che hanno contorni giuridici (sia pur relativamente) precisi possano essere evocate a cuor leggero», come è stato fatto da molti giuristi. La risposta che tale autorevole A. fornisce all'interrogativo è negativa.

costituzionale tedesca⁹⁸) con riguardo ad una istituzione – l'Unione europea – che da sempre è anti-democratica⁹⁹ e che condiziona molto più pesantemente le nostre vite quotidianamente e in via permanente¹⁰⁰.

In alcuni casi, la dubbia posizione espressa da organi costituzionali è stata «raccolta» e in certa misura strumentalizzata nel dibattito parlamentare. Emblematica sotto tale profilo è la relazione annuale della Presidente della Corte costituzionale¹⁰¹, alle cui parole è stato attribuito un peso squisitamente politico¹⁰², nel pieno dell'emergenza sanitaria e di necessaria unità politica, nella quale la leale collaborazione tra le istituzioni, principio pur richiamato nella medesima Relazione, dovrebbe guidare ogni attività (almeno) degli organi costituzionali. Si è affermato, infatti, che «Nella Carta costituzionale non si rinvencono clausole di sospensione dei diritti fondamentali da attivarsi nei tempi eccezionali, né previsioni che in tempi di crisi consentano alterazioni nell'assetto dei poteri». E poi si aggiunge che «La Costituzione, peraltro, non è insensibile al variare delle contingenze, all'eventualità che dirompano situazioni di emergenza, di crisi, o di straordinaria necessità e urgenza, come recita l'articolo 77 della Costituzione, in materia di decreti-legge». Si osserva ancora che – ed è questo il punto centrale, in quanto si fa riferimento alla situazione emergenziale in atto – «Anche nel tempo presente, dunque, ancora una volta è la Carta costituzionale così com'è – con il suo equilibrato complesso di principi, poteri, limiti e garanzie, diritti, doveri e responsabilità – a offrire alle Istituzioni e ai cittadini la bussola necessaria a navigare «per l'alto mare aperto» dell'emergenza e del dopo-emergenza che ci attende»¹⁰³.

⁹⁸ Si pensi alle sentenze del *BundesVerfassungsgericht* (BVG) del 5 maggio 2020 e del 30 giugno 2009, su cui *infra*. Sarebbe dunque necessario fare applicazione puntuale della dottrina dei controlimiti, per cui la «cessione di sovranità» incontra un limite, oltre al quale deve prevalere la difesa dei diritti scritti in Costituzione. Qualsiasi potere «delegato» dalla Costituzione (ad es. attraverso il principio di attribuzione) deve tenersi al di qua del limite, altrimenti agirebbe *ultra vires*: R. Bin, *Nuove strategie*, cit., 10, il quale condivide l'approccio del *BundesVerfassungsgericht*, laddove la Corte ribadisce questo fondamentale principio.

⁹⁹ Come sottolinea R. Bin, *Nuove strategie*, cit., 3, il *deficit* democratico non è un incidente nella costruzione dell'Unione europea, ma è il programma originario.

¹⁰⁰ Si pensi, ad esempio, al MES, che è stato adottato con il *metodo intergovernativo*, così limitando di fatto il ruolo dei parlamenti degli Stati membri ad una mera ratifica di scelte sostanzialmente già definite in altre sedi. Il *deficit* democratico dell'Unione è più che noto, si potrebbe dire che esso sia *consolidato*. Ci limitiamo in questa sede a richiamare D. Grimm, *The Democratic Costs of Constitutionalisation: The European Case*, in *European Law Journal*, vol. 21, n. 4 del 2015, 460 ss.; C. Pinelli, *Il deficit democratico europeo e le risposte del Trattato di Lisbona*, in *Rass. parl.*, 2008; R. Bin, *Nuove strategie*, cit., 1 ss.; F. Donati, *Crisi dell'euro, governance economica e democrazia nell'Unione Europea*, in *Rivista AIC*, n. 2 del 2013, 1 (e ulteriore bibliografia ivi citata in nota n. 1).

¹⁰¹ M. Cartabia, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, 28 aprile 2020.

¹⁰² Tant'è che nelle discussioni che sono immediatamente seguite in Senato, il Senatore Renzi – nel suo intervento del 30 aprile 2020 (disponibile alla pagina web <https://www.youtube.com/watch?v=ahCmwyI2PeM>) – ha espressamente citato la relazione annuale della Presidente della Corte costituzionale Cartabia, alla quale ha rivolto «un deferente omaggio e un rispettoso saluto» (*sic!*) per la sua presa di posizione espressa nella relazione in parola (su cui *infra*).

¹⁰³ La sintesi della relazione annuale del Presidente della Corte è consultabile alla pagina web https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazione_cartabia/2_sintesi.pdf.

Le dubbie parole della Presidente recano perplessità, non solo perché nulla hanno a che vedere con l'attività della Consulta nel 2019, ma anche per il ruolo che sono chiamate a svolgere (o che ci si aspetta che svolgano) le Corti costituzionali nazionali¹⁰⁴, nonché per le circostanze di tempo in cui tali affermazioni sono state rese. Sarebbe stato opportuno evitare, soprattutto per le particolari circostanze esistenti al momento della Relazione, di esprimere affermazioni di non chiara portata, peraltro in una cornice in cui il Presidente della Repubblica (ed *ex* giudice costituzionale)¹⁰⁵, come altri autorevoli costituzionalisti¹⁰⁶, hanno sostenuto la piena legittimità degli interventi del Governo nella fase emergenziale¹⁰⁷.

Nessuna deriva autoritaria, quindi, in quanto la risposta delle istituzioni di fronte all'emergenza «non è stata quella tipica di una democrazia autoritaria» e «non c'è stata alcuna rottura della legalità costituzionale»¹⁰⁸.

Secondo parte della dottrina, il fondamento costituzionale della legislazione emergenziale «c'è e deve rinvenirsi nei tradizionali principi del *primum vivere* e della *salus rei publicae*»; pertanto, «[l]a Costituzione, non la necessità, fonda i provvedimenti in questione: essi si radicano nel diritto costituzionale positivo, non nella pericolosa idea che la necessità sia essa stessa fonte»¹⁰⁹.

Chiarito dunque che è la Costituzione la fonte legittimante i provvedimenti emergenziali adottati dal Governo, il problema che si pone a questo punto è quello

¹⁰⁴ Su cui si veda D. Grimm, *Die Rolle der nationalen Verfassungsgerichte in der europäischen Demokratie*, in C. Franzius, F. C. Mayer, J. Neyer (Hrsg.), *Grenzen der europäischen Integration*, Baden-Baden, 2014, 27 ss. Dello stesso A. si veda, inoltre, *Sovereignty Today*, cit., spec. nota n. 1414. Tale A., ribadita la sua convinzione circa l'incapacità delle istituzioni eurounitarie di dare autonoma legittimità democratica al potere pubblico europeo, individua nelle Corti costituzionali nazionali l'argine adatto a controbilanciare la tecnocratizzazione e depolitizzazione della sfera europea. Si veda inoltre R. Bin, *Nuove strategie*, cit., 10, il quale sottolinea che la Corte costituzionale nazionale è chiamata a vigilare sull'equilibrato bilanciamento degli interessi e dei diritti scritti in costituzione; e questa funzione – precisa l'A. – «non può essere delegata ad altri soggetti, istituiti in forza dei poteri “delegati” dalla Costituzione stessa».

¹⁰⁵ Cfr. https://rep.repubblica.it/pwa/generale/2020/04/29/news/quirinale_contestituzione_cartabia-255223995/.

¹⁰⁶ Tra cui M. Luciani, *Il sistema delle fonti*, cit., 1 ss.; G. Azzariti, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, cit., III, il quale ritiene gli atti esecutivi (dpcm) pienamente legittimi, anche se prassi non conforme a quanto stabilisce la Costituzione; G. Zagrebelsky, anch'Egli, come noto, *ex* giudice della Corte costituzionale, intervista del 1 maggio 2020, consultabile alla pagina web <https://www.ilfattoquotidiano.it/in-edicola/articoli/2020/05/01/zagrebelsky-chi-dice-costituzione-violata-non-sa-di-cosa-sta-parlando/5788193/>; S. Staiano, Intervento al Convegno *Il principio di solidarietà e il ruolo dell'Unione europea nell'emergenza coronavirus*, 29 aprile 2020, cit.; F.S. Marini, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in *Federalismi.it - Osservatorio emergenza COVID-19*, paper 22 aprile 2020.

¹⁰⁷ Sui poteri amministrativi straordinari e sul diritto amministrativo dell'emergenza la dottrina è molto vasta e in questa sede non integralmente riproducibile. Tra le opere più recenti si veda L. Giani, M. D'Orso-gna, A. Police (a cura di), *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Napoli, 2018, nonché S. Gardini, *Note sui poteri amministrativi straordinari*, in *Dir. econ.*, n. 2 del 2020, 147 ss.

¹⁰⁸ M. Luciani, *Il sistema delle fonti*, cit., 23. In senso analogo, A. Ruggeri, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta Online*, Studi, 2020/1, 214.

¹⁰⁹ M. Luciani, *Il sistema delle fonti*, cit., 4.

delle modalità di identificazione e proclamazione di quella situazione di emergenza cui può conseguire l'adozione degli atti *extra ordinem*. Sotto tale profilo, la dottrina rileva come sia la stessa Costituzione a consentire al Governo di adottare decreti legge nei casi di necessità e di urgenza; ed è pertanto «proprio questa la fonte riservataria di tale identificazione e proclamazione»¹¹⁰. Anche la delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, con cui è stato dichiarato lo stato di emergenza, ha il proprio fondamento nel Codice della protezione civile (d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1), espressamente richiamato come base giuridica della delibera in questione¹¹¹.

Tra i vari atti della «catena normativa dell'emergenza»¹¹², il Governo ha emanato diversi decreti legge, il cui elevato numero «non è altro che la proiezione normativa della fattuale eccezionalità del momento»; la decretazione d'urgenza resta, tuttavia, sempre legata a una contingenza extra-ordinaria¹¹³. Qui possiamo richiamarne alcuni, tutti convertiti in legge¹¹⁴ (coinvolgendo dunque il Parlamento, seppure *ex post*, come prevede la Costituzione). Il Governo ha poi emanato diversi decreti del Presidente del Consiglio (dpcm).

È proprio alla “fonte riservataria” del decreto legge, come quelli richiamati, a cui il Governo ha ricorso, per fronteggiare, secondo la Costituzione, i «casi straordinari di necessità e urgenza» (art. 77 Cost.)¹¹⁵, sulla sussistenza dei cui presupposti non si può dubitare, «perché ci troviamo nell'ancor più radicale condizione dell'emergenza»¹¹⁶.

In particolare, l'art. 1, comma 1 del decreto legge n. 6/2020 stabilisce che «le autorità competenti sono tenute ad adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica». L'art. 2 del decreto legge n. 19/2020 detta disposizioni simili, prevedendo all'art. 2, comma 1 che le misure stabilite all'art. 1 «sono adottate con uno o più decre-

¹¹⁰ M. Luciani, *Il sistema delle fonti*, cit., 6.

¹¹¹ M. Luciani, *Il sistema delle fonti*, cit., 6.

¹¹² L'espressione è di M. Luciani, *Il sistema delle fonti*, cit., 2.

¹¹³ Così M. Luciani, *Il sistema delle fonti*, cit., 10.

¹¹⁴ Decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante *Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*, convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13; decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, recante *Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*, convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020, n. 27; decreto legge 25 marzo 2020, n. 19, recante *Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*, convertito con modificazioni dalla legge 22 maggio 2020, n. 35; decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, recante *Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*, convertito con modificazioni dalla legge 11 settembre 2020, n. 120.

¹¹⁵ G. Azzariti, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, III; G. Zagrebelsky, V. Marcenò, F. Pallante, *Lineamenti di Diritto costituzionale*, cit., 200 e 380. A tal proposito, sulla possibilità che per la nostra Costituzione il decreto legge e la legge di conversione possano introdurre norme derogatorie rispetto alle previsioni costituzionali si veda C. Esposito, voce *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 831 ss., il quale sostiene l'ammissibilità di deroghe alla Costituzione che si fonda sulla natura sostanzialmente *extra ordinem* dei decreti legge.

¹¹⁶ M. Luciani, *Il sistema delle fonti*, cit., 9.

ti del Presidente del Consiglio dei ministri». Tali decreti indicano le materie in cui tali misure possono intervenire: circolazione, trasporti, scuola, manifestazioni pubbliche, e altre ancora¹¹⁷.

Le misure attuative (i dpcm) sono dunque autorizzate dalla legge e il Governo ha fatto uso dell'autorizzazione in quanto «autorità competente». Si noti, inoltre, che il Presidente del Consiglio è «autorità nazionale di protezione civile e titolare delle politiche in materia»¹¹⁸. Il Codice attribuisce al Presidente del Consiglio anche «i poteri di ordinanza in materia di protezione civile», che può esercitare per il tramite del Capo del Dipartimento della protezione civile, «salvo che sia diversamente stabilito con la deliberazione di cui all'articolo 24», vale a dire con la deliberazione dello stato di emergenza¹¹⁹.

Il numero di decreti attuativi è significativo, ma la stessa autorizzazione attribuita al Governo «prevede precisamente che l'attuazione sia, per così dire, mobile, seguendo ragionevolmente l'andamento dell'epidemia»¹²⁰.

Le restrizioni dei diritti costituzionali in situazioni come quella legata al Covid-19 deve avvenire «in base alla legge», ed è ciò che è avvenuto¹²¹. Agire «in base alla legge» non implica l'emanazione di una legge approvata dal Parlamento, la quale richiederebbe tempi incompatibili con l'emergenza in corso¹²². Questa è la ragione per la quale la Costituzione prevede lo strumento della decretazione d'urgenza, ed è evidente che il Governo abbia agito all'interno del quadro costituzionale.

Una posizione simile è stata assunta dal Presidente della Repubblica, il quale ha osservato come i dpcm siano atti amministrativi che dovranno confluire in un testo legislativo, potendo ciò avvenire anche alla fine dell'emergenza pandemica, che ha una rapidità che rende di fatto impraticabile altre vie legislative, pena l'intempestività e, dunque, l'ineffettività della produzione normativa.

Costituzione e principi fondamentali sono stati, pertanto, pienamente rispettati secondo il Presidente della Repubblica¹²³. E ciò rende ancor più evidente la discutibile presa di posizione della Corte costituzionale (recentemente riaffermata nella Relazione annuale della sua Presidente), che nulla dice invece sull'Unione europea, sul suo carattere antidemocratico, sulla mancanza di lea-

¹¹⁷ Si veda l'art. 1, comma 2, del decreto legge n. 6/2020.

¹¹⁸ Art. 3, comma 1, lett. a), Codice della protezione civile.

¹¹⁹ Per un approfondimento in merito si veda M. Luciani, *Il sistema delle fonti*, cit., 10.

¹²⁰ G. Zagrebelsky, Intervista, cit.

¹²¹ G. Zagrebelsky, Intervista, cit.

¹²² G. Zagrebelsky, Intervista, cit.

¹²³ Cfr. https://rep.repubblica.it/pwa/generale/2020/04/29/news/quirinale_contestazione_cartabia-255223995/.

le collaborazioni tra Stati membri in materia fiscale¹²⁴ – sottolineata dalla dottrina¹²⁵ e dall'OCSE¹²⁶ – e sulla mancanza di solidarietà ancora una volta dimostrata in occasione dell'emergenza sanitaria in corso. Si vigila – correttamente – sul rispetto della Costituzione e dei suoi principi per vicende interne, mentre si ignora completamente e incoerentemente l'emergenza democratica sovranazionale, laddove si consuma ormai da anni quello che potremmo definire come un vero e proprio «colpo di Stato permanente»¹²⁷.

4. *Il Meccanismo europeo di stabilità. Il c.d. MES «senza condizionalità»*

Occorre ricordare come il MES¹²⁸, una figura ambigua nel sistema istituzionale europeo¹²⁹, sia uno strumento esterno all'Unione, sottoposto al diritto internazionale pubblico¹³⁰.

Noto anche come fondo «salva stati», il MES è un accordo intergovernativo concluso tra Stati membri dell'UE che hanno adottato l'euro¹³¹. Il «Trattato che

¹²⁴ Secondo recenti stime, ogni anno l'Olanda – uno dei tre paradisi fiscali all'interno dell'Unione, insieme a Lussemburgo e Irlanda – sottrae circa 72 miliardi di euro di profitti aziendali ai Paesi membri dell'Unione. Di questi, 10 miliardi finiscono al fisco olandese (1 miliardo dei quali sottratti al fisco italiano) e il resto rimane nelle casse delle multinazionali (come FCA, Telecom, Luxottica, Ferrero, Mediaset, solo per citarne alcune): <https://www.ilfattoquotidiano.it/2020/05/03/olanda-da-fca-a-ferrero-e-mediaset-ecco-i-gruppi-italiani-concede-ad-amsterdam-e-la-ue-vieta-di-escluderli-dagli-aiuti-pubblici/5787900/>.

¹²⁵ G.L. Tosato, *I principi generali di diritto e l'integrazione europea. Brevi riflessioni sistemiche*, in *Astrid Rassegna*, n. 5 del 2015, 9.

¹²⁶ Come è stato rilevato dal Segretario generale dell'Organizzazione al *World Economic Forum* (WEF) svoltosi lo scorso febbraio a Davos, gli europei hanno 1500 miliardi offshore. Manca la volontà politica di rimediare a tale situazione: <https://www.ilfattoquotidiano.it/2020/02/04/paradisi-fiscali-i-ricchi-europei-hanno-1-500-miliardi-offshore-e-lo-scambio-di-informazioni-tra-paesi-ocse-non-basta-per-farli-rientrare/5688984/>.

¹²⁷ L'espressione è di G. Azzariti, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, cit., V.

¹²⁸ Sugli aspetti storici, istituzionali e operativi del MES si veda G. Napolitano, *Il Meccanismo europeo di stabilità e la nuova frontiera costituzionale dell'Unione*, in *Gior. dir. amm.*, n. 5 del 2012, 461 ss.; G.M. Roberti, *Crisi del debito sovrano e sovranità economica*, in AA.VV., *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità*, Milano, 2013, 205 ss., spec. 207 ss.; A. Stanislas, M. Parras, F. Javier, *The European Stability Mechanism through the legal meanderings of the Union's constitutionalism*, in *Eur. law rev.*, n. 6 del 2013, 848 ss. Più di recente, si veda F. Salmoni, *Stabilità finanziaria, Unione bancaria europea e Costituzione*, Padova, 2019, 180 ss., nonché Id., *L'insostenibile "leggerezza"*, cit., 284 ss.

¹²⁹ F. Ferraro, *Intervento*, cit.; G. Napolitano, *Il Meccanismo europeo di stabilità*, cit., 464, il quale accosta il MES alla figura dell'agenzia europea (*sui generis*).

¹³⁰ F. Donati, *Crisi dell'euro*, cit., 4; G.M. Roberti, *Crisi del debito sovrano*, cit., 212; F. Salmoni, *L'insostenibile "leggerezza"*, cit., 292 ss., la quale si sofferma ampiamente sulla natura giuridica del MES, configurato dall'A. come soggetto di diritto internazionale. Per una diversa posizione si veda G. Napolitano, *Il Meccanismo europeo di stabilità*, cit., 464, il quale, dopo aver messo in evidenza il carattere ambiguo della natura giuridica del MES, osserva peraltro come vi siano molteplici elementi che rivelano «la dimensione autenticamente europea di tale organismo, che sarebbe vano occultare dietro l'anodino riferimento alla sua generica dimensione internazionale».

¹³¹ Come sottolinea G.L. Tosato, *L'Unione economica e monetaria: evoluzione e criticità legali*, in A. Tiziano (a cura di), *Verso i sessant'anni dai Trattati di Roma. Stato e prospettive dell'Unione europea*, Torino, 2016, 226, è apparso «necessario ricorrere ad un accordo extra UE, perché l'autorizzazione del nuovo comma dell'art.

istituisce il meccanismo europeo di stabilità» è stato concluso il 2 febbraio 2012 ed è entrato in vigore l'8 ottobre 2012¹³². L'art. 1 di tale Trattato crea «un'istituzione finanziaria internazionale», denominata appunto MES, che assume la forma di un'organizzazione intergovernativa¹³³, sul modello del Fondo monetario internazionale (FMI), con il quale deve strettamente collaborare¹³⁴. Il MES, che ha sede a Lussemburgo, è dotato di personalità giuridica ed è guidato da un consiglio di governatori (formato da rappresentanti degli Stati membri del MES) e da un consiglio di amministrazione, nonché da un direttore generale¹³⁵.

Come ha chiarito la Corte di giustizia dell'Unione, le attività del MES non rientrano nella politica monetaria. Infatti, ai sensi degli artt. 3 e 12, par. 1 del Trattato MES, tale *Meccanismo* non ha l'obiettivo di mantenere la stabilità dei prezzi, bensì è diretto a soddisfare le esigenze di finanziamento dei membri del MES, vale a dire gli Stati membri la cui moneta è l'euro, che già si trovino o rischino di trovarsi in gravi problemi finanziari¹³⁶.

La concessione di assistenza finanziaria nell'ambito del MES deve rispettare una complessa procedura che vede la Commissione, la BCE e il FMI coordinarsi nella predisposizione di un *Memorandum of Understanding* (MoU) con lo Stato beneficiario. Il rispetto delle rigorose condizioni prescritte è monitorato e controllato dalla «Troika», composta dalla Commissione, dalla BCE e dal FMI¹³⁷.

136 è limitata agli Stati euro. Evidentemente, nel timore reverenziale dell'art. 125, si è preferito non consentire all'Unione quello che si autorizzava di fare agli Stati euro al di fuori dell'Unione».

¹³² Il Trattato istitutivo del MES è stato ratificato in Italia con legge 23 luglio 2012, n. 116.

¹³³ E. Chiti, *Le risposte alla crisi della finanza pubblica e il riequilibrio dei poteri nell'Unione*, in *Gior. dir. amm.*, n. 3 del 2011, 311 ss.

¹³⁴ G.M. Roberti, *Crisi del debito sovrano*, cit., 214; F. Salmoni, *L'insostenibile "leggerezza"*, cit., 295. È stato tuttavia notato come appaia «*more than anachronistic*» designare un'istituzione autenticamente europea sul modello del Fondo monetario internazionale: M. Ruffert, *The European Debt Crisis and European Union Law*, in *Common Market Law Review*, 2011, 1777 ss., spec. 1790.

¹³⁵ Su tali aspetti in dottrina si veda, tra gli altri, R. Adam, A. Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, cit., 683 ss.; G.M. Roberti, *Crisi del debito sovrano*, cit., 212. Sul MES è utile richiamare in questa sede la sentenza 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Pringle*, in cui la Corte di giustizia (in seduta plenaria) si è pronunciata rispetto alla legittimità dell'accordo internazionale con cui gli Stati membri della zona euro hanno creato un meccanismo europeo di stabilità invece di istituire un vero e proprio meccanismo dell'Unione per mezzo dell'art. 352 TFUE (par. 67). La Corte ha comunque concluso per la compatibilità del MES con i Trattati (par. 68). Sulla circostanza che con il MES si sia rinunciato alla naturale espansione dei poteri impliciti dell'Unione (art. 352 TFUE) si veda G. Napolitano, *Il Meccanismo europeo di stabilità*, cit., 463. La creazione di una istituzione propria dell'Unione avrebbe richiesto una revisione del Trattato estendendo le competenze dell'Unione; detta revisione avrebbe dovuto attuarsi secondo la procedura ordinaria di cui all'art. 48, par. 1 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). Tale soluzione normativa sarebbe stata, sul piano teorico, la più coerente rispetto all'obiettivo di dotare l'Unione (e quindi i suoi Stati membri), di uno stabile meccanismo di assistenza finanziaria: S. Caldarelli, *La sovranità statale*, cit., 249, spec. nota n. 16.

¹³⁶ Corte di giustizia UE, sentenza 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Pringle*, cit., para. 93-98, spec. 95-96.

¹³⁷ G.M. Roberti, *Crisi del debito sovrano*, cit., 213-214; F. Salmoni, *L'insostenibile "leggerezza"*, cit., 298 ss.

La Corte non ha invece affrontato il delicato problema relativo alla legittimazione democratica delle decisioni in materia di assistenza finanziaria adottate nell'ambito del MES¹³⁸.

La circostanza che il MES sia esterno all'Unione non è di poco momento, in quanto implica rilevanti conseguenze in ordine al regime generale applicabile al suo funzionamento. In via di principio, il MES è sottratto ai principi, alle regole e ai controlli dell'ordinamento europeo, a cominciare da quelle in materia di trasparenza, partecipazione al processo decisionale e di sindacato giurisdizionale¹³⁹. Inoltre, il carattere esterno del «Meccanismo» all'ordinamento dell'Unione comporta la non applicabilità della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (anche nota come Carta di Nizza) alle materie disciplinate dal Trattato MES, come ha affermato la Corte di giustizia dell'Unione¹⁴⁰. Ciò in quanto, conformemente all'art. 51, par. 1 della Carta di Nizza, le disposizioni di quest'ultima si applicano agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Ai sensi del successivo par. 2 del medesimo disposto, la Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati¹⁴¹.

Come è stato rilevato dalla dottrina¹⁴², nel 2019 vi è stata la proposta di un fondo monetario europeo, che costituiva il tentativo di portare il MES all'interno del sistema dell'Unione sotto il controllo del Parlamento europeo. Tale iniziativa è stata poi accantonata e, ad oggi, non si parla di revisione del Trattato MES del 2012 (e dunque neppure della modifica dell'art. 136, par. 3, TFUE).

L'utilizzo del Meccanismo europeo di stabilità (MES), come caldeggiato dai Paesi nordici, aprirebbe la strada ad uno scenario già sperimentato per la Grecia, e finirebbe dunque con l'imporre non solo ulteriori privatizzazioni, erodendo così gli *asset* (industriali e aziendali) nazionali, ma anche, e più in generale, «riforme strutturali» (*recte*: tagli lineari) riguardanti, tra l'altro, le prestazioni pensionistiche, il mercato del lavoro e la sanità e, più in generale, i diritti sociali¹⁴³.

¹³⁸ F. Donati, *Crisi dell'euro*, cit., 5.

¹³⁹ G. Napolitano, *Il Meccanismo europeo di stabilità*, cit., 464. Si veda, altresì, S. Caldarelli, *La sovranità statale*, cit., 258-259.

¹⁴⁰ Corte di giustizia UE, sentenza 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Pringle*, cit., para. 178-180.

¹⁴¹ Corte di giustizia UE, sentenza 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Pringle*, cit., par. 179.

¹⁴² S. Cafaro, *Intervento*, cit.

¹⁴³ Sull'esperienza greca con riguardo al MES e alla c.d. Troika (BCE, Commissione e FMI) si veda G. Zagrebelsky, *La tragedia greca e la sovranità spodestata*, in *La Repubblica*, 28 luglio 2015; P. Blazey, R. Wetton, *The Greek affair: a cause or a symptom of the European union instability?*, in *Macquarie journal of business law*, 2010, 47 ss.; F. Capriglione, G. Semeraro, *Crisi finanziaria e dei debiti sovrani. L'Unione Europea tra rischi ed opportunità*, Torino, 2012, 33 ss.; F. Donati, *Crisi dell'euro*, cit., 3; A. Viterbo, R. Cisotta, *La crisi della Grecia, l'attacco speculativo all'euro e le risposte dell'Unione europea*, in *Dir. Un. eur.*, n. 4 del 2010, 961 ss., spec. 980. Più di recente, si veda S. Caldarelli, *La sovranità statale*, cit., 249 e 258; A. Schillaci, *Dalla crisi economica alla crisi*

Neppure sarebbe possibile immaginare un MES «senza condizionalità»¹⁴⁴, come proposto da alcune parti politiche (e anche nelle discussioni in sede di Eurogruppo), senza che sia modificato l'art. 136 TFUE¹⁴⁵. Attualmente, il MES con tali caratteristiche non esiste e non è possibile neppure una deroga alle «rigorose condizionalità» di cui all'art. 136, par. 3, TFUE¹⁴⁶. Il ricorso all'uso del MES per finalità diverse da quelle per cui è stato istituito (ad es. per contrastare le conseguenze legate al Covid-19, trasformandolo così in un «fondo salva salute») non è giuridicamente fondato, giacché «ogni attivazione del MES diversa da quella prevista dalle norme che lo disciplinano configura un *ultra vires* o una carenza/sviamento di potere, secondo gli schemi del diritto pubblico»¹⁴⁷. E dunque anche questa ipotesi è certamente non realistica, in quanto *verum ipsum factum*, chioserebbe Gianbattista Vico, e prima che questo nuovo strumento di assistenza finanziaria (vale a dire il MES senza quella «rigorosa condizionalità» di cui all'art. 136 TFUE) da impegno politico diventi giuridicamente rilevante è necessario modificare l'art. 136 TFUE, con tempistiche che sarebbero incompatibili con l'attuale situazione socioeconomica¹⁴⁸.

democratica: la sfida populista alla solidarietà e l'identità europea, in A. Ragone (a cura di), *Los efectos de la crisis financiera sobre las instituciones nacionales: gobiernos, parlamentos y tribunales*, numero monografico di *Federalismi.it*, n. 13 del 2020, 15 ss., spec. 18; F. Salmoni, *Stabilità finanziaria*, cit., 180 ss., nonché Id., *L'insostenibile "leggerezza"*, cit., 284 ss. e 313.

¹⁴⁴ Un utilizzo corretto della lingua italiana imporrebbe di parlare di MES senza «condizioni», in quanto la parola «condizionalità» non si rinviene nei dizionari della lingua italiana (ad es. Treccani, De Mauro, Sabatini Coletti). Tuttavia, continueremo ad utilizzare il termine «condizionalità», al quale ormai istituzioni e studiosi (tra cui anche giuristi) fanno ampio riferimento.

¹⁴⁵ Come noto, la decisione 2011/199/UE *che modifica l'articolo 136 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea relativamente a un meccanismo di stabilità per gli Stati membri la cui moneta è l'euro* è stata adottata dal Consiglio europeo il 25 marzo 2011. A tal fine, è stato aggiunto il seguente paragrafo all'art. 136 del TFUE: «Gli Stati membri la cui moneta è l'euro possono istituire un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile per salvaguardare la stabilità dell'intera zona euro. La concessione di qualsiasi assistenza finanziaria necessaria nell'ambito del meccanismo sarà soggetta a una rigorosa condizionalità». Cfr., in merito, E. Picozza, V. Ricciuto, *Diritto dell'economia*, Torino, 2017, 198; G.M. Roberti, *Crisi del debito sovrano*, cit., 210 ss.; F. Salmoni, *L'insostenibile "leggerezza"*, cit., 290.

¹⁴⁶ In tal senso si veda anche F. Salmoni, *L'insostenibile "leggerezza"*, cit., 301 ss., la quale sottolinea che la funzione per la quale il MES è stato istituito «è solo ed esclusivamente quella di salvaguardare la stabilità della zona euro nel suo insieme, di garantirne la stabilità finanziaria», con la conseguenza che «per la sua natura, per la *ratio* per cui esso è stato creato, per il suo scopo istituzionale, non può essere attivato in funzione anti pandemica *tout court*» (ivi, 301). Ad una diversa conclusione giunge E. Pistoia, *I Trattati UE e il via libera all'uso del MES "senza condizionalità"*, in *I post di AISDUE*, II (2020), Sezione «Coronavirus e diritto dell'Unione», n. 6, 28 aprile 2020, consultabile alla pagina web <https://www.aisdue.eu/emanuela-pistoia-i-trattati-ue-e-il-via-libera-alluso-del-mes-senza-condizionalita/>, 55 ss., spec. 62, secondo la quale l'accesso al MES senza condizionalità non sia incompatibile con l'art. 136, par. 3, TFUE (ivi, 68).

¹⁴⁷ F. Salmoni, *L'insostenibile "leggerezza"*, cit., 301-302. Cfr., in merito, A. Mangia, *Il Trattato MES, la costituzione economica europea, le Costituzioni nazionali*, in A. Mangia (a cura di), *Mes. L'Europa e il Trattato impossibile*, Brescia, 2020, 46.

¹⁴⁸ Basti qui ricordare come l'iter che ha portato all'adozione del MES si sia svolto nell'arco di un biennio, che ha avuto il suo avvio nella riunione del Consiglio europeo del 28 e 29 ottobre 2010, quando i capi di Stato o di governo hanno convenuto sulla necessità che gli Stati membri istituissero un meccanismo perma-

5. *Il ruolo della Banca centrale europea e il «vuoto di potere» nell'Unione. L'Europa che «non fait et non fait faire»*

La soluzione più naturale è quella di un ruolo più attivo della BCE, la quale, alla stregua di ogni altra banca centrale, dovrebbe intervenire (con strumenti interni e non esterni all'Unione) a sostenere (stampando moneta ed emettendo titoli)¹⁴⁹ le politiche che gli Stati ritengono necessarie per affrontare le crisi socio-economiche, come quella legata al coronavirus¹⁵⁰.

E ciò anche in considerazione del fatto che la sanità non è una specifica competenza dell'Unione, come sottolinea la dottrina¹⁵¹, la quale richiama tale aspetto per giustificare l'inadeguatezza dell'intervento dell'Unione con riferimento al Covid-19. Una tale osservazione mette in chiaro il paradosso in cui si trovano gli Stati nazionali: hanno la competenza ad intervenire in materia sanitaria senza che però possano esercitarla, in quanto gli Stati membri hanno perso di fatto totalmente tale potere ed è l'Unione ad avere competenza esclusiva nel settore della politica monetaria per gli Stati membri la cui moneta è l'euro¹⁵², ma la BCE non agisce come una banca centrale, alla stregua di tutte le altre banche centrali.

Sotto tale profilo, si deve ricordare che l'art. 123 TFUE vieta alla BCE e alle banche centrali degli Stati membri di concedere scoperti di conto o qualsiasi altra forma di facilitazione creditizia alle autorità e agli organismi di diritto pubblico dell'Unione e degli Stati membri nonché di acquistare direttamente, presso questi ultimi, titoli del loro debito¹⁵³. L'art. 124 TFUE vieta qualsiasi misura che offra all'Unione o agli Stati membri forme di accesso privilegiato alle istituzioni finanziarie¹⁵⁴.

Inoltre, come ha chiarito la stessa Corte europea, sebbene l'art. 122, par. 1 del TFUE preveda che il Consiglio possa decidere, «in uno spirito di solidarietà tra gli Stati membri, le misure adeguate alla situazione economica, in particolare qualora

nente di gestione delle crisi per salvaguardare la stabilità finanziaria della zona euro nel suo insieme (meccanismo che poi sarebbe diventato il MES) e che, come visto sopra, si è concluso con la sua entrata in vigore, inizialmente prevista per il 1 luglio 2013, poi anticipata al 27 settembre 2012 e, infine, all'8 ottobre 2012. Per una sintesi dell'iter in questione si veda Corte di giustizia UE, sentenza 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Pringle*, cit., para. 5 ss.

¹⁴⁹ La BCE ha il diritto esclusivo di autorizzare l'emissione dell'euro ai sensi dell'art. 128, par. 1, TFUE. Ad oggi, la BCE si è limitata al lancio del programma straordinario di acquisto di titoli negoziabili pubblici e privati, il *Pandemic Emergency Purchase Programme* (PEPP). Per approfondimenti su tale iniziativa si veda E. Pistoia, *I Trattati UE*, cit., 66 (ivi ulteriori riferimenti di dottrina).

¹⁵⁰ Sul sistema «asimmetrico» che – nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione – attribuisce la politica monetaria all'esclusiva competenza della BCE e conserva la sovranità degli Stati membri nella politica economica e di bilancio si veda F. Donati, *Crisi dell'euro*, cit., 2.

¹⁵¹ E. Triggiani, *L'Unione europea alla sfida decisiva*, cit., 7.

¹⁵² Cfr. Corte di giustizia UE, sentenza 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Pringle*, cit., para. 50 e 94.

¹⁵³ Cfr. Corte di giustizia UE, sentenza 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Pringle*, cit., par. 123.

¹⁵⁴ F. Donati, *Crisi dell'euro*, cit., 3.

sorgano gravi difficoltà nell'approvvigionamento di determinati prodotti, in particolare nel settore dell'energia», tale disposto tuttavia «non rappresenta un fondamento giuridico adeguato per un'eventuale assistenza finanziaria dell'Unione agli Stati membri che già si trovano o rischiano di trovarsi in gravi problemi finanziari»¹⁵⁵.

Nulla peraltro impedisce al Consiglio di agire e di prestare assistenza finanziaria con strumenti di finanziamento alternativi al MES e interni all'Unione. Come osserva ancora la Corte, infatti, ai sensi dell'art. 122, par. 2 TFUE, «il Consiglio può concedere, a determinate condizioni, una siffatta assistenza allo Stato membro che si trovi in difficoltà o che sia seriamente minacciato da gravi difficoltà a causa di calamità naturali o di circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo». In base a tale disposto (art. 122, par. 2) è stato istituito il Meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria (MESF)¹⁵⁶, poi sostituito dal MES, il quale «non incide sull'esercizio da parte dell'Unione della competenza attribuita da detta disposizione del Trattato FUE»¹⁵⁷.

In sintesi, invertendo una frase di Jean Monnet, che teorizzava una Europa che *non fait, fait faire*, possiamo affermare che oggi «l'Europa *non fait et non fait faire*»¹⁵⁸. Le recessioni economiche sono sempre state affrontate dagli Stati con tre misure: manovra monetaria, espansione del debito e aiuti alle imprese o/e loro pubblicizzazione. Gli Stati membri dell'Unione europea hanno perso in tutto o in parte la disponibilità di queste misure senza che il corrispondente potere sia stato assunto in misura significativa dall'Unione. Nell'Unione europea vi è «un vuoto di potere superiore a quello che già hanno tutti gli Stati per la difficoltà a controllare la finanza internazionale»¹⁵⁹.

6. *La solidarietà dell'Unione come valore "sulla Carta"*

Il tentativo di fare ricorso al MES manifesta ancora di più l'esigenza (significativa quanto ingiustificata), avvertita da quei Paesi nordici, di risolvere le crisi socioeconomiche attraverso meccanismi intergovernativi, piuttosto che eurouni-

¹⁵⁵ Corte di giustizia UE, sentenza 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Pringle*, cit., para. 115-116.

¹⁵⁶ F. Donati, *Crisi dell'euro*, cit., 3.

¹⁵⁷ Corte di giustizia UE, sentenza 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Pringle*, cit., para. 118-119.

¹⁵⁸ Così G. Rossi, *La questione europea*, in *Astrid Rassegna*, n. 12 del 2016, par. 1.

¹⁵⁹ G. Rossi, *La questione europea*, cit., par. 1, il quale inoltre osserva che «[l']Unione Europea, seguita in ciò pedissequamente dalle Autorità nazionali della concorrenza, impedisce la formazione di "campioni nazionali", di imprese pubbliche o privati che acquisiscano dimensioni capaci di affrontare la concorrenza globale, ma non ne crea dei propri».

tari, pur rientrando (almeno “sulla carta”) la solidarietà tra i valori che sostengono il modello di società europea derivante dai trattati¹⁶⁰.

Sotto tale profilo, come chiaramente affermato dall'Avvocato generale Bot, «la solidarietà è uno dei valori principali dell'Unione e si trova anzi alle basi di quest'ultima». Egli poi si «pone la questione di come sia possibile approfondire la solidarietà fra i popoli dell'Europa e concepire un'unione sempre più stretta fra tali popoli, come auspica il preambolo del Trattato UE, senza una solidarietà fra gli Stati membri quando uno di essi si trovi a fronteggiare una situazione di emergenza» e aggiunge che «[i]n un caso del genere, viene toccata la quintessenza di quello che costituisce al contempo la ragion d'essere e la finalità del progetto europeo»¹⁶¹.

L'esigenza di solidarietà, già affermata nel Trattato di Roma, sembra rimanere al centro del processo di integrazione anche dopo il Trattato di Lisbona, ancorché molteplici disposizioni sembrino attenuarne la portata.

In primo luogo, la solidarietà non risulta formalmente nell'elenco dei valori fondanti dell'Unione (art. 2, Trattato sull'Unione europea, TUE)¹⁶²; in secondo luogo, essa non può costituire un adeguato fondamento giuridico per decisioni del Consiglio *ex art.* 122, par. 1 TFUE per l'assistenza finanziaria di Stati in difficoltà¹⁶³. Inoltre, l'art. 125 TFUE prevede la c.d. «clausola di non salvataggio» (o «*no bail out*»)¹⁶⁴, secondo cui l'Unione o uno Stato membro «non risponde né si fa carico degli impegni» di un altro Stato membro, ancorché la Corte di giustizia UE interpreti tale disposto nel senso che esso non sia diretto a vietare all'Unione e agli Stati membri la concessione di qualsiasi forma di assistenza finanziaria ad un altro Stato membro¹⁶⁵.

¹⁶⁰ Corte di giustizia UE, Conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi presentate il 27 febbraio 2014, causa C574/12, *Centro Hospitalar de Setúbal e SUCH*, par. 40, il quale rileva che «la solidarietà è espressamente riconosciuta nell'articolo 2 TUE come uno dei valori che caratterizzano il modello di società europeo»; nonché Conclusioni dell'Avvocato generale Wahl presentate il 30 aprile 2014, causa C-113/13, *Azienda Sanitaria Locale N. 5 «Spezzino» et al.*, par. 64. Si veda, inoltre, G. Pastori, *Le cittadinanze amministrative*, in A. Bartolini, A. Pioggia (a cura di), *Le cittadinanze amministrative. Percorsi e prospettive dell'amministrazione tra diritti e doveri a 150 anni dalle leggi di unificazione amministrativa*, Firenze, 2016, 429 ss., spec. 431.

¹⁶¹ Conclusioni dell'Avvocato generale Bot presentate il 26 luglio 2017, cause C643/15 e C647/15, *Repubblica slovacca e Ungheria c. Consiglio*, par. 17.

¹⁶² Conclusioni dell'Avvocato generale Bot presentate il 26 luglio 2017, cause C643/15 e C647/15, *Repubblica slovacca e Ungheria c. Consiglio*, par. 19. Cfr., in merito, G. Tesauro, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2018, 21. Si veda, inoltre, L.S. Rossi, *Il valore giuridico dei valori. L'Articolo 2 TUE: relazioni con altre disposizioni del diritto primario dell'UE e rimedi giurisdizionali*, in *Federalismi.it*, n. 19 del 2020, iv ss.

¹⁶³ Corte di giustizia UE, sentenza 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Pringle*, cit., para. 115-116. Il riferimento allo «spirito di solidarietà» di cui al par. 1 dell'art. 122 TFUE non si rinviene, invece, nel par. 2 del medesimo disposto, laddove, come visto sopra, il Consiglio «può concedere a determinate condizioni un'assistenza finanziaria dell'Unione allo Stato membro interessato».

¹⁶⁴ Su tale clausola si veda M.L. Tufano, *Il principio del no bail-out nel diritto comunitario*, in *Dir. Un. eur.*, 2002, 505 ss.

¹⁶⁵ Corte di giustizia UE, sentenza 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Pringle*, cit., par. 130.

La *ratio* dell'art. 125 TFUE è quella di garantire che gli Stati membri rispettino una politica di bilancio virtuosa. Infatti, «il divieto stabilito all'articolo 125 TFUE garantisce che gli Stati membri restino soggetti alla logica del mercato allorquando contraggono debiti, la quale deve spingerli a mantenere una disciplina di bilancio»¹⁶⁶. È pertanto evidente che la solidarietà tra Unione e Stati membri e tra Stati membri assume una portata ambigua, in quanto, non solo essa non è adeguatamente affermata dai Trattati (nel senso che sembra assumere un valore eminentemente politico o programmatico), ma sembra essere persino vietata¹⁶⁷.

A tal proposito, il MES non si sottrae a questa logica, poiché non sembra ispirarsi affatto a ragioni di solidarietà¹⁶⁸, trattandosi di un rapporto sinallagmatico debitore-creditore¹⁶⁹, cosicché nella concessione di un'assistenza finanziaria da parte di uno o più Stati membri ad uno Stato membro, questo «resta responsabile dei propri impegni nei confronti dei suoi creditori»¹⁷⁰.

Il MES non si fa garante dei debiti dello Stato membro beneficiario, il quale ultimo resterà responsabile, nei confronti dei “propri” creditori, dei “propri” impegni finanziari¹⁷¹. Si tratta quindi di una logica molto lontana da una mutua assistenza e solidarietà tra Unione e Stati e tra Stati stessi¹⁷²; ciò in quanto vi è un «obiettivo superiore» da raggiungere (vale a dire il mantenimento della stabilità finanziaria dell'Unione monetaria), e la concessione di un'assistenza finanziaria «avrebbe l'effetto di pregiudicare lo stimolo dello Stato membro beneficiario di tale assistenza a condurre una politica di bilancio virtuosa»¹⁷³.

La solidarietà è, tuttavia, espressamente richiamata nel Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea quale parte dei «valori indivisibili e universali» sui quali l'Unione si fonda¹⁷⁴. Inoltre, l'art. 3, par. 3, TUE, precisa

¹⁶⁶ Corte di giustizia UE, sentenza 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Pringle*, cit., par. 135.

¹⁶⁷ F. Donati, *Crisi dell'euro*, cit., 3; M. Bursi, *L'emissione dei Coronabond alla luce dei Trattati*, cit., 11-12; L. Barra Caracciolo, Intervento sul MES del 27 aprile 2020, disponibile su <https://www.youtube.com/watch?v=B2i15ISjmxI>.

¹⁶⁸ Cfr., sul punto, G. Napolitano, *Il Meccanismo europeo di stabilità*, cit., 463.

¹⁶⁹ Cfr., sul punto, F. Donati, *Crisi dell'euro*, cit., 2-3; A. Schillaci, *Dalla crisi economica alla crisi democratica*, cit., 18. Su tale profilo si sofferma anche L. Barra Caracciolo, Audizione delle Commissioni riunite Bilancio e Politiche dell'Unione europea sul funzionamento del MES e sulle prospettive di riforma, Camera dei Deputati, 9 dicembre 2019, disponibile alla seguente pagina web https://www.camera.it/leg18/1132?shadow_primapagina=10034.

¹⁷⁰ Corte di giustizia UE, sentenza 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Pringle*, cit., par. 137.

¹⁷¹ Corte di giustizia UE, sentenza 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Pringle*, cit., par. 138.

¹⁷² Non solo. Ricorrendo al MES, la sovranità economica e finanziaria risulta irrimediabilmente compressa, poiché allo Stato che «beneficia» di tale forma di assistenza finanziaria è imposto l'assoggettamento «a rigorose, quanto invasive, misure eteronome»: G.M. Roberti, *Crisi del debito sovrano*, cit., 225. In tali casi, lo Stato cede – su base contrattuale e in via «provvisoria» – una parte della propria sovranità alla istituzione finanziaria internazionale interessata, dietro la prestazione di assistenza economica: così S. Caldarelli, *La sovranità statale*, cit., 257.

¹⁷³ Corte di giustizia UE, sentenza 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Pringle*, cit., para. 135-136.

¹⁷⁴ Conclusioni dell'Avvocato generale Bot, cit., par. 19.

che l'Unione promuove non solo «la solidarietà tra le generazioni», ma anche «la solidarietà tra gli Stati membri»¹⁷⁵. Si è osservato, pertanto, come la solidarietà continui a far parte di un insieme di valori e principi che costituisce «la base della costruzione europea»¹⁷⁶. Alla solidarietà sembra ispirarsi anche il *Piano per la ripresa* elaborato dalla Commissione europea il 27 maggio 2020¹⁷⁷.

Ciononostante, durante l'emergenza legata al Covid-19, a sostenere l'Italia nell'affrontare la difficile crisi socioeconomica e sanitaria che la vede come il Paese più colpito in Europa dalla pandemia¹⁷⁸ non è stata l'Unione europea¹⁷⁹, bensì Stati al di fuori dell'Unione, come l'Albania e la Russia, e addirittura al di fuori

¹⁷⁵ Conclusioni dell'Avvocato generale Bot, cit., par. 19.

¹⁷⁶ Conclusioni dell'Avvocato generale Bot, cit., par. 19. Cfr., in merito, G. Tesaro, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, cit., 21. Si veda, inoltre, B. Favreau, *La Charte des droits fondamentaux: pourquoi et comment?*, in B. Favreau (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le traité de Lisbonne*, Bruxelles, 2010, 3 ss., spec. 13; R. Bieber, F. Maiani, *Sans solidarité point d'Union européenne. Regards croisés sur les crises de l'Union économique et monétaire et du Système européen commun d'asile*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, n. 2 del 2012, 295 ss., i quali osservano che la nozione di «solidarietà» non è definita in nessun punto nei Trattati, ma ciononostante i trattati le attribuiscono una portata variabile in funzione del contesto – ora oggettivo o parametro per l'azione dell'Unione, ora valore di base, ora criterio degli obblighi che gli Stati membri hanno sottoscritto aderendo all'Unione. Il denominatore comune che lega le diverse espressioni della solidarietà nell'ambito dell'Unione consiste nel riconoscimento dell'esistenza di un «interesse comune», separato e separabile dalla somma degli interessi individuali.

¹⁷⁷ Commissione, COM(2020) 456 final, punto 4, 6 ss., in cui una parte (punto 4.3) viene dedicata ai diritti sociali e alla solidarietà, che comunque sembrano essere destinati a rimanere sullo sfondo o ad essere comunque recessivi (o «funzionali») rispetto al mercato. Il breve riferimento ai diritti sociali (e al Pilastro europeo) è trattato, in modo piuttosto breve, soltanto dopo l'ampia analisi condotta nei punti precedenti (4.1 e 4.2), avente ad oggetto, rispettivamente, il *Green Deal* dell'Unione e la transizione al digitale, visti come fattori di crescita su cui l'Unione deve puntare per la ripresa.

¹⁷⁸ Cfr. Comunicazione della Commissione, *Risposta economica coordinata all'emergenza COVID-19*, COM(2020) 112 final, 13 marzo 2020, punto 1, 1.

¹⁷⁹ Non comprendiamo quale sia la «quantità impressionante di iniziative [...] immediatamente attivate» dalle istituzioni dell'Unione per fronteggiare l'emergenza sanitaria e quella economica determinata dal coronavirus a cui fa riferimento la dottrina: E. Pistoia, *I Trattati UE*, cit., 55. Come ricorda S. Cafaro, *Intervento*, cit., l'Unione si sveglia solo il 16 marzo 2020, quando ormai l'emergenza pandemica ha raggiunto tutti gli Stati membri e milioni di cittadini dell'Unione. Un intervento, dunque, chiaramente non tempestivo, tant'è che autorevole dottrina – G. Tesaro, *Intervento al Convegno Il principio di solidarietà e il ruolo dell'Unione europea nell'emergenza coronavirus*, 29 aprile 2020, cit. – osserva come la burocrazia dell'Unione si sia dimostrata – nella gestione dell'emergenza pandemica – del tutto inefficiente, mettendo in evidenza l'inutilità di organi come il Consiglio europeo e l'Eurogruppo, che non fanno altro che appesantire e aggravare il procedimento decisionale, specie nelle situazioni come quella legata alla gestione della crisi socioeconomica causata dal COVID-19, le quali invece impongono l'adozione di decisioni rapide e snelle. Una criticità, questa, osserva ancora l'illustre studioso, che non è lontana dalla burocrazia nazionale (italiana), oggetto – aggiungiamo noi – di ripetute riforme e sempre presente nelle agende politiche di tutti i governi (specialmente di quelli) post 1989. Il Tesaro ritiene così che si possano immaginare strumenti nuovi, come un decreto legge europeo, per fronteggiare situazioni che impongono un'azione più tempestiva dell'Unione. Il ritardo con cui è intervenuta l'Unione è sottolineato anche da C. Beaucillon, *International and European Emergency Assistance to EU Member States in the COVID-19 Crisis: Why European Solidarity Is Not Dead and What We Need to Make It both Happen and Last*, in *European papers*, 25 April 2020, 1-2, consultabile alla pagina web <http://www.europeanpapers.eu/en/europeanforum/>.

dell'Europa, come la Cina e Cuba¹⁸⁰. Proprio in virtù del principio di solidarietà, che non può dipendere (e non dipende) da una predisposizione morale, ma è un dovere normativo¹⁸¹, tali aiuti avrebbero dovuto essere assicurati «più prontamente dai partner europei»¹⁸².

7. *Riflessioni conclusive sulla dis-integrazione dell'Unione europea e sul ritorno alla Costituzione*

L'approccio che tende a far prevalere, nella risoluzione delle crisi socioeconomiche le logiche intergovernative risulta coerente con le più generali e recenti tendenze, che «denotano un rallentamento dell'integrazione e una certa disillusione nei confronti del mercato unico»¹⁸³, nonché la incapacità dell'Unione di agire con strumenti democratici adeguati¹⁸⁴ e come «attore geopolitico comune»¹⁸⁵, soprattutto nelle situazioni di crisi¹⁸⁶, quando a prevalere sono (ma non dovrebbero essere) «tentazioni di nazionalismo economico»¹⁸⁷. E tali tentazioni non sono destinate a venire meno a seguito della elaborazione di approcci comuni in sede europea (come quello di cui al regolamento (UE) 2019/452, in materia di controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione europea), i quali richiedono notevoli sforzi, presupponendo «la formazione di una visione politica condivisa che nell'Europa di oggi appare particolarmente difficile da raggiungere»¹⁸⁸.

¹⁸⁰ Cfr. C. Beaucillon, *International and European Emergency Assistance*, cit., 1-2, la quale rileva come «Italy's appeal for help initially going unanswered by its European partners», essendo tale inerzia e totale assenza di risposta dell'Unione compensata soltanto da «influx of emergency aid from third countries».

¹⁸¹ In argomento, si veda A. Bosio, S. Dellavalle, *Crisi e ridefinizione della sovranità*, cit., 146, i quali, muovendo dalla prospettiva del paradigma comunicativo dell'ordine sociale – sviluppato da Karl-Otto Apel e Jürgen Habermas – come fondamento teorico adeguato per la riconcettualizzazione della sovranità in chiave solidaristica, osservano come la solidarietà non dipenda da una predisposizione morale, ma sia un dovere normativo, necessario a garantire le condizioni di base dell'interazione umana, né essa presupponga l'esistenza – empiricamente indimostrabile – di una comunità globale di tutti gli esseri umani la quale condivida *ex ante* interessi e valori.

¹⁸² Così F. Fracchia, *Coronavirus*, cit., 580.

¹⁸³ Comunicazione della Commissione, *Europa 2020: una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, COM(2010) 2020 def., del 3 marzo 2010, par. 3.1.

¹⁸⁴ Come è stato osservato, «l'adozione di un approccio intergovernativo finisce sempre per comportare una limitazione del principio di democrazia poiché, in situazioni eccezionali che richiedono interventi in via d'urgenza, tale metodo generalmente limita di fatto il ruolo delle aule parlamentari ad una mera ratifica di scelte sostanzialmente già definite in altre sedi»: F. Donati, *Crisi dell'euro*, cit., 5.

¹⁸⁵ D. Ceccarelli Morolli, *Appunti di geopolitica*, Roma, 2018, 211.

¹⁸⁶ Come quelle legate alla pandemia COVID-19 (cfr. in merito F. Fracchia, *Coronavirus*, cit., *passim*) o, più in generale, all'economia e alla crisi dell'euro (cfr. sul punto E. Chiti, *Le risposte alla crisi*, cit., 311 ss.; E. Olivito, G. Repetto, *Perché pensare la crisi dell'U.E. in termini di conflitti costituzionali*, in *Costituzionalismo*, it, n. 3 del 2016, 6).

¹⁸⁷ Cfr., ancora, Comunicazione della Commissione, *Europa 2020*, cit., par. 3.1.

¹⁸⁸ Così G. Napolitano, *Il regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti: alla ricerca di una sovranità europea nell'arena economica globale*, in *Riv. reg. merc.*, n. 1 del 2019, par. 6, a cui si rinvia per un più

Non costituisce quindi un fatto notorio né un «elogio dell'ovvietà»¹⁸⁹ affermare che l'Unione europea attuale sia molto lontana da quello che avevano immaginato i «Padri Fondatori»¹⁹⁰, perché come ci ricorda Hegel, il noto, proprio in quanto tale, non è conosciuto¹⁹¹, perché siamo soliti darlo per scontato o perché rinunciamo a discuterne serenamente.

L'Unione europea è dominata – come dimostra chiaramente la crisi politica in corso – dalla Germania, la quale, dopo aver perso la II° guerra mondiale è diventata leader economico-commerciale¹⁹² e sta riducendo tutti gli altri Stati e persino la Banca centrale europea (e la Corte di giustizia UE¹⁹³) ad una condizione di subalternità¹⁹⁴, anche culturale¹⁹⁵.

È sempre più evidente che l'Unione europea non ha nulla a che vedere con il sogno kantiano di una pace perpetua, di un *foedus pacificum* di Stati fratelli e uniti sotto l'insegna di una federazione transnazionale¹⁹⁶.

Ecco dunque che – lontano da quel «nuovo e rinnovato contratto sociale» tra Unione e suoi cittadini da tempo auspicato dalla dottrina¹⁹⁷ e orfani di quegli statisti che diedero vita alle Comunità economiche europee dopo il secondo con-

approfondito esame dell'impatto geopolitico del regolamento (UE) 2019/452.

¹⁸⁹ A.L. Valvo, *L'Unione Europea e l'elogio dell'ovvietà*, in M. Marconi, P. Sellari (a cura di), *Verso un nuovo paradigma geopolitico. Raccolta di scritti in onore di Gianfranco Lizza*, II, Roma, 2015, 791 ss.

¹⁹⁰ Cfr. A. Lucarelli, *Le radici dell'Unione europea tra ordoliberalismo e diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Dir. pubbl. eur. - Rass. online*, numero speciale n. 1 del 2019, spec. 18.

¹⁹¹ «Das Bekannte überhaupt ist darum, weil es bekannt ist, nicht erkannt»: G.W.F. Hegel, *Fenomenologia dello spirito*, trad. it. a cura di V. Cicero, Milano, 1970, Prefazione.

¹⁹² Cfr. D. Ceccarelli Morolli, *Appunti di geopolitica*, cit., 211.

¹⁹³ Alludiamo alla nota sentenza del *BundesVerfassungsgericht* (BVG) del 5 maggio 2020, 2 BvR 859/15, che ha affermato che le decisioni della BCE sul programma di acquisto dei titoli di Stato (*Public Sector Purchase Programme*) ecceda il mandato della BCE, che invece era stato positivamente accertato dalla Corte di giustizia nel 2018 (sentenza 11 dicembre 2018, C-493/17, *Weiss e a.*).

¹⁹⁴ A.L. Valvo, *L'Unione Europea*, cit., 791; E. Chiti, *Le risposte alla crisi*, cit., 313; R. Perez, *Il Trattato di Bruxelles e il Fiscal compact*, in *Gior. dir. amm.*, n. 5 del 2012, 469 ss., spec. 473, la quale sottolinea la tendenza di Germania (e Francia) «a guidare la politica e la finanza europea, esercitando una leadership sugli altri Stati». Basti pensare alla proposta dell'economista tedesco Stelter (ma il pensiero è coerente con la linea seguita dal Governo tedesco e dalla Cancelliera Merkel) che «suggerisce» all'Italia di ricorrere ad un prelievo una tantum (c.d. patrimoniale) tra il 14 e il 20% sul risparmio privato, così l'Italia potrebbe, non solo finanziare le spese legate al coronavirus, ma potrebbe altresì ridurre il debito pubblico raggiungendo la soglia del 60%, diventando così un Paese virtuoso secondo i parametri UE. In sostanza, visto che l'Italia è il Paese ad avere il debito privato più basso rispetto ad altri (tra cui Germania, Olanda, Spagna, Francia), la soluzione non può che essere quella di far indebitare direttamente gli italiani, non gli altri Stati membri dell'Unione: <https://www.italiaoggi.it/news/una-patrimoniale-del-14-in-italia-piace-molto-in-germania-e-le-famiglie-italiane-resteranno-piu-ricche-2442840>.

¹⁹⁵ M. Luciani, Intervento al Convegno *La sentenza del 5 maggio 2020 della seconda Camera del Tribunale costituzionale federale tedesco (e le sue conseguenze)*, trasmesso via webinar il 26 maggio 2020, il quale osserva come la sentenza del Tribunale costituzionale tedesco del 5 maggio 2020 sia espressione di «imperialismo culturale».

¹⁹⁶ I. Kant, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, 1795, prima trad. it. dal tedesco di A. Masoni, *Per la pace perpetua. Progetto filosofico*, Milano, 1883.

¹⁹⁷ R. Miccù, *Proteggere la democrazia. Rinnovare il "contratto sociale" europeo*, in *Federalismi.it*, n. 3 del 2014, 2.

flitto mondiale¹⁹⁸ – si fa sempre più decisiva la tendenza ad un ritorno al diritto nazionale¹⁹⁹ e, dunque, anche inter-nazionale²⁰⁰, in antitesi rispetto a un originario percorso riconducibile a un modello costituzionale²⁰¹ di tipo federale²⁰².

Ciò è chiaramente dimostrato dall'emergenza legata al Covid-19, nella quale l'Italia ha chiesto e ottenuto assistenza *ad hoc* su base bilaterale a Paesi (soprattutto) terzi; si tratta di una classica opzione nel diritto internazionale pubblico²⁰³.

È evidente come la c.d. “*Brexit*” (determinata da fattori politici e non già economico-finanziari) non abbia rappresentato «l'occasione da cogliere per realizzare un'Europa che recuperi il progetto originario»²⁰⁴, ed è, dunque, pienamente condivisibile l'affermazione che «l'Europa non è mai stata così divisa come ora che è formalmente unita»²⁰⁵.

¹⁹⁸ Cfr. E. Triggiani, *L'Unione europea alla sfida decisiva*, cit., 9. L'interrogativo sul se le attuali classi politiche europee siano in grado di uscire da una logica non democratica verso quel nuovo stadio di sviluppo della democrazia (che, secondo il *BundesVerfassungsgericht* (BVG), *Lissabon Urteil*, par. 295, neppure il Trattato di Lisbona ha permesso di superare) è stato chiaramente sollevato dalla dottrina all'indomani della pronuncia della Corte tedesca nel 2009 (G.L. Tosato, *Integrazione europea al capolinea? A proposito del recente “Lissabon Urteil”*, in *Astrid on line*, 9 dicembre 2009, relazione al Seminario di Astrid su *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione europea*, svoltosi a Roma il 21 settembre 2009, 12 ss. Le relazioni e gli atti del Convegno sono consultabili alla seguente pagina web: http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/Rela/Relazioni_Seminario-BVG_21_09_09.pdf; V. Cerulli Irelli, *Verso un cauto rafforzamento delle istituzioni nazionali nella nuova fase del processo di integrazione europea*, *ivi*, 99 ss.) e rimane ad oggi un nodo irrisolto.

¹⁹⁹ Cfr. F. Fracchia, *Sovranismi*, cit., 1.

²⁰⁰ Come osserva D. Grimm, *La conquista del costituzionalismo*, cit., 156, secondo cui la maggiore «rilevanza» che deve essere riconosciuta allo Stato – dove il costituzionalismo incontra condizioni più favorevoli di legittimazione e responsabilità democratica – non può essere vista «soltanto come un appello alla restaurazione del tradizionale Stato nazionale», dovendo, al contrario, «l'internazionalizzazione della politica [...] essere portata avanti».

²⁰¹ S. Mangiameli, *Il sistema europeo: dal diritto internazionale al diritto costituzionale e ritorno?*, in *Dir. soc.*, n. 1 del 2016, 11 ss. e *passim*. Cfr., inoltre, E. Olivito, G. Repetto, *Perché pensare la crisi*, cit., 6, i quali sottolineano il «sostanziale fallimento del metodo comunitario».

²⁰² Lo sviluppo federale non sembra possibile con riguardo al fenomeno comunitario, in quanto il «federalismo è anche, e forse soprattutto, il processo di federalizzazione di una comunità politica», in cui il processo di federalizzazione si presenta come modello stabile e strutturato di valori, interessi e credenze, nel quale essi (valori, interessi e credenze) sono condivisi e controbilanciati da valori, interessi e credenze specifici, anche se territorialmente diffusi: C.J. Friedrich, *Trends of federalism in Theory and Practice*, New York, 1968, 3 ss. Il federalismo, nelle sue manifestazioni concrete, «implica dunque comunità di individui che condividono valori comuni ma che sono, al contempo, portatori di valori specifici»: A. Morrone, *Tendenze del federalismo in Europa dopo la crisi*, in G. Leone (a cura di), *Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte*, II, Napoli, 2019, 1069 ss., spec. 1072. È evidente come il *foedus* mediante il quale ordinamenti di comunità diverse dovrebbero integrarsi e che trova la sua sanzione giuridica in una costituzione non si riscontri con riguardo al fenomeno dell'integrazione comunitaria.

²⁰³ C. Beaucillon, *International and European Emergency Assistance*, cit., 7.

²⁰⁴ Come auspicato da S. Romano, *Guerre, debiti e democrazia. Breve storia da Bismarck a oggi*, Roma-Bari, 2017, XIX ss.

²⁰⁵ D. Ceccarelli Morolli, *Appunti di geopolitica*, cit., 211.

Autorevoli studiosi²⁰⁶ hanno recentemente osservato come i tempi non siano ancora maturi per una Unione politica. Una soluzione potrebbe essere quella della cooperazione rafforzata, una Unione a due (o più) velocità, soprattutto per quel che riguarda il processo decisionale. Ma una tale soluzione potrebbe, a nostro avviso, solo ritardare, ma non impedire, almeno nel medio-lungo periodo, il processo di dis-integrazione (in corso) dell'Unione, la fine dell'Europa unita, venendo così a minare il noto imperativo «nessuno deve rimanere indietro!»²⁰⁷ o il motto «uniti nella diversità»²⁰⁸.

La crisi socioeconomica legata al coronavirus ha dimostrato come in uno stato patologico profondo non si trovino i popoli d'Europa (nonostante molti cittadini siano stati colpiti dal virus), bensì la stessa Unione europea, la quale già da molti anni alimenta una «infezione euroscettica»²⁰⁹ degenerativa, debitamente certificata – *in primis* – dalla Germania e dalla sua Corte costituzionale²¹⁰, che da sempre cerca di prendere le distanze dalla Corte di giustizia e dalla giurisprudenza sul primato incondizionato del diritto dell'Unione²¹¹.

²⁰⁶ G. Tesauro, Intervento, cit., il quale richiamando il carteggio tra un «gentiluomo napoletano» (Renato Giordano, scomparso prematuramente nel 1960) e Jean Monnet, notava come gli umori degli italiani sul progetto di integrazione europea oltre la CECA non avessero connotati positivi, in quanto molti erano tutt'altro che entusiasti verso il processo d'integrazione e disponibili al rafforzamento delle competenze dell'Unione; molti settori restarono, così, di competenza degli Stati nazionali (come la sanità). Il riferimento è, più specificamente, a R. Giordano, *La formazione dell'Europa comunitaria. Lettere a Jean Monnet (1955-1959)*, a cura di F. Attal, Manduria, 1997. Si veda, inoltre, D. Grimm, *La conquista del costituzionalismo*, cit., 155, secondo cui una democrazia che non sia privata del suo elemento partecipativo e includa i presupposti sociali, segnatamente la possibilità di un dibattito pubblico vitale, è difficilmente realizzabile all'interno dell'Unione europea. Più di recente, si veda M. Luciani, Intervento al Convegno del 26 maggio 2020, cit.

²⁰⁷ Si veda, ad es., tra i documenti più recenti, Comunicazione della Commissione, *Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare. Per un'Europa più pulita e più competitiva*, COM(2020) 98 final, 11 marzo 2020, 2, par. 1.

²⁰⁸ Sul motto dell'Unione «uniti nella diversità» come formula che non esprime – nell'ambito dello *euro-pean process* – una condizione di equilibrio, ma copre, «in maniera goffa, una serie di contraddizioni evidenti» si veda A. Morrone, *Tendenze del federalismo*, cit., 1081.

²⁰⁹ Tale espressione appartiene a G.L. Tosato, *Integrazione europea al capolinea?*, cit., 19.

²¹⁰ Alludiamo al fallimento del Trattato costituzionale del 2004 e alla nota sentenza del *BundesVerfassungsgericht* (BVG) del 30 giugno 2009, *Lissabon Urteil*, nella quale in numerosi passaggi (par. 229 e altri numerosi) l'Unione è qualificata come *Staatenverbund*, vale a dire un ente di collegamento tra Stati – che si limita a coordinare le attività fra Stati sovrani – e non come un ente che ne incorpori gli ordinamenti in un nuovo sistema federale: E. Cannizzaro, *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, Torino, 2014, 311. La Corte federale tedesca ha, così, fatto ricorso ad una figura giuridica che evoca una perdurante centralità degli Stati ed una relativa debolezza del vincolo «associativo»: così M. Luciani, *Il Bundesverfassungsgericht e le prospettive dell'integrazione europea*, in *Astrid on line*, 9 dicembre 2009, relazione al Seminario di Astrid su *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione europea*, cit., 21 ss., spec. 21. Sul punto si veda, altresì, V. Cerulli Irelli, *Verso un cauto rafforzamento*, cit., 99-100; E. Chiti, *Le risposte alla crisi*, cit., 314. Più di recente si pensi alla nota sentenza del *BundesVerfassungsgericht* (BVG) del 5 maggio 2020, sul programma di acquisto dei titoli di Stato (PSPP) da parte della BCE, sopra richiamata.

²¹¹ Così E. Olivito, *Atto primo*, cit., 1 ss.

Bisognerebbe, pertanto, solo prendere atto del fallimento del processo d'integrazione europea, tenuto artificialmente in vita surrogando la manifesta «incompiutezza» di un interesse comune «con l'assoggettamento sempre più intenso e addirittura parossistico a un comune diritto (oltretutto di dubbia condivisione generale)»²¹². E qui, si badi, non è questione di sovranismo (nella sua accezione negativa) o anti-europeismo, ma di «ragionevolezza, realismo e deferenza per le tradizioni del costituzionalismo»²¹³.

I cittadini italiani (ma non solo) cedendo la sovranità, di cui sono titolari, ricevono non già protezione e diritti sociali, ma *austerità* e richieste di sacrifici. Si tratta di una cessione (di sovranità) ormai divenuta senza senso²¹⁴, in quanto l'Unione europea non è, come noto, uno Stato²¹⁵ (ed è priva di una costituzione)²¹⁶

²¹² M. Luciani, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3 del 2016, 3, il quale precisa che si tratta di *incompiutezza* e non di *assenza* di un interesse comune (ivi, nota 10). Nel processo d'integrazione dell'Unione manca una compiuta legittimazione democratica a causa dell'inesistenza di un *demos* costituente e legittimante europeo, e cioè l'identità socio-linguistica e pre-politica della comunità. Solo a tali condizioni i pubblici poteri possono legittimamente esercitare il loro potere. Tale potere (e il relativo esercizio) è dunque legittimo solo se deriva dalla volontà libera e riflessiva di coloro che a tale potere sono soggetti: D. Grimm, *The Constitution in the Process of Denationalization*, in *Constellations*, vol. 12, n. 4 del 2005, 447 ss. Si veda, inoltre, A. Bosio, S. Dellavalle, *Crisi e ridefinizione della sovranità*, cit., 134-135. Altra dottrina sottolinea che «i diritti non nascono dalle Carte» (a proposito della c.d. «Europa dei diritti») e osserva, inoltre, come nelle istituzioni dell'Unione manchi del tutto il *conflitto sociale*, cioè «il cuore stesso del costituzionalismo del '900»: R. Bin, *Nuove strategie*, cit., 5-6. Su tale profilo, si veda, più diffusamente, M. Dani, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova 2013.

²¹³ Come ha autorevolmente sottolineato M. Luciani, *Il Bundesverfassungsgericht*, cit., 22, così come molti altri autorevoli costituzionalisti e amministrativisti.

²¹⁴ La cessione di sovranità – e dunque la perdita di centralità degli Stati e delle Costituzioni nazionali – all'Unione europea è avvenuta mediante una rinuncia volontaria degli Stati ai loro diritti sovrani; una tale rinuncia è potuta accadere «perché [gli Stati] si aspettavano un contraccambio da ciò: l'incremento della loro capacità di risolvere problemi in circostanze che non possono più essere risolte sul piano nazionale in modo soddisfacente»: così D. Grimm, *La conquista del costituzionalismo*, cit., 148, il quale sottolinea come, nonostante gli Stati prendano parte ai processi decisionali delle organizzazioni internazionali che ora esercitano i diritti di sovranità loro affidati, non vi è in questo «alcuna compensazione per la perdita di legittimazione e di limitazione del potere pubblico che la costituzione assicurava» (*ibidem*).

²¹⁵ In merito, si veda, tra gli altri, V. Cerulli Irelli, *Verso un cauto rafforzamento*, cit., 100; D. Grimm, *La conquista del costituzionalismo*, cit., 149-150.

²¹⁶ Nonostante taluni autori e la Corte di giustizia UE definiscano i trattati dell'Unione come la *costituzione dell'Unione europea*, una tale tesi non appare sostenibile, per le ragioni che possono essere sintetizzate con le parole di D. Grimm, *La conquista del costituzionalismo*, cit., 150: «[a] differenza delle costituzioni, i trattati non sono il risultato dell'autodeterminazione del popolo o di una società, sui fini e la forma della loro unità politica. L'Unione Europea non dà a se stessa le proprie fondamenta giuridiche. Queste le sono assegnate dagli Stati membri, che li pattuiscono per mezzo di accordi internazionali. Di conseguenza, i trattati sono privi di un'origine democratica». Tale autorevole studioso precisa, inoltre, che l'assenza di democraticità dei trattati dell'Unione «non li rende illegittimi», ma «la loro legittimità non è democratica, come quella assicurata dalla costituzione all'interno dello Stato» (*ibidem*). E neppure i cittadini dell'Unione – aggiunge l'A. – prendono parte all'istituzione dei fondamenti giuridici dell'Unione; essi «non danno mandato ad una convenzione costituzionale, e nemmeno decidono sul testo attraverso un referendum» (*ibidem*). Tale posizione è ribadita dall'A. anche più di recente: Id., *Constitutionalism: Past – Present – Future*, in F. Lanchester (a cura di), *Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell'Europa*, cit., 1 ss., laddove si ribadisce la differenza tra *costituzionalizzazione* (*constitutionalization*) e *giuridicizzazione* (*legalization*) (ivi, spec. 9 ss.); Id., *Constitutionalism: Past – Present – Future*, Oxford, 2016. In

e probabilmente non lo sarà mai; e, in ogni caso, se l'approccio è quello delle iniziative descritte nel presente lavoro non può dirsi neppure che si candidi a diventarlo. La cessione di sovranità, pertanto, passa dallo "Stato" direttamente al "mercato", il quale diventa a sua volta sovrano²¹⁷.

Neppure il processo di integrazione può continuare a reggersi sulla ormai inconsistente narrazione che «*L'Europe se fera dans les crises*»²¹⁸ e che l'Europa «vive di crisi»²¹⁹, che la crisi è un elemento connaturale all'Unione per il fatto di essere questa, sin dall'origine, «un ideale senza modello»²²⁰, un «sistema in evoluzione e dotato di [...] caratteristiche di precarietà [che] ha bisogno delle crisi per svilupparsi»²²¹. Si tratta di un metodo di integrazione che «non è stato e non è pri-

argomento, si veda altresì R. Bin, *Nuove strategie*, cit., 9, il quale sottolinea come le moderne «carte costituzionali» non abbiano «nessuna equivalenza con le "carte dei diritti" che si stipulano "a freddo" in sede internazionale, così come il diritto costituzionale non è equivalente al diritto internazionale». Egli sottolinea come ciò non possa essere considerato «soltanto come "fatto storico", ininfluenza sull'interpretazione giuridica».

²¹⁷ Sulla graduale erosione della sovranità statale da parte di soggetti sovranazionali, internazionali e transnazionali (tanto pubblici quanto privati) si veda, senza pretesa di completezza, A. Predieri, *Le norme tecniche come fattore di erosione e di trasferimento di sovranità*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, IV, Modena, 1996, 1413 ss., spec. 1443 ss.; M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle Costituzioni*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, II, Padova, 1998, 731 ss.; G. Silvestri, *La parabola della sovranità. Ascesa declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 3 ss.; G. Guarino, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Quad. cost.*, 1992, 21 ss., spec. 32, il quale osserva che privandosi dei «poteri di più diretto intervento nella economia, lo Stato diviene non-Stato». Più di recente si veda A. Lucarelli, *Le radici dell'Unione europea*, cit., 19; A. Bosio, S. Dellavalle, *Crisi e ridefinizione della sovranità*, cit., 127 ss.; F. Rimoli *Il colpo di Stato*, cit., 1211 ss. A. Morrone, *Tendenze del federalismo*, cit., 1080 ss.; Id., *Teologia economica v. teologia politica? Appunti su sovranità dello Stato e «diritto costituzionale globale»*, in *Quad. cost.*, 2012, 829 ss.; Id., *Globalizzazione e trasformazioni del diritto costituzionale*, in A. Zanotti (a cura di), *Quale futuro dopo la democrazia?*, Bologna, 2017, 91 ss. Sull'erosione della sovranità statale ad opera dei corpi intermedi si veda Santi Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1910, 87 ss.

²¹⁸ Si tratta, come noto, di una citatissima affermazione di Jean Monnet, il quale ebbe modo di rilevare che «*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*»: J. Monnet, *Mémoires*, Paris, 1976, 488. Bisogna comunque rilevare che la prospettiva da cui muoveva Monnet era molto diversa da quella attuale. Chi ha studiato il suo pensiero in modo approfondito ha osservato come a Monnet importasse «*comprendre la réalité des crises*» e «*d'être créateur de solutions en faisant prendre conscience aux gens de leur intérêt commun*». Egli non ha mai «[...] Oublie [...] d'inclure l'aspect social dans la réflexion économique»: G. Grin, *Jean Monnet et les crises européennes*, in *Construction européenne. Crises et relances*, a cura della Fondation Jean Monnet pour l'Europe (Lausanne), Paris, 2009, 27 ss., spec. 42, a cui si rinvia per approfondimenti sulla figura di Jean Monnet. Probabilmente anche lo stesso Monnet oggi, nonostante la sua nota «*patience*», alla luce dello sviluppo successivo del processo d'integrazione del fenomeno comunitario, non potrebbe che rilevare che quell'interesse comune di cui Egli parlava sia rimasto – nonostante gli sforzi fatti e i sacrifici richiesti ai popoli europei – largamente incompiuto, così come sia fallito il tentativo di «*éradiquer l'esprit de supériorité et de domination*» degli Stati nazionali attraverso l'integrazione europea, che Egli poneva a fondamento della sua visione e filosofia di azione (*op. ult. cit.*, 43); spirito di superiorità e di dominazione che, anzi, si va sempre più chiaramente riaffermando proprio di fronte alle crisi (come quelle recenti legate all'immigrazione, alla situazione economico-finanziaria, fino alla più recente crisi legata alla pandemia).

²¹⁹ S. Cassese, «*L'Europa vive di crisi*», in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 779 ss.

²²⁰ L. Torchia, *In crisi per sempre? L'Europa fra ideali e realtà*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3 del 2016, 617 ss., spec. 617.

²²¹ S. Cassese, «*L'Europa vive di crisi*», cit., 785. Alla stessa logica viene ricondotto il MES, configurato come espressione di «costituzionalizzazione implicita dell'Unione» determinata dalla emergenza finanziaria: così

vo di costi»²²² e conferma il carattere essenzialmente antidemocratico dell'Unione europea²²³. Una retorica oggi non più sostenibile, in quanto manca il dato empirico e la dimostrazione, anche scientifica, dell'efficacia e dell'utilità di tale metodo e dei benefici che tale processo apporta ai popoli europei.

Di fronte alle crisi, ancora una volta sono gli Stati nazionali (e dunque la sovranità) il primo e unico vero baluardo a difesa dei cittadini. Non si deve guardare «oltre lo Stato»²²⁴ o puntare al superamento della sovranità dello Stato nazionale, inteso come concetto inutile sotto il profilo epistemologico²²⁵. Non esiste una cittadinanza globale²²⁶, né un unico sistema giuridico universale (*civitas maxima*) al cui vertice porre il diritto internazionale e del quale fanno parte i singoli Stati²²⁷; esiste, invece, il diritto *inter*-nazionale, che presuppone proprio gli

G. Napolitano, *Il Meccanismo europeo di stabilità*, cit., 468. Dello stesso A. si veda *La crisi del debito sovrano e le misure di "riduzione dello Stato"*, in *Gior. dir. amm.*, n. 12 del 2010, 1303 ss., secondo cui gli Stati, in materia finanziaria, hanno perduto consistenti porzioni della loro sovranità. Egli, in particolare, si riferisce a una «consistente riduzione del perimetro dello Stato», come conseguenza della crisi.

²²² E. Olivito, G. Repetto, *Perché pensare la crisi*, cit., 2.

²²³ La «crisi» nel sistema è, infatti, il mutamento che si manifesta tramite il colpo di Stato, come efficacemente rilevato da F. Rimoli, *Il colpo di Stato*, cit., 1209 e *passim*.

²²⁴ S. Cassese, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2006.

²²⁵ Una tale posizione è stata espressa in maniera articolata da Hans Kelsen nella sua *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien, 1934 (trad. it. di A. Carrino, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1990), nella quale il concetto di sovranità fu radicalmente criticato e desostanzializzato. L'A. giunse anche a proporre la radicale rimozione della sovranità dal discorso politico-giuridico. Più di recente, una posizione analoga è assunta da L. Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Roma-Bari, 1997, 43, secondo il quale «la storia giuridica della sovranità è la storia di un'antinomia tra due termini – diritto e sovranità – logicamente incompatibili e storicamente in lotta fra loro»; antinomia che sarebbe oggi più evidente a causa della crisi dello stato nazionale quale soggetto sovrano.

²²⁶ Qualifica come «ossimoro» l'espressione «cittadinanza globale» R. Cavallo Perin, *L'ossimoro della locuzione "cittadinanza globale"*, in *Dir. amm.*, n. 1 del 2005, 211 ss. Per un diverso approccio si veda S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003; Id., *L'ordinamento giuridico globale*, in F. Manganaro, A. Romano Tassone (a cura di), *Dalla cittadinanza amministrativa alla cittadinanza globale*, Milano, 2005, 4, il quale osserva come «la "comunità" globale presenti tutti e tre gli elementi degli ordinamenti giuridici: plurisoggettività (principalmente Stati), organizzazione (principalmente organizzazioni internazionali), normazione (per lo più convenzionale o pattizia, ma anche regolamentare)». In senso analogo si veda G. della Cananea, *Il diritto amministrativo globale e le sue corti*, *ivi*, 129, il quale riconosce un vero e proprio ordinamento anche nella Organizzazione mondiale del commercio, pur evidenziando gli elementi di diversità nei principi ai quali si ispira l'assetto istituzionale. Quest'approccio neoliberale mira a superare lo Stato, o meglio a funzionalizzarlo al mercato globale, così da agevolare la produzione spontanea dell'inclusione sociale di tutti i popoli, nell'ambito di una cittadinanza globale.

²²⁷ H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., 371. L'esperienza ha ampiamente dimostrato – come aveva anticipato uno dei più autorevoli pensatori del '900, Carl Schmitt, di cui si veda, tra le diverse Opere, *Le categorie del "politico". Saggi di teoria politica*, a cura di G. Miglio, P. Schiera, Bologna, 1972, nonché *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello «jus publicum europaeum»*, Milano, 1991 – che tale idea non sia realizzabile, in quanto il mercato non assicura affatto un'inclusione effettiva, perché vi è il residuo della violenza, dettata da motivi identitari che generano conflitti tra popoli. Schmitt aveva previsto che l'unificazione del mondo non avrebbe comportato il trionfo della kelseniana *civitas maxima*, della cosmopoli, ma al contrario avrebbe comportato la intensificazione inusitata della violenza, fino ad arrivare al punto della guerra in nome dell'umanità. La funzione di delimitazione e di protezione dei cittadini non può che essere svolta dagli Stati e dalle

Stati nazionali sovrani, con propri ordinamenti²²⁸, i quali non possono mai essere sostituiti da altri attori (i c.d. *networks of global governance*)²²⁹. Si tratta di «autorità pubbliche internazionali», la cui legittimazione non sembra essere costruita su basi democratiche, ma su presunte superiori competenze tecniche e capacità dei detentori del potere²³⁰.

Su queste logiche si è sviluppato il dibattito sulla legittimazione del potere dell'Unione europea, che muove proprio dalla constatazione/premessa che una piena legittimazione democratica non sarebbe possibile a livello eurounitario a causa dell'assenza di un *demos* europeo²³¹.

L'esperienza drammatica che stiamo vivendo dimostra, non solo che la sovranità nazionale non possa essere superata e dissolta (nella prospettiva della *civitas maxima* o di entità regionali come l'Unione europea), ma anche che «il vero portatore della sovranità è lo Stato (e non già l'Europa o il contesto globale o ultrastatale tecnico)»²³².

Costituzione nazionali. Stati politicamente intesi e non al servizio di forze interne o esterne, come quelle della finanza e del mercato.

²²⁸ D. Grimm, *La conquista del costituzionalismo*, cit., 156. Sebbene il «progetto» di Kelsen non sia attuabile, generalmente alle sue tesi gli viene riconosciuto il merito di aver spezzato quell'inscindibile rapporto che univa il concetto di sovranità al concetto di stato e di aver dato un fondamentale contributo allo sviluppo e alla valorizzazione del diritto internazionale. A tal proposito, pur muovendo da presupposti teorici assolutamente opposti, tutti i recenti tentativi di ridefinire e riconcettualizzare la sovranità prendono avvio dalla dissoluzione del binomio sovranità – stato e dall'attenzione ai processi politici e giuridici in atto al di fuori della sfera prettamente nazionale. L'attuale critica della sovranità si basa proprio sulla considerazione del ridimensionamento del ruolo delle entità statali nel panorama politico e giuridico globale: così A. Bosio, S. Dellavalle, *Crisi e ridefinizione della sovranità*, cit., 138-139, a cui si rinvia per un approfondimento sul punto (anche sulle ragioni che rendono il progetto kelseniano non implementabile).

²²⁹ Si tratta di sistemi transnazionali di interazione e regolazione composti da stati, organizzazioni internazionali, organizzazioni non governative, amministrazioni nazionali, istituzioni giudiziarie internazionali. Su tali aspetti si veda S. Cassese, *Ordine comunitario e ordine globale*, in *Gior. dir. amm.*, n. 10 del 2008, 1091; Id., *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2 del 2005, 331 ss.; Id., *Lo spazio giuridico globale*, cit.; S. Cassese, M. Conticelli (a cura di), *Diritto e amministrazioni nello spazio giuridico globale*, Milano, 2006; G. della Cananea, *I principi del diritto pubblico globale*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 61 ss.; Id., *Al di là dei confini statuali: principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009; Id., *Una giustizia amministrativa transnazionale*, in G. Leone (a cura di), *Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte*, II, Napoli, 2019, 497 ss.; R. B. Stewart, *Il diritto amministrativo globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3 del 2005, 633 ss.; A. Bogdandy, I. Venzke (eds.), *International Judicial Lawmaking*, Heidelberg, 2012.

²³⁰ Così A. Bosio, S. Dellavalle, *Crisi e ridefinizione della sovranità*, cit., 140, i quali, dopo aver rilevato l'impossibilità di costruire un *demos* globale in grado di conferire ai *networks of global governance* una sufficiente legittimazione democratica attraverso il meccanismo elettivo, si soffermano sulla necessità di offrire forme alternative di legittimazione di tali «autorità», come la proceduralizzazione del momento decisionale, il ridimensionamento del concetto di legittimità in termini di legalità o garanzia giurisdizionale, l'individuazione di una forma di legittimazione orientata al risultato (*ibidem*).

²³¹ A. Bosio, S. Dellavalle, *Crisi e ridefinizione della sovranità*, cit., 141.

²³² Così F. Fracchia, *Coronavirus*, cit., 579-580.

Si continua ad insistere, invece, sulla tendenza esattamente opposta, soprattutto – ma non solo²³³ – tra gli studiosi del diritto dell'Unione europea, secondo la quale «la dimensione globale della sfida pandemica dovrebbe ulteriormente dimostrare, se pure ce ne fosse bisogno [*sic!*], l'irrinunciabile superamento dei ristretti confini nazionali nella soluzione delle problematiche contemporanee», attribuendo *more solito* ad «anguste miopie di parte» tutta la responsabilità della difficile situazione in cui l'Italia e il Pianeta versa²³⁴.

Il cuore del problema è esattamente questo: la dimostrazione che l'approccio sovranazionale (dell'Unione europea) e globale sia quello corretto – approccio presentato talvolta con una vocazione messianica e taumaturgica – non è un dato acquisito o un dogma o una verità di fede, ma va dimostrato, essendo l'onere della prova (anche sul piano scientifico) a carico di chi sostiene che il superamento degli stati nazionali e della sovranità sia il migliore dei mondi possibili, la massima aspirazione della post-modernità²³⁵. Addirittura taluno è arrivato a sostenere che la sovranità di Stati indipendenti è «inesistente» e che i Paesi europei devono cooperare a livello mondiale e regionale (e dunque anche a livello UE) per poter esercitare la propria sovranità. In sostanza, si afferma che è preferibile una «sovranità condivisa» rispetto ad una sovranità «inesistente»²³⁶.

Riteniamo che la richiamata prova non sia stata fornita, né a livello politico-istituzionale, né a livello, per così dire, empirico²³⁷ (neppure sul piano empirico-sociale)²³⁸, né a livello scientifico e/o giurisprudenziale. Al contrario, l'esperienza dimostra come per la prima volta dall'avvio del processo d'integrazione europea dopo la cessazione della seconda guerra mondiale, il progetto europeo sia giunto ad un «pericoloso stallo»²³⁹ e sembra destinato ad arrestarsi (forse) in modo irre-

²³³ Ad es., S. Staiano, Intervento, cit.

²³⁴ E. Triggiani, *L'Unione europea alla sfida decisiva*, cit., 5. Si tratta, come detto, di una affermazione ampiamente diffusa tra i cultori e gli studiosi del diritto dell'Unione europea.

²³⁵ Su tali aspetti si vedano le illuminanti pagine di F. Fracchia, *Sovranismi*, cit., 9-10.

²³⁶ Così M. Draghi, discorso tenuto a Bologna il 22 febbraio 2019 in occasione della cerimonia per la consegna della laurea *ad honorem* in Giurisprudenza dell'Alma mater. Il testo integrale dell'intervento è consultabile alla seguente pagina web <https://www.ilfoglio.it/politica/2019/02/25/news/un-europa-da-draghi-239842/> ed è citato da A. Schillaci, *Dalla crisi economica alla crisi democratica*, cit., 20.

²³⁷ Sull'accettazione tacita dell'autorità sulla base del presupposto che questa agisca nell'interesse dei cittadini come l'unica via percorribile per una legittimazione del potere dell'Unione europea si veda F. W. Scharpf, *Governing in Europe: Effective and Democratic?*, Oxford-New York, 1999, 6, nota n. 32. Più di recente, si veda A. Bosio, S. Dellavalle, *Crisi e ridefinizione della sovranità*, cit., 141-142, i quali, muovendo dall'assenza di un substrato pre-politico e pre-giuridico comune in ambito eurounitario, ritengono che la legittimità del potere pubblico eurounitario non potrà che costruirsi sul tacito consenso dei cittadini, sul presupposto di una superiore competenza delle istituzioni europee, nonché sulla prevalenza di forme decisionali di stampo corporativo e intergovernativo.

²³⁸ Sulla distinzione tra legittimazione «formale» e legittimazione «empirico-sociale» si veda J. H. H. Weiler, *Problems of Legitimacy in Post 1992 Europe*, in *Aussenwirtschaft*, 46. Jg., Heft III/IV, 1991, 411 ss.

²³⁹ Così E. Triggiani, *L'Unione europea alla sfida decisiva*, cit., 9.

versibile. E vista la «attuale penosa condizione» in cui versa l'Unione europea²⁴⁰, tale scenario non sembra essere il peggiore.

Neppure con la Carta di Nizza – sebbene essa riconosca un elenco di diritti fondamentali molto ampio e si fondi sui valori essenziali legati alla persona, «non più intesa come soggetto astratto, bensì posta «al centro» «dell'azione» dell'intera Unione»²⁴¹, e nonostante il valore giuridico della Carta non più solo politico, ma giuridico (*ex art. 6 TUE*) – possiamo dire che abbiamo fatto passi avanti per quanto concerne «l'effettività della tutela e il rispetto in concreto prestato ai diritti delle persone in Europa [...]»²⁴². Nonostante la Carta dei diritti fondamentali, non si può ritenere «che l'Europa dei diritti si sia andata rafforzando a seguito dell'approvazione della Carta. Né può affermarsi che l'Europa dei mercanti e del mercato abbia trovato un solido argine nei giudici comunitari o nazionali»²⁴³. Tutt'altro, la giurisprudenza della Corte di giustizia conferma come la tutela dei diritti fondamentali abbia un ruolo recessivo rispetto alle logiche di mercato: basti in questa sede ricordare le note sentenze *Laval*, *Rüffert*, *Viking* (in materia di lavoro) e, ancor più significativamente, la citata decisione sul caso *Pringle*, che (sebbene a ragione) ha escluso l'applicabilità della Carta dei diritti alle materie disciplinate dal MES²⁴⁴.

Non dobbiamo, pertanto, preoccuparci della prospettiva che ci porta fuori dall'Unione europea, in quanto l'Italia ha una storia, una cultura e dei valori che trovano nella nostra giovane Costituzione²⁴⁵ un punto di riferimento insuperato; i tempi sono maturi per riacquisire la piena sovranità e per tutelare i diritti dei cittadini: *Brexit docet!*

²⁴⁰ Così M. Luciani, *Diritti sociali e livelli essenziali*, cit., 3, nota 10. Considerazioni simili sono ribadite più di recente dal medesimo A. – Id., *Il sistema delle fonti*, cit., 26 – con specifico riguardo alla situazione (politica) legata al coronavirus. Si veda, inoltre, F. Fracchia, *Sovranismi*, cit., 8.

Così M. Luciani, *Diritti sociali e livelli essenziali*, cit., 3, nota 10.

²⁴¹ G. Azzariti, *Verso la democrazia attraverso i diritti*, cit., 6, il quale richiama il Preambolo della Carta, nel quale si afferma solennemente che «L'Unione pone la persona al centro della sua azione».

²⁴² G. Azzariti, *Verso la democrazia attraverso i diritti*, cit., 7.

²⁴³ G. Azzariti, *Verso la democrazia attraverso i diritti*, cit., 7. Sul punto si veda, altresì, R. Bin, *Nuove strategie*, cit., 6 ss.

²⁴⁴ G. Azzariti, *Verso la democrazia attraverso i diritti*, cit., 7.

²⁴⁵ Se pensiamo a quella statunitense che risale al 1787.

Coronavirus, assistenza finanziaria dell'Unione europea e «sentieri interrotti della legalità» costituzionale. Per un ritorno alla Costituzione e alla sovranità nazionale

Il contributo muove dalle origini e dall'attuale ampia portata della crisi economica e politica dell'Unione europea, chiaramente dimostrata in occasione del coronavirus, mettendo in evidenza la inadeguatezza del sistema giuridico vigente ad affrontare le crisi economico-sociali, come quella provocata dalla pandemia.

Il lavoro si sofferma poi sulla costante erosione della sovranità degli Stati a beneficio dei mercati, mettendo anche in evidenza il ruolo delle agenzie di *rating* del credito durante la pandemia, nonché il "vuoto di potere" in cui versa l'Unione in relazione alle mancate e tempestive risposte nell'affrontare le gravi conseguenze della pandemia. In particolare, specifica attenzione è dedicata al MES e al c.d. MES «senza condizionalità», nonché al c.d. *Recovery Fund*, mettendo in evidenza anche il significato puramente programmatico del principio di solidarietà, affermato solo "sulla carta".

Il lavoro si conclude auspicando un ritorno alla Costituzione nazionale da parte degli Stati (membri dell'UE), intesi come veri portatori della sovranità, gli unici in grado di proteggere i cittadini di fronte alle crisi.

Coronavirus, European Union's financial assistance and «interrupted paths of constitutional legality». For a return to Constitutions and to national sovereignty

After having identified the origins and the current broad scope of the European Union's political and economic crisis, as clearly proved during the Covid-19 pandemic, the paper aims to show the inadequacy of the current legal system in tackling socio-economic crises like that brought about by the pandemic.

The work then points out the endless erosion of state sovereignty for the benefit of markets, focusing also on the role played by credit-rating agencies during the pandemic, as well as the 'power vacuum' of the EU in relation to the lacking and untimely response in addressing the severe consequences of the pandemic. Specific attention is paid to the ESM and the so-called ESM 'without any conditions', as well as to the so-called Recovery Fund, also pointing out the purely programmatic meaning of the principle of solidarity in the EU, affirmed only 'on paper'.

The work ends urging a return to national constitutions by the EU Member States, the true sovereignty holders, the only ones able to ensure the protection of citizens facing a crisis situation.

Interventi sostitutivi a tutela dell'ambiente

Francesco de Leonardis

SOMMARIO: 1. L'ambiente come luogo elettivo di applicazione degli interventi sostitutivi. – 2. Classificazione degli interventi sostitutivi. – 3. La gestione dei privati e il deficit impiantistico. – 4. Gli interventi sostitutivi in materia di discariche abusive e di trattamento di acque reflue. – 5. I dieci punti chiave degli interventi sostitutivi. – 6. L'intervento sostitutivo come intervento "protesico" in funzione della riabilitazione. – 7. Il "privato" che si sostituisce al "pubblico inadempiente". – 8. La sostituzione del "pubblico inadempiente" con il "pubblico". – 9. Conclusioni.

1. *L'ambiente come luogo elettivo di applicazione degli interventi sostitutivi*

La fattispecie in cui un soggetto pubblico sostituisce un altro soggetto pubblico inadempiente costituisce sempre una sconfitta per l'ordinamento: esso implica che un'amministrazione di vario livello come ad esempio una Regione, una Provincia, una Città metropolitana o un Comune non sia riuscita a conseguire gli obiettivi di interesse generale che gli erano stati affidati dal legislatore e che qualche altra amministrazione, appunto straordinaria, venga chiamata a farlo al suo posto¹.

Le tematiche ambientali rappresentano un terreno di ampia applicazione di tali interventi sostitutivi perché le mancanze e gli inadempimenti delle ammini-

¹ Il tema dell'intervento sostitutivo viene studiato sia nell'ambito del diritto amministrativo (cfr. da ultimo ad es. M. R. Spasiano, *Emergenza e poteri sostitutivi tra storia, attualità e prospettive*, in *Diritto soc.*, 2017, 361 ss.; G. Avanzini, *Il commissario straordinario*, Torino, 2013; M. Bombardelli, *La sostituzione amministrativa*, Padova, 2004; C. Barbati, *Inerzia e pluralismo amministrativo. Caratteri, sanzioni, rimedi*, Milano, 1992) sia nell'ambito del diritto costituzionale con particolare riguardo all'art. 120 Cost. soprattutto dopo la l. costituzionale n. 3 del 2001 (cfr. ad es. C. Mainardis, *Poteri sostitutivi statali e autonomia amministrativa regionale*, Milano, 2007; L. Buffoni, *La metamorfosi della funzione di controllo nella Repubblica delle Autonomie. Saggio critico sull'art. 120, comma II, della Costituzione*, Torino, 2007; S. Papa, *La sussidiarietà alla prova: i poteri sostitutivi nel nuovo ordinamento costituzionale*, Milano, 2008; V. Tamburrini, *I poteri sostitutivi statali: tra rispetto dell'autonomia regionale e tutela del principio unitario*, Milano, 2012; E. C. Raffiotta, *Gli interventi sostitutivi nei confronti degli enti territoriali*, Macerata, 2009; S. Pajno, *La sostituzione tra gli enti territoriali nel sistema costituzionale italiano*, Palermo, 2007).

strazioni istituzionalmente deputate alla tutela di tale interesse sono purtroppo in questo settore all'ordine del giorno².

Non è questa la sede per chiedersi quali siano le cause di tali cattivi funzionamenti delle amministrazioni preposte in prima battuta alla tutela dell'ambiente, semmai se ne dirà in chiusura del presente contributo, si deve però prendere atto che l'alto tasso di inadempienza delle amministrazioni preposte alla tutela dell'ambiente sia purtroppo relativo a ciascuna delle matrici ambientali.

Si pensi alla matrice "aria" e ai problemi di inquinamento che quotidianamente si riscontrano specie nelle grandi città per violazione dei limiti per la concentrazione delle PM 10³; si pensi alla cattiva qualità dell'"acqua" sia ove essa venga destinata al consumo umano, che all'irrigazione, che alla balneazione o al cattivo stato degli impianti di depurazione delle acque reflue⁴; si pensi all'alta percentuale di "suoli" inquinati⁵; all'inquinamento del "mare"⁶ e ai problemi che alcuni tipi di plastiche e microplastiche causano alla biodiversità marina.

Una buona parte delle procedure di infrazione alla normativa europea aperte contro il nostro paese riguardano questioni di carattere ambientale⁷ e tra queste i casi più numerosi si riferiscono alla matrice acqua (gestione delle acque, acque reflue, qualità dell'acqua per il consumo umano) e alla matrice suolo (gestione delle discariche, dei rifiuti e bonifica di siti inquinati).

È sufficiente scorrere l'elencazione dei Commissari straordinari del Governo nominati ai sensi dell'art. 11 della l. 23 agosto 1988, n. 400, per rendersi conto dell'importanza degli interventi sostitutivi in questo ambito: su circa trenta Commissari straordinari attualmente operativi quasi un terzo sono stati nominati per risolvere questioni ambientali (realizzare discariche o impianti di depurazione che non sono stati fatti; realizzare bonifiche non effettuate etc.).

² G. Di Cosimo (a cura di), *L'Italia inadempiente*, Padova, 2012.

³ Per una visione d'insieme P. Bologna, *Inquinamento atmosferico*, in P. Dell'Anno, E. Picozza, *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. II, *Discipline ambientali di settore*, Padova, 2013, 1 ss.

⁴ G. Le Pera, *Inquinamento idrico*, in P. Dell'Anno, E. Picozza, *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. II, cit., 51 ss.

⁵ Negli ultimi tempi l'attenzione dell'opinione pubblica si è concentrata in particolare sull'inquinamento del mare mettendo in secondo piano i problemi del suolo. Si dimentica però che il suolo è un ecosistema estremamente complesso e ricco di biodiversità e che oltre un quarto delle specie viventi sul pianeta vive nel suolo. A livello europeo le principali cause di degrado sono dovute alla contaminazione, con oltre 3 milioni di siti potenzialmente contaminati da attività industriali, all'uso dei pesticidi in agricoltura, alla progressiva perdita di superfici per trasformazioni urbane e infrastrutturali, alla diminuzione di carbonio organico con conseguente riduzione di fertilità e rilascio di CO₂ in atmosfera (fonte: Re Soil Foundation, 2020). Cfr. anche E. Buoso, *La tutela del suolo*, in P. Dell'Anno, E. Picozza, *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. III, *Tutele parallele e norme processuali*, Padova, 2015, 569 ss.

⁶ G. Rak, *Profili di protezione ambientale del mare*, in P. Dell'Anno, E. Picozza, *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. III, cit., 609 ss.

⁷ Al giugno 2019 su 71 procedure di infrazione aperte contro il nostro paese ben 23 riguardano questioni di carattere ambientale (il 35%).

Anche sul versante degli interventi sostitutivi, dunque, l'ambiente come per molti altri istituti (accesso, partecipazione, sussidiarietà, amministrazione consensuale, amministrazioni a rete, etc.) costituisce, in questo caso, purtroppo, un vero e proprio apripista.

2. *Classificazione degli interventi sostitutivi*

Il panorama degli interventi sostitutivi è abbastanza vasto e numerose sono le ipotesi che possono essere tipizzate al fine di operarne una classificazione.

Quando si pensa agli interventi sostitutivi si fa generalmente riferimento, come si è detto in apertura, ai casi in cui soggetti pubblici (che potremmo dire di secondo livello o straordinari) provvedono alla sostituzione di soggetti pubblici inadempienti (d'ora in poi "di primo livello" o ordinari)⁸.

Si tratta di ipotesi senz'altro importanti ma, dato che in materia ambientale sempre più spesso nel quadro attuale il mancato raggiungimento degli obiettivi dipende dalle omissioni di soggetti privati, volendo oggi operare una classificazione di tali interventi sostitutivi sarebbe opportuno mettere al primo posto il caso di soggetti pubblici che devono provvedere alla sostituzione di soggetti privati.

Un primo tipo di fattispecie è infatti quello in cui Commissari straordinari, che rappresentano il paradigma degli interventi sostitutivi, intervengono per realizzare o per gestire opere in luogo di privati.

Una tale ipotesi (soggetto pubblico che sostituisce soggetti privati) pone, come facilmente intuibile, problemi diversi (e addirittura più complessi) rispetto all'ipotesi in cui il pubblico sostituisce il pubblico, dal momento che i soggetti privati sono connotati da piena libertà di azione e che non hanno in via generale il dovere di compiere determinate attività. Ma di ciò si dirà in seguito limitandosi per ora ad avanzare nell'elencazione.

Accanto alla sostituzione del privato da parte del pubblico vi è poi il caso dei Commissari che devono sostituirsi a soggetti pubblici inadempienti che è quello più studiato in dottrina e fin da tempi antichi⁹. In questa categoria a sua volta si potrebbe distinguere in relazione al tipo di attività che non è stata posta in essere e che necessita appunto di una sostituzione: così ad esempio si potrebbe distingue-

⁸ Tra i contributi dei classici: F. Cammeo, *Il Commissario prefettizio come amministratore temporaneo del Comune*, in *Giur. It.*, III, 1908, 391 ss. Per le voci enciclopediche sul punto cfr. L. Raggi, voce *Il Commissario prefettizio*, in *Nuovo dig.it.*, vol. III, Torino, 1938, 367 ss.; R. Jusò, voci *Commissario governativo e Commissario prefettizio*, in *Noviss.Dig.it.*, vol. III, 1981, 634; G. Berti, L. Tumiatei, voce *Commissario e Commissione Straordinaria*, in *Enc. Dir.*, vol. VII, Milano, 1960, 862; G. Rizza, voce *Commissario (dir. pubbl.)*, in *Enc. Dir.*, vol. VII, Roma, 1990.

⁹ Un'attenta disamina di tali ipotesi in G. Avanzini, *Il commissario straordinario*, cit., in tutto il primo capitolo.

re il caso in cui l'attività da sostituire sia un'attività di programmazione o invece quello in cui sia un'attività provvedimentale.

Un terzo tipo di classificazione potrebbe far perno sul tipo di atto che legittima la sostituzione del pubblico al privato o del pubblico di secondo grado dal pubblico di primo grado e distinguere a seconda che la sostituzione venga prevista da una legge, da un atto amministrativo o da un giudice (si pensi, con riferimento a quest'ultima ipotesi, alla sostituzione operata dal commissario *ad acta* in sede di giudizio di ottemperanza).

Si potrebbero ancora distinguere dai casi di sostituzione che potremmo chiamare "esterna" (soggetto che sostituisce soggetto), i casi di sostituzione all'interno dello stesso soggetto giuridico e che potrebbero essere definiti come atti di sostituzione "interna" (organo che sostituisce organo): una quarta categoria potrebbe essere allora quella in cui organi gerarchicamente superiori sostituiscono organi in posizioni di subordinazione (si pensi, ad esempio, all'ipotesi del Ministro che interviene in caso di default della Direzione Generale).

Ma vi è anche la singolare tipologia, che potrebbe costituire una quinta categoria classificatoria, in cui un soggetto privato sostituisce un soggetto pubblico: è il caso del Consorzio CONAI, soggetto privato senza scopo di lucro che si occupa della gestione dei rifiuti di imballaggio, che, come si vedrà, per legge sostituisce i Comuni che non svolgono in modo corretto la raccolta differenziata.

Si tratta dal punto di vista sistematico di un caso molto particolare perché il legislatore in questo caso individua un soggetto privato, un sistema di EPR, come "riparatore" di un inadempimento di un soggetto pubblico¹⁰.

Vi è infine quella che, se forse non si può chiamare sostituzione in senso tecnico, rappresenta comunque un fenomeno ascrivibile agli interventi sostitutivi.

Ci si riferisce alla Commissione bicamerale sul ciclo dei rifiuti che da organo straordinario, dapprima monocamerale e poi bicamerale¹¹, di fatto è diventata un organo ordinario dal momento che da ormai sette legislature¹² si affianca con

¹⁰ In materia di responsabilità estesa del produttore si v. P. Dell'Anno, *Disciplina della gestione dei rifiuti in Trattato di diritto dell'ambiente*, volume II, cit.; S. Benvenuti, *Raccolta, Gestione e Smaltimento dei rifiuti in Italia. La complessità del quadro normativo e del riparto delle competenze in Produzione, Gestione, Smaltimento dei rifiuti in Italia, Francia e Germania tra Diritto, Tecnologia, Politica*, G. C. Feroni (a cura di), Torino 2014; G. Garzia, *La responsabilità e i costi della gestione dei rifiuti. La responsabilità estesa del produttore in La nuova disciplina dei rifiuti*, F. Giampietro (a cura di), Milano, 2011; A. Scarcella, *Il Decreto di Recepimento della Direttiva - Quadro Sui Rifiuti (2008/98/Ce) tra Modifiche, Abrogazioni E Novità*, in *Cass. pen.*, 2011, 4, 1302B; M. Chilosì, *Quali profili di responsabilità per il produttore del bene lungo la filiera di gestione?*, in *Ambiente&Sicurezza*, n. 2 del 8 febbraio 2011; *La Responsabilità estesa del Produttore in L'Italia del Riciclo*, 2015.

¹¹ La prima Commissione d'inchiesta venne istituita nel 1994 nella XII legislatura, operò per due anni (fino al 1996) ed era una Commissione monocamerale che aveva come Presidente l'on. Massimo Scalia. Dalla seconda Commissione in poi si è trattato sempre di commissioni bicamerali.

¹² Com'è noto ogni Commissione d'inchiesta segue le sorti della legislatura: viene istituita all'inizio della legislatura, normalmente con legge, e termina con una relazione conclusiva alla fine della legislatura: le legisla-

la sua azione ai vari soggetti che istituzionalmente si occupano di assicurare un elevato livello di tutela dell'ambiente come il Ministero dell'Ambiente, l'ISPRA, le Regioni, gli enti locali e gli enti parco, ma anche alcune autorità indipendenti come l'AGCM e l'ARERA¹³.

Si tratta di un soggetto che viene assai spesso “dimenticato” nelle trattazioni di carattere generale sul diritto dell'ambiente¹⁴ e il cui ruolo, nonostante non manchino lavori sulle inchieste parlamentari in generale¹⁵, non risulta ancora analizzato specificamente proprio in relazione alla materia ambientale e che, invece, come vedremo, appare particolarmente importante al fine di dare un giudizio sulle gestioni commissariali nel settore.

Nel corso del presente lavoro cercherò di esaminare tali distinte ipotesi, di esprimere qualche valutazione su tali commissariamenti e di formulare qualche ipotesi ricostruttiva.

3. *La gestione dei privati e il deficit impiantistico*

Una delle cause della proliferazione dei commissariamenti in materia ambientale è costituita indubbiamente dal cd. deficit strutturale impiantistico: tale carenza si avverte nel nostro paese in modo tangibile con particolare riferimento alla materia della gestione dei rifiuti e a quella delle acque.

Com'è noto, infatti, per una corretta gestione dei rifiuti o delle acque sono necessari una pluralità di impianti (non avrebbe senso una raccolta differenziata se poi non vi fossero gli impianti di trattamento come i TMB – trattamento meccanico biologico –, impianti di riciclaggio o di compostaggio e finanche le discariche) ed è proprio il lavoro che si svolge in tali impianti che consente il raggiun-

ture che hanno visto la presenza di una Commissione d'inchiesta in materia di rifiuti sono appunto la XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII fino all'attuale legislatura (la XVIII).

¹³ Sebbene istituzionalmente non si occupino di ambiente, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e l'ARERA sono diventate fondamentali per la tutela dell'ambiente in conseguenza dell'ampliarsi del ricorso agli strumenti di mercato per la tutela dell'ambiente.

¹⁴ Cfr. ad es. G. Rossi, *Diritto dell'ambiente*, II ed., Torino, 2015, che pur essendo tra i più recenti e completi manuali di diritto dell'ambiente non fa cenno nelle parti relative all'organizzazione della tutela ambientale alle Commissioni d'inchiesta sul ciclo dei rifiuti. Anche i due più recenti trattati di diritto dell'ambiente (P. Dell'Anno, E. Picozza, *Trattato di diritto dell'ambiente*, cit. e R. Ferrara, M.A. Sandulli, *Trattato di diritto dell'ambiente*, Torino, 2014) non menzionano le Commissioni d'inchiesta tra i soggetti “istituzionali” preposti alla tutela dell'ambiente.

¹⁵ Cfr. ad es. B. Caravita di Toritto, *L'inchiesta parlamentare*, in *Storia d'Italia, Il Parlamento*, L. Violante (a cura di), Torino, 2001, 727 ss.; F. Fenucci, *I limiti dell'inchiesta parlamentare*, Milano, 1999; P. Tanda, *Le commissioni parlamentari d'inchiesta*, Regione Toscana, Firenze, 1997 con ivi una completa bibliografia; A. Pace, voce *Inchiesta parlamentare*, in *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970; G. De Vergottini (a cura di), *Le inchieste delle Assemblee parlamentari*, Rimini, 1985; S. Furlani, *Le commissioni parlamentari d'inchiesta*, Milano, 1954; G. Recchia, *L'informazione nelle assemblee rappresentative. Le inchieste*, Napoli, 1979. Tra la dottrina più risalente cfr. A. Ferraciu, *Inchiesta politica*, in *Il Digesto italiano*, vol. XIII, Milano, 1902, 496 ss.

gimento degli obiettivi ambientali di riciclaggio e di recupero che in modo sempre più stringente ci pone il diritto europeo.

Ma, ed è qui, un primo aspetto critico del problema, la realizzazione di tali impianti viene affidata dalla legislazione vigente non tanto a soggetti pubblici quanto invece, almeno nella gran parte dei casi, a soggetti privati.

Per fare degli esempi si pensi alla gestione del rifiuto organico che nel suo fine vita necessita di impianti di compostaggio (in Italia ce ne sono circa trecento e sono tutti di proprietà di soggetti privati) o alla selezione del rifiuto plastico che necessita di impianti di selezione (i cd. CSS in Italia sono una trentina e sono tutti privati).

E, si noti, si tratta di impianti assolutamente necessari per la gestione dei relativi flussi di rifiuti, nel senso che non se ne può prescindere per raggiungere gli obiettivi che ci vengono imposti dal diritto europeo e da ultima dal cd. pacchetto economia circolare.

Dato, dunque, che ognuno di questi impianti generalmente è realizzato e gestito da soggetti privati, questi ovviamente lo realizzano, investono e lo gestiscono nella misura in cui sia economicamente conveniente per loro.

Orbene il fatto che segmenti importanti e imprescindibili della gestione dei rifiuti vengano gestiti da soggetti privati senz'altro "scarica" il sistema pubblico dai relativi oneri organizzativi ed economici ma d'altra parte comporta una situazione di aleatorietà e di variabilità molto particolare in relazione al conseguimento degli obiettivi.

Del tutto legittimamente, infatti, in base a proprie valutazioni (sia economiche sia di altro tipo) un imprenditore potrebbe decidere di non entrare in questo tipo di business (in questo modo alcune zone del nostro paese resterebbero senza impianti); potrebbe decidere in un primo momento di operare e poi di non proseguire; o, ancora, potrebbe decidere di limitare la sua attività solo a determinati flussi di rifiuti più remunerativi.

Sono proprio queste le situazioni in cui si sono generate quelle criticità che in molti casi hanno reso necessario l'intervento da parte del pubblico secondo uno schema che tendenzialmente si ripete: in caso di default dei privati dapprima intervengono le amministrazioni istituzionalmente deputate alla tutela dell'interesse ambientale, poi gli organi straordinari di primo livello e dopo ancora, come vedremo, gli organi straordinari dei livelli successivi.

Così da una rapida analisi degli otto Commissari straordinari che attualmente stanno operando in materia di tutela dell'ambiente¹⁶ si evidenzia come essi

¹⁶ In base a quanto prevede l'art. 11 della l. n. 400/1988 che dispone «al fine di realizzare specifici obiettivi determinati in relazione a programmi o indirizzi deliberati dal Parlamento o dal Consiglio dei Ministri o per particolari e temporanee esigenze di coordinamento operativo tra amministrazioni statali può procedersi alla nomina di Commissari straordinari di Governo, ferme restando le attribuzioni dei Ministeri fissate dalla leg-

in gran parte rispondono alla necessità di sostituire soggetti privati che non hanno realizzato impianti o non li gestiscono in modo efficace.

Si pone qui il tema molto delicato, quello del rapporto tra mercato e poteri pubblici: un sistema in cui convivono per il raggiungimento degli obiettivi ambientali, e quindi devono essere necessariamente integrati, soggetti pubblici e soggetti privati (non a caso tra i principi essenziali della tutela ambientale, oltre a quelli "classici" direttamente menzionati dall'art. 191 TFUE vi è quello di integrazione) pone problematiche diverse da quelle tradizionali in cui il pubblico sostituisce il pubblico.

Per definirne i confini conviene ora approfondire le ipotesi di applicazione concreta di tali interventi sostitutivi per tentare di trarne indicazioni di carattere generale.

4. *Gli interventi sostitutivi in materia di discariche abusive e di trattamento di acque reflue*

Tra le numerose ipotesi di soggetti pubblici che sostituiscono soggetti privati inadempienti¹⁷ due ipotesi appaiono particolarmente rilevanti da un punto di vista sistematico, quella del Commissario Straordinario per la Bonifica delle Discariche Abusive e quella del Commissario Straordinario Unico per la Depurazione.

I due organi, pur occupandosi di questioni diverse (discariche e acque), hanno due caratteristiche in comune: la prima è che si tratta di organi straordinari istituiti non per risolvere un problema localmente individuato ma una categoria di casi aventi lo stesso oggetto su tutto il territorio nazionale e la seconda che sono Commissari a loro volta istituiti per sostituire Commissari (una sorta di commissariamento di secondo livello).

Da questo secondo punto di vista è appena il caso di sottolineare come appaia singolare che quando un privato non funziona si nomina un Commissario e quando questo a sua volta non funziona, si nomina un super Commissario

ge». La nomina è disposta con d.P.R. su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri previa deliberazione del Consiglio dei Ministri.

¹⁷ Un caso interessante per i contrasti che ha dato luogo la nomina del Commissario con le amministrazioni locali è quello del Commissario straordinario del Governo per la bonifica ambientale e rigenerazione urbana dell'area di rilevante interesse nazionale Bagnoli-Corogli nominato con d.P.R. 3 ottobre 2018 per un triennio. Il Commissario è stato nominato sulla base dell'art. 33 comma 11 del d.l. 133/2014 (cd. Sblocca Italia) e la sua nomina è stata fortemente osteggiata dalle amministrazioni locali. Vi sono poi alcuni Commissari per la bonifica di siti specifici (Arsenale Militare dell'Isola della Maddalena e Taranto) e Commissari nominati per altri interventi (impianti di depurazione a Bari, tronco idrico del Basento e impianto di depurazione Napoli est). In passato è stata molto rilevante la questione dell'emergenza rifiuti nella Regione Campania che ha visto avvicinarsi una decina di Commissari tra Prefetti, Presidenti della Regione e altri soggetti (come il Capo della Polizia).

(o Commissario Unico) in un crescendo che conduce ad una moltiplicazione *ad infinitum* dei Commissari.

Passando all'analisi del primo dei due settori indicati si può partire dalla considerazione che il diritto europeo e quello nazionale prevedono che i rifiuti di vario genere vengano smaltiti in luoghi appositi dotati di una serie di caratteristiche tecniche volte fondamentalmente a contenere gli impatti negativi sull'ambiente che tali rifiuti in ogni caso producono (impatti odorigeni, percolato che può finire in falda etc.): le cd. discariche.

Non viene consentito ovviamente che i rifiuti vengano abbandonati sul territorio: quando ciò avviene si realizza l'ipotesi delle cd. discariche abusive.

È proprio con riferimento ad esse che negli ultimi venti anni si sono susseguiti una serie di eventi particolarmente significativi (la Corte di Giustizia è dovuta intervenire due volte) che sono culminati in una serie di interventi sostitutivi: come vedremo è stata nominata una prima schiera di Commissari straordinari, poi questi sono stati sostituiti da altri Commissari (i Presidenti delle Regioni) e, ancora, questi ultimi sono stati a loro volta sostituiti da un Commissario Unico in una sorta di "Commissariamento esponenziale".

Il Commissario Straordinario per la realizzazione degli interventi necessari all'adeguamento alla normativa vigente delle discariche abusive presenti sul territorio nazionale (che rappresenta l'ultimo arrivato tra i Commissari), è stato nominato nel marzo 2017 per gestire una sessantina di discariche su tutto il territorio nazionale (alle quali successivamente se ne sono aggiunte un'altra ventina)¹⁸ e la sua nomina ha costituito il punto finale di una lunga storia precedente.

Il punto di inizio si può trovare in una serie di denunce, avvenute nel 2002, sulla base delle quali la Commissione europea decise di controllare l'osservanza da parte del nostro paese degli obblighi imposti dalle direttive in materia di discariche¹⁹.

Gli organi europei verificarono dunque che sul territorio italiano vi era un considerevole numero di discariche (più di duecento) in cui i gestori non avevano garantito il riciclaggio o lo smaltimento dei rifiuti in modo tale da non mettere in pericolo la salute dell'uomo e da non utilizzare procedimenti o metodi che potessero recare pregiudizio all'ambiente, nonché un considerevole numero di siti di smaltimento incontrollato di rifiuti.

Lo Stato italiano venne, dunque, condannato dalla Corte di Giustizia qualche anno dopo, e precisamente nel 2007²⁰, per essere venuto meno, in modo

¹⁸ L'istituzione di tale Commissario rappresenta il punto finale di una vicenda iniziata con una serie di denunce, di interrogazioni parlamentari, di articoli di stampa, nonché con la pubblicazione, avvenuta il 22 ottobre 2002, di un rapporto del Corpo forestale dello Stato, che evidenziava l'esistenza di un gran numero di discariche illegali e non controllate in Italia.

¹⁹ Si trattava delle direttive 75/442, 91/689 e 1999/31.

²⁰ Con la sentenza Corte di Giustizia 26 aprile 2007 C-135/05.

generale e persistente, agli obblighi relativi alla gestione dei rifiuti ad esso incombenti²¹, in quanto non aveva adottato tutti i provvedimenti necessari all'attuazione delle suddette disposizioni.

A seguito della pubblicazione di tale sentenza iniziarono così una serie di interlocuzioni tra lo Stato italiano e la Commissione volte a verificare se (finalmente) il nostro paese avesse adottato tutti i provvedimenti necessari per dare esecuzione al suddetto provvedimento giurisdizionale.

Si accertò però nuovamente, purtroppo, che nella gran parte delle Regioni italiane, nonostante il Governo italiano avesse nominato dei Commissari Straordinari per il sollecito espletamento delle procedure relative alla realizzazione degli interventi di mitigazione del rischio idrogeologico a partire dal 2009²² (poi sostituiti dai Presidenti delle Regioni nel 2014²³), continuavano ad essere presenti centinaia di discariche del tutto abusive o comunque non conformi alla legislazione europea²⁴.

Di fronte a tali evidenze lo Stato italiano venne a condannato nel 2014²⁵ a pagare varie decine di milioni di euro all'anno a titolo di penalità²⁶.

Fu subito dopo tale sentenza, nel 2015²⁷, che si nominò quella che si potrebbe definire come la terza tornata del commissariamento: dopo i primi Commis-

²¹ Ai sensi delle disposizioni degli articoli 4, 8 e 9 della direttiva 75/442, dell'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva 91/689 nonché dell'articolo 14, lettere da a) a c), della direttiva 1999/31.

²² Tali Commissari venivano individuati negli accordi di programma sottoscritti tra il MATTM e le Regioni ai sensi dell'art. 2, comma 240, della l. 23 dicembre 2009, n. 191.

²³ In base al d.l. 91/2014 conv. in l. n. 116/2014.

²⁴ In particolare si accertò allora che sul territorio di 18 delle 20 Regioni italiane esistevano ancora 218 discariche non conformi agli articoli 4 e 8 della direttiva 75/445. In secondo luogo, dall'esistenza di tali 218 discariche abusive la Commissione ha desunto che inevitabilmente esistevano discariche in esercizio prive di autorizzazione, in violazione dell'articolo 9 della stessa direttiva. In terzo luogo, la Commissione ha osservato che 16 di tali 218 discariche non conformi contenevano rifiuti pericolosi senza che fossero rispettate le prescrizioni di cui all'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva 91/689. In ultimo luogo, la Commissione ha ritenuto che la Repubblica italiana non avesse fornito, relativamente a 5 discariche esistenti alla data del 16 luglio 2001, la prova che queste fossero state oggetto di un piano di riassetto oppure di un provvedimento definitivo di chiusura ai sensi dell'articolo 14 della direttiva 1999/31.

²⁵ Con la sentenza Corte Giustizia, 2 dicembre 2014, C-196/13.

²⁶ In particolare lo Stato italiano è stato condannato a pagare una somma penalità semestrale di euro 42.800.000, dal quale saranno detratti euro 400.000 per ciascuna discarica contenente rifiuti pericolosi messa a norma conformemente a detta sentenza ed euro 200.000 per ogni altra discarica messa a norma conformemente a detta sentenza. Annualmente, dunque, lo Stato italiano è stato condannato a pagare circa 80 milioni di euro.

²⁷ L'art. 1, comma 814, della l. 28 dicembre 2015, n. 208 introdusse il comma 2 *bis* nell'art. 41 della l. 24 dicembre 2012, n. 234 per il quale «nel caso di violazione della normativa europea accertata con sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea di condanna al pagamento di sanzioni a carico della Repubblica italiana, ove per provvedere ai dovuti adempimenti si renda necessario procedere all'adozione di una molteplicità di atti anche collegati tra loro, il Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro competente per materia, sentiti gli enti inadempienti, assegna a questi ultimi termini congrui per l'adozione di ciascuno dei provvedimenti e atti necessari. Decorso inutilmente anche uno solo di tali termini, il Consiglio dei ministri, sentito il soggetto interessato, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri e del Ministro competente per materia, adotta i provvedimenti necessari, anche normativi, ovvero nomina un apposito commissario. Alla riunione del Consiglio dei ministri è invitato il Presidente della Giunta regionale della regione interessata al provvedimento. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche agli inadempimenti conseguen-

sari straordinari e dopo i Presidenti delle Regioni venne nominato l'attuale Commissario Unico (che sostituì i Commissari che a loro volta avevano sostituito i Commissari).

Ed è proprio a tale commissario che è stato affidato il risanamento di varie decine di discariche²⁸ a partire, come si è detto, dal 2017 e che a quanto risulta ha svolto finora un lavoro assai efficace.

Passando ora all'analisi del secondo dei due settori indicati si può ricordare che la corretta gestione delle acque reflue "sporche" (quelle che costituiscono gli output degli agglomerati urbani) esige l'esistenza di impianti *ad hoc* che si occupino di "purificare" l'acqua prima di reimmetterla nell'ambiente.

In tal senso la direttiva sulle acque 91/271 prevedeva che gli Stati membri provvedessero affinché tutti gli agglomerati urbani superiori ad un certo numero di abitanti fossero provvisti di reti fognarie per le acque reflue urbane e che queste fossero sottoposte, prima dello scarico, ad un trattamento secondario o ad un trattamento equivalente.

Orbene da una serie di accertamenti compiuti a partire dalla metà degli anni 2000 era emerso che varie decine di agglomerati urbani nel nostro paese erano del tutto privi di tali reti fognarie²⁹ e che altri paesi pur possedendo tali reti fognarie non disponevano degli impianti di trattamento³⁰: si trattava, quindi, di due ipotesi quella di Comuni senza reti fognarie e privi altresì di impianti di trattamento e quella di Comuni dotati di reti fognarie ma invece privi di impianti di trattamento.

La questione era stata portata all'attenzione delle istituzioni europee e con due pronunce successive del 2012 e del 2014³¹ la Corte di Giustizia aveva dichiarato l'inadempimento della Repubblica Italiana.

A quel punto, nel 2014, era intervenuto il legislatore nazionale con un primo decreto legge³² con cui si prevedeva la possibilità di attivazione del potere sostitutivo attraverso la nomina di una pluralità di Commissari e tali commissari erano stati effettivamente nominati.

ti alle diffide effettuate in data anteriore alla data di entrata in vigore della presente disposizione che si fondino sui presupposti e abbiano le caratteristiche di cui al primo periodo».

Il successivo comma 2 *ter* stabilisce che «il commissario di cui al comma 2-bis esercita le facoltà e i poteri di cui ai commi 4, 5 e 6 dell'articolo 10 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 116».

²⁸ Inizialmente, nel marzo 2017, il loro numero era di 58 poi aumentato, nel novembre 2017, di ulteriori 22 discariche.

²⁹ Tra di essi, ad esempio in Calabria, Acri, Siderno, Castrovillari, Lamezia Terme, Mesoraca, Montebello Ionico, Motta San Giovanni, Reggio Calabria, Rende, Sellia Marina, Soverato, Strongoli.

³⁰ Tra di essi, ad esempio sempre in Calabria, Acri, Siderno, Castrovillari, Montebello Ionico, Motta San Giovanni e la stessa Reggio Calabria.

³¹ Si tratta delle sentenze della Corte di Giustizia del 19 luglio 2012 C-565/10 e del 10 aprile 2014 C-85/13.

³² Si tratta del d.l. n. 133/2014 convertito nella l. 164/2014.

Dato però che anche l'opera di tali commissari straordinari si era rivelata insufficiente, come dimostra il fatto che negli anni successivi erano intervenute due nuove procedure di infrazione, il legislatore è dovuto intervenire nuovamente.

Con un nuovo decreto legge nel 2016³³ è stata dunque prevista la nomina di un Commissario Unico³⁴ che, come nel caso delle scariche abusive, sostituì i Commissari.

Il Commissario Straordinario Unico per l'adeguamento dei sistemi di collettamento, fognatura e depurazione degli agglomerati urbani nominato nel 2017 ha dunque iniziato ad operare per risolvere il problema della mancanza di reti fognarie e di impianti di trattamento in varie decine di Comuni del nostro paese³⁵.

Il legislatore ha attribuito ad esso una doppia funzione: in alcuni casi solo di coordinamento (dove c'era già un soggetto realizzatore di opere) e in altri casi di realizzazione diretta degli interventi (in circa il 60% dei casi) e in quest'ultimo caso il Commissario svolge le funzioni di vera e propria stazione appaltante.

5. *Gli interventi sostitutivi e le Commissioni bicamerale rifiuti*

Un formidabile aiuto per la sistematizzazione delle gestioni commissariali si trova nelle relazioni della Commissione parlamentare d'inchiesta sulle attività illecite connesse al ciclo dei rifiuti e su illeciti ambientali ad esse correlati (d'ora in poi brevemente "Commissione bicamerale rifiuti")³⁶ di cui si è detto, succedutesi nelle varie legislature³⁷.

³³ Si tratta del d.l. 213/2016 convertito nella l. n.18/2017.

³⁴ Nominato con d.P.R.

³⁵ Il suo obiettivo è quello di riportare al rispetto del diritto europeo e nazionale ben 104 agglomerati in 12 Regioni (la gran parte di essi sono in Sicilia, poi seguono Calabria e Campania) e che sono oggetto delle prime due sentenze della Corte di Giustizia (le altre due procedure di infrazione riguardano altre centinaia di agglomerati).

³⁶ Si tratta di organo importante anche per l'esercizio di funzioni che potremmo definire di *moral suasion* (si tratta in sostanza di "facilitatori" dei rapporti tra autorità pubbliche) che si sono aggiunte e si sono progressivamente sviluppate accanto alla funzione istituzionale primaria che è rimasta quella istruttoria o conoscitiva finalizzata al futuro indirizzo del potere legislativo.

La funzione di *moral suasion* era stata stigmatizzata da un passo della relazione finale della Commissione presieduta dall'on. Barbieri per la quale «a più riprese, la Commissione si è trovata, in relazione a situazioni di criticità esistenti in diverse parti del territorio nazionale per ciò che attiene alla gestione del ciclo dei rifiuti, e in presenza di condizioni di sostanziale paralisi degli ordinari processi decisionali, ad esercitare, come ricordato in precedenza, un ruolo di moral suasion in funzione dell'affermazione presso le comunità e gli enti territoriali di un clima favorevole alla realizzazione delle misure necessarie per l'organizzazione di un ordinato ciclo dei rifiuti» doc. XXIII n. 8, Relazione finale, (Relatore: sen. Roberto Barbieri) approvata nella seduta del 27 febbraio 2008.

³⁷ L'attuale Commissione bicamerale rifiuti, nell'attuale XVIII legislatura, è stata istituita con la l. 7 agosto 2018, n. 100 recante istituzione di una Commissione parlamentare di inchiesta sulle attività illecite connesse al ciclo dei rifiuti e su illeciti ambientali ad esse correlati.

I lavori delle vari Commissioni bicamerali rifiuti³⁸ si sono, infatti, sempre conclusi con un'ampia relazione finale (della quale da una parte della dottrina è stato messo in evidenza il peculiare carattere "politico" e non giudiziario³⁹), che contiene quegli esiti istruttori dei lavori della Commissione che sarebbero dovuti servire al Parlamento per esercitare il potere legislativo in relazione a singole tematiche e che possono essere molto utili, partendo dallo specifico settore dei rifiuti, al fine di tratteggiare i punti fondamentali degli interventi sostitutivi in materia ambientale.

Il primo punto che si può dedurre dall'analisi di tali relazioni è quello che potremmo chiamare il problema dell'ordinarietà dello straordinario ossia dell'estensione abnorme dell'intervento sostitutivo in materia ambientale.

In tutte le relazioni delle Commissioni si parte proprio dalla considerazione che il commissariamento in materia ambientale è diventato in molte Regioni una vera e propria regola generale⁴⁰ e i lavori delle varie Commissioni si sono strutturati sempre come un'analisi di tali casistiche⁴¹.

Nella relazione della Commissione Russo del 2006, ad esempio, si legge che «invero, la delega di poteri straordinari per qualità, natura e durata, unitamente alla specificità dei poteri normativi attribuiti agli stessi Commissari straordinari [...], se da un lato hanno indotto l'autorità amministrativa a limitare "l'esercizio generale delle funzioni amministrative relative alla gestione dei rifiuti", dall'altro hanno rafforzato la grave circostanza che in talune Regioni – in tema di gestione del ciclo dei rifiuti – ciò che doveva essere emergenziale, circoscritto e "straordinario" (anche in ordine alla durata temporale), è diventato pressoché stabile ed "ordinario"», il tutto con notevole ripercussione anche sulle tensioni economico-sociali da esso scaturenti.

³⁸ Dopo una prima Commissione monocamerale, nell'ambito della XIII legislatura (1996/2001) venne istituita una seconda Commissione, questa volta bicamerale, che continuò ad essere presieduta dall'on. Scalia; la terza operò dal 2001 al 2006 nell'ambito della XIV legislatura ed ebbe come Presidente l'on. Paolo Russo; la quarta venne istituita nell'ambito della XV legislatura (2006/2008) e venne presieduta dall'on. Roberto Barbieri; la quinta, che è durata in carica ben cinque anni, è stata presieduta dall'on. Gaetano Pecorella ed ha operato nell'ambito della XVI legislatura (2008/2013). La penultima Commissione d'inchiesta sulle attività illecite connesse al ciclo dei rifiuti istituita con la l. 7 gennaio 2014, n. 1 opera a partire dall'ottobre 2014 e venne presieduta dall'on. Bratti del PD e vede come vicepresidenti gli on. Vignaroli del M5S e l'on. Augello dell'NCD.

³⁹ A. Pace, voce *Inchiesta parlamentare*, in *Enc. Dir.*, cit., 1025.

⁴⁰ Nella relazione finale della Commissione istituita nella XII legislatura (1996-2001) si legge che «nel settembre 1999, la Commissione rilevava che, nonostante una maggiore "tensione" di natura ambientale riscontrata in molte regioni dopo l'entrata in vigore del "decreto Ronchi", le situazioni di emergenza connesse al ciclo dei rifiuti andavano progressivamente moltiplicandosi e che, in alcune situazioni, le emergenze di natura ambientale andavano assumendo formule sempre più stabili, fino a rappresentare modalità di governo caratterizzate da una sorta di "straordinaria normalità" delle gestioni».

⁴¹ Sempre nella medesima relazione si legge che la Commissione «deliberava, pertanto, di procedere ad un'analisi delle realtà territoriali colpite da provvedimenti di commissariamento, disposti in relazione ad eventi connessi alla produzione, raccolta, trasporto o smaltimento dei rifiuti solidi urbani o speciali».

Il secondo punto che si può evincere dall'analisi delle relazioni finali delle Commissioni Rifiuti è quello delle «cause o delle ragioni generatrici di tali interventi sostitutivi»⁴².

Dalle varie relazioni emerge che le cause delle gestioni commissariali possono essere riassunte in due principali: da una parte la cattura delle amministrazioni locali da parte del territorio che impedisce scelte difficili e, dall'altra, la presenza di privati che non collaborano⁴³.

Ed infatti quando si tratta di adottare una scelta scomoda per il territorio (ad esempio la localizzazione di una discarica o di un impianto di trattamento di rifiuti) l'amministrazione competente tende a rinviare il problema all'amministrazione successiva pur di non perdere consenso elettorale (specie nei casi in cui il programma elettorale che ne aveva a suo tempo consentito l'insediamento era proprio incentrato nel non far approvare una discarica o un impianto nel proprio territorio).

E così in un quadro di successivi rinvii il problema diventa ineludibile, magari genera sanzioni, e alla fine legittima l'intervento sostitutivo anzi, *rectius*, gli interventi sostitutivi.

Il terzo punto enucleabile dalle relazioni è quello dell'«efficacia di tali interventi sostitutivi»⁴⁴.

Il giudizio al riguardo non è positivo: in una relazione si legge testualmente che «va annotata la performance complessivamente negativa dell'istituto commissariale, incapace di imprimere quella accelerazione necessaria per la fuoriuscita dall'emergenza, accelerazione, peraltro, che costituiva la ragione costitutiva dell'attribuzione al commissario straordinario della delega in materia di gestione dei rifiuti»⁴⁵.

Sempre per tale Commissione l'istituto commissariale non solo non ha funzionato come fattore di semplificazione del quadro normativo e gestionale ma

⁴² Ed infatti le varie relazioni si pongono dichiaratamente gli obiettivi di «accertare le cause generatrici delle singole situazioni di allarme ed a fare emergere le eventuali connesse responsabilità di carattere amministrativo e di natura politica».

⁴³ Resta però fermo il convincimento della Commissione che la vicenda dei commissariamenti costituisce un chiaro segnale, non solo dei gravissimi ritardi di cultura ambientale nelle amministrazioni locali, ma anche un inequivoco allarme sui fortissimi condizionamenti che gravano sui settori imprenditoriali che si occupano delle varie fasi del ciclo. Inoltre, la carenza e l'inconsistenza dei controlli rappresentano una riprova di come quei condizionamenti pesino anche sulle amministrazioni locali e di come, nelle realtà esaminate, sia vero e presente quell'intreccio tra criminalità, politica ed imprenditoria cui i magistrati più volte hanno fatto riferimento. Gli enormi profitti che derivano dalle gestioni di tutte le fasi del ciclo dei rifiuti costituiscono infine elementi fortissimi di resistenza a cambiamenti ed alla ricerca di soluzioni. Le alterazioni di mercato che conseguono tale modo di operare finiscono inevitabilmente, come la Commissione ha avuto in più occasioni modo di denunciare, col procurare l'allontanamento dell'imprenditoria sana dal settore e, quindi, con il rappresentare un ulteriore elemento di rigidità del sistema.

⁴⁴ Le varie relazioni si pongono l'obiettivo di «controllare se i rimedi adottati avessero effettivamente inciso sulle situazioni a rischio, eliminando le cause che avevano determinato le emergenze» e di «valutare l'impatto nell'ambiente e nel tessuto economico e sociale di ogni singola emergenza».

⁴⁵ Commissione Barbieri istituita nella XV legislatura.

addirittura ha costituito un elemento di ulteriore complicazione, nei fatti dilatando i tempi di adozione dei piani e, conseguentemente, di attuazione di un ciclo integrato dei rifiuti⁴⁶.

Il quarto punto che si deduce dall'analisi delle relazioni è quello del tentativo di «verifica degli strumenti normativi e amministrativi utilizzati»⁴⁷.

A tal fine le varie Commissioni rifiuti hanno esaminato varie realtà territoriali⁴⁸ e approfondito «unitamente ad aspetti specifici delle singole emergenze, la pertinenza dello strumento normativo su cui poggiano i commissariamenti ed ai poteri e prerogative delle varie articolazioni del Governo che concorrono alla dichiarazione dello stato di emergenza nonché a disporre il regime commissariale, sia ai vari profili relativi al sostanziale regime di concertazione da cui hanno preso il via i vari commissariamenti; inoltre profili attinenti ai contenuti delle ordinanze, alle figure ed ai poteri dei commissari delegati, alla durata dei singoli provvedimenti ed alla legittimazione dei continui rinnovi (fino oltre i sette anni) in un sistema normativo legittimato dalla straordinarietà, eccezionalità ed urgenza del provvedimento».

Assai spesso soprattutto nel primo periodo si è a tal fine messo in evidenza l'«intreccio di competenze tra il Ministero dell'ambiente e quello dell'interno» e dell'uso improprio dello strumento normativo di protezione civile utilizzato dal Governo per dare vita all'istituto del Commissariamento con riferimento alla materia dei rifiuti⁴⁹.

Ed infatti per la Commissione «si tratta, è bene ricordarlo, del ricorso ad uno strumento ideato per gli accadimenti inquadrabili nella “protezione civile” e governati da sistemi giuridici che pongono il Ministero dell'interno al centro di

⁴⁶ Vi è, poi, da considerare un ulteriore dato che ha pesato non poco sui tempi di realizzazione di una trama organica di interventi nelle Regioni in questione: la frequente rivisitazione che hanno subito i piani ad ogni mutamento degli indirizzi, soprattutto politici, di governo delle Regioni. Ciò ha determinato non solo un oggettivo rallentamento dei tempi ma spesso una rimodulazione di scelte talora non pienamente ancorate alle peculiarità delle realtà territoriali, spesso ponendosi obiettivi che, pur condivisibili in astratto, hanno trovato e trovano nel concreto dispiegarsi non poche difficoltà di realizzazione.

⁴⁷ Le varie Commissioni si sono poste espressamente l'obiettivo di «verificare la congruità della normativa che disciplina l'istituto del commissariamento e ad analizzare l'idoneità e l'attualità dello strumento» anche al fine di «formulare proposte per eventuali modifiche di carattere normativo ed amministrativo».

⁴⁸ Le realtà esaminate hanno riguardato le regioni Campania, commissariata nel febbraio 1994; Puglia, commissariata (novembre 1994); Calabria, commissariata (settembre 1997); Sicilia, (gennaio 1999). Nessuno dei citati regimi commissariati a tutt'oggi risulta essere cessato. Sono state anche esaminate due altre realtà oggetto di provvedimento di commissariamento: quella della città di Milano e quella della provincia di Roma, la prima legata alla situazione della discarica di Cerro Maggiore e conclusasi con l'adozione di misure per la raccolta differenziata che, per taluni profili, hanno anticipato alcune previsioni del «decreto Ronchi»; la seconda occasionata dalla previsione dello straordinario afflusso di visitatori nella capitale per il Giubileo del 2000.

⁴⁹ In esito alla complessa e lunga attività d'inchiesta è scaturito un quadro strutturale ed operativo che denuncia, in primo luogo, come lo strumento normativo utilizzato dal Governo per dare vita all'istituto del commissariamento (articolo 5 della l. 24 febbraio 1992, n. 225 – Istituzione del servizio nazionale della protezione civile) sia improprio e scarsamente aderente alle peculiarità scaturenti dalle emergenze rifiuti.

poteri decisori e di intervento; poteri che invece, nei casi di specie, non vengono esercitati da quel dicastero perché privo di competenze funzionali. A parte il contenzioso giuridico sorto e le evidenti forzature ermeneutiche risolte con un certo imbarazzo dalla Corte costituzionale, è certamente fuori dubbio che l'attuale articolazione delle attribuzioni ministeriali non consente al ministro dell'interno di svolgere le funzioni ed i compiti propri del Ministero dell'ambiente»⁵⁰.

Quella che può essere considerata come la quinta conclusione dei lavori delle varie Commissioni fa riferimento alle «attività oggetto di sostituzione».

Nella relazione di una delle Commissioni si legge che «è da aggiungere, poi, che lo stesso articolarsi dei compiti affidati ai commissari delegati (soprattutto ai commissari presidenti delle giunte regionali) sembra confliggere con attività caratterizzate dalla necessità ed urgenza. Si tratta, come è emerso nel corso dell'inchiesta, per di più di compiti di programmazione e di predisposizione di piani; di compiti quindi assai complessi, che prevedono concertazioni e lunghi iter procedurali e che appartengono all'attività di programmazione e di amministrazione complessiva della giunta e del consiglio regionale. Non a caso, i poteri straordinari sono stati assegnati a quegli stessi soggetti che avrebbero dovuto provvedere in base alle ordinarie competenze istituzionali»⁵¹.

Spesso, peraltro, l'intervento sostitutivo attribuisce competenza ad un organo monocratico dove istituzionalmente deve agire un organo collegiale⁵².

Un sesto punto evidenziabile è quello del "tema del consenso" che grava sugli organi elettivi e che condiziona le scelte dei commissari⁵³.

⁵⁰ I rappresentanti del Ministero dell'interno e della protezione civile hanno denunciato come l'attuale sistema dell'emergenza rifiuti releggi quegli organi a funzioni meramente notarili di emanazione di provvedimenti ideati ed istruiti da altri. Peraltro, il Ministero dell'interno, non avendo né attribuzioni funzionali né compiti, non si sente neppure coinvolto nelle responsabilità che conseguono l'espletamento della funzione. Allo stato attuale, sembra rappresentare un mero passaggio procedurale che deve solo impegnarsi a non costituire occasione di ritardo nell'emanazione dei pareri e provvedimenti di competenza.

Ancora, il frazionamento (o, meglio, il sovrapporsi) delle competenze in capo ai due dicasteri non indica con chiarezza a quali organi spetti la valutazione dell'operato dei commissari e sulla base di quali parametri debbano essere misurati i risultati, anche al fine della cessazione dello stato di emergenza ovvero della sua proroga. Infatti, il perpetuarsi del regime di proroga, che per alcune regioni dura ormai da ben sette anni, denuncia in modo evidente come sia inconsistente il ricorso allo strumento straordinario di cui all'articolo 5 della l. n. 225/1992.

⁵¹ In presenza di tali anomalie che, come sopra è stato dimostrato, non si risolvono in meri aspetti formali ma generano vere e proprie disfunzioni nella stessa gestione e controllo delle crisi sulle quali si è intervenuti, la Commissione è del parere che il Governo debba procedere ad un'approfondita verifica sulla congruità dello strumento normativo cui finora ha fatto ricorso, richiedendo, laddove lo ritenga necessario, che il Parlamento fornisca uno strumento più rispondente alle emergenze rifiuti del tipo di quelle citate.

⁵² «Peraltro, il nuovo impianto, nel conferire i poteri straordinari ad organi monocratici, non potrà non ispirarsi ai modelli istituzionali esistenti ed alterare in modo traumatico il regime delle competenze e delle prerogative istituzionali presenti nelle realtà locali. Occorrerà, a parere della Commissione, ancora privilegiare i presidenti delle regioni e coinvolgere nelle responsabilità commissariali i presidenti delle province ed i sindaci secondo lo schema del "decreto Ronchi"».

⁵³ Nel contempo, il nuovo modello dovrà considerare, per ogni singola realtà interessata, con la massima attenzione i problemi di consenso che, realisticamente, gravano sugli organi elettivi, perché tali proble-

Le varie Commissioni hanno riscontrato ad esempio che le amministrazioni regionali che hanno richiesto lo stato di emergenza, di fatto, più che sollecitare una verifica del ricorrere degli oggettivi presupposti per l'avvio del regime commissariale, denunciano ritardi e carenze delle passate gestioni nell'adozione di strumenti programmatori adeguati, nonché rigidità ed inadeguatezze del sistema normativo generale che impediscono la corretta gestione del servizio.

Ancora, denunciano le difficoltà a localizzare impianti di smaltimento nei territori comunali, a causa delle resistenze opposte dalla popolazione locale e dalle rappresentanze ambientaliste.

In tale situazione, risulta del tutto evidente che lo stato di crisi che determina l'emergenza non sembra possa ascriversi a fatti eccezionali che superano le competenze e la normalità delle gestioni amministrative.

Si tratta di vere e proprie crisi politiche, causate da problemi antichissimi ai quali gli amministratori locali non hanno saputo o potuto dare risposte adeguate.

Un settimo punto attiene al "potere di verifica dell'intervento sostitutivo" e alla sua necessaria limitazione nel tempo.

Un eventuale nuovo modello di gestione commissariale «dovrà contemplare precisi momenti di verifica ed indicare parametri oggettivi per misurare i risultati delle gestioni, contemplando anche adeguate misure (non ultima quella di revoca degli incarichi) per il mancato conseguimento degli obiettivi»⁵⁴.

A tale proposito, la Commissione ritiene che dovranno riconsiderarsi le scelte finora effettuate nell'esercizio del potere di ordinanza, che attualmente esclude l'imprenditoria privata dal concorrere nella realizzazione e nella gestione degli impianti connessi al ciclo dei rifiuti. Una tematica assai delicata se rapportata alle note capacità di controllo del settore da parte della criminalità organizzata nelle regioni a rischio. Ma, proprio in quelle difficilissime realtà, non possono essere ulteriormente penalizzati l'imprenditoria sana ed il libero mercato.

Da ultimo, il nuovo impianto legislativo non potrà prevedere la possibilità, di fatto oggi presente, di protrarre *sine die* il regime commissariale, mediante il meccanismo dei rinnovi. Su tale punto occorre che vi sia un costante monitoraggio da parte del Governo sulle gestioni, nonché capacità e forza per sanzionare ritardi e gestioni inconcludenti.

mi non finiscano con il condizionare le delicatissime ed a volte impopolari scelte che debbono porre in essere i commissari.

⁵⁴ Nelle singole ordinanze, poi, occorrerà procedere, caso per caso, ad un'accurata ricognizione del patrimonio impiantistico presente in ogni realtà commissariata e, quindi, attivare adeguate risorse tecniche e finanziarie per promuovere, coinvolgendo anche risorse, iniziative e responsabilità dei produttori e dell'imprenditoria privati, tecnologie complesse che coprano, nello spirito del «decreto Ronchi», le varie tipologie e le varie fasi del ciclo dei rifiuti.

L'ottavo punto che si può ricavare dalle relazioni attiene a quello che si potrebbe definire come la "necessità del regime di concertazione".

Il regime di concertazione tra amministrazioni regionali, Ministeri dell'interno e dell'ambiente, Presidenza del Consiglio dei ministri, ha, infatti, evitato che i provvedimenti correlati all'emergenza assumessero natura sanzionatoria o surrogatoria e, quindi, implicassero giudizi di natura politica sull'operato delle amministrazioni.

Di qui il sostanziale accordo sulle procedure ed il regime di concertazione. Ciò, tuttavia, non esonera il Governo dalle responsabilità di controllo e dall'onere di valutare i risultati delle gestioni.

Il regime di concertazione non può esaurirsi nella dichiarazione d'emergenza e nella nomina del commissario; occorre anche seguire le gestioni, impegnare adeguate risorse finanziarie ed impiantistiche, valutare l'azione dei commissari, verificare i risultati ed adottare, ove necessario, altri provvedimenti, ivi compresa la revoca del mandato per i delegati troppo deboli o incapaci.

L'obbiettivo perseguito era quello di porre le basi per dare un assetto ad un settore trascurato, compromesso da interessi non sempre leciti, particolarmente delicato per le implicazioni sulla salute pubblica e per la tutela del territorio. La straordinarietà delle singole situazioni è sembrata, allora, giustificare la straordinarietà dei poteri.

Tuttavia, è fuori dubbio che l'emergenza deve ora essere avviata verso l'ordinarietà della gestione. Consegnando il problema a soggetti monocratici straordinari, sono state indubbiamente alleggerite le responsabilità collegiali degli organi regionali e delle amministrazioni locali ma deve essere dato avvio a significative fasi di superamento dei delicati problemi a suo tempo posti.

Ancora all'attualità mancano concreti segnali di superamento.

In tale stato di cose, sembra alle varie Commissioni che occorra portare sostanziali cambiamenti di rotta all'attuale sistema, che non solo risolve la straordinarietà in ordinarietà, ma che priva, *sine die*, le assemblee elettive delle prerogative connesse al mandato ricevuto. Se vuole mantenersi un regime di «concertazione» per contrastare le emergenze del tipo esaminato, occorre che tale sistema trovi un'adeguata disciplina che, quantomeno, contempli anche i parametri e le responsabilità di verifica, i tempi della straordinarietà delle gestioni e gli eventuali ulteriori rimedi, nel caso le misure adottate non abbiano raggiunto gli obiettivi proposti⁵⁵.

⁵⁵ Se, poi, un più complessivo esame della situazione generale e delle cause che hanno portato una così significativa parte del territorio nazionale a porre la questione dell'emergenza rifiuti dovesse portare a concludere che le procedure e gli adempimenti legislativamente previsti per la redazione e l'approvazione dei piani di programma risultano eccessivamente onerosi, tali da non consentire il rapido espletamento, occorre ancora che il legislatore intraprenda una paziente azione diretta a superare alcune rigidità e appesantimenti burocratici che rendono più difficile la piena attuazione del «decreto Ronchi».

Quale valutazione finale le varie Commissioni hanno considerato che se pure i dati e gli elementi raccolti offrono un panorama assai poco rassicurante, sul punto non possono certamente tirarsi troppo pessimistiche conclusioni perché, nonostante i problemi tuttora irrisolti, in tutte le realtà esaminate, è stato possibile trarre la convinzione che l'azione dei pubblici poteri locali, dopo l'esperienza commissariale sia ora animata da una più forte tensione di contrasto all'operare mafioso e che sia in atto una più attiva e cosciente azione di governo per la tutela del bene dell'ambiente e della salute pubblica mediante una sempre più cosciente gestione dei servizi connessi al ciclo dei rifiuti. Per tali profili può affermarsi che, in disparte ogni altra valutazione e misurazione di risultati, i regimi commissariali hanno certamente prodotto una maggiore attenzione sui temi dell'ambiente.

L'ultimo punto attiene alla valutazione complessiva delle gestioni commissariali.

In sintesi per le varie Commissioni è indubbio che il regime commissariale, con le sue deroghe e con il conferimento di poteri straordinari, rappresenta una grave anomalia al sistema delle attribuzioni costituzionali e delle autonomie.

Pur essendo generate come si è visto in un regime di sostanziale concertazione, rimane fermo il fatto che regioni ed autonomie locali risultano espropriate di competenze e prerogative istituzionali.

Così si conclude che le soluzioni adottate hanno creato preoccupanti alterazioni al sistema istituzionale della ripartizione delle competenze; hanno sviato i riferimenti della responsabilità dell'attività amministrativa; hanno generato risultati a volte deludenti ed in tempi così lunghi da non potere essere considerati quali prodotti della straordinarietà e dell'emergenza; hanno creato imbarazzanti intrecci di competenze all'interno della struttura governativa.

Le dichiarazioni d'emergenza ed i connessi commissariamenti, dunque, non hanno fatto altro che far emergere le crisi politiche delle gestioni passate e presenti e l'incapacità di governarle con gli ordinari strumenti. Per uscire da tale preoccupante situazione, certamente non addebitabile interamente a questa o quella amministrazione, lo strumento che è sembrato più agevole da adottare, perché non comportante giudizi o responsabilità, né di natura politica, né amministrativa, è parso essere quello del commissariamento.

Le conclusioni sono state dunque in generale negative sul presupposto che la gestione commissariale «di fatto altera il sistema costituzionalmente garantito delle prerogative e delle competenze delle regioni e degli enti locali, venendo ad investire in responsabilità di gestione un soggetto diverso da quello prescelto mediante il sistema delle rappresentanze elettive».

6. *L'intervento sostitutivo come intervento "protesico" in funzione della riabilitazione*

In sintesi il buon intervento sostitutivo è quello che non solo risolve il contingente problema dell'inadempimento ma rimette in moto le amministrazioni istituzionalmente competenti⁵⁶.

Ragionare dell'oltre significa, in altri termini, individuare il *dies ad quem* dell'azione del Commissariato, essendo quest'ultimo intimamente connesso alla straordinarietà della situazione, ed alla temporaneità dell'istituto.

Diversamente, si fa del Commissariato un'istituzione che tende a stabilizzarsi e quindi a preoccuparsi più della propria autosussistenza che delle finalità per le quali era stato istituito, con la conseguenza di atrofizzare gli organi supportati.

Sicché, analizzare le prospettive di superamento significa, innanzitutto, riflettere sulle politiche di riabilitazione, cioè di transizione dal regime straordinario a quello ordinario.

Se il commissariamento è espressione di un intervento sussidiario, esso deve avere come scopo non la sostituzione *tout court e sine die* dell'ente in difficoltà, bensì quello di affrontare una situazione di emergenza che, per il suo carattere di straordinarietà, supera l'ambito localistico, e, al contempo, ripristinare le condizioni perché l'ente supportato possa ritornare ad operare nell'ordinarietà.

Si è, in altri e più chiari termini, dinanzi ad una sorta di "protesi" che sostituisce taluni organi della pubblica amministrazione nell'esercizio – e non nella titolarità originaria (che rimane in capo all'organo sostituito) – di determinate funzioni; il commissariamento realizza quel coordinamento che non si è realizzato fisiologicamente, accentrando in un unico soggetto tutte quelle competenze che, seppur distribuite fra organi diversi, presentano una connessione quanto agli obiettivi complessivi, quegli stessi obiettivi il cui mancato raggiungimento giustifica l'intervento commissariale.

Come ogni intervento protesico, l'azione del Commissariato non può che mirare, dunque, pena lo snaturamento dell'istituto stesso, a far recuperare all'articolazione supportata la propria funzionalità; non può, non deve essere durevole, ma va tolta quando non è più necessaria e va accompagnata e seguita da un'adeguata terapia di riabilitazione.

Sicché, ragionare di politiche oltre il commissariamento, significa in primo luogo riflettere sulle politiche di riabilitazione, cioè di transizione dal regime straordinario a quello ordinario.

⁵⁶ Per la Commissione Russo del 2006 una riflessione sulle politiche ambientali oltre il commissariamento richiede, pertanto, in primo luogo, uno sforzo per determinare i confini temporali dell'intervento commissariale.

Orbene, la constatata dilatazione dell'istituto commissariale, a dispetto della sua stessa natura, comporta non pochi problemi anche per l'individuazione delle terapie di riabilitazione più appropriate.

In linea generale, è auspicabile che il rientro nel regime ordinario avvenga senza soluzione di continuità, pervenendo alla ricomposizione fisiologica di quella dicotomia gestione-titolarietà tutte le volte in cui, venendo meno la straordinarietà e l'urgenza, il peso della gestione possa essere adeguatamente sopportato dal titolare. Occorre quindi procedere ad un «passaggio controllato» alle competenze ordinarie, con la consapevolezza che il percorso intrapreso verso un ciclo integrato di raccolta e di smaltimento, anche a ragione dei protocolli di intesa e delle concertazioni che hanno già coinvolto gli enti locali nella gestione commissariale, possa essere in grado di fronteggiare quelle prime difficoltà della gestione ordinaria, senza mandare «in fibrillazione» il sistema. Le politiche ambientali oltre il commissariamento se, per un verso, sono politiche di riabilitazione, per altro, non possono neppure prescindere dalle coordinate tracciate dal commissario quanto meno per la fase iniziale dell'ordinarietà; tali coordinate, infatti, esprimono quel patrimonio di cognizioni che, proprio perché formatosi in epoca di emergenza, valgono a meglio orientare gli interventi ordinari.

Si tratta, dunque, per un verso, di non disperdere tale bagaglio tecnico-normativo, e, per altro, di anticiparne il più possibile la condivisione.

Oltre il commissariamento, infine, non può che esserci la naturale riespansione del disegno costituzionale che, anche a seguito delle modifiche conseguenti alla l. n. 3 del 2001, vuole il rispetto delle autonomie dei diversi livelli di governo delle comunità locali, come condizione dell'operatività ordinaria del principio di sussidiarietà: solo una distinzione chiara fra competenze, poteri di coordinamento ed interventi sostitutivi consentirà di non ritenere più l'azione sussidiaria come inscindibilmente collegata alla straordinarietà e, quindi, al commissariamento⁵⁷.

⁵⁷ Questa è la cornice in cui inserire gli interventi legislativi che, da ultimo, hanno segnato l'esperienza commissariale in Campania, non senza aspetti contraddittori. In tale ottica, ad esempio, va rilevato che il d.l. n. 14 del 2005, recante misure per fronteggiare l'emergenza nel settore dei rifiuti nella regione Campania, presentava un rischio: quello di dilatare ulteriormente l'ambito dei poteri commissariali mediante l'attribuzione al Commissario delegato di poteri sostitutivi non solo nei confronti di enti pubblici ma anche nei riguardi di soggetti privati. La dicotomia gestione – titolarità che caratterizza i rapporti fra commissario e soggetti sostituiti finiva, pertanto, con l'interessare non più soltanto un ambito strettamente pubblicistico, ma anche i rapporti contrattuali in cui è parte la pubblica amministrazione, tutte le volte in cui gli stessi incidono su ambiti rilevanti ai sensi della l. n. 225 del 1995 in materia di protezione civile. E tuttavia non può non risultare evidente come questo ampliamento dei poteri del Commissario rendesse ancor più problematica la temporaneità dell'intervento commissariale. Sicché, è stato valutato favorevolmente il cambiamento di rotta adottato nel d.l. n. 245 del 2005, nel momento in cui vengono previsti, in relazione al procedimento di formazione della volontà del Commissario, significativi interventi degli enti locali nella direzione di una decisione il più possibile partecipata e condivisa. Ed infatti, l'istituzione di una Consulta regionale per la gestione dei rifiuti, presieduta dal Presidente della Regione, cui sono chiamati a far parte i presidenti delle province nonché i rappresentanti dei comuni interessati ad una equilibrata localizzazione dei siti per le discariche e lo stoccaggio dei rifiuti trattati, costituisce

Da sempre, e da tutti, sembra esserci l'«intenzione di disfarsi» di un istituto, creato per fini ben diversi e strutturato in funzionalità con tali scopi temporanei. Occorre passare dalle intenzioni ai fatti: «disfarsi» dei Commissari straordinari e delle conseguenze delle gestioni straordinarie protratte nel tempo, per porre mano ad una politica integrata, con senso di responsabilità per tutti gli enti od organi, attori a pieno titolo nella gestione quotidiana del ciclo dei rifiuti.

È un nodo, in definitiva, che rischia di strozzare lo stesso circuito di partecipazione democratica: è evidente, infatti, che l'aver concentrato in un unico centro decisionale tutte le fasi del processo di formazione della volontà della pubblica amministrazione, necessariamente estromettendo dal percorso ogni iniziativa popolare, riduce i cittadini ad inerti spettatori, ostracizza il confronto, mortifica la crescita civile di un intero territorio.

7. *Il “privato” che si sostituisce al “pubblico inadempiente”*

Finora si sono esaminati casi di sostituzione del pubblico al privato inadempiente: vi sono però casi molto singolari in cui il privato si sostituisce al pubblico.

È quello che stabilisce l'art. 222 cod. ambiente.

Nel primo comma il legislatore pone in capo ai Comuni l'obbligo di fare la raccolta differenziata: la norma stabilisce che «la pubblica amministrazione deve organizzare sistemi adeguati di raccolta differenziata in modo da permettere al consumatore di conferire al servizio pubblico rifiuti di imballaggio selezionati dai rifiuti domestici e da altri tipi di rifiuti di imballaggio. In particolare: a) deve essere garantita la copertura omogenea del territorio in ciascun ambito territoriale ottimale, tenuto conto del contesto geografico; b) la gestione della raccolta differenziata deve essere effettuata secondo criteri che privilegino l'efficacia, l'efficienza e l'economicità del servizio, nonché il coordinamento con la gestione di altri rifiuti».

Ma ciò che è più interessante è il comma successivo in cui si afferma che «nel caso in cui l'osservatorio nazionale sui rifiuti accerti che le pubbliche amministrazioni non abbiano attivato sistemi adeguati di raccolta differenziata dei rifiuti di imballaggio, anche per il raggiungimento degli obiettivi di cui all'articolo 205, ed in particolare di quelli di recupero e riciclaggio di cui all'articolo 220, può richiedere al

indubbiamente tappa significativa di un'*exit strategy* dal Commissariamento, per il suo significato di istituzione-ponte, chiamata cioè a preparare la transizione verso la riespansione del regime ordinario, ed, in qualche modo, ad allenare gli enti locali a fronteggiare le proprie competenze e responsabilità.

Resta, indubbiamente, il nodo – ineliminabile, come già si è osservato nella Relazione sulla Campania, fino a quando perdurerà il regime commissariale (il cui *dies ad quem* è fissato al 31 maggio 2006) – dell'esclusione dalla fase decisoria degli enti locali che, peraltro, vengono chiamati a contribuire forzosamente, pena la riduzione dei trasferimenti erariali.

Consorzio nazionale imballaggi di sostituirsi ai gestori dei servizi di raccolta differenziata, anche avvalendosi di soggetti pubblici o privati individuati dal Consorzio nazionale imballaggi medesimo mediante procedure trasparenti e selettive, in via temporanea e d'urgenza, comunque per un periodo non superiore a ventiquattro mesi, sempre che ciò avvenga all'interno di ambiti ottimali opportunamente identificati, per l'organizzazione e/o integrazione del servizio ritenuto insufficiente».

Dato che il CONAI come è stato chiarito dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato è un soggetto di diritto privato qui abbiamo un'ipotesi singolare: il privato che sostituisce il pubblico inadempiente.

La norma stabilisce poi che «qualora il Consorzio nazionale imballaggi, per raggiungere gli obiettivi di recupero e riciclaggio previsti dall'articolo 220, decida di aderire alla richiesta, verrà al medesimo corrisposto il valore della tariffa applicata per la raccolta dei rifiuti urbani corrispondente, al netto dei ricavi conseguiti dalla vendita dei materiali e del corrispettivo dovuto sul ritiro dei rifiuti di imballaggio e delle frazioni merceologiche omogenee».

Si prevede anche l'ipotesi residuale per la quale «ove il Consorzio nazionale imballaggi non dichiari di accettare entro quindici giorni dalla richiesta, l'Autorità, nei successivi quindici giorni, individua, mediante procedure trasparenti e selettive, un soggetto di comprovata e documentata affidabilità e capacità a cui affidare la raccolta differenziata e conferire i rifiuti di imballaggio in via temporanea e d'urgenza, fino all'espletamento delle procedure ordinarie di aggiudicazione del servizio e comunque per un periodo non superiore a dodici mesi, prorogabili di ulteriori dodici mesi in caso di impossibilità oggettiva e documentata di aggiudicazione».

L'ipotesi di privato che sostituisce il pubblico è del resto conforme con la dottrina del DPR per la quale la responsabilità sui prodotti grava in prima battuta sui produttori e illumina di luce nuova il tema della proprietà dei rifiuti da sempre dibattuto.

8. *La sostituzione del "pubblico inadempiente" con il "pubblico"*

Qui le ipotesi di applicazione sono tantissime a partire da quella del dirigente che sostituisce il funzionario inadempiente; del Ministro che sostituisce l'uno o l'altro il direttore generale; dal Commissario *ad acta* che sostituisce.

Ma anche della Regione che sostituisce il Comune.

Sul punto è molto interessante quanto affermato a proposito dell'art. 199 cod. amb. dalla Corte Costituzionale, con sentenza 24 luglio 2009, n. 249.

Si è infatti dichiarata l'illegittimità costituzionale della parte di tale articolo in cui si attribuiva al Ministro dell'ambiente il potere sostitutivo nel caso in

cui «le autorità competenti non realizzino gli interventi previsti dal piano regionale» di gestione dei rifiuti «nei termini e con le modalità stabiliti e tali omissioni possano arrecare un grave pregiudizio all'attuazione del piano medesimo». Per la Corte in parole povere se un Comune è inadempiente deve essere sostituito dalla Regione e non dallo Stato.

Anche autorità amministrative apparentemente lontane dalle tematiche ambientali hanno iniziato negli ultimi anni ad occuparsi di questi temi: si pensi all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che ha aperto negli ultimi due anni due procedimenti e ha svolto un'importante attività conoscitiva.

Si pensi ad esempio al caldissimo tema dei Consorzi obbligatori di gestione degli imballaggi su cui essa è intervenuta: nonostante intere parti delle relazioni conclusive di alcune commissioni d'inchiesta fossero dedicate ad evidenziare i problemi di compatibilità con la disciplina della concorrenza⁵⁸ le proposte normative che si susseguono in argomento vengono sistematicamente rigettate in attesa di una riforma organica.

Si pensi, infine, alla necessità di un'autorità indipendente in materia ambientale, preconizzata in varie relazioni conclusive, che ha condotto per ora all'estensione delle competenze dell'Autorità dell'energia elettrica ed il gas, che si occupa anche di servizi idrici ma che ha lasciato ancora aperta la questione di un'eventuale autorità indipendente sui rifiuti⁵⁹.

⁵⁸ Nella relazione conclusiva della Commissione Barbieri istituita nella XV legislatura (doc. XXIII n. 8) si parla espressamente di «grave restringimento della concreta praticabilità delle opzioni alternative all'adesione ai consorzi» (p. 121) e si afferma che «risulta comunque evidente la necessità di rendere effettivamente percorribili le opzioni alternative per evitare di consolidare rigidità e limitazioni del mercato, che non trovano fondamento e giustificazione nella normativa ambientale» (p. 122). Nello stesso senso si afferma che «si segnala innanzitutto l'esigenza di favorire la concreta praticabilità delle opzioni alternative all'adesione ai consorzi di filiera del sistema Conai, a beneficio delle imprese che ne manifestino la volontà e la capacità secondo i criteri stabiliti dalla legge» (p. 126).

Sempre nella medesima relazione la Commissione si chiede «se la struttura istituita per avviare il sistema, che pure ha dato i suoi frutti e che era probabilmente necessaria nella fase dello *start-up*, sia ancora oggi necessaria o utile al raggiungimento degli attuali obiettivi, tenuto conto dei cambiamenti maturati in questi dieci anni, soprattutto per quanto riguarda il valore di mercato dei materiali d'imballaggio. A tal fine, è risultato indubbiamente prezioso il confronto con il lavoro già svolto dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che ha aperto un'indagine conoscitiva, tuttora in corso, proprio sul «settore dei rifiuti da imballaggio» allo scopo di verificare «possibili distorsioni alla concorrenza» che il «sistema potrebbe contenere nelle sue modalità di funzionamento». I rappresentanti dell'Autorità sono stati invitati in audizione ed hanno fornito indicazioni preziose per il lavoro della Commissione» (p. 105).

⁵⁹ Relazione conclusiva della Commissione Barbieri, legislatura XV, doc. XXIII, n. 8 p. 30 per la quale «una volta alleggerita la trama complessiva dei soggetti, si potrebbe anche valutare l'introduzione di un organo che governi la semplificazione: un'Authority, che con una struttura molto agile e snella, utilizzando essenzialmente apparati e risorse preesistenti, potrebbe rappresentare un riferimento indipendente per tutti gli enti investiti a vario titolo di poteri e responsabilità nella gestione dei rifiuti. L'ipotesi che qui si prospetta si riconnette in qualche modo al dibattito che portò, sul finire della XIV Legislatura, alla scelta di istituire, nel contesto del decreto legislativo n. 152 del 2006, l'Autorità di vigilanza sulle risorse idriche e sui rifiuti [...]» (p. 30).

9. Conclusioni

Una prima conclusione di questo intervento è che nonostante i contributi dottrinali più numerosi sull'amministrazione commissariata siano estremamente critici su tali Commissari forse, alla luce dell'attività posta in essere in molti casi si può pervenire ad una posizione meno critica nei confronti di tali Commissari.

Ed infatti, sebbene rappresentino una sconfitta dell'amministrazione ordinaria, l'esperienza dimostra che nella maggior parte dei casi tali Commissari hanno cercato di svolgere il loro lavoro per curare l'interesse pubblico al meglio (senza essere retribuiti, senza risorse umane, senza risorse finanziarie, senza i dovuti poteri provvedimentali) e che spesso paradossalmente, invece di riconoscere il loro immane lavoro, essi vengono chiamati a rispondere del loro operato in giudizi civili e penali di vario genere.

Se ovviamente il *favor* per tali Commissari straordinari non significa che non si debba lavorare per mettere le amministrazioni ordinarie in grado di svolgere i compiti che ad esse assegna il legislatore, d'altra parte, se amministrazione straordinaria e commissariata deve essere almeno che lo sia con tutti i poteri del caso e senza quelle mezze misure che rendono impossibile o almeno molto difficile il loro compito.

Una seconda conclusione attiene al fatto che gli interventi sostitutivi in materia di ambiente non possono ridursi alle ipotesi classiche di commissariamento ma si inseriscono in un quadro assai più vasto in cui i privati giocano un ruolo sempre più importante.

Ed infatti se da una parte gli obiettivi di tutela ambientale che ci vengono posti dal diritto europeo aumentano sempre di più (si pensi ad esempio alla direttiva SUP sulla plastica monouso), dall'altra i privati vengono messi sempre di più in prima linea in questa battaglia soprattutto per la ormai endemica crisi finanziaria del settore pubblico.

Questo sistema singolare che mette in prima linea il mercato (si pensi, come abbiamo visto, ai privati che devono realizzare gli impianti di trattamento come le discariche, i TMB o gli impianti di riciclaggio o compostaggio) spesso non ha gli strumenti per incentivarlo a funzionare e a farlo in tempi rapidi.

Ecco che spesso quindi la prima linea si blocca e che si debba partire con gli istituti straordinari proprio per non pagare le sanzioni che vengono comminate in caso di mancato raggiungimento degli obiettivi.

E dunque quello che sul piano costituzionale ha portato a parlare di crisi della legge e di "ordinarizzazione" del decreto legge sul piano amministrativo ha portato ad una sorta di "ordinarizzazione" del commissariamento con tutte le criticità che ciò comporta.

Una terza conclusione attiene al piano fisiologico e istituzionale.

Nonostante le notazioni critiche, ma non avrebbe potuto essere diversamente da parte delle Commissioni bicamerali, che hanno parlato di espropriazione della politica da parte dei Commissari, di alterazione traumatica di competenze e prerogative istituzionali o di bypassaggio del tema del consenso che hanno gli organi elettivi, occorre chiedersi se non vi sia stato un eccesso di ricorso al consenso e alla partecipazione che ha rallentato se non paralizzato i processi necessari a raggiungere gli obiettivi ambientali.

Forse bisognerebbe chiedersi se la nostra amministrazione ha le risorse umane e finanziarie necessarie, prima di criticare le gestioni commissariali: partire dal fatto che i nostri dipendenti pubblici sono circa 3.200.000 (pochi rispetto agli omologhi di Francia e Germania) e di età media molto alta 52 anni.

In questo quadro l'amministrazione istituzionalmente preposta alla tutela dell'ambiente è assolutamente sottodimensionata rispetto ai suoi compiti: al Ministero dell'Ambiente risultano circa 600 dipendenti a tempo indeterminato a cui si aggiungono circa 500 collaborazioni occasionali della SOGESID.

Il dato dovrebbe far riflettere ma è ancora più eclatante se lo si guarda in modo comparativo in relazione ad altre amministrazioni: le Università italiane pubbliche, una sessantina, hanno da sole circa 50.000 unità di personale tecnico amministrativo⁶⁰, mentre il Ministero dei Beni culturali ha circa 20.000 unità di personale.

I conti della comparazione sono presto fatti: di fronte ad un Ministero dell'Ambiente che ha circa 600 dipendenti; le Università (escludendo i professori) circa 50.000 dipendenti e il Ministero dei Beni Culturali circa 20.000.

Forse una corretta applicazione del principio di prevenzione, uno di quelli fondanti il diritto ambientale, dovrebbe portare a lavorare nella direzione di rafforzare le amministrazioni ordinarie innanzitutto dal punto di vista organizzativo piuttosto poi che rincorrere il mancato raggiungimento degli obiettivi con Commissari dotati di tanta buona volontà e spirito civico ma destinati a soccombere di fronte all'immane compito ad essi affidato.

Ecco perché forse occorrerebbe cambiare la prospettiva e iniziare a guardare i Commissariamenti non tanto come la patologia di un sistema ma come il punto di riferimento per la riforma complessiva dello stesso.

⁶⁰ Il dato ufficiale è ricavabile dal sito del Ministero ed è rilevato al 31.12.2014.

Interventi sostitutivi a tutela dell'ambiente

Il contributo ha ad oggetto il tema dei commissari straordinari che intervengono nelle ipotesi in cui non si siano conseguiti i risultati dovuti in materia di tutela dell'ambiente. Si procede innanzitutto ad una classificazione di tali interventi sostitutivi distinguendo le ipotesi in cui i commissari straordinari sostituiscono soggetti privati da quelle in cui sostituiscono soggetti pubblici. Si esaminano in particolare le ipotesi del Commissario Straordinario per la Bonifica delle Discariche Abusive e quella del Commissario Straordinario Unico per la Depurazione. Si procede poi all'esame e alla valutazione delle relazioni della Commissione parlamentare d'inchiesta sul ciclo dei rifiuti evidenziandone i punti salienti: la notevole estensione dell'intervento sostitutivo in materia ambientale; le cause di tali sostituzioni; l'efficacia di tali interventi; la bontà dei strumenti normativi e amministrativi utilizzati; il tema del rapporto tra consenso elettorale e tutela dell'ambiente; le limitazioni nel tempo dell'intervento sostitutivo; il giudizio complessivo sulle gestioni commissariali. Dopo aver indicato quelli che potrebbero essere i requisiti di una buona gestione commissariale si procede a tirare le conclusioni che non sono di critica alle gestioni commissariali, che anzi dovrebbero essere dotate di poteri maggiori, ma di incentivo ad avere strutture amministrative dotate delle necessarie risorse umane e finanziarie e non ostacolate nella loro azione di tutela dell'interesse generale.

Substitution and measures to protect the environment

The contribution deals with the subject of special commissioners who intervene in cases where the results due in terms of environmental protection have not been achieved. First of all, a classification is made of these substitutive interventions, distinguishing the hypotheses in which the special commissioners replace private subjects from those in which they replace public subjects. In particular, the hypotheses of the Extraordinary Commissioner for the Reclamation of Abusive Landfills and that of the Single Extraordinary Commissioner for Purification are examined. The reports of the Parliamentary Committee of Inquiry into the waste cycle are then examined and assessed, highlighting the salient points: the considerable extent of the replacement intervention in environmental matters; the causes of such replacements; the effectiveness of such interventions; the value of the regulatory and administrative instruments used; the relationship between electoral consensus and environmental protection; the limitations in time of the replacement intervention; and the overall assessment of the management of the commissioners. After indicating what might be the requirements of good commissioner management, we proceed to draw the conclusions that are not critical of commissioner management, which on the contrary should be endowed with greater powers, but an incentive to have administrative structures equipped with the necessary human and financial resources and not hindered in their action to protect the public interest.

La soppressione dell'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. (onere di immediata impugnazione delle ammissioni degli altri *competitors* nel processo-appalti, c.d. rito superaccelerato): un'occasione per la riespansione dell'effettività del diritto alla tutela giurisdizionale

Enrico Lubrano

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La nascita del rito superaccelerato e l'immediata reazione critica da parte di dottrina e giurisprudenza. – 2.1. L'introduzione, nel Processo-Appalti, dell'onere di immediata impugnazione delle ammissioni degli altri *competitors*: l'art. 204 del D.Lgs. n. 50/2016 ed il nuovo comma 2 *bis* dell'art. 120 C.P.A. – 2.2. I profili di criticità della nuova normativa rispetto ai principi di effettività della tutela giurisdizionale. – 3. La «travagliata» esistenza del rito superaccelerato. – 3.1. La rimessione del rito superaccelerato innanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (ordinanza del TAR Piemonte n. 88/2018). – 3.2. La rimessione del rito superaccelerato innanzi alla Corte Costituzionale (ordinanze del TAR Puglia nn. 903/2018 e 1097/2018). – 3.3. L'«assoluzione» (condizionata) del rito superaccelerato da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Quarta Sezione, ordinanza 14 febbraio 2019). – 3.4. Le conseguenze della decisione della Corte di Giustizia sul caso *a quo* (sentenza del TAR Piemonte n. 621/2019) e sull'assetto generale del Processo-Appalti. – 4. L'espunzione del rito superaccelerato da parte del legislatore (decreto-legge n. 32/2019, convertito in legge n. 55/2019). – 4.1. Le ragioni della scelta del Legislatore. – 4.2. La decorrenza della relativa abrogazione: il regime transitorio. – 4.3. La perdurante pendenza della questione di legittimità costituzionale: la potenziale efficacia *ex tunc* dell'eventuale declaratoria di incostituzionalità (con eccezione dei c.d. rapporti esauriti). – 4.4. L'«assoluzione» del rito superaccelerato da parte della Corte Costituzionale, con sentenza 18 dicembre 2019, n. 271. – 5. L'impatto positivo della avvenuta soppressione del rito superaccelerato sul processo appalti. – 5.1. I dati risultanti dagli Studi compiuti dagli Uffici del Consiglio di Stato sul rapporto tra Giustizia Amministrativa ed Economia e tra Giustizia Amministrativa ed Appalti. – 5.2. L'impatto negativo del rito superaccelerato sul sistema dei Contratti Pubblici e le conseguenze positive della sua soppressione. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Il presente contributo ha ad oggetto l'analisi di nascita (inaspettata), applicazione (travagliata) e soppressione (d'urgenza) del tanto discusso l'art. 120, comma 2 *bis*, C.P.A., nonché l'analisi critica di tale istituto, nella sua breve esistenza, e del relativo impatto sul Processo-Appalti e sugli Appalti più in generale.

Come è noto, l'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a., ha introdotto l'onere di immediata impugnazione delle ammissioni degli altri *competitors* nelle procedure ad evidenza pubblica e la correlativa preclusione a proporre censure relative alla carenza dei requisiti degli stessi in sede di successiva impugnazione dell'aggiudicazione.

Il tema di fondo, che ha determinato tante critiche nei confronti di tale normativa, è che essa ha introdotto un onere di immediata impugnazione di un atto (ammissione degli altri *competitors* alla procedura di gara) del tutto privo di capacità lesiva concreta ed immediata e che, quindi – secondo la disciplina generale (che impone, invece, la sussistenza di un interesse ad agire attuale e concreto, come previsto dall'art. 100 c.p.c.) – avrebbe dovuto essere considerato come atto endoprocedimentale e non impugnabile.

L'istituto in questione, sin dalla propria nascita, è stato oggetto di aspre critiche – da parte della quasi unanimità degli operatori, nonché della dottrina e della giurisprudenza – che ne hanno determinato una esistenza travagliata, con rimessione sia alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sia alla Corte Costituzionale, conclusasi con la espunzione d'urgenza, ad opera del Legislatore.

Per valutare l'impatto della avvenuta soppressione del rito superaccelerato sul nuovo Processo Appalti e sul sistema degli Appalti in generale, è, quindi, opportuno ricapitolare prima il percorso dalla sua previsione (Legge 28 gennaio 2016, n. 11) alla sua soppressione (Decreto-Legge 18 aprile 2019, n. 32).

2. *La nascita del rito superaccelerato e l'immediata reazione critica da parte di dottrina e giurisprudenza*

Il rito superaccelerato è nato quasi a sorpresa, con la Legge Delega 28 gennaio 2016, n. 11: successivamente – a seguito di valutazione favorevole del Consiglio di Stato (parere della Commissione Speciale 1° aprile 2016, n. 885) – è stato inserito nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici, con l'art. 204 del D.Lgs. 19 aprile 2016, n. 50 (poi trasposto nell'art. 120, comma 2 *bis*, del Codice del Processo Amministrativo).

2.1. *L'introduzione, nel Processo-Appalti, dell'onere di immediata impugnazione delle ammissioni degli altri competitors: l'art. 204 del D.Lgs. n. 50/2016 ed il nuovo comma 2 bis dell'art. 120 c.p.a.*

L'onere di immediata impugnazione delle ammissioni degli altri *competitors* è sorto in occasione dell'esigenza di riformare il Codice dei Contratti Pubblici, determinata dal necessario recepimento delle Direttive Europee nn. 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE, che, però, non prevedevano affatto – non solo direttamente (nella disciplina precettiva), ma neanche indirettamente (nei vari considerando) – né l'obbligo, né la facoltà per gli Stati membri di introdurre tale disciplina.

Il Legislatore, di fatto, ha approfittato della situazione di urgenza (ormai imminente scadenza, alla data del 19 aprile 2016, del termine biennale di recepimento delle richiamate Direttive) – determinata dalla sua stessa inerzia (non avendo ancora lo stesso, dopo ben 19 mesi dall'emanazione delle richiamate Direttive, ancora proceduto neanche all'emanazione della relativa legge di delega, che avrebbe dovuto contenere i semplici criteri generali, da recepire poi nel successivo Codice dei Contratti Pubblici, mediante decreto legislativo) – per inserire, a sorpresa, all'interno dei criteri contenuti nella legge di delega 28 gennaio 2016, n. 11¹, l'onere di immediata impugnazione delle ammissioni degli altri *competitors* (art. 1, comma 1, lett. bbb)².

Tale previsione, pur essendo oggetto di immediata critica da parte della più autorevole dottrina (come sarà oltre analizzato), ha superato (sorprendentemente) il vaglio del controllo del Consiglio di Stato – che si è espresso favorevolmente (parere della Commissione speciale 1° aprile 2016, n. 885) sull'istituto in generale³, salvo indicazioni relative a profili di ordine limitato⁴ – ed è stata inserita

¹ Con la Legge 28 gennaio 2016, n. 11 il Parlamento ha delegato al Governo l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

² La delega è mossa dal presupposto dichiarato che, in primo luogo, la procedura di affidamento sia costituita da un'articolazione bifasica (nella quale la fase dell'ammissione e dell'esclusione, all'esito dell'accertamento dei requisiti di partecipazione, sia anteriore alla fase della valutazione delle offerte) e che, in secondo luogo, sussista tra le due fasi una distanza temporale tale da consentire un'immediata risoluzione del contenzioso sulla fase delle ammissioni e delle esclusioni prima di pervenire all'aggiudicazione.

³ Cfr. Cons. Stato, comm. spec., parere 1° aprile 2016, n. 855, laddove esso afferma che «la legge delega coglie il recepimento delle tre direttive come occasione e sfida per un ripensamento complessivo del sistema degli appalti pubblici in Italia, in una nuova filosofia che coniuga flessibilità e rigore, semplificazione ed efficienza con la salvaguardia di insopprimibili valori sociali e ambientali. Si tratta di una sfida storica affidata a un delicato equilibrio in cui è assolutamente indispensabile tenere insieme 'il combinato disposto' degli istituti e strumenti previsti, di cui ciascuno non può essere disgiunto da altri, pena il fallimento degli obiettivi perseguiti».

⁴ In particolare, nel richiamato parere, il Consiglio di Stato aveva evidenziato la opportunità quantomeno di disporre la riduzione del contributo unificato per i ricorsi avverso le aggiudicazioni (successivi ai ricorsi avverso le ammissioni). Tale importante indicazione non è stata, però, affatto presa in considerazione dal Legislatore.

nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici, introdotto con l'art. 204 del D.Lgs. n. 50/2016 (poi trasposto nell'art. 120, comma 2 *bis*, del c.p.a.)⁵.

Il Codice del Processo Amministrativo ha poi previsto – per tali giudizi avverso le ammissioni degli altri *competitors* – un rito c.d. superaccelerato (art. 120, comma 6 *bis*), finalizzato a chiudere il contenzioso sui requisiti in termini estremamente ristretti, al fine di definire le questioni relative alla sussistenza o meno dei requisiti dei vari *competitors* prima dell'aggiudicazione⁶.

2.2. *I profili di criticità della nuova normativa rispetto ai principi di effettività della tutela giurisdizionale*

La nuova normativa è stata subito oggetto di pesanti critiche da parte della più autorevole dottrina, che ne ha rilevato la potenziale incompatibilità con i

⁵ L'art. 204 del D.Lgs. 50/2016 ha aggiunto all'art. 120, comma 2, del D.lgs. 104/2014, un comma 2 *bis*, nel quale ha stabilito testualmente quanto segue: «il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. È altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endo-procedimentali privi di immediata lesività». Si trattava, in sostanza, di un'azione anticipata volta a pervenire in maniera immediata al vaglio giurisdizionale sul perimetro della platea dei concorrenti in contrapposizione al previgente Codice che disponeva l'impugnazione postuma (in tale senso cfr. G. Severini, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici (l'art. 204 del Codice degli appalti pubblici e delle concessioni, ovvero il nuovo art. 120 del Codice del processo amministrativo)*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 3 giugno 2016, 2). La finalità dichiarata dalla norma era quella della cristallizzazione definitiva della platea dei concorrenti prima del provvedimento di aggiudicazione, mediante la preclusione del contenzioso successivo all'aggiudicazione avente ad oggetto la fase delle ammissioni alla gara e delle esclusioni da quest'ultima. In tale senso, si era espresso il Cons. Stato, comm. spec., parere 1° aprile 2016, n. 855, sub IV "esame dei singoli articoli", nel quale, all'art. 204, aveva indicato che «la *ratio* del nuovo rito» è «volto a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione».

⁶ Per quanto più specificatamente attinente allo svolgimento del nuovo rito, lo stesso è stato disciplinato dall'art. 204, comma 1, lett. d) del D.Lgs. 50/2016, che ha aggiunto, all'art. 120 del D.Lgs. 104/2010, il comma 6 *bis*, che prevedeva testualmente quanto segue: «nei casi previsti al comma 2-bis, il giudizio è definito in una camera di consiglio da tenersi entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente. Su richiesta delle parti il ricorso è definito, negli stessi termini, in udienza pubblica. Il decreto di fissazione dell'udienza è comunicato alle parti quindici giorni prima dell'udienza. Le parti possono produrre documenti fino a dieci giorni liberi prima dell'udienza, memorie fino a sei giorni liberi prima e presentare repliche ai nuovi documenti e alle nuove memorie depositate in vista della camera di consiglio, fino a tre giorni liberi prima. La camera di consiglio o l'udienza possono essere rinviate solo in caso di esigenze istruttorie, per integrare il contraddittorio, per proporre motivi aggiunti o ricorso incidentale. L'ordinanza istruttoria fissa per il deposito di documenti un termine non superiore a tre giorni decorrenti dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della stessa. La nuova camera di consiglio deve essere fissata non oltre quindici giorni. Non può essere disposta la cancellazione della causa dal ruolo. L'appello deve essere proposto entro trenta giorni dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della sentenza e non trova applicazione il termine lungo decorrente dalla sua pubblicazione».

superiori principi costituzionali ed europei (diritto alla tutela giurisdizionale, nei suoi corollari di effettività e di pienezza, diritto ad una buona amministrazione, diritto al lavoro, diritto di impresa, tutela della concorrenza, ragionevolezza, proporzionalità, ecc.)⁷).

La critica fondamentale rivolta a tale istituto era costituita dalla constatazione che lo stesso determinava una limitazione irragionevole, sproporzionata ed ingiustificata, all'effettività della tutela giurisdizionale in materia di procedure ad evidenza pubblica.

In sostanza, la dottrina ha correttamente evidenziato come l'assenza di un interesse effettivo a contestare subito l'ammissione degli altri *competitors* in una procedura di gara (non potendosi sapere, a tale momento, se il concorrente ammesso sarebbe stato poi aggiudicatario o meno) avrebbe determinato la mancata proposizione della relativa azione (anche in considerazione dei costi notevoli del contributo unificato), che si sarebbe poi prodotta nella conseguente inammissibilità della proposizione di censure avverso la carenza dei requisiti dell'aggiudicatario dopo la relativa aggiudicazione.

⁷ In tale senso, si è espressa M.A. Sandulli, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in www.federalismi.it, 2016, 15. Nello stesso senso: R. Caponigro, *Il rapporto tra la tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell'impugnazione degli atti di gara*, in www.giustizia-amministrativa.it, 14 giugno 2016, 42 ss.; M. Lipari, *La tutela giurisdizionale e "precontenziosa" nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in www.federalismi.it, n. 10/2016, 15; G. Veltri, *Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche*, in www.giustizia-amministrativa.it. Nello stesso senso anche C. Contessa, *Il nuovo codice dei contratti pubblici – le forme di tutela del nuovo codice*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2016, 4. Critici sono anche A. Arcasensa, *L'obbligo di immediata impugnazione del provvedimento di ammissione ex art. 120, comma 2 bis, c.p.a.: rilievi critici e problematiche applicative*, in www.italiaappalti.it; E.M. Barbieri, *Lo speciale contenzioso sulle ammissioni e sulle esclusioni nelle gare di appalto pubblico secondo il nuovo codice degli appalti*, in *Nuovo Notiziario Giuridico*, 2016, 2, 331 e ss.; L. Bertolazzi, *Limiti applicativi del nuovo giudizio di cui all'art. 120, comma 2 bis, c.p.a. e sua compatibilità con la tutela cautelare*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2017, 2, 714 e ss.; E. Boscolo, *Il rito superspeciale sulle esclusioni e ammissioni dei concorrenti*, in *Giur. It.*, 2017, 169, 1, 175 e ss.; A. Carbone, *L'accentuazione del ruolo di modello processuale differenziato del contenzioso sugli appalti pubblici: sull'art. 120, comma 2 bis, c.p.a. e ancora sul rapporto tra ricorso incidentale e ricorso principale*, in www.giustamm.it, 2017, 3, 1 e ss.; G. Cumin, *Rito "superaccelerato", esecuzione anticipata e frammentazione dell'interesse a ricorrere*, in *Urbanistica e appalti*, 2017, 5, 642; P. De Berardinis, *Rito ex art. 120, comma 2 bis, c.p.a. e ricorso incidentale*, in www.giustizia-amministrativa.it (novembre 2018); A. Di Cagno, *Il nuovo art. 120, comma 2 bis, c.p.a.: un'azione senza interesse o un interesse senza azione?*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2017, V11, 4, 2123 e ss.; E. Follieri, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel Codice dei Contratti Pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 8-9, 873 e segg.; F. Franconiero, *Entra in scena il processo amministrativo super accelerato: commento all'art. 204 del nuovo Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 50/2016)*, in www.italiappalti.it, 6 agosto 2016; I. Lagrotta, *Il rito superaccelerato in materia di appalti tra profili di incompatibilità costituzionale e conformità alla normativa comunitaria*, in www.federalismi.it (28 marzo 2018); M. Lipari, *L'art. 120, comma 2 bis, c.p.a.: luci ed ombre, verso una possibile riforma*, in www.giustizia-amministrativa.it (novembre 2018); M. Lipari, *La decorrenza del termine di ricorso nel rito superspeciale di cui all'art. 120, comma 2 bis, e 6 bis, c.p.a.: pubblicazione e comunicazione formale del provvedimento motivato, disponibilità effettiva degli atti di gara, irrilevanza della piena conoscenza; l'ammissione conseguente alla verifica dei requisiti*, in www.giustizia-amministrativa.it (gennaio 2019); M. Marchiano, *Determinazione di ammissioni ed esclusioni: onere di immediata impugnazione ed effettività della tutela, ai sensi dell'art. 120, comma 2 bis, c.p.a.*, in *Appalti e contratti*, 2018, 13, 1-2, 53 e ss. L. Presutti, *Il precontenzioso e il rito accelerato nelle procedure per l'affidamento di contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2017, 3, 301).

Tale previsione (relativa al fatto che nessun concorrente avrebbe subito impugnato l'ammissione degli altri *competitors*, vista la manifesta sproporzione nell'analisi costi-benefici) si è poi inevitabilmente rivelata fondata, tanto che, negli anni di vigenza della normativa in questione, sono state estremamente rare le impugnazioni avverso le ammissioni degli altri *competitors* (che sono state limitate ai soli casi di gare di estrema rilevanza economica e con partecipazione limitata a due o tre concorrenti).

3. *La “travagliata” esistenza del rito superaccelerato*

Le evidenti criticità del nuovo istituto sono state messe in evidenza dalla dottrina sin dalla sua previsione originaria (ovvero subito dopo l'emanazione della Legge Delega n. 11/2016) ed ancora prima della relativa codificazione (avvenuta soltanto con il relativo recepimento nel D.Lgs. 19 aprile 2016, n. 50), che avrebbe potuto essere ancora evitata se il controllo del Consiglio di Stato (cfr. il parere sopra richiamato) ne avesse rilevato le palesi difformità dai principi costituzionali ed europei (anziché esaltarne addirittura il carattere di “sfida storica”).

Tali criticità ne hanno determinato inevitabilmente un percorso applicativo molto difficile (nel quale, in soli tre anni, tale istituto è stato “rinviato a giudizio” sia innanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sia innanzi alla Corte Costituzionale) ed una fine improvvisa e quasi inattesa (con il Decreto-Legge n. 32/2019).

3.1. *La rimessione del rito superaccelerato innanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (ordinanza del TAR Piemonte n. 88/2018)*

Alla luce delle notevoli criticità dell'istituto – dopo una prima fase nella quale la giurisprudenza si era espressa in maniera oscillante sulla compatibilità dello stesso con i principi europei e costituzionali⁸ – il T.A.R. Piemonte, con ordinanza n. 88/2018, ha rimesso, innanzi alla Corte di Giustizia U.E., la que-

⁸ La giurisprudenza, chiamata a pronunciarsi sulla questione, aveva, infatti, assunto una posizione non univoca, dividendosi nelle due diverse direzioni possibili, ovvero:

1) secondo una prima tesi, la normativa in questione si sarebbe giustificata per il fine ragionevole di perseguire la deflazione del contenzioso con mezzi proporzionati al fine: in tale senso, si veda TAR Lazio, sez. II, 17 luglio 2017, n. 8577;

2) secondo una seconda tesi, la normativa in questione avrebbe avuto “criticità” rilevanti e non sarebbe stata compatibile con i principi costituzionali ed europei; l'affermazione di tali criticità (spesso evidenziate con un *obiter dictum*) non aveva, però, determinato una rimessione in Corte Costituzionale o in Corte di Giustizia U.E., per ragioni relative (nella maggior parte dei casi) alla non rilevanza della questione: in tale senso, si vedano T.A.R. Campania, sez. IV, 20 dicembre 2016, n. 5852; T.A.R. Puglia, sez. III, 8 novembre 2016, n. 1262.

stione di compatibilità dell'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a., rispetto ai superiori principi del Diritto Europeo, costituiti dal diritto alla tutela giurisdizionale e dal principio di proporzionalità⁹.

⁹ Nella propria ordinanza di rimessione, il T.A.R. Piemonte – pur rilevando la *ratio* della natura bifasica del nuovo processo-appalti, come riformulata dalla normativa oggetto di contestazione – ha rilevato dei profili di criticità insuperabili di tale normativa, evidenziando due presupposti di fatto:

1) il fatto che la stessa imponesse un onere inutile (impugnazione immediata delle ammissioni altrui in un momento in cui il ricorrente non aveva ancora interesse, non essendo ancora conclusa la graduatoria finale) ed una preclusione ingiustificata (a fare valere i vizi relativi alla carenza dei requisiti dell'aggiudicatario, nell'unico momento in cui il ricorrente avrebbe maturato il relativo interesse, ovvero dopo l'aggiudicazione della gara);

2) il fatto che la stessa rendesse ingiustificatamente più onerosa la tutela giurisdizionale, per l'onere di proporre (almeno) una doppia impugnazione (una prima avverso l'ammissione ed una seconda avverso l'aggiudicazione).

Alla luce di tali presupposti, il T.A.R. ha evidenziato la non compatibilità della normativa con riferimento ai principi di garanzia di un ricorso effettivo e di proporzionalità.

1. Sotto un primo profilo, l'ordinanza in questione ha ravvisato la non compatibilità della normativa in questione con riferimento alla effettività del diritto alla tutela giurisdizionale (ai sensi degli artt. 6 e 13 della C.E.D.U.), in quanto essa imponeva:

a) un onere di ricorso immediato, con carattere ingiustificato, in quanto previsto in un momento in cui l'impresa non aveva ancora alcun interesse concreto (non sapendo ancora se il controinteressato sarebbe stato poi aggiudicatario e non sapendo se la stessa impresa ricorrente si sarebbe classificata in seconda posizione alla gara);

b) un onere di ricorso immediato, con carattere addirittura dannoso, per:

b1) l'esposizione ad oneri economici molto ingenti, dovuti alla necessità di presentare plurimi ricorsi avverso una pluralità ancora indistinta di soggetti ammessi (con versamento di un contributo unificato di euro 6.000,00 per ciascuno dei ricorsi);

b2) la compromissione della propria posizione agli occhi della Commissione di gara (che, ancora prima di valutare l'offerta, si trova ad essere destinataria dei plurimi ricorsi dell'impresa partecipante);

b3) le "nefaste conseguenze" sul *rating* di impresa, in base al quale (art. 83 del Codice dei Contratti Pubblici) l'incidenza dei contenziosi attivata dall'impresa costituisce un indice di valutazione negativo della stessa;

c) un accesso alla giustizia eccessivamente gravoso, con riduzione del diritto di difesa e della correlativa possibilità di sindacato giurisdizionale, in quanto l'istituto in questione costringeva:

c1) alla presentazione di ricorsi plurimi (ammissioni di tutti i partecipanti con singoli ricorsi, non essendo ammissibile un ricorso cumulativo);

c2) alla presentazione di ricorsi al buio (vista l'impossibilità di accedere agli atti di gara prima della relativa aggiudicazione, come disposto dall'art. 53 del Codice dei Contratti Pubblici);

c3) alla presentazione di ricorsi anche per ottenere l'accesso agli atti.

2. Sotto un secondo profilo, l'ordinanza in questione ha ravvisato la non compatibilità della normativa in questione con riferimento al principio di proporzionalità, per manifesta sproporzione di tutti gli oneri sopra indicati rispetto al fine dichiarato (di semplificare il contenzioso mediante il sistema bifasico), in particolare, in quanto gli effetti dell'applicazione di tale normativa risultavano essere negativamente rilevanti, in quanto essa determinava:

a) il fatto che – nelle gare di importo particolarmente rilevante (e di fatto riservate a poche grandi imprese), nelle quali l'importo del contributo unificato non costituiva un deterrente – venivano effettivamente proposti una serie di ricorsi avverso le ammissioni altrui, con inutile appesantimento del contenzioso;

b) il fatto che, invece – nelle gare di importo non particolarmente rilevante (nelle quali l'importo del contributo unificato costituiva un deterrente considerevole) – non venissero effettivamente proposti i ricorsi avverso le ammissioni altrui, con successiva preclusione alla contestazione dell'aggiudicazione per carenza dei requisiti dell'aggiudicatario e conseguente rischio concreto che le gare fossero aggiudicate a soggetti privi dei relativi requisiti, in violazione dell'interesse primario di tutto il sistema-appalti, ovvero quello di «assicurare le commesse pubbliche vengano affidate al soggetto maggiormente idoneo».

3.2. *La rimessione del rito superaccelerato innanzi alla Corte Costituzionale (ordinanze del TAR Puglia nn. 903/2018 e 1097/2018)*

Parallelamente, ancora prima che la Corte di Giustizia si pronunciasse sulla questione sottoposta dal TAR Piemonte, il TAR Puglia – quasi a volere “chiudere il cerchio” e sottoporre l’istituto in questione a tutti i giudizi potenzialmente esperibili – ha rimesso alla Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell’art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a., per violazione degli artt. 3 (ragionevolezza), 24 (diritto alla tutela giurisdizionale), 103, 111 e 113 (rispettivamente giurisdizione del Giudice Amministrativo nei confronti della Pubblica Amministrazione; giusto processo; pienezza della tutela giurisdizionale contro gli atti della P.A.) della Costituzione, nonché per violazione degli artt. 6 e 13 della CEDU (diritto ad un ricorso effettivo ed ad un giusto processo).

Tale rimessione è avvenuta con due ordinanze gemelle (nn. 903/2018 e 1097/2018), testualmente identiche nei contenuti relativi alla “non manifesta infondatezza della questione”, ma diametralmente opposte nell’analisi del profilo di rilevanza del singolo caso *a quo* (costituito, nel caso della prima ordinanza, da una situazione di avvenuta impugnazione del provvedimento di ammissione di un altro *competitor*, e, nel caso della seconda ordinanza, da una situazione di mancata impugnazione del provvedimento di ammissione di un altro *competitor*), quasi a volersi garantire la certezza che, in uno dei due casi, la questione di rilevanza fosse “blindata”, in modo da superare eventuali questioni preliminari di ammissibilità e di garantirsi l’accesso ad una valutazione sostanziale di costituzionalità della normativa contestata.

3.3. *L’“assoluzione” (condizionata) del rito superaccelerato da parte della Corte di Giustizia dell’Unione Europea (Quarta Sezione, ordinanza 14 febbraio 2019).*

Con una certa sorpresa da parte di tutti gli operatori (quasi unanimemente fiduciosi in una valutazione di non compatibilità con il diritto Europeo dell’art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a.), la Corte di Giustizia dell’Unione Europea, con decisione della Quarta Sezione emanata in data 14 febbraio 2019, ha riconosciuto la compatibilità di tale istituto con la normativa europea, rigettando le due questioni sollevate dal TAR Piemonte:

- 1) sia sotto il profilo della previsione di un onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione degli altri *competitors* nelle procedure di gara;

2) sia sotto il profilo della previsione della successiva preclusione alla contestazione della carenza dei requisiti di ammissione degli altri *competitors* in sede di impugnazione del provvedimento finale di aggiudicazione della gara.

L'“assoluzione” da parte della Corte di Giustizia è stata, in realtà, specificamente condizionata alla sussistenza della effettiva avvenuta comunicazione del provvedimento di ammissione, accompagnata da una relazione dei motivi che abbiano determinato l'ammissione del relativo *competitor*, condizione di fatto, peraltro, già configurata dal diritto vivente italiano¹⁰.

Due sono stati i passaggi fondamentali che hanno determinato il convincimento della Corte con riferimento alla compatibilità dell'istituto oggetto della rimessione con la normativa europea:

- 1) in primo luogo – con riferimento all'onere di impugnazione anticipato – secondo la Corte, in sostanza, la semplice percezione di un rischio di danno per l'impresa (costituito, nella fattispecie, dalla avvenuta ammissione di un altro *competitor* alla procedura di gara) sarebbe sufficiente a concretare la sussistenza di un interesse ad agire attuale e concreto, come, peraltro, dalla stessa già rilevato nella precedente decisione 5 aprile 2017 (c.d. “Marina Mediterranea”)¹¹;
- 2) in secondo luogo – con riferimento alla successiva preclusione alla contestazione dei requisiti di ammissione in fase di impugnazione dell'aggiudicazione – secondo la Corte, tale preclusione si giustificerebbe in ragione dell'esigenza di evitare che profili relativi ad eventuali illegittimità di situazioni endoprocedimentali possano emergere soltanto al termine della gara e costringere l'Amministrazione ad annullare la stessa o comunque a retrocedere la gara al momento in cui sia verificata l'illegittimità¹².

¹⁰ Tale condizione prevista dalla Corte di Giustizia, infatti, non costituiva un elemento nuovo, essendo già stata prevista nel diritto vivente italiano:

1) in un primo momento, dalle prime applicazioni dell'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a., nelle quali la giurisprudenza aveva rilevato come, trattandosi di normativa speciale, di deroga ai principi generali, la stessa doveva essere considerata norma di stretta interpretazione, con la conseguenza che la decorrenza del relativo termine di impugnazione iniziava a decorrere solo in caso di corretto adempimento, da parte dell'Amministrazione, di tutti i presupposti indicati dalla norma, ovvero di pubblicazione sul sito e di relativa comunicazione agli interessati del provvedimento e della relativa relazione esplicativa delle motivazioni, prevista dalla norma stessa (e non anche in caso di semplice conoscenza effettiva);

2) in un secondo momento, mediante la modifica costituita dall'introduzione – nell'ambito dell'art. 29, comma 2, del Codice dei Contratti Pubblici (ad opera del relativo Correttivo, ovvero del D.Lgs. n. 56/2017) – della previsione secondo la quale la decorrenza del termine si verificava soltanto dal momento in cui gli atti fossero stati resi effettivamente disponibili all'interessato («Il termine per l'impugnativa di cui al citato articolo 120, comma 2-bis, decorre dal momento in cui gli atti di cui al secondo periodo sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione»).

¹¹ In particolare, si vedano i paragrafi nn. 35-37 della richiamata decisione della Corte di Giustizia.

¹² In particolare, si vedano i paragrafi nn. 39-42 della richiamata decisione della Corte di Giustizia.

Tali passaggi motivazionali fondamentali non risultano affatto condivisibili per le seguenti ragioni:

- 1) per quanto riguarda il primo profilo, si ritiene che la lettura dello stesso (ed il riferimento operato al precedente richiamato, relativo ad una ben diversa situazione, nella quale era prevista soltanto una facoltà di impugnazione immediata e non un onere) lascia chiaramente intendere che, nella fattispecie, la Corte non ha affatto inquadrato il fatto che la criticità della normativa oggetto di rimessione era costituita essenzialmente dalla previsione di un onere (e non di una mera facoltà) di immediata impugnazione delle ammissioni degli altri *competitors*, onere che (combinato con la estrema onerosità del contributo unificato in materia e con la successiva preclusione alla contestazione dei requisiti in sede di impugnazione dell'aggiudicazione) comporta la effettiva sussistenza di tutti i profili di criticità evidenziati dal TAR Piemonte nell'ordinanza di rimessione;
- 2) per quanto riguarda il secondo profilo, si ritiene che la Corte abbia fondato il proprio *iter* logico su presupposti non condivisibili, ovvero:
 - a) nel considerare esclusivamente le esigenze di evitare rischi di sopravvenienza (in fase post-aggiudicazione) di illegittimità pregresse e relative alla procedura di gara (esigenze richiamate anche dalla difesa del Governo Italiano, sulla base di quanto affermato dal Consiglio di Stato prima, in sede consultiva, nel parere n. 855/2016 e nel parere 782/2017, e poi in sede giurisdizionale, nella decisione dell'Adunanza Plenaria n. 4/2018¹³);
 - b) nel non considerare affatto, invece, in un dovuto bilanciamento di interessi contrapposti, tutte le criticità evidenziate dal TAR Piemonte, consistenti essenzialmente nella avvenuta dimostrazione che la c.d. tutela anticipata si risolveva in una sostanziale negazione di tutela (in quanto nessuna impresa, salvo casi eccezionali, aveva la forza economica per impugnare una o più ammissioni di altri *competitors* in una fase nella quale la stessa non aveva ancora alcun interesse a ricorrere, non essendo ancora noti, né tantomeno prevedibili, i risultati finali della procedura di gara).

La decisione della Corte di Giustizia, in realtà – al di là della sorpresa e della insoddisfazione generale determinata negli operatori – sembra quasi non avere colto il “nocciolo” (sostanziale) della questione postole dal TAR Piemonte, che aveva bene evidenziato come il tema centrale non fosse (l'elemento formale costituito da) la durata o la decorrenza del termine, quanto piuttosto il fatto (sostan-

¹³ In particolare, con tale decisione, la Plenaria del Consiglio di Stato aveva ribadito l'opportunità di tale istituto processuale, volto a cristallizzare la platea dei partecipanti alla gara prima dello svolgimento della stessa, al fine di evitare che questioni relative alla sussistenza dei requisiti di ammissione potessero essere sollevate dopo l'aggiudicazione, con il rischio di determinare l'annullamento della stessa per profili (requisiti di ammissione) che avrebbero potuto essere rilevati in precedenza: sotto tale profilo, si veda il par. 19.3.6. della stessa.

ziale) che la previsione di un onere di impugnazione immediata delle ammissioni degli altrui *competitors* (e di una correlativa preclusione alla contestazione della relativa carenza dei requisiti al momento dell'impugnazione della aggiudicazione) fosse palesemente inutile (in quanto "scollata" dalla sussistenza di un interesse a ricorrere attuale e concreto) e dannosa per l'impresa (in quanto la esponeva a consistenti e plurimi effetti negativi, sotto il profilo economico, sotto il profilo dei rapporti con la stazione appaltante e sotto il profilo della valutazione negativa del *rating* di impresa), profili, peraltro, apparentemente inquadrati in maniera chiara dalla stessa Corte nella parte della propria decisione illustrativa delle questioni sottoposte dal TAR¹⁴.

3.4. *Le conseguenze della decisione della Corte di Giustizia sul caso a quo (sentenza del TAR Piemonte n. 621/2019) e sull'assetto generale del Processo-Appalti*

La decisione della Corte di Giustizia – affermato il principio generale di compatibilità con la normativa europea dell'istituto, solo se condizionata alla effettiva comunicazione del provvedimento e della relativa motivazione – aveva rimesso al Giudice *a quo* la valutazione se, nel caso in questione, l'Amministrazione avesse effettivamente rispettato in pieno le indicazioni imposte dalla normativa nazionale (comunicazione con relazione indicante la relativa motivazione) e ribadite dalla decisione della stessa Corte¹⁵.

Il TAR Piemonte, Sezione Prima, con sentenza 29 maggio 2019, n. 621, applicando i suesposti principi al caso concreto, ha ritenuto che, nel caso di specie, alla ricorrente fosse stata preclusa la possibilità di conoscere le ragioni della illegittimità del provvedimento di ammissione del RTI aggiudicatario, dalla stessa successivamente lamentate con l'impugnativa dell'aggiudicazione, in assenza di una specifica relazione, sia pure sintetica, predisposta dalla stazione appaltante sulle motivazioni che avevano determinato le predette ammissioni (di conseguenza, lo stesso ha dichiarato ammissibile il ricorso a suo tempo proposto avverso la sola aggiudicazione finale, giustificando la mancata impugnazione dell'ammissione originaria, e, nel merito, ha anche accolto il ricorso, riconoscendo la carenza dei requisiti della controinteressata)¹⁶.

¹⁴ In particolare, si vedano i paragrafi nn. 12-16 della richiamata decisione della Corte di Giustizia.

¹⁵ In particolare, si vedano i paragrafi nn. 45-47 della richiamata decisione della Corte di Giustizia.

¹⁶ Per completezza, si veda il passaggio fondamentale di tale decisione, ovvero il punto n. 10.6. della stessa.

La decisione del TAR Piemonte sul caso in questione risulta avere una rilevanza più ampia, in quanto essa ha sancito la portata applicativa concreta della decisione della Corte di Giustizia non solo nel caso *a quo*, ma anche in via generale, sull'intero sistema del Processo-Appalti (con riferimento alle questioni relative alle ammissioni degli altri *competitors*).

Alla luce della relativa motivazione, tale decisione può essere vista positivamente, in quanto ha definito l'applicazione concreta dei principi espressi dalla Corte di Giustizia: in sostanza, se è vero che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea non ha dichiarato l'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a., incompatibile con il Diritto Europeo, è anche vero che la stessa ha fornito degli elementi utili a favorire un'applicazione restrittiva dello stesso (come poi disposto dal TAR Piemonte nel caso in questione), che possono essere parzialmente utili a rimediare alla "negazione" di giustizia dallo stesso imposta, mediante sostanziale disapplicazione del medesimo nel caso di mancato compimento, da parte dell'Amministrazione, di tutte le prescrizioni applicative dello stesso.

4. *L'espunzione del rito superaccelerato da parte del legislatore (decreto-legge n. 32/2019, convertito in legge n. 55/2019)*

Quando il "sistema" si stava quasi assestando sul disposto dell'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a. (anche "sollevato" dalla interpretazione restrittiva in ordine alla relativa applicazione, fornita dalla giurisprudenza europea e nazionale richiamate) – seppure ancora in attesa (nel Limbo Dantesco di «coloro che son sospesi») della decisione della Corte Costituzionale (sulle due ordinanze di rimessione del TAR Puglia) – con lo stesso "effetto sorpresa" con il quale era stato introdotto, il rito superaccelerato è stato espunto dal Legislatore, con la massima urgenza, tanto da essere abrogato con Decreto Legge 18 aprile 2019, n. 32 (c.d. Sbloccacantieri)¹⁷, poi confermato, sul punto, dalla Legge di conversione 14 giugno 2019, n. 55.

4.1. *Le ragioni della scelta del Legislatore*

Come risulta dalla Relazione al richiamato Decreto-Legge, il Legislatore – a fronte delle notevoli criticità dell'istituto in questione – ha valutato opportuno

¹⁷ Con riferimento alla nuova normativa, in termini ampiamente favorevoli, si veda in dottrina, G. Di Pardo, *Il decreto sblocca-cantieri intona il de profundis per il rito speciale ex art. 120, co. 2 bis, del codice del processo amministrativo*, in www.lexitalia.it; sempre in termini favorevoli, si veda M. Lipari, *Il rito superspeciale in materia di ammissioni e di esclusioni (art. 120, co. 2 bis e 6 bis, del cpa) va in soffitta: e ora quali conseguenze pratiche?*, in www.giustizia-amministrativa.it (giugno 2019).

sopprimere il c.d. rito superaccelerato in ragione di tre considerazioni di base¹⁸, ovvero:

- c) la pendenza della relativa questione di legittimità costituzionale innanzi alla Corte Costituzionale;
- d) il rischio oggettivo che l'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a., potesse essere dichiarato incostituzionale con riferimento alla violazione dell'art. 24 della Costituzione, in quanto lo stesso «rischia di comprimere il diritto di difesa»;
- e) la constatazione oggettiva relativa al fatto che la normativa in questione non sembrava avere «raggiunto il risultato di accelerare le procedure di affidamento dei contratti pubblici».

4.2. *La decorrenza della relativa abrogazione: il regime transitorio*

Secondo quanto indicato dal D.L. n. 32/2019 (art. 1, comma 5), le disposizioni di cui al comma 4 (relativo alla avvenuta soppressione dei commi 2 *bis* e 6 *bis* dell'art. 120 c.p.a.) «si applicano ai processi iniziati dopo la data di entrata in vigore del presente Decreto» (ovvero dopo la data del 19 aprile 2019).

Tale indicazione dà il senso di come il Legislatore abbia voluto raggiungere, anche negli effetti della riforma, una soppressione immediata dell'istituto in questione, a differenza di quando lo stesso era stato introdotto nell'ambito del Codice dei Contratti Pubblici (che aveva previsto una applicazione avente decorrenza posticipata alle procedure che sarebbero state bandite dopo l'entrata in vigore dello stesso).

La Legge 14 giugno 2019, n. 55 (art. 2, comma 23), di conversione, con modificazioni, del richiamato Decreto-Legge, ha, poi, previsto che le nuove disposizioni si applicassero ai processi «iniziati dopo la entrata in vigore della legge di conversione» (ovvero con decorrenza dal 19 giugno 2019).

In realtà, la apparente disomogeneità relativa alla decorrenza della nuova normativa (individuata nel 19 aprile 2019 dal Decreto Legge n. 32/2019 e nel 19 giugno 2019 dalla Legge n. 55/2019, ovvero nella data di entrata in vigore di ciascuno di essi), non ha avuto alcun effetto sostanziale, in quanto – avendo la Legge convertito il Decreto con espressa salvezza degli atti e dei provvedimenti adottati,

¹⁸ Per completezza, si riporta il dato testuale della Relazione al Decreto-Legge c.d. “Sbloccacantieri” sul punto in questione. «La disposizione al comma 4 apporta modificazioni all'articolo 120 del codice del processo amministrativo, di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, e specificamente abroga i commi 2-*bis* e 6-*bis*, e apporta modificazioni ai commi 5, 7, 9 e 11. La disposizione è volta a sopprimere il cosiddetto rito super accelerato che attualmente pende in Corte costituzionale e che è risultata, anche a seguito della consultazione pubblica effettuata dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, una norma che rischia di comprimere il diritto di difesa ex articolo 24 della Costituzione, prevedendo ulteriori oneri in capo alle imprese e che di fatto non sembra aver raggiunto il risultato di accelerare le procedure di affidamento dei contratti pubblici».

nonché degli effetti prodottisi e dei rapporti giuridici sorti sulla base dello stesso (come espressamente sancito dall'art. 1, comma 2, della Legge di conversione¹⁹) – si è posta una sostanziale continuità nell'applicazione della stessa.

La giurisprudenza ha poi condivisibilmente precisato che per «processi iniziati» si dovesse fare riferimento ai giudizi i cui ricorsi fossero stati notificati (e non depositati) dopo la data del 19 aprile 2019, per tutta una serie di ragioni, che, soprattutto nella materia del Processo-Appalti, considerano la decorrenza di una serie di effetti (*stand still* preprocessuale) e di termini (fissazione della Camera di Consiglio cautelare) al momento della notifica del ricorso²⁰.

4.3. *La perdurante pendenza della questione di legittimità costituzionale: la potenziale efficacia ex tunc dell'eventuale declaratoria di incostituzionalità (con eccezione dei c.d. rapporti esauriti).*

Nonostante l'avvenuta abrogazione dell'art. 120, commi 2 *bis* e 6 *bis*, c.p.a., da parte del Legislatore, restava ancora pendente la questione di legittimità costituzionale sollevata dal TAR Puglia, con le due ordinanze nn. 903/2018 e 1097/2018, questione che avrebbe comunque dovuto costituire oggetto di valutazione da parte della Corte Costituzionale, sulla base del principio, sancito in numerose decisioni dalla giurisprudenza della Corte, in base al quale l'abrogazione di una norma anteriormente alla valutazione della questione di costituzionalità non determina l'inammissibilità della questione per difetto di rilevanza sopravvenuto²¹.

Infatti, mentre la abrogazione di una norma non ha effetto retroattivo, la declaratoria di incostituzionalità della stessa rende la norma inefficace *ex tunc* e, quindi, estende la sua inapplicabilità a tutti i rapporti giuridici ancora pendenti al

¹⁹ Per completezza, si riporta il dato testuale della norma richiamata: «2. Restano validi gli atti e i provvedimenti adottati e sono fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base dell'articolo 1 del medesimo decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32».

²⁰ In particolare, si veda, in tale senso, TAR Calabria, Reggio Calabria, 13 maggio 2019, n. 324, che ha escluso l'applicazione del nuovo regime normativo previsto dal Decreto Sbloccantieri ed ha confermato l'applicazione del rito superaccelerato al giudizio in questione, in quanto il relativo ricorso era stato notificato prima del 19 aprile 2019 (ovvero in data 12 aprile 2019), pur essendo lo stesso stato depositato al TAR dopo la data del 19 aprile 2019; in particolare, si veda il paragrafo n. 9 di tale decisione, contenente le motivazioni (amplie, interessanti e condivisibili) relative alla decorrenza del nuovo regime normativo previsto dal Decreto Sbloccantieri, per tutta una serie di ragioni per le quali, in materia di appalti, i giudizi devono considerarsi iniziati al momento della notifica del ricorso e non al momento del suo deposito al TAR.

²¹ La Corte Costituzionale ha, infatti, costantemente affermato la persistenza della rilevanza della questione anche nel caso in cui la norma sottoposta a scrutinio sia sostituita da una successiva, perché, ove un determinato atto amministrativo sia stato adottato sulla base di una norma poi abrogata, «la legittimità dell'atto deve essere esaminata, in virtù del principio *tempus regit actum*, con riguardo alla situazione di fatto e di diritto esistente al momento della sua adozione» (si vedano, in tale senso, le sentenze 24 aprile 2013, n. 78, 11 luglio 2012, n. 177, 25 novembre 2011, n. 321, 11 giugno 2010, n. 209, 28 novembre 2008, n. 391, 20 novembre 2000 n. 509).

momento della relativa decisione, con esclusione dei soli rapporti esauriti, come sancito dall'art. 136 della Costituzione e dell'art. 30, comma 3, della Legge 11 marzo 1953, n. 87, nonché dalla giurisprudenza amministrativa²².

Pertanto, applicando tali principi al caso in questione – nel quale, peraltro, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a., è stata posta dal TAR Puglia in due casi diametralmente opposti (mancata impugnazione dell'ammissione altrui e avvenuta impugnazione dell'ammissione altrui), in modo da garantire comunque la rilevanza dell'uno o dell'altro caso – non vi potevano essere dubbi sul fatto che la Corte Costituzionale avrebbe dovuto comunque riconoscere la rilevanza di uno di essi e pronunciarsi nel merito della questione di legittimità costituzionale sottopostale.

Infatti, laddove la Corte avesse poi riconosciuto l'incostituzionalità dell'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a., la relativa pronuncia avrebbe avuto effetti su tutti i giudizi ancora pendenti, con esclusione soltanto dei c.d. rapporti esauriti, ovvero dei giudizi nel frattempo passati in giudicato, come riconosciuto dalla giurisprudenza²³.

4.4. *L'“assoluzione” del rito superaccelerato da parte della Corte Costituzionale, con sentenza 18 dicembre 2019, n. 271*

Con sentenza 18 dicembre 2019, n. 271, la Corte Costituzionale – previa declaratoria dell'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata, proprio alla luce della attualità dell'interesse alla definizione della stessa per le potenziali conseguenze retroattive di un'eventuale declaratoria di illegittimità²⁴ – ha rigettato la questione di legittimità costituzionale, ritenendo la normativa in questione compatibile con i principi costituzionali la cui violazione era stata dedotta dal TAR Puglia, con le due ordinanze di rimessione.

In particolare, la Corte ha ritenuto infondate le questioni rimesse dal TAR Puglia, sotto tutti i profili²⁵, specificando essenzialmente che la normativa in questione – da inquadrare nell'ambito di un'ampia discrezionalità del Legislatore sull'indi-

²² In particolare, si veda Cons. Stato, sez. VI, 3 ottobre 2014, n. 4946.

²³ In tale senso, si veda, in particolare, Cons. Stato, ad. plen. 20 dicembre 2017, n. 12.

²⁴ In particolare, sotto tale profilo, la Corte ha rilevato che «l'intervenuta abrogazione nelle more del giudizio di legittimità costituzionale non incide sulla rilevanza delle questioni, poiché, ai sensi dell'art. 1, comma 23, del citato d.l. n. 32 del 2019, “Le disposizioni di cui al comma 22 si applicano ai processi iniziati dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto” e quindi non riguardano i processi *in quibus*» (cfr. par. 2 della decisione richiamata).

²⁵ I profili dedotti atenevano alla violazione degli artt. 3 (ragionevolezza), 24 (diritto alla tutela giurisdizionale), 103, 111 e 113 (rispettivamente giurisdizione del Giudice Amministrativo nei confronti della Pubblica Amministrazione; giusto processo; pienezza della tutela giurisdizionale contro gli atti della P.A.) della Costituzione, nonché per violazione degli artt. 6 e 13 della CEDU (diritto ad un ricorso effettivo ed ad un giusto processo).

viduazione degli strumenti processuali – non si poneva in violazione dei principi di ragionevolezza, di garanzia della tutela giurisdizionale e di pienezza della giurisdizione, in quanto sostanzialmente giustificata dall'esigenza di «definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte» (Consiglio di Stato, Adunanza della commissione speciale, parere n. 855 del 1° aprile 2016, avente ad oggetto lo schema di decreto legislativo recante “Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione”, ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 28 gennaio 2016, n. 11), con la conseguente creazione di un «nuovo modello complessivo di contenzioso a duplice sequenza, disgiunto per fasi successive del procedimento di gara, dove la raggiunta certezza preventiva circa la *res controversa* della prima è immaginata come presupposto di sicurezza della seconda» (Consiglio di Stato, Sezione Quinta, 14 marzo 2017, n. 1059)» (cfr. par. 8).

Tale sentenza – per quanto non condivisibile, per le medesime ragioni già indicate con riferimento alla sopra richiamata decisione assunta dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea – non ha comunque avuto un impatto consistente sul sistema, proprio alla luce del carattere ormai limitato della propria portata, che avrebbe potuto incidere, al limite, soltanto sulla retroattività degli effetti (in caso di declaratoria di illegittimità costituzionale), essendo ormai il rito superaccelerato già stato soppresso dal Legislatore.

5. *L'impatto positivo della avvenuta soppressione del rito superaccelerato sul processo appalti*

Per comprendere, quindi, l'impatto dell'avvenuta soppressione del rito superaccelerato (e valutarne il carattere positivo o meno), si ritiene opportuno considerare, a monte, l'impatto del Processo-Appalti innanzi al Giudice Amministrativo sull'intero sistema delle procedure ad evidenza pubblica.

La questione di fondo, in sostanza, è capire se la Giustizia Amministrativa sia positiva per l'intero sistema degli appalti (nonché per l'Economia Nazionale in generale) o se la stessa, viceversa, sia addirittura talmente negativa da incidere sul Prodotto Interno Lordo nazionale, come è stato più volte indicato da diversi esponenti del Governo Italiano (peraltro, in maniera anche trasversale).

5.1. *I dati risultanti dagli Studi compiuti dagli Uffici del Consiglio di Stato sul rapporto tra Giustizia Amministrativa ed Economia e tra Giustizia Amministrativa ed Appalti*

Tale tema ha assunto una rilevanza tale da indurre gli Uffici del Consiglio di Stato a porre in essere due interessanti Studi costituiti da:

- 1) una "Analisi sui rapporti tra Giustizia Amministrativa ed Economia";
- 2) una "Analisi di impatto del contenzioso amministrativo in materia di appalti 2017-2018"²⁶.

Tali due Studi contengono dati oggettivi molto interessanti per capire quale sia l'impatto del contenzioso in materia di appalti e come lo stesso si stia evolvendo.

Il primo dei due Studi sopra indicati (Analisi sui rapporti tra Giustizia Amministrativa ed Economia) contiene alcuni dati molto significativi sia in termini generali (rapporto Giustizia-Economia), sia in termini specifici (rapporto Giustizia-Appalti); in particolare:

- a) il dato relativo alla importante riduzione del numero dei giudizi proposti innanzi a tutti i Tribunali Amministrativi Regionali complessivamente nell'anno 2017 (n. 30.743 ricorsi) rispetto agli anni precedenti (in particolare, n. 54.902 nel 2013, 63.723 nel 2014, 61.723 nel 2015, 54.565 nel 2016: tale dato emerge dalla Tabella n. 1, contenuta nello stesso);
- b) il dato relativo al tempo-medio impiegato per la definizione dei vari contenziosi e, in particolare, dei contenziosi in materia di «appalti pubblici di lavori, servizi e forniture»:
 - b1) dai Tribunali Amministrativi Regionali, innanzi ai quali i giudizi in materia di appalti, nell'anno 2017, sono stati definiti in un tempo-medio di 78 giorni (rispetto ai tempi ben più lunghi degli anni precedenti, pari rispettivamente a n. 331 giorni nel 2013, a 223 giorni nel 2014, a 193 giorni nel 2015, a 149 giorni nel 2016: tale dato emerge dalla Tabella n. 3, contenuta nello stesso);
 - b2) dal Consiglio di Stato, innanzi al quale i giudizi in materia di appalti, nell'anno 2017, sono stati definiti in un tempo-medio di 125 giorni (rispetto ai tempi ben più lunghi degli anni precedenti, pari rispettivamente a n. 469 giorni nel 2013, a 248 giorni nel 2014, a 209 giorni nel 2015, a 225 giorni nel 2016: tale dato emerge dalla Tabella n. 4, contenuta nello stesso).

Anche il secondo dei due Studi sopra indicati (Analisi di impatto del contenzioso amministrativo in materia di appalti 2017-2018²⁷) contiene dati molto

²⁶ Entrambi gli Studi sopra indicati sono pubblicati sul sito istituzionale della Giustizia Amministrativa: <https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/codice-dei-contratti-pubblici>.

²⁷ Come risulta indicato in calce alla prima pagina di tale Analisi, la stessa è stata svolta a cura del Cons. Giulio Veltri con la collaborazione dell'Ufficio Studi, massimario e formazione, dell'Ufficio Stampa e comuni-

significativi con riferimento alla questione specifica relativa al rapporto tra la Giustizia Amministrativa e gli Appalti Pubblici; in particolare, tale Studio ha inteso confrontare i numeri delle procedure di gara in generale con i numeri del contenzioso innanzi alla Giustizia Amministrativa e delle decisioni dalla stessa assunte – prendendo a riferimento periodo statisticamente rilevante, ovvero un biennio (2017-2018) – anche al fine di individuare se esista o meno il c.d. blocco giurisdizionale (cautelare e di merito) sulle procedure di gara, come indicato nelle relative premesse costituenti il c.d. “scopo dell’indagine”.

Dallo studio in questione emerge quanto segue:

- 1) per quanto riguarda il biennio 2017-2018 (oggetto diretto dell’indagine):
 - a) dal punto di vista dell’attività amministrativa, sono state bandite n. 255.151 procedure di gara nell’anno 2017 e n. 238.101 procedure di gara nell’anno 2018 (per un valore complessivo rispettivamente di circa 133 miliardi di euro nel 2017 e di circa 141 miliardi di euro nel 2018);
 - b) dal punto di vista dell’attività giurisdizionale, le procedure oggetto di impugnazione innanzi ai vari Tribunali Amministrativi Regionali sono state n. 3.457 nell’anno 2017 e n. 3.603 nell’anno 2018;
 - c) ne deriva che il contenzioso innanzi al Giudice Amministrativo, nel biennio 2017-2018, risulta pari complessivamente ad una media di circa il 1,4% rispetto alle procedure di gara bandite;
- 2) per quanto riguarda il biennio 2015-2016 (oggetto diretto di analogo indagine fatta nel precedente biennio, i cui dati vengono poi messi a confronto con quelli del biennio 2017-2018), emerge che il contenzioso innanzi al Giudice Amministrativo, nel biennio 2015-2016, risulta pari complessivamente ad una media di circa il 2,7% rispetto alle procedure di gara bandite;
- 3) in sostanza, quindi – nel raffronto tra il biennio 2015-2016 ed il biennio 2017-2018 – il contenzioso risulta essersi ridotto di circa il 50% (dal 2,7% circa al 1,4% circa), come indicato nello Studio in questione: «in estrema e approssimativa sintesi può dirsi che il tasso di contenzioso in materia di appalti è calato di circa il 50%»: la ragione di tale consistente calo del contenzioso viene posta, dall’Analisi in oggetto, in stretta correlazione con l’emanazione e l’applicazione dell’art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a., non risultando altri fattori causali o concausali;
- 4) altri elementi interessanti sono costituiti dalle constatazioni relative al rapporto appalti-contenzioso, con riferimento al valore ed alla tipologia delle procedure; in particolare, risulta che:

- a) le procedure innanzi alla CONSIP sono oggetto di impugnazione nella pressoché totalità dei casi, dato che viene spiegato in relazione all'estrema rilevanza di tali procedure;
- b) circa la metà del contenzioso riguarda le procedure di valore superiore ad un milione di euro, dato che conferma il rapporto di diretta proporzionalità tra valore della gara e percentuale del contenzioso;
- c) le procedure di valore inferiore ad un milione di euro sono oggetto di impugnazione con una percentuale statistica molto ridotta: tale dato viene spiegato in relazione all'estrema rilevanza dei costi (contributo unificato e spese legali) rispetto ai potenziali benefici (economicamente contenuti) in caso di esito positivo del relativo contenzioso;
- 5) di particolare interesse è, infine, il rapporto tra esito del contenzioso cautelare e procedure di gara; sotto tale profilo, risulta che l'impatto delle decisioni cautelari di sospensione è estremamente limitato, in quanto pari rispettivamente al 28% nell'anno 2017 ed al 16% nell'anno 2018 (peraltro, in netta discesa rispetto ai dati 2015-2016, che si attestava sul 30% circa); pertanto, l'impatto delle decisioni cautelari "bloccanti" si è attestato sul 0,3% di tutte le procedure bandite;
- 6) l'elemento più significativo dell'intero Studio, anche ai fini della presente analisi, è quello (sopra indicato al punto n. 3), ovvero la constatazione che il contenzioso-appalti si è ridotto del 50% negli anni 2017-2018 (rispetto agli anni 2015-2016) e che tale consistente contrazione è stata dovuta realisticamente alla vigenza ed applicazione dell'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a., che ha, di fatto, drasticamente limitato la proposizione di ricorsi innanzi al Giudice Amministrativo²⁸.

²⁸ Si riporta, per completezza, quanto indicato nelle conclusioni dello Studio in questione. «I dati salienti emersi dallo studio consentono di validare le seguenti conclusioni:

- nel 2017 e 2018 il numero delle procedure bandite è cresciuto esponenzialmente, soprattutto nel sottosoglia. Ciò è certamente dovuto, principalmente, al consolidarsi della legislazione e del quadro normativo attuativo, nonché di quello giurisprudenziale.
- A fronte di questa rivitalizzazione del sottosoglia, il dato sul contenzioso è rimasto sostanzialmente inalterato. La ragione potrebbe risiedere, nel meccanismo processuale di cui all'art. 120 comma 2 bis (cd rito superaccelerato, da poco abrogato) ed al correlato onere di impugnazione immediata delle altrui ammissioni che, nei fatti, potrebbe aver disincentivato il ricorso per i piccoli appalti. Per l'effetto, il tasso di contenzioso si è ridotto di circa il 50%
- La percentuale di "blocco" giudiziario degli appalti si è conseguentemente fortemente contratta, attestandosi sullo 0,3% rispetto allo 0,7% del precedente biennio.
- La percentuale di "blocco" provocate dal filtro giurisdizionale è più che compatibile con il margine fisiologico di errore delle amministrazioni, ove si consideri che trattasi di procedure complesse con molti partecipanti».

5.2. *L'impatto negativo del rito superaccelerato sul sistema dei Contratti Pubblici e le conseguenze positive della sua soppressione*

Alla luce degli elementi evidenziati dagli Studi in questione e di ulteriori considerazioni, si rileva l'impatto estremamente negativo prodotto sul sistema dei Contratti Pubblici per l'emanazione dell'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a. e, di conseguenza, l'impatto positivo della sua soppressione.

In sostanza, alla luce di quanto risulta dai due Studi in questione (dati molto utili ai fini di un ragionamento generale di sistema):

- a) il c.d. "blocco giurisdizionale", di fatto, non esiste, avendo un carattere estremamente limitato (pari a circa lo 0,3% delle procedure di gara);
- b) un giudizio-appalti viene definito in meno di tre mesi in primo grado (78 giorni) ed in circa quattro mesi in appello (125 giorni);
- c) il contenzioso-appalti si è ridotto del 50% in realistica conseguenza del c.d. rito superaccelerato.

Anche alla luce dei dati forniti dagli Studi del Consiglio di Stato, si ritiene che ogni forma di deterrente posto dal Legislatore all'accesso alla Giustizia in materia di Contratti Pubblici sia estremamente negativa, in quanto limita drasticamente non solo l'esercizio della tutela giurisdizionale di imprese che ritengono di avere subito un'ingiustizia in sede di procedura di gara, ma anche e soprattutto l'esercizio della correlativa giurisdizione del Giudice Amministrativo in materia, quale controllo indispensabile per garantire la regolarità delle procedure, anche a fini deterrenti di situazioni di mala-amministrazione.

In tale ottica, l'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a. – correlato, peraltro, alla previsione di un contributo unificato irragionevole e sproporzionato⁽²⁹⁾ ed alla oggettiva carenza di interesse alla immediata impugnazione delle ammissioni degli altri *competitors* – ha determinato la sussistenza di un "ostacolo" estremamente alto per l'accesso alla Giustizia Amministrativa nelle procedure di gara (tranne quelle di valore economico di massima rilevanza) tale da comportare la riduzione del contenzioso-appalti di circa il 50%.

Tale drastica riduzione del controllo giurisdizionale del Giudice Amministrativo in un settore molto delicato ed importante per l'Economia Nazionale non si giustificava, peraltro, neanche nell'ottica del conseguimento dell'obiettivo della accelerazione delle procedure di gara, vista la sostanziale inesistenza del "mito"

²⁹ Per completezza, si rileva come, ai sensi del DPR n. 115/2002, il contributo unificato per il contenzioso di primo grado in materia di contratti pubblici innanzi al Giudice Amministrativo ammonta ad euro 2.000,00, 4.000,00 e 6.000,00 per le procedure di valore rispettivamente inferiore ad euro 200.000,00, inferiore ad euro 1.000.000,00 e superiore ad euro 1.000.000,00; il relativo ammontare in secondo grado è poi moltiplicato per un coefficiente di 1,5, con la conseguenza di essere pari rispettivamente ad euro 3.000,00, euro 6.000,00 ed euro 9.000,00.

del “blocco giurisdizionale” (stante il carattere estremamente limitato delle ordinanze cautelari di sospensione, che incidono in misura del 0,3% sulle procedure ad evidenza pubblica) e la estrema rapidità dei giudizi amministrativi in materia.

La avvenuta espunzione di tale art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a. si pone, quindi, a parere dello scrivente, come elemento positivo, che – senza incidere sulla celerità delle procedure – consentirà nuovamente l'esplicazione del contenzioso relativo alla verifica dei requisiti degli aggiudicatari, fondamentale per garantire il controllo giurisdizionale sulla legalità delle procedure, che non possono essere affidate a soggetti privi dei requisiti prescritti dalla normativa di settore.

6. Conclusioni

Alla luce di tutti i dati oggettivi e delle considerazioni soggettive formulati nel presente contributo, le conclusioni non possono che essere molto brevi, essendo quasi *in re ipsa*.

Nonostante le considerazioni positive formulate al precedente paragrafo sulla avvenuta espunzione del c.d. rito superaccelerato dal Codice del Processo Amministrativo, si ritiene che la “pagina” dell'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a. (che ha avuto, comunque, applicazione per oltre tre anni) debba essere considerata una “brutta pagina” nella storia della Legislazione Nazionale.

Per oltre tre anni, infatti, l'intero sistema delle procedure di gara ha usufruito di una sostanziale “immunità” nel controllo giurisdizionale sulla verifica dei requisiti dei soggetti aggiudicatari delle procedure, in quanto lo stesso è stato precluso (o, quantomeno, gravemente limitato) dall'onere di immediata impugnazione delle ammissioni degli altri *competitors*, sancito dall'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a.

Per oltre tre anni, il contenzioso innanzi al Giudice Amministrativo relativo alle procedure di gara – unico presidio certo a garanzia della legalità, in un settore particolarmente afflitto da corruzione e malamministrazione – è stato volutamente e consapevolmente ostacolato dal Legislatore, sulla base di giustificazioni (accelerazione delle procedure di gara), la cui infondatezza (seppure evidente sin dall'inizio) è stata chiaramente dimostrata dai richiamati Studi posti in essere dagli Uffici del Consiglio di Stato.

E, forse, l'operato del Legislatore, in qualche modo, può anche essere oggetto di comprensione, alla luce della naturale incompetenza tecnica dello stesso con riferimento all'oggetto specifico ed agli effetti materiali determinati dalla regolazione dallo stesso posta in essere.

Ciò che allo scrivente non risulta ancora comprensibile è piuttosto il “lasciapassare” alla normativa in questione, rilasciato in sede consultiva dal Consiglio di

Stato, che avrebbe dovuto essere ben consapevole degli effetti fortemente negativi di una tale disciplina e che, invece, nel parere in data 1 aprile 2016, aveva addirittura esaltato la normativa in questione come “sfida storica”³⁰): tale parere – laddove non fosse poi intervenuto il Legislatore ad abrogare il rito superaccelerato – avrebbe conferito allo stesso una sostanziale “immunità” (*rectius* “impunità” permanente, tanto da consentirgli di potere superare il vaglio sia della Corte di Giustizia dell’Unione Europea, sia della Corte Costituzionale, come poi è effettivamente avvenuto.

³⁰ A distanza di quasi due anni da un precedente scritto dello scrivente sulla stessa normativa (relativo alla richiamata ordinanza del TAR Piemonte n. 88/2018, di rimessione alla Corte di Giustizia: Si veda E. Lubrano, *L’art. 120, comma 2 bis, c.p.a. finalmente “rinviato a giudizio” innanzi alla Corte di Giustizia U.E.: un’occasione di riaffermazione del principio di effettività della tutela*, in www.lexitalia.it, pubblicato in data 6 marzo 2018), purtroppo, risultano ancora attuali le medesime conclusioni testuali formulate a suo tempo: «E, allora, per quanto lo scrivente non sia certo un “complotista”, fanno un po’ pensare le parole di un grande Statista ormai scomparso (“a pensare male si fa peccato, ma spesso ci si azzecca”). Ma forse, per capire la logica di tutti questi ostacoli, bisognerebbe apporre un punto interrogativo alle rassicurazioni manzoniane (“credete che non s’è fatto apposta”). Le rassicurazioni si trasformano, invece, nella domanda esattamente opposta, ovvero: credete che non s’è fatto apposta?».

La soppressione dell'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. (onere di immediata impugnazione delle ammissioni degli altri competitors nel processo-appalti, c.d. rito superaccelerato): un'occasione per la riespansione dell'effettività del diritto alla tutela giurisdizionale

Il presente contributo ha ad oggetto la previsione dell'onere di immediata impugnazione delle ammissioni degli altri *competitors* nelle procedure ad evidenza pubblica (art. 120, commi 2 *bis* e 6 *bis*, c.p.a.), ovvero il c.d. rito superaccelerato nel processo amministrativo per i giudizi relativi agli appalti pubblici, introdotto con legge n. 11/2016 e soppresso con decreto-legge n. 32/2019.

Il contributo evidenzia i gravi profili di criticità di tale disciplina, che sono stati, però, giustificati sia dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (ordinanza 14 febbraio 2019), sia dalla Corte Costituzionale (sentenza 18 dicembre 2019, n. 271).

Il contributo rileva, infine, l'impatto negativo del rito superaccelerato sul sistema dei Contratti Pubblici e le conseguenze positive della sua soppressione, anche sulla base dei dati oggettivi risultanti da due Studi compiuti dagli Uffici del Consiglio di Stato sul rapporto tra Giustizia Amministrativa ed Economia e tra Giustizia Amministrativa ed Appalti.

The deletion of the Article 120, paragraphs 2 bis and 6 bis, of the Code of Administrative Procedure (the burden of immediately challenging the admissions of other competitors in public procurement procedures): a good chance for the re-expansion of the right to an effective legal remedy.

The purpose of this contribution is to provide for the burden of immediately challenging the admissions of other competitors in public procurement procedures (Article 120, paragraphs 2 *bis* and 6 *bis*, of the Code of Criminal Procedure), i.e. the so-called accelerated rite in the administrative process for judgments relating to public contracts, introduced by Law no. 11/2016 and abolished by Decree Law no. 32/2019. The contribution highlights the serious critical aspects of this discipline, which have, however, been justified by both the Court of Justice of the European Union (order of 14 February 2019) and the Constitutional Court (sentence no. 271 of 18 December 2019).

Finally, the contribution notes the negative impact of the over-accelerated rite on the system of public contracts and the positive consequences of its abolition, also on the basis of objective data resulting from two studies carried out by the Council of State Offices on the relationship between administrative justice and the economy and between administrative justice and public calls for tender.

Forme di esclusione nella prospettiva del diritto amministrativo

Paola Lombardi*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le ordinanze contingibili ed urgenti nell'art. 54 d.lgs. 267/2000: quando un potere amministrativo incontra pochi limiti. – 2.1. *Segue*: un diritto amministrativo “emozionale”? – 2.2. Prime considerazioni di sintesi: la rilevanza dei principi di ragionevolezza e proporzionalità. – 3. Il territorio tra “spazi” e “luoghi”: la città e l'edilizia di culto. – 4. Profili problematici dell'accesso all'edilizia residenziale pubblica. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Esistono dei contesti nei quali il diritto amministrativo ed il potere della pubblica amministrazione possono diventare responsabili di esclusioni che, in quanto tali, sono in grado di provocare l'indebolimento di particolari categorie di soggetti.

Questa riflessione muove pertanto dalla consapevolezza dell'esistenza di specifici ambiti nei quali il diritto è in grado di discriminare, anziché proteggere, diventando, paradossalmente, violento.

Si noti che alla locuzione “diritto” s'intende in questa sede attribuire un significato ampio, poiché di volta in volta si potrà fare riferimento al diritto inteso come norma o come comando della pubblica amministrazione per la disciplina di un caso concreto, comando del quale – del resto – è talvolta discussa la natura meramente amministrativa ovvero normativa. In questo secondo caso, il problema sarà pertanto quello di un diritto che diventa *violento* per il modo in cui viene applicato.

L'obiettivo della ricerca è dunque costituito dall'identificazione, sotto la lente del diritto amministrativo, di condizioni che predispongono all'indeboli-

* Questo scritto è destinato al secondo volume de *I Quaderni* del Laboratorio su Cittadinanze e Inclusione Sociale (La.C.I.S.) istituito presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia.

mento di un soggetto, facendo particolare riferimento all'elemento della esclusione dell'altro.

Il motivo della ricerca è invece costituito dalla constatazione della grande rilevanza che hanno oggi assunto alcuni fenomeni, di emersione più o meno recente, in grado di fornire un significativo contributo all'economia del presente lavoro, come quello dell'uso distorto degli strumenti a tutela della sicurezza urbana, delle limitazioni normative alla realizzazione dei luoghi di culto e all'accesso agli alloggi di edilizia residenziale pubblica.

Filo rosso in grado di collegare ulteriormente queste considerazioni è dato dalla loro riferibilità al territorio, specie quello lombardo.

Allo scopo, un fecondo terreno d'indagine sarà costituito dagli aspetti (culturali e non) caratteristici dei singoli "luoghi", specie cittadini, dove del resto è noto come meglio attecchiscano forme servili di varia natura.

In altre parole, al centro dell'attenzione sarà spesso il rapporto tra "spazio" ed esclusione, anche verificando se l'organizzazione del territorio, specie tramite determinate politiche urbanistiche, possa favorire (o rendere meno visibile) il fenomeno e consenta di isolare, ai fini dichiarati, alcuni rilevanti indicatori di contesto.

D'altra parte, la città non è pensabile come un campo neutro, bensì come uno spazio in cui è possibile, e tutto sommato necessario, determinare relazionalità positive¹: colpire queste relazionalità significa alimentare la vulnerabilità di coloro che ne fanno parte.

Lungo la direttrice d'indagine così tracciata, sarà importante chiedersi da ultimo quale sia il ruolo del giudice amministrativo e del giudice costituzionale rispetto ai fenomeni che verranno di volta in volta descritti.

Si tratterà di verificare se il sindacato giurisdizionale, soprattutto quello condotto sulle decisioni della pubblica amministrazione, sia in grado di costituire valido strumento di contrasto di questi fenomeni ed in che modo, cercando di comprendere se la giurisprudenza amministrativa e costituzionale siano in grado di fornire rimedi efficaci al fallimento della risposta giuridica al problema delle forme di esclusione che dal diritto amministrativo traggano alimento.

2. *Le ordinanze contingibili ed urgenti nell'art. 54 d.lgs. 267/2000: quando un potere amministrativo incontra pochi limiti*

Secondo il comma 4 dell'art. 54 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, c.d. Testo unico degli enti locali (TUEL), «il sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta

¹ M. Borrello, *La città inclusiva*, in M. Borrello (a cura di), *Itinerari urbani. Riflessioni interdisciplinari tra sicurezza e inclusività*, Napoli, 2016, 195.

con atto motivato provvedimenti, [anche]² contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana».

Il tema delle ordinanze contingibili ed urgenti adottate dai sindaci risulta di particolare interesse ai fini del presente lavoro che, anche per la grande portata che i fenomeni descritti hanno assunto nello scenario istituzionale, gli dedicherà uno spazio più ampio rispetto agli altri profili successivamente trattati.

Esso intercetta un grande nodo problematico del diritto amministrativo, costituito dalla possibilità – evidentemente dall'articolo ammessa – che a determinate condizioni vengano adottati provvedimenti amministrativi che sfuggono all'ordinario carattere della tipicità, avendo piuttosto un contenuto dispositivo imprevedibile a priori³.

Non a caso, del resto, è stato rilevato come si tratti di un tema che conduce direttamente al sistema nervoso dell'apparato politico-amministrativo: può infatti essere assunto come il più utile indicatore per misurare il percorso di crescita della pubblica amministrazione, nel suo lasciar emergere la necessità di coniugare le ragioni della legalità con quelle dell'irrinunciabile esercizio della funzione pubblica a fronte della necessità e dell'urgenza⁴.

Date queste premesse, il vero problema sarà quello di circondare un potere, chiaramente contraddistinto da un elevatissimo tasso di libertà in quanto atipico negli effetti⁵, di limiti e cautele.

Non solo: decisiva sarà ancor prima la stessa definizione dei presupposti di emanazione delle c.d. ordinanze libere, e questo vale soprattutto con riferimento alla problematica nozione di sicurezza urbana, la cui protezione costituisce uno dei principali obiettivi che si pone la norma e che in questa sede maggiormente rileva.

A tale ultimo proposito, ed in via del tutto preliminare, vale la pena di evidenziare come si tratti di una nozione che consente di creare un primo collegamento tra esclusione, territorio e città, rinviando all'idea di una città sicura come vero e proprio valore da preservare.

Infatti, proprio nella città è più marcata la coesistenza tra stato di diritto e stato d'eccezione, tra sistema di regole e sistema di deroghe, registrandosi nel territorio metropolitano, ad esempio, la tradizionale presenza di spazi d'ombra tra cittadinanza ed esclusione.

² Quanto alla permanenza nel dettato normativo della locuzione "anche", si veda *infra* nel testo.

³ Sul tema delle ordinanze contingibili ed urgenti, in generale, fondamentale è il contributo di R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990. Sul carattere dell'atipicità si leggano in particolare le riflessioni di G. Morbidelli, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Dir. Amm.*, 2016, 33 ss., spec. 37 ss.

⁴ R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2014, 242-243.

⁵ Sulla caratterizzazione delle ordinanze contingibili ed urgenti quali provvedimenti atipici, si legga in particolare il contributo di A. Cassatella, *L'obbligo di motivazione delle nuove ordinanze a tutela della sicurezza urbana previste dall'art. 54, comma 4, del Testo unico degli enti locali: osservazioni critiche*, in *Le Regioni*, 2010, 157 ss.

A ben vedere, quella di sicurezza è una nozione dal carattere fortemente relazionale, poiché fatica ad essere definita esclusivamente con riferimento al proprio contenuto concettuale, necessitando piuttosto di un'ulteriore qualificazione che in qualche modo la limiti e, per questa via, contribuisca a specificarla. Inoltre, riferita alle persone ed ai loro diritti, implica sempre una relazione con il pericolo, da tenere lontano, e con i beni e diritti di cui tende ad assicurare la fruizione pacifica⁶.

Se la sicurezza declinata come sicurezza "urbana" evoca da una parte l'idea della difesa di interessi pubblici primari e di diritti fondamentali, rimandando inevitabilmente a funzioni statali, dall'altra richiama l'esercizio di funzioni e compiti di livello locale, nel suo suggerire lo stretto legame con la qualità della vita nella città.

E in effetti, essa è prevista dall'art. 54 TUEL come specifico ambito d'intervento del sindaco, ma non quale rappresentante della comunità locale, bensì come ufficiale del Governo.

Tuttavia, e quasi per un paradosso, l'articolo, nelle sue varie modifiche intervenute nel tempo, ha faticato ad indicare in modo puntuale l'ambito applicativo di questo nuovo potere amministrativo di competenza di un vero e proprio organo statale⁷, sostanzialmente rinunciando a garantire il fondamentale profilo di unitarietà che dovrebbe caratterizzare le funzioni che in qualunque modo intercettino l'ordine e la sicurezza pubblica ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. h), Cost.⁸

Partendo dalla riformulazione che è avvenuta nel 2008⁹, si noti come l'art. 54 abbia rinviato ad un decreto ministeriale¹⁰, in effetti emanato il 5 agosto di quell'anno dall'allora Ministro dell'interno Maroni, il cui art. 1 ha tentato di fornire una definizione di sicurezza urbana attraverso una tecnica di rinvio alle sole attività a sua tutela¹¹, senza indicarne il contenuto concettuale e limitandosi a

⁶ A. Pajno, *La "sicurezza urbana" tra poteri impliciti e inflazione normativa*, in A. Pajno (a cura di), *La sicurezza urbana*, in www.astrid-online.it. Sulle diverse letture che è possibile dare alla nozione di sicurezza urbana, anche C. Caruso, *Da Nottingham a La Mancha: l'odissea dei sindaci nell'arcipelago dei diritti costituzionali*, in *Le Regioni*, 2010, 29 ss., T.F. Giupponi, *La sicurezza urbana e i suoi incerti confini, tra ordinanze sindacali e "ronde"*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2011, 107 ss. e, soprattutto per uno sguardo alla giurisprudenza della Corte costituzionale che in passato si è occupata di questo tema, G. Tropea, *La sicurezza urbana, le ronde, e il disagio (sociale) della Corte*, in *Dir. amm.*, 2011, 55 ss.

⁷ A. Pajno, *Alla ricerca della nozione di "sicurezza urbana"*, in www.astrid-online.it.

⁸ T.F. Giupponi, *Sicurezza urbana e ordinamento costituzionale*, in *Le regioni*, 2010, 78 ss. e Id., *La sicurezza urbana*, cit., 723.

⁹ Nell'originario testo dell'articolo, dove l'espresso riferimento alla "sicurezza urbana" ancora non compariva, questa disposizione, contenuta nel comma 2, così recitava: «Il sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta, con atto motivato e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, provvedimenti contingibili e urgenti al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità dei cittadini».

¹⁰ Il d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 luglio 2008, n. 125, aveva infatti inserito nell'articolo un comma 4-bis, secondo il quale «con decreto del Ministro dell'interno è disciplinato l'ambito di applicazione delle disposizioni di cui ai commi 1 e 4 anche con riferimento alle definizioni relative alla incolumità pubblica e alla sicurezza urbana».

¹¹ V. Italia, *La sicurezza urbana*, Milano, 2010, 5-6.

descrivere quello che è stato definito il “programma” della sua realizzazione¹², confermando tutto sommato la forte “caratterizzazione funzionale”¹³ del concetto.

Il decreto parla infatti di una sicurezza urbana quale «bene pubblico da tutelare attraverso attività poste a difesa, nell’ambito delle comunità locali, del rispetto delle norme che regolano la vita civile, per migliorare le condizioni di vivibilità dei centri urbani, la convivenza sociale e la coesione sociale».

L’aspetto non è di poco conto, perché sembra definire una chiara regola di condotta per i sindaci: il loro compito non è quello di porre norme che regolano la società civile, ma di garantirne il rispetto. Detto in altri termini, le ordinanze non dovrebbero introdurre discipline generali, bensì porre prescrizioni concrete e puntuali a presidio di queste.

Peccato che il decreto, al successivo art. 2, abbia individuato cinque ambiti generali di riconduzione di tali interventi (che vanno dalle situazioni di degrado urbano, come l’accattonaggio con impiego di minori e disabili, che favoriscono l’insorgere di fenomeni criminosi a quelle che costituiscono intralcio alla pubblica viabilità o che alterano il decoro urbano), i quali, seppure fosse condivisibile la ricerca dell’uniformità applicativa e del superamento di un approccio meramente burocratico alla questione della città, hanno fatto scorrere in secondo piano la natura circostanziale e concreta che i provvedimenti avrebbero dovuto avere, ingenerando nei sindaci il convincimento che fosse stato riconosciuto loro un vero e proprio potere normativo generale per contrastare i fenomeni descritti e che di fatto hanno poi esercitato¹⁴.

In effetti, per quanto la giurisprudenza amministrativa¹⁵ sia stata ferma nel tempo nell’identificare come vere e proprie caratteristiche strutturali delle ordinanze in commento, a presidio della loro legittimità¹⁶, lo stretto legame con

¹² A. Pajno, *La “sicurezza urbana”*, cit.

¹³ Caratterizzazione messa in evidenza da L. Vandelli, *Ordinanze per la sicurezza: uno strumento utile ma ancora da affinare*, in *Amm. civ.*, 2008, 138.

¹⁴ Ancora A. Pajno, *La “sicurezza urbana”*, cit.

¹⁵ Per l’approfondimento di questa giurisprudenza, F. Palazzi, *Il potere di ordinanza “contingibile e urgente” del sindaco. Rassegna di giurisprudenza coordinata con la dottrina*, in A. Pajno (a cura di), *La sicurezza urbana*, in *www.astrid-online.it*. e P. Lombardi, *Il potere sindacale di emettere provvedimenti contingibili ed urgenti: presupposti e caratteristiche essenziali alla luce degli orientamenti della giurisprudenza*, in *Foro amm. – TAR*, 2003, 107 ss.

¹⁶ Si tratta di ordinanze che presuppongono necessariamente situazioni, non tipizzate dalla legge, la cui sussistenza deve essere suffragata da un’istruttoria adeguata e da una congrua motivazione: T.a.r. Campania, Napoli, sez. V, 11 novembre 2019, n. 5319, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

ragioni di necessità ed urgenza¹⁷ del tutto imprevedibili¹⁸, l'esistenza di un pericolo grave, concreto ed attuale¹⁹, l'accertamento dell'impossibilità di ricorrere a strumenti diversi ed ordinari²⁰, la temporaneità delle misure²¹, il dato che ci consegna l'esperienza è che i sindaci hanno applicato l'art. 54 esercitando, anziché un potere d'intervento straordinario e puntuale, un vero e proprio potere normativo, spesso privo di limitazioni temporali e sostitutivo di rimedi che, a ben vedere, avrebbero potuto essere adottati nell'esercizio di poteri – come quelli di polizia urbana o di puntuale vigilanza – che ai sindaci sono ordinariamente attribuiti in qualità di responsabili degli enti locali.

Né le cose sono migliorate di molto nel 2017, quando il comma 4-bis sarebbe stato riformulato nel senso che i provvedimenti «concernenti la sicurezza urbana sono diretti a prevenire e contrastare l'insorgere di fenomeni criminosi o di illegalità, quali lo spaccio di stupefacenti, lo sfruttamento della prostituzione, la

¹⁷ È stata ad esempio riconosciuta illegittima un'ordinanza contingibile ed urgente con la quale il sindaco, al fine di tutelare, con urgenza, la quiete ed il riposo pubblici, ha disposto la riduzione dell'orario di apertura di un esercizio di somministrazione di alimenti e bevande, poiché l'istruttoria svolta dall'ente locale si fondava su accadimenti eterogenei, verificatisi nel corso di un arco temporale di circa dieci mesi prima dell'adozione dell'ordinanza stessa, non potendosi in tal caso ritenere sussistente alcuna situazione di urgenza, atteso che la riduzione dell'orario di apertura si inseriva in una situazione di fatto consolidata da tempo, non caratterizzata da un repentino e imprevedibile aggravamento e da molti mesi a conoscenza dell'amministrazione (T.a.r. Lombardia, Milano, sez. IV, 9 gennaio 2015, n. 29, in www.lexitalia.it).

¹⁸ Sul punto, il Consiglio di Stato ha precisato che il presupposto di una situazione eccezionale ed imprevedibile va interpretato nel senso che rileva non la circostanza (estrinseca) che il pericolo sia correlato ad una situazione preesistente ovvero ad un evento nuovo ed imprevedibile, ma la sussistenza (intrinseca) della necessità e dell'urgenza attuale di intervenire a difesa degli interessi pubblici da tutelare, a prescindere sia dalla prevedibilità, che, soprattutto, dall'imputabilità (se del caso perfino all'amministrazione stessa) della situazione di pericolo che il provvedimento è rivolto a rimuovere (*ex multis*, Cons. Stato, sez. II, 22 luglio 2019, n. 5150, in www.giustizia-amministrativa.it).

¹⁹ Di recente, sulla necessità di una situazione di oggettivo pericolo, opportunamente accertata anche tramite l'intervento di tecnici specializzati, T.a.r. Marche, sez. I, 10 agosto 2020, n. 507, in www.lexitalia.it. Inevitabile è un sia pure rapido confronto tra il pericolo grave ed attuale, così come definibile agli effetti del presente studio, e l'emergenza provocata da Covid-19. Allo scopo, molto utili sono le precisazioni effettuate dal T.a.r. Puglia, Bari, sez. III, nella sentenza 22 maggio 2020, n. 733, in www.lexitalia.it, ove si legge che «i sindaci dei comuni non possono adottare, a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza da epidemia da Covid-19, in contrasto con le misure statali, né eccedere i limiti di oggetto di cui all'art. 1, comma 1, del d.l. 25 marzo 2020, n. 19. I sindaci, in altri termini, in una cornice di riferimento normativo di questo tipo, non sono privati del potere di ordinanza *extra ordinem* ma – diversamente da quanto avviene in periodi non qualificabili come emergenze nazionali, in cui l'ordinanza contingibile e urgente vale a fronteggiare un'emergenza locale e può avere finanche attitudine derogatoria dell'ordinamento giuridico – neppure possono esercitare il potere di ordinanza travalicando i limiti dettati dalla normativa statale, non solo per quel che concerne i presupposti ma anche quanto all'oggetto della misura limitativa».

²⁰ L'accertamento deve fondarsi su di un'approfondita istruttoria con adeguata motivazione, su prove concrete e non su mere presunzioni: T.a.r. Puglia, Lecce, sez. III, 25 settembre 2020, n. 1019, in www.lexitalia.it. Nel senso che queste ordinanze «si presentano quindi quali mezzi di carattere residuale, espressione di norme di chiusura del sistema, i cui tratti distintivi sono costituiti dall'atipicità, dalla valenza derogatoria rispetto agli strumenti ordinari», T.a.r. Campania, Napoli, sez. VII, 24 luglio 2020, n. 3324, *ibidem*.

²¹ Sul requisito della temporaneità delle misure, *ex pluribus*, T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. I, 18 maggio 2011, n. 739, in www.lexitalia.it.

tratta di persone, l'accattonaggio con impiego di minori e disabili, ovvero riguardano fenomeni di abusivismo, quale l'illecita occupazione di spazi pubblici, o di violenza, anche legati all'abuso di alcool o all'uso di sostanze stupefacenti»²². Per quanto lodevole sia stata la "legificazione" del concetto di sicurezza, cioè lo spostamento della sua definizione a livello di fonte normativa primaria, la novella ha precisato che la sicurezza urbana va intesa quale bene pubblico che "afferisce" alla vivibilità e al decoro della città, di fatto legittimando a sua volta un ampio dettaglio di interventi rimessi ad una discrezionalità in cui sfuma pericolosamente il confine tra illiceità e fastidio²³.

Dei pericoli insiti in un potere d'intervento di tal fatta si era fin da subito avveduta quella dottrina che, già in un momento in cui la formulazione letterale della norma lasciava intendere che il capo dell'amministrazione comunale potesse adottare provvedimenti addirittura sorniti del carattere della contingibilità e dell'urgenza («Il sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta con atto motivato provvedimenti, anche contingibili e urgenti...»²⁴), sosteneva come dovessero sempre e comunque ritenersi validi quegli stessi presupposti più sopra individuati²⁵.

E si trattava di pericoli talmente reali da portare la Corte costituzionale, con la sentenza 7 aprile 2011, n. 115, pronunciata ancora nella vigenza della riforma Maroni, a dichiarare costituzionalmente illegittimo il comma 4 dell'art. 54 TUEL nella parte in cui comprendeva la locuzione "anche" prima delle parole "contingibili e urgenti", poiché consentiva al sindaco di adottare in questi casi provvedimenti a contenuto normativo ed efficacia a tempo indeterminato con esercizio di una discrezionalità praticamente senza alcun limite, dunque in contrasto con il principio di legalità sostanziale²⁶.

²² È questa l'attuale formulazione del comma, dovuta all'entrata in vigore della l. 18 aprile 2017, n. 48 di conversione, con modificazioni, del d.l. 20 febbraio 2017, n. 14, c.d. riforma Minniti. In generale, sui contenuti di questa, C. Videtta, *Urbanistica e sicurezza. Dalla sicurezza della città alla sicurezza nella città*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 1243 ss., G. Tropea, *I nuovi poteri di sindaco, questore e prefetto in materia di sicurezza urbana (dopo la legge Minniti)* e S. Gardini, *Le ordinanze sindacali contingibili ed urgenti. Nuovi scenari e nuovi poteri*, questi ultimi due contributi in *www.federalismi.it*.

²³ C. Videtta, *La "sicurezza urbana" alla luce del d.l. n. 14 del 2017, convertito con modifiche nella legge n. 48 del 2017*, in *Studium Iuris*, 2017, 1093-1094. Sotto il profilo definitorio, ha a sua volta rilevato l'assenza di profili di grande innovatività rispetto al passato A. Manzione, *Potere di ordinanza e sicurezza urbana: fondamento, applicazioni e profili critici dopo il decreto legge n. 14 del 2017*, in *www.federalismi.it*.

²⁴ È questa la formulazione della norma apparsa nel 2008, che, in effetti, la giurisprudenza amministrativa, affidandosi ad un'interpretazione letterale, aveva espressamente riconosciuto come attributiva di un potere da esercitarsi anche in via ordinaria.

²⁵ Sul punto, F. Parmigiani, *Il divieto di bivacco e di stazionamento nelle ordinanze adottate dai Sindaci ex art. 54 TUEL*, in *Le Regioni*, 2010, 334 ss. Sulle interpretazioni che venivano date alla presenza della parola "anche" nel testo della norma, prima dell'intervento della Corte costituzionale, T.F. Giupponi, *Sicurezza urbana e ordinamento costituzionale*, cit., 73 ss.

²⁶ Sulle motivazioni di questa declaratoria d'incostituzionalità, V. Cerulli Irelli, *Sindaco legislatore?*, in *Giur. cost.*, 2011, 1600 ss., M. Brocca, *Le contraddizioni delle ordinanze ordinarie del sindaco*, in *Foro amm. - CDS*, 2011, 2278 ss. e G. Meloni, *Le ordinanze (forse non solo) ordinarie dei sindaci in materia di sicurezza urba-*

2.1. Segue: un diritto amministrativo “emozionale”?

Se ci si volesse chiedere perché sia accaduto tutto questo, può essere utile evocare l'interessante relazione che esiste tra diritto ed emozioni²⁷.

È molto nutrita la dottrina che ha raccolto ed esaminato l'ancor più nutrita schiera di ordinanze, spesso “creative” per invito dello stesso Ministro, che ha fatto immediatamente seguito all'entrata in vigore del decreto Maroni del 2008²⁸.

Per citare solo alcune delle situazioni in cui è avvenuto un uso distorto dello strumento in esame, si possono richiamare i provvedimenti che hanno colpito l'attività di lavavetri ai semafori, attività a ben vedere già vietata dal regolamento di polizia municipale del luogo di emissione²⁹, oppure quelle che hanno interessato i gestori di *kebab*³⁰ non per colpire la categoria merceologica in quanto tale, ma per fronteggiare impropriamente situazioni di illegalità venutesi a creare nei pressi di quegli esercizi³¹.

na tra legalità sostanziale e riserve relative, in *www.federalismi.it*. Per un approfondimento del potere qui in commento all'indomani dell'intervento della Consulta, M. Vaccarella, *Il potere di ordinanza sindacale per la sicurezza urbana e l'incolumità pubblica*, *Quaderni di dir. e proc. amm.*, n. 14, Napoli, 2012, *passim*.

²⁷ Per un richiamo al “diritto emozionale”, M.C. Nussbaum, *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, Roma, 2004, *passim*.

²⁸ Si rinvia sul punto alle considerazioni di F. Corvaja, *Esiste una libertà «innominata» da tutelare? Ordinanze sindacali «creative» e libertà individuale*, in *Le Regioni*, 2010, 35, che riporta le dichiarazioni sulla necessità di “idee creative” sulla sicurezza rese dal Ministro in conferenza stampa. Ha fermamente criticato questo invito, sostenendo che il potere sindacale in esame «non può avere una valenza “creativa” ma deve limitarsi a prefigurare misure che assicurino il rispetto di norme ordinarie volte a tutelare l'ordinata convivenza civile, tutte le volte in cui dalla loro violazione possano derivare gravi pericoli per l'ordine pubblico e per la sicurezza pubblica», Cons. Stato, sez. VI, 31 ottobre 2013, n. 5276, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Tuttavia, sono ben 788 le ordinanze contingibili ed urgenti emanate dai sindaci italiani tra l'agosto del 2008 ed il luglio del 2009, la maggior parte delle quali provenienti da comuni lombardi. Per il loro approfondimento, *ex pluribus*, A. Lorenzetti-S. Rossi (a cura di), *Le ordinanze sindacali in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana. Origini, contenuti, limiti*, Napoli, 2009, *passim*, G. Tropea, *Sicurezza e sussidiarietà. Premesse per uno studio sui rapporti tra sicurezza pubblica e democrazia amministrativa*, Napoli, 2010, *passim*, spec. 212 ss., F. Parmigiani, *Il divieto di bivacco*, cit., 333 ss., F. Furlan, *La disciplina concreta del potere di ordinanza*, in *Le Regioni*, 2010, 141 ss., A. Lorenzetti, *Le ordinanze sindacali e il principio di uguaglianza: quali garanzie?*, *ivi*, 93 ss., S. Rossi, *Note a margine delle ordinanze sindacali in materia di mendicizia*, *ivi*, 277 ss. e Brocca, *Le contraddizioni*, cit., 2278 ss.

²⁹ Per l'approfondimento di queste specifiche ordinanze, evidentemente mancanti del requisito della residualità della misura adottata, oltre che della grave emergenza, si rinvia in particolare ai contributi di A. Andronico, *L'ordinanza extra ordinem del sindaco di Firenze sui lavavetri: divieto di un'attività già vietata? e La seconda ordinanza del sindaco di Firenze sui lavavetri: residualità dei poteri extra ordinem e centralità del profilo sanzionatorio*, entrambi in *www.federalismi.it* e L. Busatta, *Le ordinanze fiorentine contro i lavavetri*, in *Le Regioni*, 2010, 367 ss.

³⁰ In materia, M. Magrassi, *Le c.d. “ordinanze anti-kebab”*, in *Le Regioni*, 2010, 325 ss.

³¹ Per tutte, molto esemplificativa di queste ultime circostanze – ed anche più in generale del *modus operandi* dei sindaci – è una sentenza del T.a.r. Veneto, sez. III, 29 ottobre 2015, n. 1115, in *www.lexitalia.it*, con la quale il giudice amministrativo ha dichiarato illegittima l'ordinanza del sindaco di Padova che aveva disposto una notevole riduzione dell'orario di apertura di una “Piadineria”, che in realtà vendeva *kebab*, ubicata nella centralissima Piazza delle Erbe di Padova. Secondo il Tribunale, «il collegamento tra l'attività del ricorrente ed i riscontrati assembramenti di persone “indesiderabili” non risulta provato al di là di semplici illazioni, come invece sarebbe stato necessario data la gravità della decisione presa». Piuttosto, una «ancor maggiore pre-

Per fare un esempio ancora più significativo, se nel decreto Maroni viene stigmatizzato l'accattonaggio molesto, dunque la richiesta di denaro in spazi pubblici accompagnata da fenomeni di particolare gravità sociale o disturbo per i cittadini, in sede applicativa è stato molto spesso l'accattonaggio in quanto tale ad essere percepito come un pericolo per la sicurezza urbana.

Nel suo collegamento alla sicurezza urbana, l'accattonaggio – così come punito attraverso il sistema previsto nel 2008 dall'art. 54 TUEL – rimanda in fin dei conti all'idea di un decoro urbano contrassegnata da uno specifico obiettivo: la rimozione delle immagini più rappresentative del disagio sociale.

È qui che si manifesta il rilievo delle emozioni nel diritto amministrativo: è proprio vero che, in questi casi, «più del diritto poté il dibattito massmediatico e il sostegno popolare»³².

Il progressivo affermarsi del sentimento di appartenenza al proprio comune, prima ancora che allo Stato, unito ad una crescente percezione della distanza tra cittadino e Parlamento nazionale, hanno portato a pensare al sindaco come primo e più diretto esecutore della volontà del popolo³³, il più efficiente tutore delle sue aspettative anche in tema di repressione di una criminalità diffusa spesso identificata con la *insicurezza* urbana, quasi per una sorta di fungibilità tra diritto penale e diritto amministrativo.

La sicurezza urbana diviene per questa via una sorta di cassa di risonanza delle emozioni del cittadino³⁴, mentre le ordinanze contingibili ed urgenti costituiscono lo strumento, utilizzato da un soggetto per di più preoccupato di non perdere consenso elettorale³⁵, che serve a rassicurare i cittadini togliendo loro la vista “dell'altro”³⁶ e che fa del suo autore una sorta di “sceriffo”³⁷.

senza *in loco* da parte di polizia comunale o di appartenenti alla pubblica sicurezza, con conseguente identificazione delle persone solite intrattenersi *in loco*, avrebbe permesso anzitutto di meglio chiarire i presunti rapporti tra l'esercizio interessato e persone coinvolte in attività illecite e forse anche di disincentivare le frequentazioni indesiderate, oltre a permettere la verifica di eventuali infrazioni dell'esercizio in questione in relazione alla normativa di vendita, tutti elementi che necessitano di riscontri precisi ed oggettivi quali possono essere rinvenuti solo da accertamenti circostanziati e oggetto di relazioni immediate e precise, nel caso di specie non presenti».

³² L'osservazione è di C. Ruga Riva, *Il lavavetri, la donna col burqa e il sindaco. Prove atecniche di “diritto penale municipale”*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 140.

³³ Sul collegamento diretto tra sindaco e comunità locale, G. Venturi, *Ruolo e potere di ordinanza del sindaco prima e dopo il decreto Maroni*, in A. Lorenzetti-S. Rossi (a cura di), *Le ordinanze sindacali in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana. Origini, contenuti, limiti*, Napoli, 2009, 106 ss.

³⁴ Sull'idea della sicurezza urbana quale “contenitore emotivo”, C. Ruga Riva, *Il lavavetri*, cit., 133 ss. e L. Busatta, *Le ordinanze fiorentine*, cit., 382.

³⁵ «Ma ai Sindaci non interessa la correttezza normativa dei provvedimenti: ciò che conta è recuperare consenso, suscitando paure e presentandosi come tutori dell'ordine»: così S. Bontempelli, «*Ordinanza pazza*». *I Sindaci e il versante grottesco del razzismo*, in G. Nalletto (a cura di), *Libro bianco sul razzismo in Italia*, Roma, 2009, 118.

³⁶ Così, ancora, C. Ruga Riva, *Il lavavetri*, cit., 143-144.

³⁷ V. Italia, *Il Sindaco-sceriffo ed il baricentro politico-amministrativo dell'ente locale*, in *Nuova rassegna*, 2008, 1617 ss.

In altri termini, la protezione della sicurezza urbana non ha come fine ultimo la rimozione delle cause del disagio sociale, ma la repressione delle sue conseguenze: si genera così un circolo vizioso non più ancorato ai dati oggettivi dei tassi di criminalità e dell'andamento dei reati, bensì alla percezione soggettiva che ne ha il cittadino, all'allarme sociale che alimenta a sua volta l'insicurezza³⁸.

E dire che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 196 del 2009, aveva fin da subito precisato che i poteri di ordinanza *extra ordinem* dei sindaci, riconducibili alla nozione di sicurezza urbana, non potevano che essere quelli finalizzati all'attività di prevenzione e repressione dei reati³⁹, e che la giurisprudenza amministrativa aveva aggiunto come proprio l'ampiezza del concetto di sicurezza urbana imponesse di restringere i poteri di controllo alle sole situazioni di reale disagio collettivo, non potendosi qualificare come problema di sicurezza urbana qualunque fastidio riguardante la convivenza civile⁴⁰.

Con il rischio che il diritto amministrativo "emozionale" diventi un *boomerang* la cui potenza si scarica contro la stessa comunità, quanto meno per due motivi: da una parte, sarà la stessa collettività locale a subire gli effetti dei conflitti che lungo questa via si scatenano nella città; in secondo luogo, la percezione soggettiva d'insicurezza, quando condivisa dalla popolazione, può determinare trasformazioni così radicali nell'uso degli spazi urbani al punto da portare anche alla "morte" degli stessi⁴¹.

La conseguenza è quella di un diritto amministrativo che si presenta con due volti.

Per alcuni, è un diritto rassicurante.

Per altri, è un diritto violento, secondo quanto si osservava nell'introduzione di questo lavoro. Violento sia per il modo in cui è formulato (nel suo riconoscere, mediante concetti giuridici indeterminati, un potere sostanzialmente "in bianco"), sia nella sua applicazione, soprattutto per la possibilità che allo stesso

³⁸ A. Pajno-V. Antonelli, *La sicurezza urbana tra editti e ronde*, in A. Pajno (a cura di), *La sicurezza urbana*, in www.astrid-online.it e F. Parmigiani, *Il divieto di bivacco*, cit., 333.

³⁹ Così Corte cost. 1° luglio 2009, n. 196, in *Giur. cost.*, 2009, 2249. Tra le prime applicazioni di questi principi, T.a.r. Lombardia, Milano, sez. III, 6 aprile 2010, n. 981, in *Foro amm. - T.a.r.*, 2010, 1206 e T.a.r. Toscana, sez. II, 5 gennaio 2011, n. 22, *ivi*, 2011, 72, il quale ha addirittura aggiunto che, in chiave costituzionalmente orientata, la "sicurezza urbana" deve farsi coincidere con la "sicurezza pubblica", vale a dire con l'attività di prevenzione dei fenomeni criminosi che minacciano i beni fondamentali dei cittadini, e non può essere estesa fino a comprendere quegli strumenti volti all'eliminazione dei fenomeni di degrado che possono affliggere i centri urbani, ma non sono necessariamente correlati con esigenze di repressione della criminalità.

⁴⁰ Così, espressamente, T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. I, 1° luglio 2015, n. 905, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴¹ Così, efficacemente, C. Videtta, *La sicurezza della città e la sicurezza nella città. Il ruolo dell'urbanistica*, in M. Borrello (a cura di), *Itinerari urbani. Riflessioni interdisciplinari tra sicurezza e inclusività*, Napoli, 2016, 147. Sulla centralità del tema delle relazioni tra organizzazione degli spazi fisici della città e sicurezza urbana, anche M. Brocca, *Nuove frontiere del diritto urbanistico: le intersezioni con la sicurezza urbana*, in www.federalismi.it.

concetto di sicurezza urbana venga attribuito un contenuto fortemente diverso anche solo tra comuni limitrofi, rendendo reale il pericolo di un'eccessiva frammentazione territoriale della funzione amministrativa che abbia come suo automatico e più rilevante riflesso la violazione del principio di uguaglianza⁴².

E si ricordi che nei casi in esame il sindaco agisce non come capo dell'amministrazione comunale, bensì come ufficiale del Governo, dunque come rappresentante di uno Stato che tradisce una debolezza intrinseca del suo legislatore, il quale si vede costretto a cedere quote di potere ad un organo amministrativo monocratico a discapito delle assemblee elettive⁴³, e forse in modo del tutto consapevole⁴⁴.

Uno Stato che – per primo – invece di proteggere, esclude intere categorie di soggetti più deboli e/o marginali e, lungo questa via, molto spesso discrimina sulla base del sesso, della religione, della razza, dell'origine etnica – o anche di due o più di questi fattori⁴⁵ – dei soggetti colpiti, con il rischio di un utilizzo non solo politico, ma addirittura “culturale”⁴⁶ o “ideologico”⁴⁷ di questi provvedimenti, lontano da quello che è loro proprio.

In tutto questo, c'è un aspetto che va messo in luce e che costituisce forse il più significativo contributo che l'approfondimento delle ordinanze sindacali contingibili ed urgenti può offrire a questa riflessione sulle forme di esclusione.

Nel linguaggio dei provvedimenti sindacali, i soggetti presi di mira non sono vissuti come parte di una collettività complessa, bensì come insieme di monadi, di singoli individui che non hanno null'altro in comune se non la possibilità di essere definiti su una base unicamente negativa: la condivisione di una mancanza.

⁴² Il profilo è messo bene in luce da A. Lorenzetti, *Le ordinanze sindacali e il principio di uguaglianza*, cit., 94 ss.

⁴³ G. Meloni, *Il potere “ordinario” dei sindaci di ordinanze extra ordinem*, in *www.federalismi.it*. «Il legislatore va costituendo poteri potenzialmente illimitati, la cui unica fenomenologia concreta è quella dell'abuso (il che conferma, ancora una volta, che il vizio si annida già nella legge)»: così F. Corvaja, *Esiste una libertà «innominata» da tutelare?*, cit., 48.

⁴⁴ Il dubbio che questa consapevolezza in effetti vi sia nasce dal fatto che le ordinanze in commento possono costituire lo strumento per regolare fenomeni che il legislatore statale ha già regolato, ma che preferisce far regolare in modo anche diverso dalla disciplina statale (come per esempio in materia di accattonaggio o lavavetri), in mancanza di una solida maggioranza parlamentare necessaria a far approvare a livello statale nuove disposizioni. Del resto, può anche accadere che il legislatore statale utilizzi l'ambito locale quale vero e proprio “laboratorio di sperimentazione” di soluzioni normative da adottare in futuro a livello nazionale. Sul punto, si rinvia alle interessanti osservazioni di P. Bonetti, *Considerazioni conclusive circa le ordinanze dei sindaci in materia di sicurezza urbana: profili costituzionali e prospettive*, in *Le Regioni*, 2010, 444-445.

⁴⁵ Sugli effetti negativi esponenziali delle c.d. discriminazioni multiple – fondate cioè sulla concomitanza di più fattori, come sesso/razza, sesso/religione –, si leggano le considerazioni di A. Lorenzetti, *Il divieto di indossare “burqa” e “burqini”*, in *Le Regioni*, 2010, 349 ss., nonché D. Tega (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Roma, 2011, *passim*.

⁴⁶ D. Tega, *Le ordinanze sindacali: un nuovo caso di glocalism?*, in *Le Regioni*, 2010, 122.

⁴⁷ A. Guazzarotti, *Le ordinanze dei Sindaci in materia di sicurezza urbana: quale ruolo assume la riserva di legge?*, in *Le Regioni*, 2010, 84.

L'approfondimento delle connotazioni di questo soggetto quale principale destinatario del potere sindacale di ordinanza contingibile ed urgente, pertanto, è tutt'altro che banale e, ai fini del presente studio, presenta una grande utilità sotto il profilo euristico.

L'elemento di originalità che contiene è dato dall'immagine che restituisce, che tutto sommato non era pensabile in un passato forse neppure troppo lontano e che coincide con quella di tutte le vittime dei processi sociali di espulsione legati alle condizioni strutturali del moderno tessuto socio-economico, su cui spesso si sono innestati episodi traumatici, ma dei quali nelle ordinanze non vi è traccia, poiché il loro profilo punitivo ha cancellato ogni distinzione⁴⁸.

In definitiva, queste ordinanze costituiscono un valido e moderno indicatore che contribuisce a tratteggiare i contorni del soggetto che oggi più facilmente si trova (e magari proprio per causa loro) in quelle condizioni di debolezza che gli impediscono di resistere al comando coercitivo altrui.

Che si tratti di uomini o donne, ai fini di queste considerazioni, non rileva.

Pur nella consapevolezza della centralità del problema del trattamento delle donne da parte di questi provvedimenti, come dimostrano ad esempio alcune questioni (come quelle dell'uso del *burqa* o del *burqini*) che finiscono per essere dei fattori moltiplicatori delle criticità già evidenziate⁴⁹, ciò che si vuole mettere in luce non è tanto (o non solo) la condizione di fragilità di questi soggetti, quanto piuttosto il loro disagio sociale, la loro marginalità come tratto caratterizzante più diffuso.

2.2. *Prime considerazioni di sintesi: la rilevanza dei principi di ragionevolezza e proporzionalità*

Se la pretesa di sicurezza viene letta come pretesa al mantenimento dello *status quo ante* rivendicato dal soggetto "forte" e/o "normale" contro l'aggressione del soggetto "debole" e/o "anormale" in quanto vagabondo, piuttosto che immigrato⁵⁰, condivisibile appare l'affermazione secondo cui «le questioni riguardanti la sicurezza urbana intercettano le precondizioni della nuova cittadinanza»⁵¹, poiché della permanenza di queste vogliono essere rassicurati coloro che già la possiedono, mentre per conseguirla pienamente lottano coloro che ne sono sprovvisti al fine garantirsi l'inserimento nella comunità sociale.

⁴⁸ Così, efficacemente, S. Rossi, *Note a margine delle ordinanze sindacali*, cit., 290 ss.

⁴⁹ Sul punto, si rinvia alla dottrina già citata alla nota n. 45.

⁵⁰ F. Parmigiani, *Il divieto di bivacco*, cit., 342.

⁵¹ A. Pajno, *La "sicurezza urbana"*, cit.

Percorrendo questa via, ci si rende conto come il conseguimento della sicurezza urbana si riveli partita decisiva quanto complessa, poiché la sua vittoria non dipende solo dall'intervento efficace in situazioni contingibili ed urgenti, ma anche e prima ancora, dalla realizzazione di un'adeguata strategia di inclusione sociale nella città.

Sotto questo punto di vista, l'ordinanza *ex art. 54 TUEL* non deve evidentemente costituire il diritto speciale della povertà urbana e dell'emarginazione⁵².

Essa è in grado di contribuire alla vittoria, ma a condizione che venga utilizzata nell'unico modo che le consenta di salvarsi dalle accuse di violazione dei diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione, vale a dire allo scopo di adeguare le relazioni sociali all'ordinamento giuridico vigente⁵³.

Viste le premesse, sembra possibile affermare che la questione della tutela della sicurezza urbana attraverso provvedimenti contingibili ed urgenti possa essere utilmente trattata spostando l'attenzione al piano della corretta applicazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, argini efficaci delle derive di un diritto che si fa emozionale – a tratti violento – e, pertanto, incapace di fornire di per sé soluzioni ragionevoli e proporzionate.

Ragionevolezza e proporzionalità sono profondamente implicate nell'esercizio del potere amministrativo, specie se contraddistinto da un elevato tasso di discrezionalità come quello in esame⁵⁴, poiché la ragionevolezza, intesa quale riconduzione a razionalità del procedimento, si situa già nel momento selettivo preliminare che induce l'autorità amministrativa ad operare con ordinanza libera, ritenendone presenti le condizioni di esercizio, mentre la proporzionalità si riferisce alla statuizione concreta con la quale si chiude il procedimento.

In particolare, la misura assunta deve sempre rivelarsi proporzionata e adeguata alla situazione concreta: un provvedimento strutturato in modo tale da non rendere riconoscibile ed apprezzabile lo sforzo di bilanciamento che deve contenere sarebbe infatti attaccabile sotto il profilo dell'eccesso di potere, in modo tanto più grave quanto più si consideri che, in questi casi, si fa questione del cattivo esercizio di un potere legittimato a porre regole in deroga alle norme ordinarie dell'ordinamento⁵⁵.

⁵² S. Bontempelli, «*Ordinanza pazza*», cit., 121.

⁵³ L. Vandelli, *Ordinanze per la sicurezza*, cit., 130. L'Autore ricorda come questo in effetti sia avvenuto nella prima stagione di ordinanze contingibili ed urgenti, precedente al 2008, quando alcuni sindaci avevano utilizzato questi strumenti come efficace risposta alle istanze provenienti dalla società, ad esempio per requisire edifici non occupati al fine di ospitare famiglie in gravi condizioni di disagio sociale.

⁵⁴ Ha precisato che l'apprezzamento dei profili che riguardano la sicurezza e la vivibilità urbana rientra nell'ambito della valutazione ampiamente discrezionale dell'autorità decidente in merito alla contingibilità ed urgenza di un intervento che tuttavia non costituisce accertamento tecnico, poiché si tratta di percepire la lesione di interessi pubblici definiti con clausole generali quali il degrado urbano o lo scadimento della qualità urbana, T.a.r. Lombardia, Milano, sez. II, 2 luglio 2019, n. 1527, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁵⁵ R. Ferrara, *Introduzione*, cit., 249 ss.

Il profilo si manifesta di particolare delicatezza, poiché si deve confrontare con il problema della stessa percezione della situazione concreta costituente il termine di riferimento della proporzionalità della scelta: si tratta di una percezione talvolta distorta dalle “emozioni” dei cittadini, che offrono una loro personale visione dell’interesse pubblico da perseguire in concreto⁵⁶. Spesso, infatti, è accaduto che i sindaci abbiano dato solo l’illusione di colmare il divario tra offensività percepita e offensività reale di certe condotte (realizzate in danno, a ben vedere, di beni giuridici solo presunti⁵⁷), secondo una tecnica di tutela a carattere essenzialmente anticipatorio rispetto all’insorgenza del rischio vero e proprio⁵⁸.

È qui allora che si rivela decisivo l’intervento del giudice amministrativo e del suo sindacato contro le forme di esclusione di un diritto amministrativo divenuto “emozionale”⁵⁹, intervento che si dovrà concentrare soprattutto sulla ricerca del necessario legame tra motivazione del provvedimento e giustificazione della scelta discrezionale⁶⁰.

Il tutto anche attraverso un attento controllo sull’uso corretto, da parte dell’amministratore locale, dei canoni di ragionevolezza e proporzionalità, che costituiscono criteri valutativi da applicare in modo particolarmente rigoroso nel sindacato di legittimità di un potere di natura eccezionale, quale quello in questione⁶¹.

⁵⁶ Sulla delicatezza ed importanza della riflessione sulla ragionevolezza e sulla proporzionalità dei divieti contenuti nelle ordinanze in esame, anche A. Lorenzetti, *Le ordinanze sindacali e il principio di uguaglianza*, cit., 102 ss. e A. Cassatella, *L’obbligo di motivazione* cit., 170 ss.

⁵⁷ S. Rossi, *Note a margine delle ordinanze sindacali*, cit., 286.

⁵⁸ A. Cassatella, *L’obbligo di motivazione*, cit., 176.

⁵⁹ Sulle caratteristiche e sulla centralità di questo sindacato, S. Pellizzari, *Poteri di ordinanza, sicurezza urbana e sindacato del giudice amministrativo*, in *Le Regioni*, 2010, 189 ss. e S. Gardini, *Note sui poteri amministrativi straordinari*, in questa *Rivista*, 2020, 147 ss.

⁶⁰ Ancora A. Cassatella, *L’obbligo di motivazione*, cit., spec. 163 ss.

⁶¹ Ciò in quanto «il principio di ragionevolezza postula la coerenza tra valutazione compiuta e decisione presa (rispettivamente, la coerenza tra decisioni comparabili)», mentre «il principio di proporzionalità esige che gli atti amministrativi non debbono andare oltre quanto è opportuno e necessario per conseguire lo scopo prefissato e, qualora si presenti una scelta tra più opzioni, la pubblica amministrazione deve ricorrere a quella meno restrittiva, non potendosi imporre obblighi e restrizioni alla libertà del cittadino in misura superiore a quella strettamente necessaria a raggiungere gli scopi che l’amministrazione deve realizzare»: così Cons. Stato, sez. VI, 10 dicembre 2018, n. 6951, in *Riv. giur. edil.*, 2019, 2, I, 444. L’applicazione dei suddetti canoni potrà condurre alla declaratoria di illegittimità per eccesso di potere, nelle figure sintomatiche – a seconda dei casi – del difetto di istruttoria, dell’insufficienza della motivazione, della disparità di trattamento e della violazione del principio di proporzionalità (T.a.r. Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 31 luglio 2017, n. 563, in *Foro amm.*, 2017, 1677). Occorrerà verificare «la congruità ed equità del mezzo prescelto in riferimento allo scopo, nonché la proporzionalità e coerenza tra le circostanze di fatto e il contenuto dell’atto; il minor sacrificio possibile per i privati destinatari del provvedimento; l’espressione nell’atto delle suddette esigenze e circostanze in una congrua motivazione» (T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 28 dicembre 2012, n. 10820, in *Foro amm. – T.a.r.*, 2012, 3892). Sull’applicazione dei canoni di ragionevolezza e proporzionalità alle ordinanze in esame, anche Id., 19 aprile 2018, n. 4372, in *www.giustizia-amministrativa.it*, T.a.r. Toscana, sez. II, 24 novembre 2010, n. 6600, in *Foro amm. – T.a.r.*, 2010, 3496 e T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. I, 24 ottobre 2002, n. 1610, *ivi*, 2002, 3133.

3. Il territorio tra “spazi” e “luoghi”: la città e l’edilizia di culto

Esistono altre forme di esclusione che trovano come ambiente fertile la città, in questa sede considerata come contenitore di “spazi” o, ancora meglio, di “luoghi”.

In effetti, il concetto di “luogo” rimanda ad uno spazio della città particolarmente significativo per la vita e per le relazioni di un soggetto, per il suo collegamento con la sfera più intima della persona e per la sua attitudine a creare momenti di incontro che favoriscono il contatto e lo scambio sociale.

Se in questi casi lo spazio urbano, inteso come entità geografica, si fa luogo, inteso come entità socioculturale, sarà decisivo il modo in cui le amministrazioni competenti lo disegnano, così da rendere visibile e favorire lo sviluppo degli assi portanti della convivenza⁶².

Questo vale soprattutto per il luogo dove si abita e per il luogo dove si prega, quest’ultimo, in particolare, luogo di vita⁶³, sia individuale che collettiva⁶⁴, per la sua attitudine a costituire strumento di socializzazione comunitaria⁶⁵ e di espressione delle idee⁶⁶.

Due luoghi, insomma, che ruotano intorno ad ambiti della città intesi come spazi di relazioni socio-economiche e di interazione interpersonale⁶⁷. Colpirli, significa indebolire un soggetto attraverso la privazione della possibilità di esercitare le forme più intime di manifestazione della sua personalità e della sua libertà.

Con specifico riferimento ai luoghi di culto, un buon banco di prova su cui testare anche le conclusioni alle quali si è giunti alla fine del precedente approfondimento è costituito dalla travagliata vicenda che ha interessato la legittimità costituzionale della disciplina, contenuta nella l.r. Lombardia 11 marzo 2005, n. 12, Legge per il governo del territorio e s.m.i., in materia di realizzazione di edifici di culto e di attrezzature destinate a servizi religiosi, soprattutto gli artt. 70 e 72.

⁶² S. Zamagni-P. Venturi, *Da spazi a luoghi*, in P. Chirulli, C. Iaione (a cura di), *La co-città. Diritto urbano e politiche pubbliche per i beni comuni e la rigenerazione urbana*, Napoli, 2018, 257.

⁶³ In questo senso, G. Garancini, *L’edilizia di culto: evoluzione normativa e problematiche interpretative*, in *Iustitia*, 2000, 111 ss., utile anche per una ricostruzione della più risalente normativa, specie nazionale, in materia di edilizia di culto, insieme ad A. Palma, *Libertà religiosa ed edilizia di culto: evoluzione normativa e problematiche interpretative*, in *Salvis Juribus*, 2019, 1 ss.

⁶⁴ Sulla duplice dimensione, individuale e collettiva, della professione del culto religioso, A. Roccella, *L’edilizia di culto nella legge regionale della Lombardia n. 12 del 2005*, in *Riv. giur. urb.*, 2006, 120.

⁶⁵ M. Parisi, *La disciplina giuridica civile dell’edilizia di culto tra promozione della libertà religiosa e istanze antidemocratiche di autoritarismo politico, Il caso della legge lombarda n. 2/2015*, in *Politica del diritto*, 2015, 461. Nello stesso senso, già L. Zanotti, *Stato sociale, edilizia di culto e pluralismo religioso*, Milano, 1990, 101.

⁶⁶ J.B. Auby, *La città, nuova frontiera del diritto amministrativo?*, in *Riv. giur. urb.*, 2019, 19.

⁶⁷ K. Lelo, S. Monni, F. Tomassi, *Le mappe della disuguaglianza. Una geografia sociale metropolitana*, Roma, 2019, XIII e N. Pignatelli, *La dimensione fisica della libertà religiosa: il diritto costituzionale ad un edificio di culto*, in *www.federalismi.it*.

Si tratta di articoli che hanno subito un doppio vaglio di legittimità ad opera della Corte costituzionale che, con sentenze del 2016 e del 2019, ne ha in parte ridefinito i contenuti.

Due sono stati, in particolare, i nodi problematici che la Consulta nel 2016 è stata chiamata a sciogliere: 1) se fosse costituzionalmente legittimo richiedere, ai fini della realizzazione di edifici di culto, la sussistenza di specifici requisiti in capo alle confessioni religiose che non avessero stipulato un'intesa con lo Stato italiano ai sensi dell'art. 8, comma 3, Cost. (art. 70, commi 2-*bis* e 4-*bis*, l.r. n. 12/2005); 2) se fosse costituzionalmente legittimo prescrivere, per la realizzazione di edifici di culto, la preventiva acquisizione di pareri al fine di valutare possibili profili di sicurezza pubblica e l'installazione di impianti di videosorveglianza (art. 72, commi 4 e 7, lett. e), l. r. n. 12/2005).

Quanto alla prima questione, con sentenza 24 marzo 2016, n. 63⁶⁸, il supremo Consesso ha riconosciuto il contrasto con la Costituzione, in particolare con gli art. 3 e 19 Cost., delle disposizioni portate alla sua attenzione, affermando che l'ordinamento repubblicano è contraddistinto dal principio di laicità, da intendersi, non come indifferenza di fronte all'esperienza religiosa, bensì come salvaguardia della libertà di religione sancita dall'art. 19 Cost., in regime di pluralismo confessionale e culturale. Forma e condizione essenziale di questa libertà è certamente il libero esercizio del culto a prescindere dal fatto che la confessione religiosa interessata abbia o meno stipulato un'intesa con lo Stato, in relazione alla quale sussiste tra l'altro un'ampia discrezionalità politica del Governo.

E ciò in quanto la regolazione dell'edilizia di culto resta nell'ambito delle competenze regionali unicamente al fine di assicurare uno sviluppo equilibrato ed armonico dei centri abitativi anche nella realizzazione dei servizi di interesse pubblico come quelli religiosi, senza che il legislatore regionale, all'interno di una legge sul governo del territorio, possa introdurre disposizioni che ostacolino o compromettano la libertà di religione prevedendo condizioni differenziate per l'accesso al riparto dei luoghi di culto⁶⁹.

⁶⁸ In *Giur. cost.*, 2016, 616 ss., con l'interessante approfondimento di M. Croce, *La giurisprudenza costituzionale in materia di edilizia di culto fra esigenze di uguale libertà e bisogno crescente di sicurezza*. In materia, anche M. Parisi, *Uguaglianza nella libertà delle confessioni religiose e diritto costituzionale ai luoghi di culto*. In merito agli orientamenti della Consulta sulla legge regionale lombarda n. 2/2015, in *Diritto e religioni*, 2016, 208 ss. e A. Guazzarotti, *Diritto al luogo di culto ed eguaglianza tra Confessioni religiose: il rebus delle competenze*, in *Le Regioni*, 2016, 599 ss.

⁶⁹ Si tratta di un orientamento che il Collegio avrebbe riconfermato con la sentenza 7 aprile 2017, n. 67, in *Giur. cost.*, 2017, 662, per il cui approfondimento si rinvia ad A. Roccella, *problemi attuali dell'edilizia di culto*, in *Riv. giur. urb.*, 2018, 22 ss. e A. Ambrosi, *Edilizia di culto e potestà legislativa regionale*, *ivi*, 35 ss. Per il passato, sulla necessità della stipula d'intese in materia, Corte cost. 27 aprile 1993, n. 195 (in *Foro it.*, 1995, I, 3114), che aveva dichiarato incostituzionale l'art. 1 l.r. Abruzzo 16 marzo 1988 n. 29, nella parte in cui limitava l'accesso ai contributi per la realizzazione degli edifici di culto alla Chiesa cattolica e alle altre confessioni religiose i cui rapporti con lo Stato fossero disciplinati ai sensi dell'art. 8, comma 3, Cost., partendo dal pre-

Ugualmente, è stata ritenuta fondata la seconda questione. Secondo la Corte, infatti, è pur vero che tra gli interessi costituzionalmente rilevanti da tenere in considerazione nel modulare la tutela della libertà di culto sono senz'altro da annoverare quelli relativi alla sicurezza, all'ordine pubblico ed alla pacifica convivenza, «nel rigoroso rispetto dei canoni di stretta proporzionalità»⁷⁰; tuttavia, si tratta di interessi che rientrano in una materia, «ordine pubblico e sicurezza», rimessa alla competenza legislativa esclusiva dello Stato (artt. 117, comma 2, lett. *h*), e 118, comma 3, Cost.).

La Corte costituzionale ritorna poi sulle norme lombarde per la realizzazione di edifici di culto con la sentenza 5 dicembre 2019, n. 254⁷¹, condividendo le censure prospettate con due ordinanze dalla seconda Sezione del T.a.r. Milano⁷² nei confronti dell'art. 72, questa volta nella parte in cui prevede che l'installazione di nuove attrezzature religiose trovi come suo presupposto imprescindibile l'esistenza di un apposito piano per le attrezzature religiose (PAR) e che l'approvazione del suddetto piano sia ancorata all'approvazione del piano di governo del territorio (commi 2 e 5).

Il rigido collegamento che le due disposizioni prevedono tra l'installazione di nuove attrezzature religiose e PAR e tra quest'ultimo e PGT viola ancora una volta gli art. 3 e 19 Cost., poiché comprime eccessivamente quella libertà che si traduce nel diritto di disporre di spazi adeguati per l'esercizio in concreto del culto religioso e che la Corte aveva già ribadito nella sentenza del 2016. Di fatto, pertanto, la Corte condivide le osservazioni del Tribunale regionale in ordine all'impossibilità di introdurre un controllo pubblico totale (soprattutto sull'*an* e

supposto che tutte le confessioni religiose sono idonee a rappresentare gli interessi religiosi dei loro appartenenti. Sull'oggetto, C. Minelli (a cura di), *L'edilizia di culto. Profili giuridici*, Milano, 1995. Ancora, e soprattutto, Corte cost., 16 luglio 2002, n. 346 (in *Dir. ecl.*, 2002, II, 175), che, con riferimento alla previgente disciplina della stessa regione Lombardia (l.r. n. 20/1992), aveva già ritenuto costituzionalmente illegittima l'introduzione del requisito della disciplina sulla base di intesa ai sensi dell'art. 8, comma 3, Cost., ai fini di poter usufruire dei benefici previsti dalla normativa regionale. Su questa giurisprudenza, G.P. Parolin, *Edilizia di culto e legislazione regionale nella giurisprudenza costituzionale: dalla sentenza 195/1993 alla sentenza 346/2002*, in *Giur. it.*, 2003, 351 ss. e A. Roccella, *L'edilizia di culto*, cit., 133 ss., utile (137 ss.) per alcune considerazioni in chiave critica sulle disposizioni qui in esame della legge lombarda svolte ancor prima della novella legislativa del 2015 che sarebbe stata interessata degli interventi della Corte del 2016 e del 2019.

⁷⁰ Così espressamente la Consulta nel punto 8 del Considerato in diritto. La precisazione non è di poco conto, poiché rimanda ad un giudizio, appunto quello di proporzionalità, all'esito del quale nessuno dei diritti protetti dalla Costituzione dovrebbe riuscire a godere di una tutela assoluta ed illimitata. Si leggano tuttavia le considerazioni di A. Licastro, *La Corte costituzionale torna protagonista dei processi di transizione della politica ecclesiastica italiana?*, in www.statochiese.it, il quale riconosce la possibilità che, in affermazioni di tal fatta, vi sia «il tentativo di "riposizionare", magari entro ambiti di complessiva e ragionevole sostenibilità, le forme più radicali d'interpretazione e d'attuazione della laicità».

⁷¹ In *Giur. cost.*, 2019, 3131. Per un commento a questa sentenza, R. Leonardi, *L'edilizia di culto tra libertà religiosa e tutela del territorio: il caso Lombardia*, in *Nuove autonomie*, 2019, 509 ss.

⁷² Si tratta di T.a.r. Lombardia, Milano, sez. II, ord. 3 agosto 2018, n. 1939, in *Riv. giur. edil.*, 2018, 5, I, 1279, e Id., 8 ottobre 2018, n. 2227, *ivi*, 6, I, 1507.

sul *quomodo*) in ordine all'utilizzo di spazi per esercitare il culto religioso⁷³, controllo per giunta esorbitante dalle esigenze proprie della disciplina urbanistica.

Le due sentenze non sono accomunate solo dall'ambito normativo di riferimento.

Le osservazioni che precedono consentono di constatare che, oggi più che nel passato, il problema dell'edilizia di culto intercetta questioni che vanno oltre il profilo della libertà religiosa, per raggiungere altri temi che catalizzano l'attenzione pubblica, come quello dell'immigrazione o della sicurezza. Con riferimento, in particolare, a quest'ultima, la Corte stigmatizza il tentativo regionale di esercitarne il controllo attraverso una ben determinata configurazione delle politiche di espansione dell'edilizia di culto, richiamando la potestà legislativa esclusiva dello Stato in materia di sicurezza pubblica⁷⁴.

In altre parole, si torna al punto cui si era giunti al termine della precedente riflessione: ai problemi (reali o presunti) della sicurezza si cerca di ovviare mediante un uso distorto di strumenti giuridicamente rilevanti.

Che si tratti di un potere amministrativo o di norme di legge, ugualmente violente per il loro voler escludere, non importa, come qui dimostra una disciplina legislativa che ha impropriamente cercato di utilizzare delle regole sulla pianificazione urbanistica per incidere sul corretto esercizio della libertà religiosa⁷⁵.

Lungo questa via, tornano i pericoli già evidenziati in tema di ordinanze sindacali contingibili ed urgenti: è l'elemento culturale e religioso in quanto tale che viene ad essere visto come fonte di pericolo.

Quanto si va dicendo sembra, del resto, confermato dai dati relativi alla presenza di luoghi di culto nelle carceri italiane: se meno del 23% delle strutture carcerarie possiede un luogo di preghiera per i non cattolici, spesso peraltro coinci-

⁷³ In dottrina, in chiave molto critica nei confronti delle disposizioni dichiarate illegittime dalla Consulta nel 2019, introdotte con una novella legislativa del 2015, già A. Lorenzetti, *La nuova legislazione lombarda sugli edifici di culto fra regole urbanistiche e tutela della libertà religiosa*, in *www.forumcostituzionale.it.*, G. Casuscelli, *La nuova legge regionale lombarda sull'edilizia di culto: di male in peggio*, in *www.statoe.chiese.it.*, A. Fossati, *Le nuove norme, asseritamente urbanistiche, della Regione Lombardia sulle attrezzature religiose*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2015, 425 ss. e M. Parisi, *La disciplina giuridica civile*, cit., 461 ss. Più di recente, A. Travi, *Libertà di culto e pubblici poteri: l'edilizia di culto oggi*, in *Riv. giur. urb.*, 2018, 12 ss.

⁷⁴ M. Croce, *La giurisprudenza costituzionale*, cit., 647 ss. Peraltro, proprio l'espresso richiamo che la Corte ha fatto della potestà legislativa esclusiva statale sul tema della sicurezza, in connessione con la realizzazione degli edifici di culto, potrebbe alimentare il desiderio di una qualche forma d'ingerenza dello Stato che, per questa via, si paleserebbe costituzionalmente legittima: sul punto, anche Id., *L'edilizia di culto tra libertà religiosa, limitazioni ragionevoli e competenze normative*, in *Quad. cost.*, 2016, 368, A. Ambrosi, *Edilizia di culto*, cit., 74 e F. Oliosi, *La Corte Costituzionale e la legge regionale lombarda: cronaca di una morte annunciata o di un'opportunità mancata?*, in *www.statoe.chiese.it.*, secondo il quale la Corte ha sul punto manifestato "preoccupazioni da Ministero dell'interno".

⁷⁵ A. Fossati, *Le nuove norme*, cit., 429, il quale aggiunge (438) che, se le norme in commento fossero state un provvedimento amministrativo, sarebbe stata accettabile la sua illegittimità per eccesso di potere consistente nello sviamento della causa tipica dell'atto stesso.

dente con semplici salette polivalenti⁷⁶, sembra possibile sostenere che dietro alla mancata realizzazione di luoghi di culto in carcere per confessioni diverse da quella cattolica ci sia la volontà di evitare occasioni di contatto tra soggetti ritenuti pericolosi anche solo per comune sentire⁷⁷.

Pare allora condivisibile l'opinione di coloro che hanno evidenziato come la Corte, con queste due sentenze, abbia manifestato nuove preoccupazioni⁷⁸ per la libertà religiosa, consapevole dell'attuale necessità di creare un argine a certe derive estremiste.

Tuttavia, quel che maggiormente rileva in esito a questo approfondimento non è soltanto ciò che è stato tolto, o le relative motivazioni, ma anche ciò che è rimasto.

Si noti infatti che la Corte costituzionale nel 2016 ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 70, comma 2-ter, ultimo periodo, della legge lombarda, promossa, ancora con riferimento all'art. 19 Cost., nella parte in cui prevede che, ai fini della realizzazione di edifici di culto ed attrezzature religiose, gli enti delle confessioni religiose diverse dalla Chiesa cattolica «devono stipulare una convenzione a fini urbanistici con il comune interessato» e, soprattutto, che tali convenzioni devono prevedere espressamente «la possibilità della risoluzione o della revoca, in caso di accertamento da parte del comune di attività non previste nella convenzione».

La Corte ha infatti “salvato” questa disposizione, tuttora in vigore, con una sentenza interpretativa di rigetto, affermando che essa si presta a soddisfare il test di proporzionalità nella misura in cui l'ente locale in ogni caso vada a considerare se, tra gli strumenti che la disciplina urbanistica gli mette a disposizione per simili evenienze, non ve ne siano altri, ugualmente idonei a salvaguardare gli interessi pubblici rilevanti, ma meno pregiudizievoli per la libertà di culto.

In questo caso, la Corte sembra aver manifestato un atteggiamento più timido, non intervenendo sulla scelta lombarda di ricorrere alla c.d. “leva urbanistica” quale strumento di gestione degli insediamenti religiosi ed incentivando in questo modo il percorso di crescita del ruolo del giudice amministrativo in materia: sarà infatti il suo sindacato, specie sulla motivazione delle scelte relative alle con-

⁷⁶ In particolare, si confrontino i dati forniti dal XIV e dal XV *Rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione*, pubblicati in www.antigone.it.

⁷⁷ «Peraltro, non è stato considerato che il semplice timore che *alcuni* luoghi di culto possano essere lo spazio in cui si propagano fenomeni legati al terrorismo internazionale ha condotto all'aggravio del procedimento per la realizzazione di *tutte* le opere di edilizia di culto, oltretutto ponendo i diversi culti in posizione profondamente differente»: così A Lorenzetti, *La nuova legislazione lombarda*, cit.

⁷⁸ Di “preoccupazione nuova” della Consulta sul tema della libertà religiosa parla M. Croce, *La giurisprudenza costituzionale*, cit., 655.

venzioni urbanistiche⁷⁹ attraverso (ancora una volta!) la corretta applicazione dei canoni di ragionevolezza e proporzionalità, a costituire l'unica garanzia contro il rischio che la discrezionalità del decisore pubblico sfoci nell'arbitrio⁸⁰.

Considerato quanto precede, la sensazione è che l'edilizia di culto sia progressivamente divenuta un problema politico, soprattutto a seguito dei già citati flussi migratori che hanno interessato in modo crescente il nostro Paese. E questo vale soprattutto per il culto islamico, anche in considerazione del fatto che le migrazioni spesso hanno origine in Paesi nei quali è dominante proprio quella religione.

L'ostilità politica a questo fenomeno si è poi tradotta in ostilità giuridica⁸¹, o normativa, come dimostra l'atteggiamento del legislatore lombardo che, in materia di rapporti con le confessioni religiose sotto il profilo dell'edilizia di culto, ha manifestato un indirizzo politico che è stato definito "abnorme"⁸².

Un'ostilità che, come visto, ha raggiunto anche le aule del giudice amministrativo e del giudice costituzionale, ancora una volta chiamati a farsi arbitri delle tensioni più attuali della nostra società.

4. *Profili problematici dell'accesso all'edilizia residenziale pubblica*

Si è già parlato del luogo in cui si vive come uno spazio della città particolarmente significativo anche per le relazioni interpersonali: abitare vuol dire creare un legame con il contesto in cui ci si colloca⁸³.

Si noti ora come l'importanza del luogo di vita sembri colorarsi di particolare significato laddove si pensi alle periferie delle città.

A dire il vero, la periferia costituisce forse più uno "spazio" che un "luogo", perché è spesso associata a condizioni di degrado ed a situazioni di esclusione sociale. Se ne può infatti predicare una duplice accezione, nel suo rinviare sia ad un profilo "spaziale" (la lontananza dal centro), che ad un profilo "sociale" (la

⁷⁹ Si veda, in particolare, Cons. Stato, sez. IV, 5 dicembre 2019, n. 8328, in *Riv. giur. edil.*, 2020, 1, I, 123, che ha riconosciuto l'illegittimità della risoluzione di una convenzione urbanistica per la realizzazione di un edificio di culto da adibire a Centro di cultura islamico per inadempimento del Centro dell'obbligo di pagare una certa somma per opere di urbanizzazione in ragione della mancanza di una puntuale motivazione che dia conto dell'avvenuto bilanciamento tra gravità dell'inadempimento e la finalità della convenzione di garantire il libero esercizio del culto. In altre parole, secondo il giudice amministrativo, è la stessa funzione di queste convenzioni a legittimare un appesantimento dell'onere motivazionale del provvedimento.

⁸⁰ Ha rilevato questo rischio A. Lorenzetti, *La nuova legislazione lombarda*, cit. Di "leva urbanistica" parla L. Spallino, *Edifici di culto: la disciplina urbanistica lombarda dopo l'intervento della Corte costituzionale*, in *Urb. e app.*, 2016, 769.

⁸¹ A. Roccella, *L'edilizia di culto islamica: contro la tirannia della maggioranza*, in *Urb. e app.*, 2014, 345.

⁸² Così G. Casuscelli, *La nuova legge regionale*, cit.

⁸³ In questo senso, M. Gorlani, *Le politiche abitative regionali e il requisito della residenza qualificata: un monito della Corte convincente e, in un certo senso, conclusivo*, in *Le Regioni*, 2020, 588.

presenza di situazioni di forte disagio)⁸⁴, e se ne può fornire una definizione quasi tutta in negativo, per il suo riferirsi a “ciò che non è”⁸⁵.

Questo getta luce, ad esempio, sugli obiettivi dell’Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile, approvata dalle Nazioni Unite nel 2015. Se esiste un Goal 11: Rendere le città e gli insediamenti umani inclusivi, sicuri, duraturi e sostenibili, con un Target 11.1: Entro il 2030, garantire a tutti l’accesso ad un alloggio e a servizi di base adeguati, sicuri e convenienti e garantire l’ammodernamento dei quartieri poveri, è chiaro come si ritenga l’inclusività della città strumento importante per sconfiggere la povertà e tutte le forme di emarginazione sociale e, soprattutto, come l’accesso all’alloggio costituisca strumento di sviluppo sostenibile⁸⁶, secondo quella dimensione schiettamente antropocentrica del principio giustamente evidenziata dalla dottrina⁸⁷.

Il tutto con rilevanti conseguenze sul piano di un proficuo contrasto alle fonti di vulnerabilità della persona, secondo quel percorso – già seguito in questo scritto – che conduce all’individuazione delle condizioni che possano predisporre ad una qualunque forma di sfruttamento nel loro costituire strumenti di esclusione.

Per questa via, emerge l’utilità della prospettiva che s’intende ora assumere: quella dell’accesso all’edilizia residenziale pubblica, spesso concentrata proprio nelle periferie delle città, nel suo essere finalizzata alla costruzione e gestione di alloggi per far fronte alle esigenze abitative dei meno abbienti⁸⁸.

L’occasione per trattare questo tema è offerta, ancora una volta, dalla Corte costituzionale che, con la sentenza 9 marzo 2020, n. 44⁸⁹, si è occupata dei requisiti per l’assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica previsti

⁸⁴ Per tutti, si richiamano gli approfondimenti di V. Molaschi, *La tutela della salute nelle periferie: problemi e prospettive di intervento*, in *Nuove autonomie*, 2016, 455 ss., la quale tuttavia ricorda come il termine “periferia” non necessariamente richiami spazi lontani dal centro della città (ammesso che un centro della città, oggi, esista ancora), rinviando piuttosto – e come suo elemento veramente qualificante – a spazi in cui si concentrano diversi elementi di marginalità sociale. Ricordano invece come talvolta anche solo pochi chilometri di distanza tra centro e periferia costituiscano un vero e proprio “marchio sociale”, K. Lelo, S. Monni, F. Tomassi, *Le mappe della disuguaglianza*, cit., VIII.

⁸⁵ L’interessante prospettiva è evidenziata ancora da V. Molaschi, *La tutela della salute*, cit., 458.

⁸⁶ Sulla relazione esistente tra l’accesso all’abitazione e gli obiettivi di sviluppo sostenibile, C. Di Turi, *L’evoluzione del diritto all’abitazione nel diritto internazionale dei diritti umani: i Rapporti del Relatore speciale delle Nazioni Unite sul diritto a un alloggio adeguato*, in *www.federalismi.it*.

⁸⁷ F. Fracchia, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, spec. 446 ss. e C. Videtta, *Lo sviluppo sostenibile. Dal diritto internazionale al diritto interno*, in R. Ferrara, C.E. Gallo (a cura di), *Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, a cura di, 1° volume del *Trattato di diritto dell’ambiente* diretto da R. Ferrara-M.A. Sandulli, Milano, 2014, 235 ss.

⁸⁸ Per alcuni approfondimenti sulle politiche abitative attuate in Italia, a livello statale come regionale, G. Marchetti, *La tutela del diritto all’abitazione tra Europa, Stato e Regioni nella prospettiva del Pilastro europeo dei diritti sociali*, in *www.federalismi.it*, F. Gaspari, *Smart city Agenda urbana multilivello e nuova cittadinanza amministrativa*, Napoli, 2018, spec. 105 ss. e Id., *Città intelligenti e intervento pubblico*, in questa *Rivista*, 2019, 71 ss.

⁸⁹ In *Riv. giur. edil.*, 2020, 3, I, 434.

dall'art. 22, comma 1, lett. *b*), della legge regionale lombarda n. 16/2016, secondo il quale i beneficiari dei servizi abitativi pubblici devono avere la residenza o svolgere attività lavorativa in regione Lombardia da almeno cinque anni nel periodo immediatamente precedente la data di presentazione della domanda. La questione riguarda il loro contrasto con l'art. 3 Cost., in verità a lei non nuova⁹⁰.

Due anni prima, il Collegio, nel riconoscere l'illegittimità costituzionale di altra disposizione regionale che, ai fini dell'assegnazione di quegli alloggi, imponeva il requisito della regolare residenza da ben dieci anni consecutivi nel territorio nazionale⁹¹, aveva affermato che «le politiche sociali delle regioni ben possono richiedere un radicamento territoriale continuativo e ulteriore rispetto alla sola residenza» e che «l'accesso a un bene di primaria importanza e a godimento tendenzialmente duraturo, come l'abitazione, per un verso, si colloca a conclusione del percorso di integrazione della persona presso la comunità locale e, per altro verso, può richiedere garanzie di stabilità (...). Ma ciò sempreché un tale più incisivo radicamento territoriale, richiesto ai cittadini di paesi terzi ai fini dell'accesso alle prestazioni in questione, sia contenuto entro limiti non arbitrari e irragionevoli»⁹².

Secondo quello che in verità rappresenta un suo costante indirizzo giurisprudenziale, per la Corte le politiche abitative, specie per la loro implicazione con scelte pianificatorie di lungo periodo, comportano una "ragionevole" correlazione tra radicamento territoriale ed accesso ai benefici regionali, a differenza di

⁹⁰ La Corte costituzionale, con ordinanza 21 febbraio 2008, n. 32, in *Foto it.*, 2008, 11, I, 3055, si era pronunciata sulla stessa disposizione contenuta nell'abrogata l.r. Lombardia n. 1/2000, riconoscendo la lamentata violazione dell'art. 3 Cost. manifestamente infondata e ritenendo il requisito della residenza continuativa «non irragionevole quando si pone in coerenza con le finalità che il legislatore intende perseguire, specie là dove le stesse realizzino un equilibrato bilanciamento tra i valori costituzionali in gioco». Nella medesima prospettiva si sarebbe successivamente posto il T.a.r. Lombardia, Milano, sez. III, dichiarando con la sentenza 15 settembre 2010, n. 5988 (in *Riv. giur. edil.*, 2010, 6, I, 2026) manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della stessa disposizione, prospettata questa volta con riferimento agli art. 117 e 120 Cost., poiché tale previsione costituisce «parametro senza dubbio idoneo ad assicurare che l'intervento pubblico si diriga verso nuclei stabilmente insediati sul territorio dell'ente regionale, in modo tale che, da un lato, siano evitate possibili manovre fraudolente (anche per consentire alla regione di effettuare controlli approfonditi sulla sussistenza dello stato di bisogno del nucleo istante), dall'altro, sia consentito programmare le risorse scarse a disposizione in vista delle esigenze della comunità ivi stanziata» (negli stessi termini, Id., 5 agosto 2011, n. 2094, in *Foro amm.* – *T.a.r.*, 2011, 2242).

⁹¹ Il riferimento è fatto a Corte cost., 24 maggio 2018, n. 106, in *Giur. cost.*, 2018, 1202. In questo caso, peraltro, il parametro di costituzionalità evocato non era l'art. 3, bensì l'art. 117, comma 1, Cost., poiché veniva prospettata la violazione da parte di una norma di legge ligure delle disposizioni europee che riconoscono lo *status* di soggiornanti di lungo periodo ai cittadini di paesi terzi che risiedono regolarmente in uno Stato membro da almeno cinque anni.

⁹² Punto 3.3 del Considerato in diritto. Nella giurisprudenza costituzionale, avrebbe fatto proprio il ragionamento svolto dalla Corte costituzionale per ritenere non irragionevole il requisito della residenza continuativa quinquennale richiesta da una legge friulana, T.a.r. Friuli-Venezia Giulia, sez. I, 19 novembre 2019, n. 474, in *Foro amm.*, 2019, 1862.

altre prestazioni sociali⁹³ per le quali è sempre stato sufficientemente pacifico il carattere discriminatorio di una qualunque connessione di tal fatta⁹⁴.

Anche nel 2020 il vaglio di costituzionalità è tutto incentrato sul giudizio di ragionevolezza⁹⁵, ma questa volta proprio per ritenere irragionevole, ed in contrasto con i commi 1 e 2 dell'art. 3 Cost., il requisito della residenza e della previa occupazione protratte per almeno cinque anni.

La Consulta ancora la sua decisione alla funzione che l'edilizia residenziale pubblica possiede: mirando quest'ultima a garantire un'abitazione ai soggetti economicamente più deboli e quindi ad assicurare agli stessi un'esistenza libera e dignitosa, la prospettiva dello stabile collegamento con il territorio «non può costituire una condizione di generalizzata esclusione dall'accesso al servizio, giacché ne risulterebbe negata in radice la funzione sociale dell'edilizia residenziale pubblica»⁹⁶.

In altri termini, il giudizio di ragionevolezza sul nesso tra i mezzi impiegati dal legislatore ed il fine pubblico della normativa si “sbilancia” questa volta in favore dei bisogni che soddisfa l'edilizia residenziale pubblica⁹⁷.

⁹³ Infatti secondo quanto si legge ad esempio nella giurisprudenza del giudice ordinario di primo grado apparsa tra l'aprile ed il maggio del 2020, il “buono spesa”, misura emergenziale (e non ordinaria) tesa a fronteggiare le difficoltà dei soggetti più vulnerabili a soddisfare i propri bisogni primari a causa della situazione eccezionale determinata dall'emergenza sanitaria per Covid-19, è quella di far fronte alla situazione di grave indigenza nella quale si sono trovati i soggetti più vulnerabili a causa della situazione sanitaria in atto. Non possono, quindi essere poste condizioni di accesso al beneficio come la residenza anagrafica o il permesso di soggiorno per gli stranieri: se è possibile individuare un necessario legame con il territorio del comune di erogazione, secondo i Tribunali esso può e deve essere limitato all'abituale dimora dell'avente diritto.

⁹⁴ Il profilo è ben messo in luce da M. Gorlani, *La Corte non cede a suggestioni “sovraniste” delle Regioni e conferma la vocazione universalistica dei servizi sociali*, in *Giur. cost.*, 2018, 1207 ss., utile anche per il richiamo ai precedenti giurisprudenziali in materia. A tale ultimo proposito, si legga anche Id., *Le politiche abitative regionali*, cit., 584 ss. ed i contributi di M. Belletti, *La Corte costituzionale torna, in tre occasioni ravvicinate, sul requisito del radicamento territoriale per accedere ai servizi sociali. Un tentativo di delineare un quadro organico della giurisprudenza in argomento* e C. Corsi, *La trilogia della Corte costituzionale: ancora sui requisiti di lungo-residenza per l'accesso alle prestazioni sociali*, entrambi in *Le Regioni*, 2018, rispettivamente 1138 ss. e 1170 ss. Per alcune considerazioni critiche sul rafforzamento operato da molte legislazioni regionali del requisito geografico mediante un vincolo temporale, P. Vipiana, *La tutela del diritto all'abitazione a livello regionale*, in *www.federalismi.it* e G. Cataldo, *Verso l'ossimoro di una tutela elusiva del diritto all'abitazione? Riflessioni a margine di due pronunce della Corte costituzionale in materia di edilizia residenziale pubblica*, in *AIC. Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 3, 2017.

⁹⁵ La decisività del controllo di ragionevolezza era stata correttamente messa in luce dalla stessa ordinanza di promovimento del giudizio della Corte pronunciata dal Tribunale di Milano (n. 71 del 22 gennaio 2019, in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* n. 20 del 15 maggio 2019). Sulla particolare rilevanza di questo controllo nei giudizi di costituzionalità in materia di accesso all'edilizia residenziale pubblica, A. Guariso, *Le sentenze della Corte costituzionale 106, 107 e 166 del 2018: diritto alla mobilità e illegittimità dei requisiti di lungo-residenza per l'accesso all'alloggio e alle prestazioni sociali*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2018, f. 3/2018, G. Romeo, *Il cosmopolitismo pragmatico della Corte costituzionale tra radicamento territoriale e solidarietà*, in *AIC. Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 1, 2018 e C. Domenicali, *Sull'illegittimità del criterio del radicamento territoriale per l'accesso all'edilizia popolare: dalla condizionalità all'universalità dei diritti sociali?*, in *Le Regioni*, 2020, 629 ss., che parla del giudizio di ragionevolezza come “leva” della promozione dell'uguaglianza sostanziale.

⁹⁶ Punto 3.1 del Considerato in diritto.

⁹⁷ M. Gorlani, *Le politiche abitative regionali*, cit., 591.

Letto con attenzione ciò che precede, ci si avvede come la portata “dirompente” della sentenza n. 44/2020 sia tale solo quanto al suo innegabile rilievo pedagogico, nel fornire un monito contro tentazioni regionali etno-identitarie⁹⁸, perché tocca una disposizione da molto tempo diffusa nella legislazione regionale e che, per la sua incostituzionalità ormai dichiarata, diventerà di applicazione problematica⁹⁹.

Ciò che invece stupisce è il fatto che a quelle conclusioni la Corte sia giunta solo ora, seguendo un percorso a ben vedere non particolarmente innovativo.

Per provare a comprenderne le ragioni, si può partire osservando come il problema dell’accesso alla casa non sia legato solo a quanto la pubblica amministrazione decide di investire nelle politiche sull’edilizia residenziale pubblica, ma anche alla generale percezione dei problemi legati alla sicurezza ed all’immigrazione già evidenziati, poiché se la disponibilità di un alloggio è per gli stranieri un elemento decisivo per aspirare ad un lavoro ed integrarsi in un tessuto sociale¹⁰⁰, la distanza culturale dell’inquilino o del vicino di casa ci inquieta¹⁰¹.

Eppure, avere problemi di alloggio significa essere esclusi¹⁰².

In società come quelle attuali, in cui la cittadinanza in senso “formale” ha cessato di essere elemento distintivo¹⁰³, emerge allora in tutta la sua chiarezza il tentativo dei legislatori regionali di riorientare la costruzione della nozione di cittadinanza in un senso “sostanziale”¹⁰⁴, come evidenza di un processo d’integrazione sociale in realtà già portato a compimento¹⁰⁵.

È su questo tentativo di demarcazione per così dire “fattuale” dei confini della comunità regionale che la Corte ha voluto da ultimo intervenire, reinterpretando le istanze provenienti da un mutato contesto sociale in cui la deriva identitaria costituisce una forma di esclusione divenuta di tale portata da non potersene più disconoscere l’irragionevolezza.

⁹⁸ M. Gorlani, *op. loc. cit.*, 597.

⁹⁹ C. Padula, *Uno sviluppo nella saga della “doppia pregiudiziale”? Requisiti di residenza prolungata, edilizia residenziale pubblica e possibilità di disapplicazione della legge*, in *Le Regioni*, 2020, 627. Gli stessi concetti sarebbero stati successivamente ribaditi dalla Consulta, proprio richiamando la pronuncia n. 44/2020, nelle sentenze 1° dicembre 2020, n. 281 e 22 gennaio 2021, n. 7, entrambe in *www.giurcost.org*, in relazione a due normative della regione Friuli-Venezia Giulia che limitavano, rispettivamente, la concessione di incentivi alle assunzioni, inserimenti o stabilizzazioni e la riassegnazione delle risorse del fondo per il contrasto alla povertà ai soggetti residenti continuativamente sul territorio regionale da almeno cinque anni.

¹⁰⁰ C. Corsi, *La trilogia della Corte costituzionale*, cit., 1185-1186.

¹⁰¹ R. Ricucci, *Cittadini senza cittadinanza. Immigrati, seconde e altre generazioni: pratiche quotidiane tra inclusione ed estraneità*, Torino, 2015, 93.

¹⁰² K. Lelo, S. Monni, F. Tomassi, *Le mappe della disuguaglianza*, cit., 146.

¹⁰³ M. Gorlani, *La Corte non cede a suggestioni “sovraniste” delle Regioni*, cit., 1214.

¹⁰⁴ F. Bilancia, *Brevi riflessioni sul diritto all’abitazione*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2010, 237-238.

¹⁰⁵ Sul punto, P. Lombardi, *Diritto amministrativo, giustizia amministrativa e cittadinanza*, in A. Calore-F. Mazzetti (a cura di), *I confini mobili della cittadinanza*, Torino, 2019, 155.

5. *Conclusioni*

Volendo ora cercare di trarre qualche conclusione dal discorso sin qui svolto, si noti come l'esame di tutti e tre gli ambiti presi in considerazione abbia dimostrato come l'approfondimento delle forme di esclusione sotto la lente del diritto amministrativo sia interessante anche nella prospettiva di aspetti solitamente meno indagati.

Le esclusioni e gli indebolimenti prodotti dall'art. 54 TUEL o dalle regole sull'edilizia di culto o da quelle sull'edilizia residenziale pubblica, talvolta impensabili nel passato, contribuiscono a configurare una nuova fisionomia del soggetto che ne subisce le conseguenze.

L'impressione è che il contenuto delle ordinanze contingibili ed urgenti e la modellazione delle disposizioni in materia di edilizia residenziale pubblica o di culto siano, a ben vedere, aspetti del medesimo fenomeno che, nel suo essere costituito dalla ricerca di escludere, di sgretolare un gruppo o di impedirne la formazione facendo leva su condizioni di intrinseca fragilità, si pone quale pericoloso motore d'indebolimento di soggetti che si ritiene preferibile mantenere isolati.

Tutto ciò ha confermato la città (specie nel particolare contesto lombardo) non solo come importante luogo di crescita economica e sociale, ma anche come area di tensioni e conflitti provocati dalla presenza di gruppi sempre più diversificati per cultura, religione, stili di vita ed esigenze, al punto che una certa comunità etnica e religiosa in una determinata area cittadina finisce per essere percepita come minaccia anche solo per ciò che il relativo fenomeno sociale simboleggia¹⁰⁶.

Giudice amministrativo e giudice costituzionale, attraverso un sindacato prevalentemente fondato sullo scrutinio della proporzionalità e della ragionevolezza delle scelte di volta in volta considerate, sono stati ripetutamente chiamati a farsi mediatori tra autorità e cittadino, reinterpretando le esigenze della società.

La disamina delle problematiche connesse all'accesso all'edilizia residenziale pubblica, nel confermarlo, ha consentito di chiudere il cerchio e riflettere su questioni che ruotano attorno al tema della cittadinanza.

Sono infatti emersi nuovi spunti utili a riempire di ulteriori contenuti questo stesso concetto, perché è risultato evidente quanto le regioni, in virtù della diffusività delle disposizioni che riguardano il radicamento spaziale al fine dell'accesso ai benefici previsti dalle loro leggi, siano in realtà affezionate ad un concetto che, nella prospettiva qui assunta, ha rivelato un confine veramente mobile.

¹⁰⁶ R. Mazzola, *Laicità e spazi urbani. Il fenomeno religioso tra governo municipale e giustizia amministrativa*, in www.statoechiese.it.

Forme di esclusione nella prospettiva del diritto amministrativo

Il lavoro si prefigge di analizzare alcuni specifici contesti nei quali il diritto amministrativo ed il potere della pubblica amministrazione divengono responsabili di esclusioni in grado di provocare l'indebolimento di particolari categorie di soggetti, tentando conseguentemente di individuare le possibili soluzioni ai problemi di volta in volta in evidenza. Filo rosso in grado di collegare i vari elementi della riflessione è dato dalla loro riferibilità al territorio, specie quello lombardo. In particolare, viene indagato il rapporto tra "spazio" ed esclusione, anche verificando se l'organizzazione del territorio possa favorire (o rendere meno visibile) il fenomeno e consenta di isolare, ai fini dichiarati, alcuni rilevanti indicatori di contesto.

Forms of exclusion from the perspective of administrative law

The aim of the work is to analyse some specific contexts in which administrative law and the power of public administration become responsible for acts of exclusion capable of weakening particular categories of subjects, thus trying to identify possible solutions to the problems highlighted from time to time.

The common thread connecting the various elements of the reflection is given by their referability to the territory, especially that of Lombardy. In particular, the relationship between 'space' and exclusion is investigated, also verifying whether the organisation of the territory may favour (or make less visible) the phenomenon, which makes it possible to isolate some relevant context indicators for the purposes of the article.

Raggruppamenti temporanei di imprese e avvalimento: relazioni giuridiche e principali criticità*

Mauro Renna, Stefano Vaccari

SOMMARIO: 1. Raggruppamenti temporanei di imprese e avvalimento: l'identità di *ratio*. – 2. Le relazioni giuridiche tra i due istituti: i modelli dell'alternatività e del 'cumulo'. – 2.1 (*Segue*): *Focus* sul ricorso all'avvalimento da parte di imprese raggruppate: evoluzione normativa e giurisprudenziale. – 2.2. (*Segue*): L'avvalimento esterno e interno al raggruppamento: criticità e soluzioni. – 3. Il raggruppamento temporaneo di imprese come strumento per l'operazione di avvalimento: alcune questioni di 'forma'. – 4. Brevi conclusioni e prospettive future.

1. *Raggruppamenti temporanei di imprese e avvalimento: l'identità di ratio*

I raggruppamenti temporanei di imprese (R.T.I.)¹ e l'avvalimento sono due strumenti giuridici diretti a realizzare forme di cooperazione occasionale tra imprese per l'esecuzione di un determinato contratto di appalto di lavori, servizi o forniture.

Nello specifico, il raggruppamento temporaneo di imprese consiste in una relazione giuridica di contitolarità del rapporto obbligatorio (*i.e.* quello discendente dalla stipula del contratto d'appalto *post*-aggiudicazione) tra due o più imprese fondato sul conferimento di un mandato collettivo speciale con rappresentanza in favore dell'impresa 'capogruppo' (o mandataria)², abilitata ad agi-

* Il presente contributo è destinato alla nuova edizione del volume collettaneo, a cura di Roberto Dante Cogliandro, *L'avvalimento. Profili interdisciplinari*, in corso di pubblicazione per i tipi della Giuffrè. Gli autori ringraziano il curatore per aver autorizzato l'anticipazione dello scritto in questa Rivista. Si segnala, altresì, che il lavoro è frutto di una riflessione comune tra gli autori; tuttavia, i §§ 1, 2, 2.1 e 2.2 sono stati scritti da Stefano Vaccari, mentre i §§ 3 e 4 sono stati scritti da Mauro Renna.

¹ Indicati anche sovente con l'espressione, pienamente fungibile, di 'associazione temporanea di imprese' (A.T.I.).

² Cfr. l'art. 48, comma 12, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

re nei confronti del committente in nome e per conto delle singole mandanti³. Attraverso questa soluzione negoziale è possibile ‘frazionare’ i requisiti di partecipazione valorizzando – ai fini della qualificazione – la sommatoria dei requisiti e delle capacità delle singole imprese raggruppate⁴.

È opportuno evidenziare che il raggruppamento temporaneo di imprese non dà vita a un nuovo soggetto giuridico dotato di personalità giuridica e caratterizzato da stabilità o continuità temporale⁵. Difatti, a differenza della figura del consorzio stabile⁶, il R.T.I. denota un mero rapporto di natura contrattuale tra più

³ La partecipazione alle procedure a evidenza pubblica è consentita anche ai raggruppamenti non ancora formalmente costituiti (c.d. R.T.I. ‘costituendi’), a condizione che l’offerta sia sottoscritta da tutti gli operatori economici che daranno vita al raggruppamento e contenga l’impegno (sottoposto a condizione sospensiva dell’aggiudicazione della gara) a che gli stessi conferiscano mandato collettivo speciale con rappresentanza a uno di essi (la c.d. impresa mandataria), da indicare in sede di offerta, il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti (cfr. l’art. 48, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016). I raggruppamenti temporanei di imprese si distinguono, a loro volta, in verticali e orizzontali, a seconda delle modalità di riparto dei compiti tra le imprese raggruppate (cfr., sul piano normativo, l’art. 48, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 50/2016). Si ha un R.T.I. verticale nel caso in cui l’impresa mandataria si impegni a realizzare i lavori ‘prevalenti’ o le prestazioni ‘principali’ (in caso di appalti di servizi e forniture), con assunzione da parte delle mandanti dell’impegno a realizzare i lavori ‘scorporabili’ o le prestazioni indicate come ‘secondarie’ (in caso di appalti di servizi e forniture). Si ha, invece, un R.T.I. orizzontale laddove gli operatori economici riuniti si impegnino a realizzare i lavori della medesima categoria ovvero le prestazioni della stessa tipologia. Tra le varie differenze concernenti le due tipologie di R.T.I. si segnala il diverso regime di responsabilità per gli operatori economici raggruppati (cfr. l’art. 48, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016). Mentre nei raggruppamenti orizzontali le imprese sono solidalmente responsabili nei confronti della stazione appaltante per il complesso delle prestazioni oggetto dell’appalto, nei raggruppamenti verticali la responsabilità delle imprese mandanti è limitata ai soli lavori scorporabili o alle prestazioni secondarie di rispettiva competenza, a cui si aggiunge la responsabilità solidale dell’impresa mandataria. Per quanto concerne, invece, il diverso regime relativo alla titolarità dei requisiti di qualificazione tra le imprese raggruppate cfr., per gli appalti di lavori, l’art. 92 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE»), tutt’ora in vigore – sino alla prossima introduzione del regolamento ex art. 83, comma 2, del vigente Codice – in forza della clausola di ultrattività contenuta nell’art. 216 del d.lgs. n. 50/2016.

⁴ Cfr. M.G. Vivarelli, *Commento all’art. 48*, in G.M. Esposito (a cura di), *Codice dei contratti pubblici. Commentario di dottrina e giurisprudenza*, Torino, 2017, I, 560; e G. Morbidelli, M. Zoppolato, *Appalti pubblici*, in M.P. Chiti, G. Greco (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, I, 503, ove si evidenzia come i raggruppamenti temporanei di imprese realizzino un «contemperamento tra le esigenze della stazione appaltante, posto che le imprese raggruppate nel loro insieme garantiscono il possesso dei requisiti necessari per l’espletamento dell’appalto, e le esigenze delle imprese di minori dimensioni, che possono così aspirare ad aggiudicarsi un appalto per cui, singolarmente, non potrebbero competere». Cfr. in giurisprudenza, Cons. Stato, sez. V, 13 novembre 2019, n. 7805, in *Giustizia-amministrativa.it*, nella parte in cui si richiama il principio per cui «– con l’eccezione del caso di una esplicita e diversa richiesta del bando – è sufficiente che il raggruppamento nel suo complesso possieda il requisito di qualificazione richiesto, mentre a fini dell’esecuzione nella gara, tramite l’istituto dell’avalimento, la singola azienda partecipante non deve obbligatoriamente possedere quel requisito (e quindi quelle competenze) per poter erogare il servizio, ma può avvalersi delle altre partecipanti al Rti».

⁵ Cfr., a tale proposito, l’art. 48, comma 16, del d.lgs. n. 50/2016, ove chiaramente si statuisce che «[i]l rapporto di mandato non determina di per sé organizzazione o associazione degli operatori economici riuniti, ognuno dei quali conserva la propria autonomia ai fini della gestione, degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali».

⁶ Cfr. l’art. 45, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016. In letteratura, cfr. C. Zucchelli, *Avalimento*, in M.A. Sandulli, R. De Nicolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019, II, 1120 s., ove si definisce il raggruppamento temporaneo di imprese come lo «strumento con il quale è attuata una sinergia tra

imprese formalmente distinte e riunite sul piano obbligatorio unicamente per uno specifico ‘affare’, vale a dire la partecipazione a una determinata procedura a evidenza pubblica e, in caso di aggiudicazione, l’esecuzione del contratto d’appalto⁷.

L’avvalimento, invece, consiste – com’è noto – nella possibilità per un operatore economico carente dei requisiti di carattere ‘oggettivo’⁸, necessari per partecipare a una procedura di gara, di ricorrere (nella qualità di impresa c.d. ausiliata o avvalente) alle singole risorse o capacità messe a disposizione da un altro soggetto (impresa c.d. ausiliaria o avvalsa) in forza di uno specifico titolo negoziale: il contratto di avvalimento⁹.

Entrambi gli istituti sono emblematici del progressivo ridimensionamento della nozione di soggettività giuridica nella materia dei contratti pubblici, stimolato dall’obiettivo di incentivare la massima partecipazione degli operatori economici ai procedimenti a evidenza pubblica, specie laddove questi, singolarmente considerati, non sarebbero in possesso delle capacità e dei requisiti richiesti dalla legge o dal bando predisposto per la singola gara¹⁰.

imprenditori per la partecipazione ad una gara, senza tuttavia che ciò comporti la creazione di un autonomo soggetto di diritto, né la costituzione di una stabile organizzazione di impresa. Contrariamente ai consorzi stabili, l’ATI attua una semplice contitolarità del rapporto obbligatorio».

⁷ Cfr. M.G. Vivarelli, *Commento all’art. 48*, cit., 560, ove si segnala un importante vantaggio economico che discende dal ricorso al R.T.I., consistente nei «costi molto più contenuti rispetto alla costituzione di un’impresa comune o di un consorzio che, in caso di esito negativo della gara, sarebbe destinato a scomparire immediatamente, con costi difficilmente recuperabili».

⁸ S’intende quelli di carattere economico, finanziario e tecnico-professionale di cui all’art. 83, comma 1, lett. b) e c), del d.lgs. n. 50/2016. Invero, nella disposizione cit. figurano anche i requisiti di c.d. idoneità professionale (art. 83, comma 1, lett. a), i quali – seppure convenzionalmente inquadrati nell’ambito dei requisiti oggettivi – non sono tuttavia passibili di avvalimento (cfr., in giurisprudenza, da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2020, n. 1667, in *Giustizia-amministrativa.it*, nella parte in cui si nega la possibilità di colmare la carenza dei requisiti di idoneità professionale mediante il ricorso all’avvalimento, atteso che «ai sensi dell’art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016, l’operatore economico può soddisfare con l’avvalimento la richiesta relativa unicamente al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all’articolo 83, comma 1, lettere b) e c), mentre: “con riguardo ai requisiti di idoneità professionale, di cui all’art. 83, comma 1, lett. a), del Codice (già art. 39 del d.lgs. n. 163/2006), l’Autorità ha stabilito che il requisito richiesto dalle stazioni appaltanti dell’iscrizione a specifici albi deve intendersi strettamente collegato alla capacità soggettiva dell’operatore economico e pertanto non può formare oggetto di avvalimento” (cfr. parere di precontenzioso ANAC n. 3 dell’11 gennaio 2017)»).

⁹ Cfr., in via generale, l’art. 89 del d.lgs. n. 50/2016. Sulla differenza tra l’avvalimento e il R.T.I. cfr., sin d’ora, G.P. Cirillo, *Commento all’art. 89*, in G.M. Esposito (a cura di), *Codice dei contratti pubblici. Commentario di dottrina e giurisprudenza*, cit., I, 1172, ove si rappresenta la specificità dell’avvalimento nella «possibilità di coinvolgere nell’esecuzione del contratto un soggetto con il quale non si ha nessun legame giuridico, se non quello derivante dal contratto di avvalimento».

¹⁰ Cfr. G. Balocco, *L’avvalimento nei contratti pubblici*, Roma, 2009, 35, secondo cui l’impostazione di tipo funzionalistico ai requisiti di partecipazione, avallata anche dalla giurisprudenza europea, «ha ammesso, in ossequio a criteri ermeneutici di carattere sostanzialistico, la possibilità di un possesso *per relationem* dei requisiti, tesa a garantire una più ampia partecipazione alle gare ed una valorizzazione del risultato dell’opera, facendone scaturire un ridimensionamento dell’aspetto formale della soggettività giuridica delle diverse imprese, idoneo a determinare la progressiva tendenza ad una polverizzazione e dispersione della “personalità” dei soggetti aspiranti».

Queste brevi osservazioni preliminari consentono di evidenziare la *ratio* che accomuna il raggruppamento temporaneo di imprese e l'avvalimento: il *favor participationis* di matrice europea¹¹, espressione della logica pro-concorrenziale e del correlato sostegno alle piccole e medie imprese (P.M.I.)¹². I due strumenti, infatti, perseguono un'analoga funzione antimonopolistica¹³, mirando a neutralizzare i rischi derivanti dal consolidamento di posizioni dominanti di mercato da parte degli operatori economici di maggiore dimensione¹⁴.

Al fine di ampliare l'accesso al mercato delle commesse pubbliche, l'ordinamento europeo è intervenuto attraverso il consueto approccio giuridico di matrice

¹¹ M.G. Vivarelli, *Commento all'art. 48, cit.*, 560 e 564; F. Durante, *Associazioni temporanee di imprese e negozi collegati nel Codice dei Contratti Pubblici*, Torino, 2017, 211 e 225; G. Bruno, *Commento all'art. 89*, in G.M. Esposito (a cura di), *Codice dei contratti pubblici. Commentario di dottrina e giurisprudenza*, cit., I, 1130 e 1143; G.P. Cirillo, *Commento all'art. 89, cit.*, I, 1171; N. Sersale, A. Tiraboschi, *La partecipazione aggregata alle gare e l'avvalimento*, Milano, 2015, 229. Cfr., anche, Corte Cost., 22 maggio 2009, n. 160, in *Giur. cost.*, 2009, III, 1793 ss., lì dove si afferma che la *ratio* dell'avvalimento consiste nell'«ampliare potenzialmente la partecipazione delle imprese alle procedure concorsuali, assicurando così una maggiore tutela delle libertà comunitarie e degli stessi principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa».

¹² F. Cintioli, *L'avvalimento tra principi di diritto comunitario e disciplina dei contratti pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, VI, 1430: «[è] il buon funzionamento del mercato interno il predicato che sorregge, in tal caso, l'ulteriore obiettivo del favorire la massima partecipazione possibile ai procedimenti di gara per l'affidamento di pubblici appalti».

¹³ Cfr., *ex multis*, T.a.r. Veneto, sez. I, 19 dicembre 2018, n. 1189, in *Giustizia-amministrativa.it*; T.a.r. Lombardia, Milano, sez. III, 29 luglio 2011, n. 2021, in *Giustizia-amministrativa.it*; T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 2 ottobre 2007, n. 9630, in *Giustizia-amministrativa.it*; T.a.r. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 22 dicembre 2004, n. 1003, in *Giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. VI, 22 marzo 2004, n. 1459, in *Giustizia-amministrativa.it*. La giurisprudenza citata fa ampio richiamo del precedente Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 2001, n. 5517, in *Foro amm.*, 2001, 2817 ss., nella parte in cui si afferma che «l'ordinamento comunitario ed il diritto interno manifestano uno spiccato apprezzamento per i raggruppamenti temporanei di imprese e di professionisti, costituiti per ottenere l'affidamento di contratti e di servizi pubblici. Tali aggregazioni svolgono, sul piano economico, una obiettiva funzione antimonopolistica, consentendo un ampliamento della dinamica concorrenziale e favorendo l'ingresso sul mercato di imprese di minore dimensione, o specializzate in particolari settori produttivi e tecnologici, fisiologicamente selezionate attraverso il confronto negoziale tra i prezzi offerti».

¹⁴ Cfr. S. Fantini, H. Simonetti, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Milano, 2017, 59, ove si descrivono i raggruppamenti temporanei di imprese nei termini di «un'alleanza tra imprese che, *viribus unitis*, possono accedere a contratti di grandi dimensioni, così evitando di rafforzare la posizione dominante nel mercato delle imprese "più grandi"». In senso analogo, cfr. M. Mazzamuto, *I raggruppamenti temporanei d'impresa tra tutela della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, I, 182, ove si pone in evidenza la funzione antimonopolistica dei raggruppamenti temporanei di imprese, sottolineando che «in presenza di appalti di rilevanti dimensioni, tale formula consente l'alleanza temporanea di imprese medio-piccole e dunque la loro partecipazione alle gare, altrimenti riservate alle imprese più grandi che finirebbero così per rafforzare oltre misura la loro posizione dominante nel mercato di riferimento». La suddetta *ratio* antimonopolistica e, più in generale, il *favor* per le piccole e medie imprese sono alla base di numerose regole contenute nel vigente Codice dei contratti pubblici. Basti pensare, ad esempio, all'art. 51, comma 1, ove si prevede – proprio al fine di favorire l'accesso delle P.M.I. al mercato delle commesse pubbliche – il tendenziale obbligo di suddivisione degli appalti in 'lotti funzionali', salva una diversa scelta della stazione appaltante indicata con motivazione espressa nel bando di gara o nella lettera d'invito (si tratta, invero, di un particolare caso di obbligo motivazionale prescritto per atti amministrativi generali, in deroga al regime ordinario di cui all'art. 3, comma 2, della l. 7 agosto 1990, n. 241); ma anche all'art. 83, comma 5, ove si introduce il divieto per le stazioni appaltanti di pretendere, con riguardo ai requisiti economico-finanziari, importi a titolo di fatturato minimo annuo che superino il doppio del valore stimato dell'appalto.

‘sostanziale’ e ‘realistica’¹⁵, consentendo la possibilità del cumulo dei requisiti tra diversi operatori (nella forma del raggruppamento di imprese o dell’avvalimento) e ponendo l’attenzione sul possesso effettivo dei mezzi e delle risorse richiesti dagli atti di gara piuttosto che sulla forma giuridica utilizzata a tale scopo.

Cionondimeno, l’obiettivo pro-concorrenziale posto alla base dei due istituti in esame – seppure oggi prevalente, in ragione dell’evoluzione del processo di integrazione europea¹⁶ – non è l’unico interesse sotteso alla materia dei contratti pubblici. Invero, vi è anche, in relazione spesso antagonista, l’interesse pubblico all’affidabilità del *partner* contrattuale e, di riflesso, alla corretta esecuzione degli appalti¹⁷.

Del resto, è piuttosto serio il rischio che le fattispecie di collegamento tra imprese fungano da copertura per celare gravi situazioni di sottoqualificazione

¹⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 giugno 2001, n. 3188, in *Foro amm.*, 2001, VI, 3188 ss., ove si definisce l’indirizzo giurisprudenziale in materia di avvalimento seguito dalla Corte di Giustizia dell’Unione europea come «visibilmente ispirato dalla concezione “realistica” del diritto comunitario, secondo cui, ai fini dell’applicazione di regole proprie dell’ordinamento europeo, occorre considerare la sostanza dei rapporti, indipendentemente dalla forma giuridica utilizzata (variabile anche in funzione del diverso contesto nazionale dell’impresa)». Cfr., anche, la determinazione dell’ex A.V.C.P. n. 2 dell’1 agosto 2012, nella parte in cui si definiscono come ‘tipiche’ del diritto comunitario «l’indifferenza per ogni formalismo giuridico e l’attenzione focalizzata sull’aspetto sostanzialistico dei rapporti: ciò che conta, ad avviso della Corte di Giustizia, è che il concorrente possa effettivamente disporre dei mezzi di cui ha dichiarato di avvalersi di modo che la possibilità di ricorrere all’avvalimento sia subordinata esclusivamente alla dimostrazione, a carico del concorrente “ausiliato”, dell’effettiva disponibilità dei mezzi».

¹⁶ Sulla (sempre maggiore) rilevanza del diritto europeo nella materia dei contratti pubblici cfr. F. Fracchia, *Ordinamento comunitario, mercato e contratti della pubblica amministrazione. Profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2010, *passim*. Sul tema cfr., anche, A. Giannelli, *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici*, Napoli, 2012, XIX, nt. 13, ove si evidenzia come la prospettiva secondo la quale le regole dell’evidenza pubblica rappresentino un fattore di implementazione degli interessi delle pubbliche amministrazioni risulti oggi «ampiamente recessiva, anche per effetto del dirompente ingresso, nella disciplina in tema di contratti pubblici, del diritto comunitario, il quale individua nella tutela della concorrenza una delle sue principali finalità ispiratrici». Il che, segnala l’A., non poteva che «riflettersi nella predisposizione di un copioso apparato di regole che tentassero di conferire al mercato delle commesse pubbliche la massima trasparenza ed imparzialità».

¹⁷ Cfr. F. Durante, *Associazioni temporanee di imprese e negozi collegati nel Codice dei Contratti Pubblici*, cit., 211, ove si afferma che il *favor participationis* di matrice europea deve essere temperato con «l’esigenza di garantire agli enti committenti che alle gare partecipino operatori professionali, effettivamente in grado di eseguire l’opera: quest’ultima esigenza è sempre stata avvertita come prioritaria dal legislatore italiano e, negli ultimi anni, è stata in parte sacrificata proprio sull’altare delle regole pro-concorrenziali»; e M.E. Boschi, *Ammissibilità e limiti dell’avvalimento nei pubblici appalti tra requisiti di partecipazione ed esecuzione del contratto*, in *Foro amm. T.a.r.*, 2007, VII-VIII, 2396, ove l’A. rappresenta che «alla base dei timori nutriti nei confronti dell’ipotesi di dare piena legittimazione all’avvalimento tra imprese, sta senza dubbio la difficoltà di temperare il *favor* comunitario per la concorrenza con la garanzia altrettanto imprescindibile della buona esecuzione degli appalti». E invero, l’avvalimento (p. 2410) si «inserisce in un contesto pubblicistico, ove la concorrenza tra gli operatori economici deve essere sempre temperata con le esigenze di carattere superindividuale di cui l’amministrazione aggiudicatrice si fa portatrice».

degli operatori economici¹⁸ con conseguenti problematiche sull'esatto adempimento delle prestazioni¹⁹.

La dialettica tra l'interesse concorrenziale, da un lato, e l'interesse pubblico tutelato dal committente, dall'altro, dà vita a differenti equilibri, soggetti a mutamento nelle stagioni storiche²⁰ per effetto di un moto di circolarità²¹ tra la normativa e la giurisprudenza europee e nazionali²². Allo stato, si registra una prevalenza degli istituti che sono espressione della logica europea di favore per la massima partecipazione, quali il R.T.I. e l'avvalimento, con posizione recessiva (tuttavia, pur sempre presente) delle disposizioni a garanzia dell'interesse all'affidabilità dei contraenti.

Sintomatiche sono, per l'appunto, alcune regole in materia di avvalimento contenute nel vigente Codice dei contratti pubblici. Basti pensare all'esclusione

¹⁸ O, secondo altri autori, fenomeni di c.d. avvalificio, ossia la patologica proliferazione di società strumentali alla mera messa a disposizione di requisiti e risorse (cfr. E. Del Prato, *L'avvalimento: spunti civilistici*, in *Obb. contr.*, 2011, X, 646 ss., oggi anche in Id., *Immagini dell'autonomia privata*, Torino, 2013, 156). Cfr., anche, D. Damato, *L'avvalimento finanziario: l'ostacolo delle corti agli abusi*, in *Urb. app.*, 2015, VII, 835, ove si segnala il rischio della possibile trasformazione dell'avvalimento in una 'scatola vuota': di talché non dovrebbe essere consentito «ai concorrenti, privi di taluni requisiti di qualificazione, di ottenerli in prestito al fine di partecipare alle gare d'appalto senza che sussistano adeguate garanzie circa gli effettivi impiego e disponibilità, in fase di esecuzione contrattuale, delle risorse necessarie».

¹⁹ La giurisprudenza amministrativa ha da tempo posto in risalto i maggiori pericoli sul piano dell'affidabilità del contraente che potrebbero in ipotesi scaturire dalla partecipazione alle gare di operatori 'scomposti' rispetto alle tradizionali imprese singole. Sia sufficiente il richiamo, *ex multis*, a Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2000, n. 801, in *App. urb. ed.*, 2001, 330 ss., nella parte in cui, dopo aver richiamato l'interesse primario dell'amministrazione all'effettiva e tempestiva esecuzione dei lavori, si ricorda che «l'affidabilità di un soggetto esecutore che si scompone in una molteplicità di realtà imprenditoriali appare complessivamente inferiore a quella dell'esecutore singolo».

²⁰ Cfr. G. Morbidelli, M. Zoppoloto, *Appalti pubblici*, cit., 504, ove si dà atto che, nell'ottica della massima apertura alla concorrenza, la disciplina di fonte europea «ha sempre visto con estremo favore il fenomeno dell'associazione di imprese ai fini della partecipazione; mentre il legislatore nazionale, maggiormente preoccupato di tutelare le stazioni appaltanti, ha talvolta mostrato qualche diffidenza verso l'istituto, e comunque ha ritenuto essenziale disciplinarne il funzionamento in modo da garantire l'ente aggiudicatore»; e L.M. Tarantino, *Il divieto di avvalimento frazionato nel caso di una sola impresa ausiliaria*, in *Urb. app.*, 2012, II, 219, il quale – nell'anno 2012 (e a commento di Cons. Stato, sez. VI, 13 giugno 2011, n. 3565, in tema di divieto di avvalimento 'frazionato') – segnalava il progressivo 'livellamento' tra «principi comunitari di massimizzazione della concorrenza, ispirati ad un marcato approccio sostanziale, e principi nazionali di massimizzazione dell'interesse pubblico alla corretta esecuzione del contratto, caratterizzati da un approccio formalistico, che sin dalla nascita del mercato comune dei contratti pubblici caratterizza i rapporti tra ordinamento dell'unione europea e ordinamento nazionale».

²¹ Cfr. F. Cintioli, *L'avvalimento tra principi di diritto comunitario e disciplina dei contratti pubblici*, cit., 1424: «la relazione tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale, nel fenomeno della c.d. europeizzazione degli ordinamenti settoriali, non è mai unilaterale. Essa è invece di tipo circolare, perché passa per un costante confronto di esperienze e metodi di interpretazione, dando luogo alla nascita di principi che solo apparentemente possono dirsi "nuovi" e che invece sono il frutto di una vera e propria "osmosi di lavori giuridici" che si forma mediante una dialettica costante».

²² Cfr. G. Balocco, *L'avvalimento nei contratti pubblici*, cit., 80 s.: «[l']intento del legislatore dovrebbe essere quello di coniugare la tutela dell'amministrazione, in relazione al suo interesse a scegliersi un contraente affidabile, con i principi sottesi alla libera concorrenza che, per ovvi motivi, legati all'obbligatorietà della normativa comunitaria, non possono, più di tanto essere compressi».

espressa dell'avvalimento per quanto concerne i requisiti 'soggettivi', quali quelli di ordine generale *ex art.* 80²³ o quelli relativi all'idoneità professionale *ex art.* 83, comma 1, lett. a)²⁴, nonché alla possibilità per la stazione appaltante di pretendere che taluni compiti qualificati come 'essenziali' (c.d. *critical tasks*) vengano svolti in via esclusiva dall'offerente o, in caso di imprese collegate in R.T.I., da uno specifico partecipante al raggruppamento²⁵. Infine, in ipotesi tassative, e segnatamente negli appalti a notevole contenuto tecnologico o a rilevante complessità tecnica, si giunge a escludere *ex lege* la possibilità di ricorrere all'istituto dell'avvalimento²⁶.

Tutto ciò consente di affermare, in conclusione e in punto di metodo, come l'interpretazione della disciplina in tema di raggruppamenti temporanei di imprese e di avvalimento non debba essere condotta assumendo la concorrenza quale valore assoluto; bensì, e più correttamente, includendo quest'ultima nell'ambito di un più ampio giudizio di bilanciamento che involge anche l'interesse pubblico²⁷ di cui è portatrice la stazione appaltante²⁸.

2. *Le relazioni giuridiche tra i due istituti: i modelli dell'alternatività e del 'cumulo'*

Svolte le superiori considerazioni, l'obiettivo del presente contributo è di analizzare i punti di contatto e le differenze che intercorrono tra gli istituti del raggruppamento temporaneo di imprese e dell'avvalimento²⁹.

²³ Cfr. l'art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016. Inoltre, il Codice (cfr. l'art. 89, comma 3) dispone che la verifica circa l'insussistenza di cause di esclusione *ex art.* 80 venga svolta anche con riferimento all'impresa ausiliaria. Analogamente, gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario (cfr. l'art. 89, comma 5).

²⁴ Un'ulteriore esclusione espressa è contenuta nell'art. 89, comma 10, ove si prevede che «[l']avvalimento non è ammesso per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali di cui all'articolo 212 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152».

²⁵ Cfr. l'art. 89, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016, ove si dispone che «[n]el caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento».

²⁶ Cfr. l'art. 89, comma 11, del d.lgs. n. 50/2016. A tale riguardo, il Codice rimette al futuro regolamento *ex art.* 216, comma 27-*octies*, la predisposizione dell'elenco delle opere rientranti nella particolare fattispecie in esame.

²⁷ Definito, anche, mediante la locuzione 'interesse contabile' (A. Giannelli, *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici*, cit., 108).

²⁸ Del resto, è stato ricordato (F. Cintioli, *L'avvalimento tra principi di diritto comunitario e disciplina dei contratti pubblici*, cit., 1431) che l'origine dell'avvalimento si colloca «sul filo dell'equilibrio tra concessioni fatte alla sostanza economica delle relazioni (ed a scapito della forma giuridica) e garanzie di effettività e tutela della disciplina pubblicistica sugli affidamenti dei pubblici appalti».

²⁹ Cfr. F. Cintioli, *L'avvalimento tra principi di diritto comunitario e disciplina dei contratti pubblici*, cit., 1428 («[m]olte delle difficoltà interpretative derivano dal fatto che l'avvalimento opera al confine tra l'assoluta

A tale riguardo, è possibile sintetizzare le relazioni giuridiche tra i due istituti utilizzando gli schemi dell' 'alternatività' e del 'cumulo'.

Il primo modello enfatizza il rapporto di concorrenza che può intercorrere tra R.T.I. e avvalimento, in ragione della fungibilità che connota i due strumenti di cooperazione tra imprese³⁰. Più chiaramente, gli operatori economici hanno la facoltà di risolvere il *deficit* di qualificazione relativo alle singole procedure di gara ricorrendo – alternativamente – all'avvalimento dei requisiti da parte di una o più imprese terze ovvero di condividere con tali imprese un progetto di raggruppamento più strutturato nella forma del R.T.I.

A prima analisi, questa opzione sembrerebbe implicare una patologica duplicazione degli istituti giuridici: il che potrebbe tradursi nel progressivo abbandono del raggruppamento temporaneo di imprese in favore del più flessibile avvalimento³¹. E peraltro, una siffatta conclusione risulterebbe in linea con la tendenza all'incrementale ricorso a forme di cooperazione imprenditoriale *una tantum* di matrice contrattuale, in luogo degli strumenti di integrazione più 'strutturata' tra imprese (si pensi all'esempio del consorzio stabile e, in via mediana, al R.T.I.).

Per queste ragioni, alcuni autori³² hanno inquadrato il suddetto fenomeno nell'ambito del più generale processo di 'de-soggettivizzazione' della nozione di operatore economico³³ nella materia degli appalti pubblici, ove da tempo si registra la propensione all'abbandono di modelli 'statici' nella costruzione del concetto di impresa, nonché il superamento degli schemi formali della soggettività giuridica.

estraneità al confronto competitivo dell'impresa ausiliaria e la sua piena compartecipazione come parte dell'A-TI»); e G. Balocco, *L'avvalimento nei contratti pubblici*, cit., 30 («[u]na delle questioni ingenerate nel nostro ordinamento a seguito del recepimento del nuovo istituto riguarda l'impatto dello stesso sui raggruppamenti temporanei [...] di imprese»).

³⁰ Cfr. F. Durante, *Associazioni temporanee di imprese e negozi collegati nel Codice dei Contratti Pubblici*, cit., 225.

³¹ Cfr. M. Mazzamuto, *I raggruppamenti temporanei d'impresa tra tutela della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, cit., 200, il quale si domanda se il sostanzialismo comunitario, favorevole al massimo concorso delle imprese 'terze', non «finisca per segnare il tramonto dei raggruppamenti». E, di conseguenza, l'A. pone il seguente interrogativo: «[p]er quale ragione [...], potendosi avvalere di terzi, un'impresa dovrebbe essere spinta a formare un raggruppamento?» Cfr., anche, D. Bezzi, *Sull'ammissibilità delle referenze esterne ai fini della partecipazione a gare di appalto*, in *Urb. app.*, 2001, I, 86, il quale ipotizza il 'declino' dei raggruppamenti temporanei di imprese a causa del progressivo abbandono dei canoni rigidi e formali per l'individuazione dei requisiti dei partecipanti. Il che, ad avviso dell'A., dovrebbe rendere tendenzialmente preferibile l'utilizzo delle formule elastiche dell'avvalimento rispetto al R.T.I.

³² Cfr., in particolare, F. Durante, *Associazioni temporanee di imprese e negozi collegati nel Codice dei Contratti Pubblici*, cit., 225, il quale richiama esplicitamente «la tendenza al "ridimensionamento" della soggettività giuridica»; ma anche M.C. Saracino, *L'istituto dell'avvalimento tra schemi preesistenti e caratteri peculiari*, in *Foro amm. T.a.r.*, 2007, I, 348, nella parte in cui l'A. si domanda se l'istituto dell'avvalimento «scardini o meno la concezione di soggettività dell'impresa e di personalità dell'appalto intesa secondo la concezione tradizionale».

³³ Cfr. l'art. 45 del d.lgs. n. 50/2016.

Eppure, rispetto al più radicale giudizio di ‘tramonto’ del R.T.I. a causa della piena fungibilità rispetto all’avvalimento³⁴, è possibile rimarcare alcune differenze che rendono – allo stato – i due istituti non pienamente sovrapponibili.

Innanzitutto, è importante rilevare che nel R.T.I. tutte le imprese raggruppate assumono la qualità di ‘appaltatore’³⁵, con conseguente acquisizione curriculare – a prestazioni regolarmente eseguite – del certificato di esecuzione. Nella differente fattispecie dell’avvalimento, invece, l’art. 89, comma 8, del Codice dei contratti pubblici, dispone che «[i]l contratto è in ogni caso eseguito dall’impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione»³⁶, fatta salva la possibilità per le imprese ausiliarie di concorrere all’esecuzione (con correlato beneficio del certificato di esecuzione) quali subappaltatrici, seppure nel rispetto del limite dei requisiti prestati.

Più delicata, invece, è la distinzione sul versante delle responsabilità, che si potrebbe apprezzare soltanto laddove si ipotizzasse che, nella fattispecie dell’avvalimento, l’impresa ausiliaria sia responsabile in solido nei confronti della stazione appaltante limitatamente alle prestazioni oggetto del contratto di avvalimento³⁷,

³⁴ In questo senso, R. De Nicolis, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2016, V, 528, la quale sostiene che il legislatore italiano avrebbe dovuto – in occasione dell’introduzione del vigente Codice dei contratti pubblici – «portare alle estreme conseguenze l’ingresso a pieno titolo dell’avvalimento nell’ordinamento italiano, superando definitivamente la disciplina dei raggruppamenti temporanei, che rischiano di essere una duplicazione inutile e formale, nel contesto della piena libertà di forma dell’avvalimento».

³⁵ Cfr. M. Fracanzani, *L’avvalimento: questioni sostanziali e profili processuali*, in *Giustamm.it*, n. 12/2006, nella parte in cui – tracciando le differenze tra R.T.I. e avvalimento – l’A. rappresenta che «[t]utte le imprese raggruppate [...] risultano concorrenti, eventualmente aggiudicatarie ed appaltatrici, ciascuna core-sponsabile del tutto e responsabile della porzione da lei direttamente realizzata, giusto il meccanismo rappresentativo appena delineato. Al contrario, l’impresa ausiliaria non segue il principio naturale dell’aggregazione, della co-responsabilità, collocandosi in posizione di strumentalità, ma di sostanziale estraneità all’appalto».

³⁶ Cfr., nella giurisprudenza antecedente al d.lgs. n. 50/2016, T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 23 marzo 2006, n. 3146, in *Foro amm. T.a.r.*, 2006, III, 1063 ss., ove si afferma che «[i]l principio dell’avvalimento dei requisiti tecnici ed organizzativi di altri soggetti, da tempo conosciuto anche nel nostro ordinamento attraverso l’istituto dei raggruppamenti temporanei, presenta la peculiarità per cui il soggetto dei cui requisiti ci si avvale resta formalmente estraneo alla gara». A tale proposito, S. Vinti, *L’avvalimento e l’impossibile compromesso tra direttive comunitarie e principi nazionali*, in *Foro amm. T.a.r.*, 2006, III, 1193, lamenta, in chiave critica, che «se all’avvallo vengono trasferiti gli stessi inconvenienti della partecipazione in ATI [...], senza che ad essi si accompagnino i correlati e consueti effetti positivi previsti dal sistema, non si vede quale interesse possa in concreto avere a partecipare all’esecuzione con un ruolo apparentemente defilato, ma sostanzialmente ricco di sorprese».

³⁷ In questo senso, in dottrina, N. Paolantonio, *L’avvalimento*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010, 547, ove la forte critica alla tesi secondo cui la responsabilità solidale dell’impresa ausiliaria si estenderebbe a tutte le prestazioni oggetto del contratto d’appalto, ivi comprese quelle rispetto alle quali l’avvalsa non ha messo a disposizione alcun requisito in favore dell’ausiliata. Secondo l’A. una siffatta lettura «ripugna al comune buon senso, prima che a principi generali in materia di imputazione della responsabilità civile» e, di conseguenza, deve essere oggetto di un’interpretazione adeguatrice e coerente con la *ratio* dell’avvalimento (richiamando, in senso adesivo, R. Mangani, *Avvalimento, tipologia contrattuale e regime di responsabilità*, in *Giustamm.it*, n. 2/2008): «l’ambito della responsabilità dell’ausiliaria, in ragione dell’interconnessione esistente tra il momento della qualificazione e il momento esecutivo, dovrebbe essere individuato «in funzione della natura e delle caratteristiche e dei requisiti oggetto di prestito nei singoli casi»; e questo sia quando oggetto di ausilio siano oggetti materiali, sia quando si tratti di requisiti immateriali». In senso analogo, F. Cintio-

a differenza delle imprese raggruppate in R.T.I. orizzontale (che si presume tale, salva la dimostrazione della natura verticale)³⁸, gravate da un generale vincolo di responsabilità solidale passiva *ex art.* 1294 c.c., riferibile all'intero complesso delle prestazioni oggetto dell'appalto.

Il secondo schema delle relazioni giuridiche tra R.T.I. e avvalimento è quello del 'cumulo', riferibile ai casi in cui entrambi gli strumenti si trovino a convergere nella medesima fattispecie di gara per effetto del ricorso all'avvalimento da parte di imprese (in qualità di ausiliate o avvalenti) già raggruppate in R.T.I. (costituendo o costituito)³⁹.

Questa ipotesi è maggiormente problematica, data la sovrapposizione tra gli istituti giuridici e la conseguente necessità per l'interprete di coordinare le singole disposizioni normative. Peraltro, l'utilizzo dello strumento dell'avvalimento da parte di imprese già collegate in raggruppamento temporaneo è stato oggetto di un'importante evoluzione, dapprima giurisprudenziale e in seguito normativa (sul punto, *infra* § 2.1.), che ha trovato la propria conclusione nel vigente Codice dei contratti pubblici.

Ancora una volta, il tema in esame mostra le forti tensioni tra logiche di segno opposto: il *favor* concorrenziale di matrice europea, da un lato, e, dall'altro, l'interesse pubblico delle stazioni appaltanti all'affidabilità dei contraenti e alla corretta esecuzione delle commesse.

li, *L'avvalimento tra principi di diritto comunitario e disciplina dei contratti pubblici*, cit., 1444, il quale ritiene che «l'interpretazione che esclude ogni possibilità di limitare la solidarietà passiva, anche quando sia stato circoscritto il prestito dei requisiti e l'impegno dell'ausiliaria, rende troppo gravoso per quest'ultima il regime della responsabilità», con serio rischio di disincentivo all'avvalimento e conseguente restrizione del campo applicativo dell'istituto. Tuttavia, è opportuno ricordare che la lettura del vincolo di responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria condotta dall'A.N.AC. e dalla giurisprudenza amministrativa è nel senso della riferibilità a tutte le prestazioni oggetto dell'appalto e non solo a quelle correlate ai requisiti prestati (fatta salva la possibilità, nei rapporti meramente interni e senza alcuna opponibilità alla stazione appaltante, di modulare pattiziamente i carichi di responsabilità e le eventuali modalità di regresso). Cfr., in tal senso, la delibera A.N.AC. n. 392 del 12 aprile 2017, nella parte in cui si dichiara che «vizia il contratto di avvalimento e il conseguente impegno verso la stazione appaltante la clausola di limitazione della responsabilità riferita ai "soli requisiti di cui è carente l'impresa ausiliata"» (anche se si ha cura di precisare che, trattandosi di carenza documentale e non essendo inficiato il possesso dei requisiti, è ammissibile l'integrazione del contratto di avvalimento finalizzata a chiarire la piena responsabilità solidale). In giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 13 ottobre 2015, n. 4703, in *Foro amm.*, 2015, X, 2522 ss., nella parte in cui si afferma che la clausola di limitazione della responsabilità riferita alle prestazioni oggetto dell'appalto si pone in contrasto con la disciplina codicistica (*ratione temporis*, l'art. 49, comma 4, del d.lgs. n. 163/2006), «che postula una piena responsabilità solidale del concorrente e dell'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante in relazione a tutte le prestazioni contrattuali (restando il riparto di responsabilità questione interna relativa ai rapporti contrattuali tra le parti)».

³⁸ In tale caso, le imprese mandanti sono responsabili unicamente per le attività concernenti i lavori scorporabili o le prestazioni secondarie, diversamente dall'impresa mandataria responsabile per tutte le prestazioni oggetto del contratto.

³⁹ Il riferimento è, chiaramente, alle imprese mandanti e mandatarie, e non già al raggruppamento in sé considerato, non essendo quest'ultimo un autonomo soggetto di diritto (cfr., *amplius*, il § 1 del presente lavoro).

2.1. (Segue): Focus sul ricorso all'avvalimento da parte di imprese raggruppate: evoluzione normativa e giurisprudenziale

Al fine di esaminare le principali criticità concernenti la relazione di cumulo tra avvalimento e raggruppamenti temporanei di imprese occorre dare brevemente conto delle fondamentali tappe del percorso che ha condotto, essenzialmente su impulso dell'ordinamento europeo, alla soluzione normativa attualmente vigente⁴⁰.

Risale agli anni Novanta del secolo scorso l'emersione della questione concernente l'ammissibilità del ricorso all'avvalimento per una singola gara da parte di imprese astrette da collegamenti negoziali. Dapprima, il problema si è posto con riguardo al c.d. avvalimento infra-gruppo⁴¹, per poi giungere, attraverso una progressiva generalizzazione della soluzione favorevole alla massima partecipazione, all'ammissione per qualsiasi tipologia di impresa, prescindendo del tutto – in adesione al principio di 'neutralità' del vincolo negoziale – dalla sussistenza di previ legami societari tra ausiliata e ausiliaria⁴².

⁴⁰ Cfr. F. Cintioli, *L'avvalimento tra principi di diritto comunitario e disciplina dei contratti pubblici*, cit., 1427, ove si osserva come «[l] avvalimento nasce nella rete dei principi. Per la precisione, nasce in quelli posti dal giudice comunitario. Poi, si espande all'ordinamento nazionale, anche qui nella prassi contrattuale e giurisprudenziale, per essere infine disciplinato dal legislatore comunitario, dalla legge nazionale e infine dal regolamento nazionale».

⁴¹ La soluzione favorevole è stata dichiarata nel *leading case* C.G.U.E., sez. V, 14 aprile 1994, C-389/92 (*Ballast Nedam Groep I*), in *Riv. trim. app.*, 1995, 307 ss., dichiarando che le direttive all'epoca vigenti (la direttiva del Consiglio 71/304/CEE del 26 luglio 1971, concernente la soppressione delle restrizioni alla libera prestazione dei servizi in materia di appalti di lavori pubblici e all'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici tramite agenzie o succursali, e la direttiva del Consiglio 71/305/CEE del 26 luglio 1971, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici) vanno interpretate nel senso che consentano «per la valutazione dei criteri cui deve soddisfare un imprenditore all'atto dell'esame di una domanda di abilitazione presentata da una persona giuridica dominante di un gruppo, di tener conto delle società che appartengono a tale gruppo, purché la persona giuridica di cui è causa provi di aver effettivamente a disposizione i mezzi di dette società necessari per l'esecuzione degli appalti» (cfr., a commento, G. Greco, *La partecipazione di una holding al mercato dei lavori pubblici e riflessi sulla S.p.a. a capitale pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, VI, 1252 ss.). In senso analogo, successivamente, C.G.U.E., sez. III, 18 dicembre 1997, C-5/97 (*Ballast Nedam Groep II*), in *Riv. trim. app.*, 2000, 197 ss. In dottrina, M. Mazzamuto, *I raggruppamenti temporanei d'impresa tra tutela della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, cit., 194, ha definito le richiamate decisioni della Corte di Giustizia come una «prima incrinatura allo schermo formale della soggettività giuridica dell'offerente», anche se – ad avviso dell'A. – esse non hanno prodotto un vero effetto 'dirompente' rispetto al sistema tradizionale, dato che si «rimane pur sempre nell'alveo di tale organizzazione, per quanto assunta in una accezione più comprensiva di carattere sostanziale»; F. Cintioli, *L'avvalimento tra principi di diritto comunitario e disciplina dei contratti pubblici*, cit., 1430 s., invece, ritiene che il giudice europeo sia potuto andare al di là dello 'schermo' della personalità giuridica in quanto ha «guardato alla sostanza economica del fenomeno ed ha ragionato in modo tale da evitare che aspetti di natura formale potessero ostacolare il raggiungimento di un dato risultato» (facendo richiamo anche alla tecnica concettuale funzionale a reprimere le misure di 'effetto equivalente' alle restrizioni della libertà di circolazione).

⁴² Tanto che l'istituto collaborativo dell'avvalimento è stato definito un 'rimedio generalizzato' (S. Vinti, *L'avvalimento e l'impossibile compromesso tra direttive comunitarie e principi nazionali*, cit., 1183). In giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 20 dicembre 2004, n. 8145, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, XII, 3604 ss., ove si dà atto che il principio secondo cui l'avvalimento è consentito quale che sia la natura giuridica dei vincoli

Si deve alla fondamentale sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea relativa al caso 'Holst' (C.G.U.E., sez. V., 2 dicembre 1999, n. 176, in C-176/98⁴³) la consacrazione del principio di diritto (inizialmente riferito ai soli appalti di servizi) per cui è consentito «ad un prestatore, per comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione ad una gara d'appalto ai fini dell'aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi, di far riferimento alle capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che ha con essi, a condizione che sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti necessari all'esecuzione dell'appalto». La massima dimostra in tutta evidenza l'approccio sostanzialista⁴⁴ e realista del giudice comunitario nel ricostruire i termini dell'allora direttiva del Consiglio 92/50/CEE del 18 giugno 1992: ciò che rileva, non è tanto l'esistenza di relazioni societarie formalizzate, quanto l'effettiva e concreta utilizzabilità dei requisiti messi a disposizione dell'avvalente da parte di una differente impresa (la c.d. avvalsa)⁴⁵.

Questa soluzione giurisprudenziale venne in seguito trasposta sul piano normativo con l'emanazione della Direttiva 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi. Segnatamente, gli artt. 47, comma 2, per quanto concerne i requisiti economico-finanziari, e 48, comma 3, del tutto speculare e riferito alle capacità tecniche, stabilirono che «[u]n operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. In tal caso deve dimostrare alla amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti»⁴⁶. Con riguar-

con il partecipante, «affermato dalla giurisprudenza comunitaria con riguardo agli appalti di servizi, risulta ora generalizzato, ed esteso a tutti i pubblici appalti, dalla direttiva unificata n. 18/2004, a tenore della quale, al fine della prova della capacità economica e finanziaria, un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi».

⁴³ In *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, VI, 1405 ss.

⁴⁴ Cfr. M. Mazzamuto, *I raggruppamenti temporanei d'impresе tra tutela della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, cit., 195, nella parte in cui l'A. sottolinea come la giurisprudenza comunitaria in esame abbia «posto le premesse per un approccio "sostanzialista" alla questione dei requisiti, in quanto, se non sussistono più limitazioni pregiudiziali all'utilizzo di capacità altrui, d'altra parte, quale che sia la combinazione offerta, si dovrà verificare appunto nella sostanza la disponibilità dei mezzi idonei all'esecuzione dell'appalto».

⁴⁵ *Ibidem*: «[s]i sono così poste le premesse per incidere strutturalmente sul tradizionale e ferreo legame tra il possesso dei requisiti e le imprese offerenti». Non a caso, la giurisprudenza amministrativa ha immediatamente compreso la *vis expansiva* del principio affermato nel caso 'Holst' (basti il richiamo a T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 6 novembre 2000, n. 4093, in *Giustizia-amministrativa.it*, lì dove si afferma che la sentenza della C.G.U.E. in commento «lascerebbe presagire una posizione del giudice comunitario del tutto favorevole al cumulo *infra* raggruppamento temporaneo»).

⁴⁶ Per quanto concerne gli appalti nei settori c.d. speciali, ossia quelli banditi dagli enti erogatori di acqua e di energia o che forniscono servizi postali e di trasporto, la Direttiva 2004/17/CE prevedeva, all'art. 54, commi 5 e 6, regole analoghe per l'avvalimento dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-profes-

do ai raggruppamenti di operatori economici, le medesime disposizioni (cfr. gli artt. 47, comma 3, e 48, comma 4) stabilirono che «[a]lle stesse condizioni un raggruppamento di operatori economici di cui all'Articolo 4 può fare affidamento sulle capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti»⁴⁷.

Nel trasporre la direttiva in esame, l'art. 49, comma 1, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (*i.e.* il precedente Codice degli appalti pubblici) dispose che «[i]l concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'articolo 34, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto».

Per quanto rileva maggiormente ai nostri fini, si evidenzia che la norma contenuta nel previgente Codice, pur attribuendo chiaramente la facoltà di avvalimento anche ai concorrenti 'raggruppati' in R.T.I., non precisava – a differenza della disciplina di fonte europea – se l'impresa ausiliaria dovesse essere necessariamente esterna al raggruppamento ovvero, in ipotesi, anche interna al medesimo. In altri termini, ricorrendo alle categorie utilizzate dalla giurisprudenza e dalla letteratura in materia, non era ancora stato risolto sul piano normativo domestico il problema del c.d. avvalimento 'interno'⁴⁸.

La successiva Direttiva in materia di appalti pubblici 2014/24/UE ha (ri) confermato la suddetta regola generale, sancendo all'art. 63, comma 1, che «[p]er quanto riguarda i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 3, e i criteri relativi alle capacità tecniche e professionali stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 4, un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri sog-

sionale. Cfr., a commento, A. Valletti, *Le riunioni di imprese alla luce della nuova direttiva comunitaria 2004/17/CE*, in *Urb. app.*, 2004, VIII, 895 ss.

⁴⁷ Cfr. G. Balocco, *L'avvalimento nei contratti pubblici*, cit., 37, nella parte in cui l'A. segnala – con riguardo alle Direttive dell'anno 2004 – l'evidente preferenza del legislatore europeo per il criterio 'sostanzialistico', «optando per un drastico ridimensionamento della soggettività giuridica delle imprese ed incentivando la "circolazione" delle risorse necessarie all'ammissione alla gara ed alla successiva esecuzione del contratto, ampliando così il numero dei potenziali contraenti delle amministrazioni aggiudicatrici».

⁴⁸ Anche se, invero, la giurisprudenza maggioritaria era già attestata nel senso del riconoscimento della suddetta facoltà. Cfr., per tutte, T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 2 luglio 2015, n. 8828, in *Foro amm.*, 2015, VII-VIII, 2073 ss.: «[i]l diritto comunitario ammette inoltre la possibilità di far ricorso all'avvalimento anche all'interno di un raggruppamento di imprese; infatti il citato art. 47 della direttiva n. 2004/18/CE consente che un operatore economico faccia affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi, in tal modo, perciò, permettendo proprio l'avvalimento appunto anche all'interno di un raggruppamento di imprese. Ormai anche la giurisprudenza nazionale (cfr.: Cons. Stato sez. VI 5.1.2015, n. 18; T.a.r. Puglia - Bari - sez. I, 3.4.2013, n. 467; T.a.r. Toscana - sez. I 22.12.2014, n. 2083) e l'Autorità di vigilanza sui Contratti pubblici – ora Autorità Anticorruzione – (cfr.: parere Precont. 23.2.2012, n. 22) sostengono che non possa dubitarsi della possibilità di far ricorso all'avvalimento all'interno di un raggruppamento temporaneo d'impresa o di un consorzio».

getti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi»⁴⁹; e prevedendo, nell'ultimo capoverso del medesimo comma, che «[a]lle stesse condizioni, un raggruppamento di operatori economici di cui all'articolo 19, paragrafo 2, può fare valere le capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti».

Attraverso questa formula, il legislatore europeo ha consentito espressamente, ancora una volta, oltre all'avvalimento esterno al R.T.I. (*i.e.* quello nel quale l'impresa ausiliaria non fa parte del raggruppamento), anche il ricorso all'avvalimento interno.

Il legislatore italiano ha recepito compiutamente la suddetta previsione nell'art. 89, comma 1, del vigente Codice dei contratti pubblici⁵⁰, ponendo fine a una *vexata quaestio* che ha a lungo affaticato gli interpreti⁵¹: «[l]'operatore economico, singolo o in raggruppamento di cui all'articolo 45, per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all'articolo 80, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi».

In attesa dell'emanazione del regolamento unico di esecuzione, attuazione e integrazione del d.lgs. n. 50/2016⁵², la suddetta disciplina è integrata, limitata-

⁴⁹ Disposizioni specifiche in materia di avvalimento si ritrovano anche nelle Direttive 2014/23/UE, relativa ai contratti di concessione (in particolare, all'art. 38), e 2014/25/UE, concernente le procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, energia, trasporti e servizi postali (in particolare, all'art. 79).

⁵⁰ In adempimento ai principi e criteri direttivi indicati dalla legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, e segnatamente – per quanto qui rileva – quelli posti dall'art. 1, comma 1, lett. zz): «revisione della disciplina vigente in materia di avvalimento, nel rispetto dei principi dell'Unione europea e di quelli desumibili dalla giurisprudenza amministrativa in materia, imponendo che il contratto di avvalimento indichi nel dettaglio le risorse e i mezzi prestati, con particolare riguardo ai casi in cui l'oggetto di avvalimento sia costituito da certificazioni di qualità o certificati attestanti il possesso di adeguata organizzazione imprenditoriale ai fini della partecipazione alla gara, e rafforzando gli strumenti di verifica circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto di avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria nonché circa l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto, al fine di escludere la possibilità di ricorso all'avvalimento a cascata e prevedendo che non possa essere oggetto di avvalimento il possesso della qualificazione e dell'esperienza tecnica e professionale necessarie per eseguire le prestazioni da affidare».

⁵¹ Cfr. C. Zucchelli, *Avvalimento*, cit., 1240 s., il quale, preso atto che «[i]l legislatore è stato chiarissimo nel riconoscere che l'avvalimento è permesso a chiunque, senza che la natura giuridica del soggetto concorrente possa in qualsiasi maniera limitare o influire», rimarca come ciò faccia definitiva giustizia «di tutte le interpretazioni e le diverse opinioni che, sia in dottrina sia in giurisprudenza, si erano formate circa le presunte limitazioni che l'avvalimento potesse subire dalla circostanza che il soggetto avvalente fosse un'ATI [...] e che l'avvalso fosse interno o esterno al soggetto collettivo».

⁵² In data 16 luglio 2020 è stata licenziata la nuova versione dello «*Schema di regolamento di esecuzione, attuazione e integrazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante "Codice dei contratti pubblici"*», predisposto dalla Commissione istituita a supporto giuridico-amministrativo del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, contenente quattro disposizioni dedicate all'avvalimento (e, segnatamente, gli articoli da 74 a 77 ricompresi nel Titolo III della Parte II).

mente agli appalti di lavori, dalle regole di fonte secondaria poste dall'art. 92 del Regolamento di esecuzione del previgente Codice degli appalti (d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207), tutt'ora efficaci in via di ultrattività per effetto della disciplina transitoria⁵³. La disposizione reca una serie di requisiti minimi per i concorrenti raggruppati, distinguendo tra R.T.I. orizzontali e verticali⁵⁴. Con riguardo ai primi, si prevede che i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dal bando di gara siano posseduti dalla mandataria nella misura minima del quaranta per cento, restando a carico delle mandanti (in via cumulativa, con un minimo del dieci per cento per ogni impresa) la restante percentuale⁵⁵. Con riferimento, invece, agli R.T.I. verticali si dispone che i medesimi requisiti siano posseduti dalla mandataria nella categoria prevalente; mentre per le categorie scorporate è necessario che ciascuna mandante sia in possesso dei requisiti previsti per l'importo dei lavori della categoria che intende assumere e nella misura indicata per l'impresa singola⁵⁶.

2.2. (Segue): *L'avvalimento esterno e interno al raggruppamento: criticità e soluzioni*

Come già anticipato, l'avvalimento delle imprese riunite in R.T.I. si distingue in esterno e interno a seconda della posizione dell'impresa ausiliaria rispetto alle partecipanti al raggruppamento.

L'attuale diritto positivo, su impulso delle Direttive dell'anno 2014, riconosce espressamente l'ammissibilità di entrambe le suddette forme di avvalimento, superando così alcune passate riserve formulate dalla dottrina e dalla giurisprudenza amministrativa⁵⁷.

⁵³ Cfr. l'art. 216, comma 27-*octies*, del d.lgs. n. 50/2016.

⁵⁴ Regole di tenore sostanzialmente analogo si ritrovano nell'art. 33, commi 15 e 16, dello «Schema di regolamento di esecuzione, attuazione e integrazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante "Codice dei contratti pubblici"» (il riferimento è alla versione datata 16 luglio 2020).

⁵⁵ Inoltre, si impone che la mandataria sia in possesso di una percentuale di requisiti superiore rispetto a ciascuna mandante.

⁵⁶ I requisiti relativi alle lavorazioni scorporabili non assunte dalle mandanti devono essere posseduti dalla mandataria con riferimento alla categoria prevalente.

⁵⁷ Cfr. S. Fantini, H. Simonetti, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, cit., 60: «[t]rova conferma nell'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016 la possibilità che il raggruppamento temporaneo di imprese possa fare affidamento sulle capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti, ammettendosi in tale modo che anche il requisito di capacità prescritto per le singole imprese del raggruppamento possa essere dimostrato attraverso l'avvalimento dei requisiti di altre imprese o partecipanti al raggruppamento, ovvero terze rispetto al medesimo (realizzando, rispettivamente, un'ipotesi di avvalimento interno od esterno)».

Difatti, negli anni in cui la disciplina normativa era carente sul punto, il principale argomento contrario all'avvalimento esterno⁵⁸ era fondato sul principio di immutabilità della composizione dei raggruppamenti di imprese⁵⁹. Più chiaramente, secondo questo assunto, la messa a disposizione di risorse e capacità da parte di un'ausiliaria esterna al R.T.I. equivarrebbe a una sostanziale modifica del raggruppamento in elusione al relativo divieto⁶⁰.

Senonché, è agevole replicare che le imprese ausiliarie, in caso di avvalimento esterno al R.T.I., non acquistano – per effetto della concreta messa a disposizione di risorse e capacità – la qualità di mandanti o mandatarie del raggruppamento, la cui compagine rimarrebbe dunque inalterata nel rispetto del segnalato principio di immutabilità⁶¹.

Una conferma di questa soluzione si rinviene, tanto nell'art. 89, comma 1, del Codice dei contratti pubblici, nella parte in cui si consente agli operatori economici raggruppati in R.T.I. di soddisfare le richieste relative al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale avvalendosi delle capacità di 'altri soggetti', quanto nel successivo comma 8 della medesima disposizione, lì dove si chiarisce che il contratto di appalto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara e non dall'impresa ausiliaria (salvo che quest'ultima assuma anche il ruolo di subappaltatore).

Ma è con riferimento all'avvalimento 'interno', ove cioè il ruolo di ausiliaria è assunto da un'impresa mandante o mandataria del R.T.I., che sono state espresse le maggiori riserve.

La principale obiezione si è incentrata sul divieto di contemporanea partecipazione alla stessa procedura di gara delle imprese avvalente e avvalsa, ripreso anche nel vigente Codice dei contratti pubblici all'art. 89, comma 7 («[i]n relazione a ciascuna gara non è consentito [...] che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti»). Secondo questo argomento, nell'ipotesi dell'avvalimento 'interno', l'ausiliata e l'ausiliaria si troverebbero a rivestire simul-

⁵⁸ S'intende per 'avvalimento esterno' la fattispecie nella quale l'impresa ausiliaria non fa parte del raggruppamento temporaneo di imprese, essendo appunto 'esterna' a quest'ultimo.

⁵⁹ Cfr. F. Durante, *Associazioni temporanee di imprese e negozi collegati nel Codice dei Contratti Pubblici*, cit., 228, nella parte in cui l'A. richiama le perplessità manifestate inizialmente da quella parte della dottrina secondo cui «l'impiego di capacità e di mezzi di imprese esterne al raggruppamento avrebbe eroso il principio di immutabilità dell'associazione temporanea, comportando la violazione del divieto (tendenzialmente generalizzato) di "aggiunta" nel suo novero di nuove imprese».

⁶⁰ Cfr., nel vigente Codice dei contratti pubblici, l'art. 48, comma 9, nella parte in cui si prevede che «[s]alvo quanto disposto ai commi 17 e 18, è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta».

⁶¹ F. Durante, *Associazioni temporanee di imprese e negozi collegati nel Codice dei Contratti Pubblici*, cit., 228.

taneamente le qualità di avvalente e avvalsa, da un lato, e di mandante e mandataria del R.T.I. partecipante alla gara, dall'altro⁶².

Tuttavia, è possibile osservare – a replica – che la *ratio* del divieto di partecipazione congiunta delle imprese in regime di avvalimento è di scongiurare il rischio di conflitti di interessi tra gli offerenti. Il che, per definizione, non può realizzarsi nelle ipotesi di avvalimento interno al R.T.I., posto che le imprese raggruppate condividono il medesimo obiettivo (*i.e.* ottenere l'aggiudicazione dell'appalto) e rappresentano un centro di interessi sostanzialmente unitario⁶³.

Ad ogni modo, è il legislatore che ha risolto definitivamente la questione stabilendo *expressis verbis*⁶⁴ che gli operatori economici riuniti in R.T.I. possano avvalersi della capacità di altri soggetti 'anche partecipanti al raggruppamento'. Questa soluzione rappresenta la corretta traduzione del principio europeo di massima partecipazione, che informa in termini generali la disciplina in tema di avvalimento e che può tollerare deroghe soltanto in ipotesi eccezionali e, in ogni caso, soggette a stretta interpretazione.

Del resto, diversamente opinando, si finirebbe per giungere a un paradossale incentivo dell'avvalimento esterno, notoriamente più oneroso per gli operatori economici rispetto all'utilizzo delle risorse e delle capacità dei *partner* interni al raggruppamento⁶⁵, ma anche potenzialmente più lesivo dell'interesse pubblico

⁶² Cfr. F. Durante, *Associazioni temporanee di imprese e negozi collegati nel Codice dei Contratti Pubblici*, cit., 228, ove si ripropone la suddetta obiezione, formulata da una parte minoritaria della dottrina, secondo la forma tipica del sillogismo aristotelico: «a) è vietato avvalersi dei requisiti e dei mezzi di un'impresa partecipante alla medesima gara dell'avvalente; b) un operatore appartenente al medesimo raggruppamento temporaneo di imprese dell'avvalente partecipa alla medesima gara di chi intende beneficiarne; c) dunque, sarebbe stato vietato avvalersi dei requisiti e dei mezzi di un operatore appartenente al medesimo raggruppamento temporaneo di imprese».

⁶³ Cfr. T.a.r. Campania, Salerno, sez. I, 11 maggio 2016, n. 1160, in *Foro amm.*, 2016, V, 1443 ss. («è vietata la partecipazione dell'impresa avvalente e di quella avvalsa alla medesima gara, quando tali imprese siano in concorrenza l'una con l'altra, vale a dire quando siano entrambe portatrici di autonome e contrapposte offerte, ma non quando avvalente ed avvalsa appartengano allo stesso raggruppamento e quindi presentino un'unica offerta facente capo al medesimo centro di interessi»); e T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 22 maggio 2008, n. 4820, in *Giustizia-amministrativa.it* («è vietata la partecipazione dell'avvalente e dell'avvalsa alla medesima gara allorché tali imprese siano in concorrenza l'una con l'altra, non certo quando esse facciano capo a un medesimo centro d'interessi»). Cfr. anche T.a.r. Veneto, sez. I, 27 aprile 2015, n. 447, in *Foro amm.*, 2015, IV, 1196 ss., ove si perviene alla medesima conclusione in forza di un'interpretazione dell'avvalimento 'comunitariamente orientata' e coerente con la propria *ratio*. In letteratura, cfr. N. Sersale, A. Tiraboschi, *La partecipazione aggregata alle gare e l'avvalimento*, cit., 229, nella parte in cui si chiarisce che il divieto normativo di partecipazione contestuale dell'avvalente e dell'avvalsa alla medesima gara si riferisce unicamente ai casi in cui «tali imprese siano in concorrenza l'una con l'altra, vale a dire quando siano entrambe portatrici di autonome e contrapposte offerte, ma non anche quando avvalente ed avvalsa appartengano allo stesso raggruppamento e presentino un'unica offerta facente capo al medesimo centro di interessi».

⁶⁴ Cfr., nuovamente, l'art. 89, comma 1, del Codice dei contratti pubblici.

⁶⁵ Cfr. C. Zucchelli, *Avvalimento*, cit., 1243, ove si afferma che, a voler negare l'ammissibilità dell'avvalimento interno, si porrebbe l'avvalente «nella necessità di avvalersi di un soggetto esterno alla ATI, sopportando magari un costo aggiuntivo, quando ben potrebbe egli utilizzare una società con la quale intrattiene già un rapporto di solidarietà imprenditoriale».

all'affidabilità dei contraenti a causa delle maggiori possibilità di 'polverizzazione' dei requisiti di partecipazione⁶⁶.

Nondimeno, l'utilizzo dell'avvalimento interno da parte dei raggruppamenti temporanei di imprese non deve tradursi in un'elusione surrettizia dei requisiti minimi di partecipazione imposti dalla normativa o dal bando per la singola procedura di gara⁶⁷. È necessario, infatti, un utilizzo accorto dei poteri di controllo⁶⁸ da parte delle stazioni appaltanti al fine di scongiurare ipotesi di 'duplice spendita'⁶⁹ dei requisiti da parte di una medesima impresa: il che potrebbe verificarsi – nei casi in esame – a causa della contemporanea assunzione dei ruoli di impresa ausiliaria e di partecipante al raggruppamento.

Per questo motivo, il ricorso all'avvalimento interno al R.T.I. è consentito a condizione che l'impresa avvalsa disponga di capacità e requisiti in misura 'sovrabbondante' rispetto a quelli necessari alla propria partecipazione al raggruppamento (e, dunque, alla sua qualifica), così da generare un *surplus* idoneo a supplire alle carenze delle altre imprese raggruppate⁷⁰.

⁶⁶ F. Durante, *Associazioni temporanee di imprese e negozi collegati nel Codice dei Contratti Pubblici*, cit., 230.

⁶⁷ L'avvertimento è già da tempo rimarcato dalla giurisprudenza. Cfr., per tutte, Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2002, n. 2294, in *Foro it.*, 2003, III, 327 ss., nella parte in cui si ricorda che «lo schema dell'ATI non deve tradursi in uno strumento elusivo delle regole dirette ad imporre alle imprese particolari requisiti minimi necessari per partecipare alla gara d'appalto». Cfr., in letteratura, G. Balocco, *L'avvalimento nei contratti pubblici*, cit., 31, ove si sottolinea la necessità di evitare che le imprese partecipanti al R.T.I. si avvalgano dello strumento associativo «per aggirare le norme di ammissione stabilite dal bando e consentire, in tal modo, la partecipazione di imprese non qualificate, con effetti negativi sull'interesse pubblico che il servizio è destinato a soddisfare e che, non sempre, è riscontrabile attraverso la garanzia patrimoniale derivante dalla responsabilità solidale delle imprese riunite».

⁶⁸ Cfr. G. Bruno, *Commento all'art. 89*, cit., 1131, nella parte in cui si ricorda che «[l']equilibrio tra libera concorrenza e adeguatezza della qualificazione degli offerenti, indispensabile per assicurare serietà e sostenibilità degli impegni, è stato sin da subito affidato dallo stesso legislatore comunitario al potere di controllo attribuito alle stazioni appaltanti, tenute alla verifica dell'idoneità dei partecipanti alla procedura in conformità ai criteri e ai requisiti previsti».

⁶⁹ Cfr. T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 12 maggio 2008, n. 3875, in *Giustizia-amministrativa.it*.

⁷⁰ Cfr. C. Zucchelli, *Avvalimento*, cit., 1243, ove si sostiene l'ammissibilità dell'avvalimento interno purché «l'avvalso utilizzi la parte eccedente del proprio requisito rispetto a ciò che gli è stato necessario per qualificarsi come soggetto della ATI». In caso contrario, infatti, il requisito dell'ausiliaria sarebbe conteggiato ben due volte: «la prima per qualificare l'avvalso quale associato nella ATI, la seconda per qualificare, per relazione, altra società della ATI o l'ATI stessa»; G. Guzzardo, *Imprese alleate e avvalimento "infragruppo" dei requisiti di partecipazione alle pubbliche gare*, in *Foro amm.*, 2007, X, 3234, ove l'A. afferma che, nell'ambito di un raggruppamento temporaneo di imprese, «all'impresa ausiliaria sarà consentito prestare alla ditta associata [...], che non disponga del corredo di requisiti nella misura necessaria a superare la soglia di ammissione, unicamente il proprio *surplus* di capacità»; e N. Sersale, A. Tiraboschi, *La partecipazione aggregata alle gare e l'avvalimento*, cit., 230, ove si definisce come 'principio fermo' in tema di raggruppamenti quello secondo cui «l'impresa raggruppata che svolga, nella stessa gara, sia il ruolo di soggetto qualificato in proprio, sia quello di impresa ausiliaria di un'altra partecipante al raggruppamento, deve possedere i requisiti nella misura tale da consentirle tale duplice imputazione, essendo escluso che, nella stessa gara, il medesimo requisito possa essere impiegato più di una volta». In senso analogo, già la determinazione dell'ex A.V.C.P. n. 2 dell'1 agosto 2012, nella parte in cui rimarcava la necessità di «accertare che i requisiti di partecipazione siano posseduti dall'impresa avvalsa in misura sufficiente a consentirle sia la partecipazione alla gara come concorrente in R.T.I. sia la partecipazione alla stessa gara in veste di impresa ausiliaria nell'ambito del medesimo R.T.I.». Trattasi, infatti, di principio fermo

3. *Il raggruppamento temporaneo di imprese come strumento per l'operazione di avvalimento: alcune questioni di 'forma'*

Una volta riconosciuta la facoltà di ricorrere all'avvalimento interno da parte delle imprese raggruppate in R.T.I. ci si potrebbe domandare se il risultato dell'operazione (*i.e.* la messa a disposizione dei requisiti e delle capacità da parte delle imprese partecipanti al raggruppamento) richieda necessariamente la stipula di un contratto tipico di avvalimento oppure se si produca ugualmente in forza di alternativi modelli negoziali, quali ad esempio i contratti associativi o di cooperazione costitutivi del raggruppamento temporaneo di imprese⁷¹.

L'interrogativo posto sottende una più generale distinzione teorica tra 'avvalimento-contratto' e 'avvalimento-risultato', volendo verificare la possibile disgiunzione dell'operazione giuridica rispetto allo strumento negoziale utilizzato per compierla. A tale riguardo, alcuni autori hanno sostenuto l'atipicità genetica dell'avvalimento, ritenendo adatta allo scopo anche la semplice costituzione di un raggruppamento temporaneo di imprese⁷².

in tema di raggruppamenti quello secondo cui «l'impresa raggruppata che svolga, nella stessa gara, sia il ruolo di soggetto qualificato in proprio sia quello di impresa ausiliaria di un'altra partecipante al raggruppamento, possieda i requisiti nella misura tale da consentirgli una duplice imputazione, essendo escluso che, nella stessa gara, il medesimo requisito possa essere impiegato più di una volta». Da ultimo, cfr. la delibera A.N.AC. n. 1343 del 20 dicembre 2017, ove si è chiaramente affermato che «[p]rincipio fermo in tema di raggruppamenti, infatti, è quello secondo il quale l'impresa raggruppata che svolga, nella stessa gara, sia il ruolo di soggetto qualificato in proprio sia quello di impresa ausiliaria di un'altra partecipante al raggruppamento, possieda i requisiti nella misura tale da consentirgli una duplice imputazione, essendo escluso che, nella stessa gara, il medesimo requisito possa essere impiegato più di una volta».

⁷¹ Cfr., in letteratura, F. Durante, *Associazioni temporanee di imprese e negozi collegati nel Codice dei Contratti Pubblici*, cit., 222, ma soprattutto 226, lì dove si esamina la possibilità per cui «il raggruppamento temporaneo di imprese verrebbe a costituire proprio il mezzo su cui si imprirebbe l'avvalimento reciproco tra operatori».

⁷² *Ibidem*. L'A. richiama l'orientamento (invero minoritario) secondo cui «il negozio istitutivo del raggruppamento sarebbe alternativo al contratto "di avvalimento" *stricto sensu* inteso, ma non al fenomeno dell'avvalimento». Un problema analogo si è posto per i c.d. contratti continuativi di cooperazione di cui all'art. 105, comma 3, lett. *c-bis*, del Codice dei contratti pubblici, rispetto ai quali la prassi ha dimostrato un possibile utilizzo dello strumento negoziale in chiave elusiva delle regole e garanzie previste in tema di subappalto e di avvalimento. A tale proposito, cfr., in giurisprudenza, Cons. Stato, sez. V, 22 aprile 2020, n. 2553, in *Giustizia-amministrativa.it*, ove si dichiara di seguire «un'interpretazione rigorosa della disciplina normativa inerente al contratto continuativo di cooperazione, che configura un'eccezione rispetto alla generale disciplina del subappalto»; e Cons. Stato, sez. III, 18 luglio 2019, n. 5068, in *Foro amm.*, 2019, VII-VIII, 1224 ss., ove invece si sostiene che «il riferimento della disposizione alle "prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari" non assume valenza restrittiva (della portata applicativa della previsione), come avverrebbe se si ritenesse che esso implichi la necessità che l'utilità della prestazione ridondi ad esclusivo vantaggio, in senso materiale, dell'impresa affidataria (piuttosto che dell'Amministrazione), ma allude alla direzione "giuridica" della prestazione, ovvero al fatto che l'unica relazione giuridicamente rilevante, anche agli effetti della connessa responsabilità, è quella esistente tra stazione appaltante e soggetto affidatario».

Questa posizione, tuttavia, è stata fortemente avversata dalla giurisprudenza amministrativa⁷³, nonché dall'*ex* Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici⁷⁴ (A.V.C.P.)⁷⁵, osservando come non sia possibile sottrarsi ai precisi oneri probatori che informano l'insieme delle obbligazioni tipiche della fattispecie di avvalimento⁷⁶ attraverso l'utilizzo di uno strumento negoziale con funzione differente, quale è l'atto istitutivo di un raggruppamento temporaneo di imprese⁷⁷.

L'insieme (o, secondo alcuni autori, in chiave critica, il complesso e sovrabbondante 'intreccio'⁷⁸) delle obbligazioni tipiche del negozio di avvalimento è, infat-

⁷³ Cfr., *ex multis*, T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 11 maggio 2020, n. 4945, in *Giustizia-amministrativa.it*, ove si chiarisce che «con riguardo all'avvalimento di cui all'art. 89 del Codice Appalti, che è l'istituto che interessa nella specie, non sono rinvenibili nel tessuto della disposizione, che pure è alquanto analitica e puntuale, norme che dispongano deroghe alla disciplina generale dell'istituto in ragione del rapporto di collegamento societario tra ausiliante e ausiliaria, nel senso di attenuare gli adempimenti documentali necessari a comprovare il rapporto di avvalimento oppure di autorizzare un diverso (e meno rigoroso) trattamento del contratto di avvalimento, quanto a validità, forma e contenuto di esso»; e Cons. Stato, sez. V, 19 settembre 2011, n. 5279, in *Riv. giur. ed.*, 2011, VI, 1751 ss., ove si richiama il principio secondo cui l'avvalimento presuppone pur sempre che «in sede di gara venga presentata all'uopo una precisa dichiarazione, indicando i soggetti ed i requisiti di cui il concorrente si intende in concreto avvalere, e nella stessa sede l'impresa avvalente dia la prova che disporrà degli elementi necessari, ad es. presentando il formale impegno dell'impresa ausiliaria. Tutto ciò da presentare in occasione della gara, rispettando così l'elementare esigenza di cristallizzare le caratteristiche dell'offerta a garanzia della sua serietà e a tutela della par condicio tra i concorrenti».

⁷⁴ Cfr. il parere di precontenzioso dell'A.V.C.P. n. 22 del 28 gennaio 2010, nella parte in cui si sostiene che il ricorso all'avvalimento da parte di più imprese riunite in R.T.I. «non elimina l'onere in capo alle imprese raggruppate di dichiarare di voler beneficiare di tale istituto e contestualmente di produrre la relativa documentazione a comprova della effettività della messa a disposizione dei requisiti da parte della ditta avvalente».

⁷⁵ Com'è noto, l'A.V.C.P. è stata soppressa per effetto dell'art. 19 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modifiche in l. 11 agosto 2014, n. 114, con contestuale trasferimento dei compiti e delle funzioni all'Autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione della trasparenza (ridenominata, con l'occasione, Autorità nazionale anticorruzione - A.N.A.C.).

⁷⁶ Per ogni approfondimento sulla qualificazione giuridica del contratto di avvalimento si rinvia, per tutti, a G.P. Cirillo, *Il contratto di avvalimento nel nuovo codice dei contratti pubblici: il persistente problema della sua natura giuridica*, in *Giustizia-amministrativa.it*, 2016, *passim*.

⁷⁷ Si evidenzia che una diversa soluzione sembrerebbe riguardare i consorzi stabili, per i quali l'A.V.C.P. (parere n. 17 del 5 agosto 2014) ha ammesso il ricorso a una forma atipica di avvalimento fondata sul patto consortile. A supporto delle proprie conclusioni, l'Autorità ha fatto espresso richiamo all'interpretazione offerta da Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2013, n. 2563, in *Foro amm. C.d.S.*, 2013, V, 1391 ss., secondo cui «il modulo del consorzio stabile, quale delineato dagli artt. 34 e 36 d.lgs. n. 163 del 2006, concretizza un'impresa operativa che fa leva sulla causa mutualistica e realizza, nella sostanza, una particolare forma di avvalimento che poggia direttamente sul patto consortile e sulla causa mutualistica. Tali connotati del modulo organizzativo e gestionale in esame consentono al consorzio di avvalersi di qualsiasi contributo (in termini di requisito) dei consorziati, senza dover ricorrere allo strumento dell'avvalimento *ex art.* 49 d.lgs. n. 163/2006, fermo restando che, in alternativa, il consorzio può qualificarsi con requisiti posseduti in proprio e direttamente». *Contra*, nella giurisprudenza precedente, T.a.r. Lazio, Roma, sez. III-ter, 25 agosto 2006, n. 7515, in *Urb. app.*, 2006, XII, 1465 ss. (con nota critica di G. Balocco, *L'assegnazione al consorzio è riconducibile all'istituto dell'avvalimento?*), ove si è ritenuto non idoneo a dimostrare i requisiti dell'avvalimento il mero fatto dell'esistenza di un contratto di consorzio, dato che «[o]ccorre, per adempiere all'onere probatorio, quanto meno un impegno formale del soggetto terzo (ausiliante) di mettere a disposizione i propri (specificati) mezzi per tutto l'arco temporale di esecuzione dell'appalto in caso di aggiudicazione, senza che assuma alcuna rilevanza l'esistenza di un "rapporto di gruppo"».

⁷⁸ F. Durante, *Associazioni temporanee di imprese e negozi collegati nel Codice dei Contratti Pubblici*, cit., 446 s., il quale segnala le numerose duplicazioni degli impegni (tutt'ora presenti nella disciplina del Codice dei

ti, finalizzato all'assunzione da parte delle imprese ausiliarie e ausiliate di precise responsabilità nei confronti della stazione appaltante. Il che richiede necessariamente l'esistenza di tutti gli atti unilaterali e bilaterali prescritti dalla normativa⁷⁹, aventi un contenuto tipizzato e non validamente sostituibili dal semplice mandato collettivo strumentale alla creazione di un raggruppamento temporaneo di imprese⁸⁰.

4. *Brevi conclusioni e prospettive future*

L'indagine condotta ha dimostrato la prevalenza, nell'attuale contesto normativo in materia di contratti pubblici, dei principi di tutela della concorrenza e di massima partecipazione alle gare d'appalto, dei quali costituiscono un'evidente attuazione gli istituti dell'avvalimento e del raggruppamento temporaneo di imprese.

A questo riguardo, si è ripercorsa l'evoluzione normativa e giurisprudenziale che ha interessato, soprattutto, l'ammissibilità del ricorso all'avvalimento (interno ed esterno) da parte di imprese raggruppate in R.T.I., da ultimo riconosciuta espressamente dalle Direttive dell'anno 2014 e – sul piano domestico – dal vigente Codice dei contratti pubblici.

Cionondimeno, è stata messa in luce la non assolutizzabilità della logica pro-concorrenziale, la quale convive – seppure in un rapporto regola-eccezione

contratti pubblici) che vanno a comporre il 'complesso mosaico' dell'avvalimento.

⁷⁹ Cfr. l'art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016. Cfr. G. Bruno, *Commento all'art. 89*, cit., 1144, ove si descrive l'avvalimento come 'fattispecie complessa', nell'ambito della quale «emergono atti di natura negoziale che realizzano un fenomeno di collegamento la cui unitarietà è assicurata proprio dagli scopi pratici perseguiti». Cfr., in giurisprudenza, Cons. Stato, sez. V, 5 novembre 2012, n. 5595, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, XI, 2875 ss., nella parte in cui si definisce l'avvalimento quale 'operazione economica complessa' che si compone «di un contratto tra impresa ausiliata ed impresa ausiliaria, di una dichiarazione di impegno dell'impresa ausiliaria e di un contratto di appalto, manifestandosi, dunque, quale collegamento negoziale composto da un susseguirsi di schemi contrattuali inscindibilmente connessi».

⁸⁰ Cfr. G. Guzzardo, *Imprese alleate e avvalimento "infragrupo" dei requisiti di partecipazione alle pubbliche gare*, cit., 3235 s., il quale, riflettendo sulla natura del mandato collettivo alla base dei raggruppamenti temporanei di imprese, giunge alla conclusione per cui tale atto «non potrebbe in alcun modo surrogare la dimostrazione effettiva della disponibilità delle risorse in capo all'impresa avvalente, eventualmente prestate da ditte ausiliarie mandanti del raggruppamento»; nonché N. Sersale, A. Tiraboschi, *La partecipazione aggregata alle gare e l'avvalimento*, cit., 230, nella parte in cui si esprime la tesi dell'insufficienza del contratto di mandato al fine di adempiere alla richiesta del legislatore di provare l'effettiva disponibilità delle risorse oggetto di avvalimento, posto che «ciascuna impresa dell'A.T.I. si trova in posizione di parità con le altre imprese dell'associazione e, dunque, non è in condizione di incidere unilateralmente sull'organizzazione aziendale delle altre per garantirsi la disponibilità dei mezzi di cui necessita per l'esecuzione dell'appalto». Di diverso avviso, E. Del Prato, *L'avvalimento: spunti civilistici*, cit., 647, secondo cui l'effetto dell'avvalimento «può consistere in un profilo effettuale di un altro contratto, tipico o atipico». Secondo l'A., infatti, le parti possono (p. 648) «innestare l'avvalimento su un rapporto tra le stesse retto da un preesistente titolo» (e si fa, allo scopo – p. 649 – l'esempio del raggruppamento temporaneo di imprese). Tuttavia, si precisa che il titolo coesistente con l'avvalimento in fase di gara non ha l'attitudine «a modificare gli effetti prefigurati nei confronti della stazione appaltante senza la partecipazione di quest'ultima, e fermo restando il rispetto delle regole inderogabili che reggono l'affidamento».

– con l’antagonista interesse pubblico all’affidabilità dei contraenti e alla corretta esecuzione degli appalti. Questo interesse, di cui sono portatrici le amministrazioni committenti, e in ultima istanza tutti i cittadini data la funzione di ‘servizio’⁸¹ dell’attività amministrativa, trova un momento di riconoscimento e di protezione nell’esercizio della discrezionalità all’atto della predisposizione della documentazione di gara. Com’è noto, le stazioni appaltanti hanno la facoltà di stabilire nei bandi di gara requisiti di partecipazione espressi sotto forma di percentuali minime o massime per i vari componenti dei raggruppamenti di imprese.

Attraverso l’introduzione di siffatte limitazioni in via amministrativa è possibile tutelare – con riguardo a ogni singola procedura d’appalto – l’interesse pubblico all’affidabilità degli offerenti, evitando così la patologica polverizzazione delle imprese partecipanti⁸².

⁸¹ Cfr. il pensiero di G. Pastori, *L’amministrazione da potere a servizio*, in M.R. Spasiano (a cura di), *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d’Italia*, Napoli, 2012, 53, sull’attività amministrativa come funzione al servizio della società. L’Autore, con pagine insuperabili, spiega come l’aggettivo qualificativo ‘pubblica’, riferito all’amministrazione, non vada correlato alla sua dipendenza dalle istituzioni di Governo, bensì alla finalizzazione ai compiti e agli scopi che sono definiti pubblici in quanto imputati alla società o alla collettività generale. Il che, del resto, è coerente con l’impostazione dell’A. che vede nel principio ‘personalistico’, su cui si regge l’ordinamento democratico costituzionale, l’«unico centro unitario cui riferirsi» (Id., *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, I, Milano, 1993, 1082, ora anche in Id., *Scritti Scelti*, II, Napoli, 2010, 519) e nell’attività della pubblica amministrazione una «funzione dell’organizzazione sociale» (Id., *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, II, 1754; ma v. anche di recente Id., *Le stagioni dell’efficienza (un percorso)*, prefazione a R. Ursi, *Le stagioni dell’efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Bologna, 2016, 13, ove l’A. segnala il ‘capovolgimento’ del senso e della concezione dell’amministrazione nell’ordinamento costituzionale: «essa viene a qualificarsi sotto un profilo eminentemente oggettivo funzionale e, al pari della giurisdizione, come si dice oggi, come funzione dell’ordinamento e dell’organizzazione sociale»). Cfr., anche, D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2000, 21, ove si afferma che «amministrazione pubblica è, in primo luogo, una funzione di servizio ai cittadini».

⁸² In via generale, cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 aprile 2018, n. 2183, in *Giustizia-amministrativa.it*, ove si ricorda che «le finalità di massima partecipazione sottese all’istituto dell’avvalimento non devono andare a discapito dell’interesse della stazione appaltante a contrarre con operatori economici affidabili ed effettivamente in possesso dei requisiti di qualificazione previsti dalla normativa di gara». Con specifico riguardo alla facoltà della stazione appaltante di indicare nel bando di gara limiti massimi di partecipazione della mandataria di un R.T.I., cfr. Cons. Stato, sez. V, 4 dicembre 2017, n. 5687, in *Giustizia-amministrativa.it*, ove si afferma che «si pone in contrasto con le regole del bando la condotta dell’impresa mandataria che, possedendo il requisito in percentuale superiore a quella massima stabilita, lo presta ad un mandante che ne sia sprovvisto. Di fatto, in questo modo, la mandataria partecipa al raggruppamento con requisiti in percentuale superiore a quella indicata come limite massimo dal bando. Portata alle estreme conseguenze, simile condotta consentirebbe alle imprese mandatarie di scegliere quale mandante un soggetto del tutto privo di requisiti di partecipazione che, poi, esse stesse qualificano prestando quel surplus di cui siano titolari». Sicché, ad avviso del Giudice amministrativo, «deve affermarsi il principio per il quale, nel caso in cui il bando preveda [...] una percentuale massima di requisiti con i quali è consentito alla mandataria la partecipazione alla procedura, l’avvalimento interno è ammesso a favore delle mandanti purché non comporti il superamento del suddetto limite». Cfr., nella giurisprudenza europea, C.G.U.E., sez. VI, 2 giugno 2016, n. 27, C-27/15, in *Foro amm.*, 2016, VI, 1461 ss., nella parte in cui si rileva come la Corte non possa escludere «l’esistenza di lavori che presentino peculiarità tali da richiedere una determinata capacità che non si ottiene associando capacità inferiori di più operatori. Essa ha così riconosciuto che, in un’ipotesi del genere l’amministrazione aggiudicatrice potrebbe legittimamente esigere che il livello minimo della capacità in questione sia raggiunto da un operatore economico unico o, eventual-

È evidente come l'utilizzo di questa facoltà da parte del committente non possa assumere un rigore tale da tradursi in una soppressione *de facto* dell'avvalimento interno⁸³. Bisogna pur sempre ricordare, infatti, il segnalato rapporto regola-eccezione che informa nell'attuale momento storico la relazione tra i due opposti principi: sicché, ogni limitazione agli istituti di matrice pro-concorrenziale dovrà dimostrare il rispetto dei generali canoni di proporzionalità e ragionevolezza in relazione alle caratteristiche della fattispecie concreta⁸⁴, la cui violazione sarà censurabile dal giudice amministrativo in conformità agli *standards* di sindacato sulla discrezionalità tecnica.

In conclusione, si ritiene che l'attuale coesistenza degli istituti dell'avvalimento e del raggruppamento temporaneo di imprese sia da salutare con favore, nonostante sia sovente fonte di complicazioni nella fase applicativa, dato che consente agli operatori economici di declinare la partecipazione alle gare pubbliche secondo le modalità più consone alle proprie scelte imprenditoriali. In altri termini, la compresenza di più strumenti utili a favorire la massima partecipazione, se del caso anche in relazione di cumulo, consente la piena esplicazione dei valori dell'autonomia e della libertà d'impresa sanciti dall'art. 41, comma primo, della Carta costituzionale.

Rispetto a questa affermazione è altrettanto fondamentale che della pluralità degli schemi negoziali messi a disposizione degli operatori economici non si faccia un uso distorto o elusivo⁸⁵, strumentale cioè a occultare situazioni di patologica sottoqualificazione⁸⁶ delle imprese a danno degli interessi pubblici tutelati dalle stazioni appaltanti.

mente, facendo riferimento ad un numero limitato di operatori economici, laddove siffatta esigenza sia connessa e proporzionata all'oggetto dell'appalto di cui trattasi. La Corte ha peraltro precisato che, poiché tale ipotesi costituisce una situazione eccezionale, i requisiti in questione non possono assurgere a regola generale nella normativa nazionale». In senso analogo, in precedenza, C.G.U.E., sez. V, 10 ottobre 2013, n. 94, C-94/12, in *Foro amm. C.d.S.*, 2013, X, 2630 ss.

⁸³ Le imprese partecipanti al R.T.I., invero, potrebbero trovarsi nell'impossibilità di ricorrere all'avvalimento interno (la facoltà di avvalersi di imprese ausiliarie esterne sembrerebbe, invece, sempre garantita), dovendo rispettare – allo stesso tempo – sia il divieto di 'doppio utilizzo' dei requisiti, sia le percentuali minime e massime di questi ultimi imposte dai documenti di gara. In giurisprudenza cfr. Cons. Stato, sez. III, 5 marzo 2018, n. 1339, in *Giustizia-amministrativa.it*, nella parte in cui si chiarisce che «nel caso in cui il bando preveda [...] una percentuale massima di requisiti con i quali è consentito alla mandataria la partecipazione alla procedura, l'avvalimento interno è ammesso a favore delle mandanti purché non comporti il superamento del suddetto limite».

⁸⁴ Cfr. l'art. 48, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016, ove si prevede che «[l]e stazioni appaltanti possono richiedere ai raggruppamenti di operatori economici condizioni per l'esecuzione di un appalto o di una concessione diverse da quelle imposte ai singoli partecipanti, purché siano proporzionate e giustificate da ragioni oggettive».

⁸⁵ G.P. Cirillo, *Commento all'art. 89*, cit., 1171: «[n]aturalmente il pur lodevole intento del legislatore non ha escluso il pericolo di una utilizzazione distorta dell'istituto».

⁸⁶ M. Mazzamuto, *I raggruppamenti temporanei d'impresa tra tutela della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, cit., 182: «la sommatoria delle capacità imprenditoriali delle imprese riunite potrebbe essere solo apparente e nascondere invece, a danno dell'amministrazione una sostanziale o effettiva inidoneità all'esecuzione dell'appalto». Cfr., in giurisprudenza, Cons. Stato, sez. IV, 17 ottobre 2012, n. 5340, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, X, 2603 ss., nella parte in cui si evidenzia il rischio di una patologica «duplicazione di benefici "ampliati».

Sembrirebbe tuttavia che, ferma restando l'importanza del corretto esercizio dei poteri di controllo da parte delle stazioni appaltanti, permangano tuttora alcune criticità sul versante normativo che suggeriscono – in ottica *de jure condendo* – l'opportunità di una riforma della disciplina in materia. A tale scopo, ci si limita a segnalare in chiusura due criticità sulle quali si potrebbe avviare un dibattito nelle diverse sedi competenti: la non chiara distinzione tra le fattispecie del raggruppamento temporaneo di imprese con avvalimento interno e dell'avvalimento tra imprese singole con subappalto in favore dell'ausiliaria; e la relazione tra l'avvalimento interno al R.T.I. (con correlato scambio di risorse tra i vari componenti) e il rispetto del piano di riparto dell'esecuzione indicato in sede di offerta.

vi» della partecipazione, che, lungi dal consentire alla pubblica amministrazione appaltante di ottenere una più ampia partecipazione alla gara e quindi una maggiore qualificazione tecnico-finanziaria dell'offerta, finiscono con il rappresentare una possibile dequalificazione dell'offerente».

Raggruppamenti temporanei di imprese e avvalimento: relazioni giuridiche e principali criticità

Il presente contributo ha come oggetto lo studio delle relazioni giuridiche tra gli istituti del raggruppamento temporaneo di imprese e dell'avvalimento, entrambi finalizzati a incentivare la massima partecipazione degli operatori economici ai procedimenti a evidenza pubblica.

A tale scopo, la classificazione proposta si fonda sugli schemi del 'cumulo' e dell' 'alternatività', con l'obiettivo di evidenziare i differenti rapporti di concorrenza o di convergenza che possono connotare i due strumenti di cooperazione tra imprese.

Una volta tracciata la suddetta distinzione, l'analisi si concentrerà sulle principali criticità che interessano la fattispecie del ricorso all'avvalimento da parte di imprese raggruppate. Una particolare attenzione sarà dedicata alle figure dell'avvalimento interno ed esterno al raggruppamento nonché ad alcune questioni di 'forma' nell'ambito della più generale distinzione teorica tra 'avvalimento-contratto' e 'avvalimento-risultato'.

Temporary groupings of companies and pooling: juridical relations and main critical areas

The purpose of this contribution is to study the legal relationships between the institutions of the temporary grouping of companies and of pooling, both aimed at encouraging the maximum participation of economic operators in public proceedings.

To this end, the proposed classification is based on 'accumulation' and 'alternation' schemes, with the aim of highlighting the different relationships of competition or convergence that may characterise the two instruments of cooperation between enterprises.

Once the above distinction has been drawn, the analysis will focus on the main critical issues affecting the case of recourse to the use of grouped enterprises. Particular attention will be paid to the internal and external figures in the pooling of the group, as well as to some issues of 'form' within the more general theoretical distinction between 'pooled contracts' and 'pooled results'.

PPI for a sustainable economy: sustainable supply chain management in the agri-food sector*

M.T. Paola Caputi Jambrenghi, Giuseppe Colella

SUMMARY: 1. Agri-food logistics chain and Sustainable Supply chain management: a reflection from a managerial point of view. – 2. Public Procurement of Innovation as a tool for innovation in an eco-sustainable economy. – 3. The PPI in the FiLO project. Innovation in the agri-food chain. – 4. The different forms of innovation contracts: the competitive procedure with negotiation. – 5. (*Follows*) The competitive dialogue. – 6. Business networks for the development of the agri-food chain in the procedures for awarding public contracts. – 7. Innovation in agri-food sector and marketing prospects for the sustainable development of the territory.

1. Agri-food logistics chain and Sustainable Supply chain management: a reflection from a managerial point of view

Among the greatest importance issues in the international economic debate there are the themes of sustainability and innovation.

The theme of sustainability, today, fills great centrality, such as to determine a significant change the economic, social and environmental scenario at global level. In this perspective, the United Nations intend to undertake to pursue sustainable development targets through the Agenda 2030 action plan, where sustainability is framed as a key driver¹. This new paradigm strongly affects towards implementation of a strategy that encases the three pillars of sustainability.

In such a broad and complex context, the territories play a key role, now called to face important challenges for their development from a sustainable per-

* This work is the result of a common reflection of the authors. Moreover, paragraphs 1 and 7 were written by Giuseppe Colella, paragraphs 2-6 by M.T. Paola Caputi Jambrenghi

¹ M. Rama, S. González-García, E. Andrade, M.T. Moreira, G. Feijoo, *Assessing the sustainability dimension at local scale: Case study of Spanish cities*, in *Ecological Indicators*, 2020, 117 ss.

spective² in order to guarantee resilience to the populations who reside there³, to withstand the complexity and speed of socio-economic, technological and environmental changes taking place to ensure their survival⁴ and to strengthen their competitiveness⁵. Indeed, although the concept of territorial and urban competitiveness has assumed relevance only in recent decades⁶, remains to implement in terms of policies that allow territories to promote a development that also includes local entrepreneurship⁷. However, the concept of competitiveness has proven to be quite useful and resilient in practical policy making and analysis⁸.

Based on these preliminary considerations, it is possible to take steps to evaluate how the final objective of sustainable development for the growth and protection of the territory can be achieved, through a reconstruction that uses different perspectives typical of the disciplines of management and marketing, offering in this sense important reflections strictly linked to the PPI discipline. In particular, we intend to briefly address the issue of sustainable development of the territories here, passing through the agri-food logistic chains, which drivers of resilient, innovative and sustainable territorial development⁹. In this sense, the scientific debate is constantly evolving, focusing in particular on the methods of creating replicable innovative models, in relation to the organization of agri-food logistic chains capable of contributing to the achievement of sustainability objectives at different levels¹⁰. These reflections are based on an innovative project

² For more details, S. Barile, M. Saviano, F. Polese, P. Di Nauta, *Il rapporto impresa-territorio tra efficienza locale, efficacia di contesto e sostenibilità ambientale*, in *Sinergie Italian Journal of Management*, 2013, 90, 25 ss.; P.M. Paniccia, P. Silvestrelli, L. Leoni, S. Baiocco, *Imprese agricole, territorio e turismo in sinergia per lo sviluppo sostenibile*, in *Impresa Progetto – Electronic Journal of Management*, 2017, 3; P. Ugolini, *Approccio alla sostenibilità nella governance del territorio*, Milano, 2010.

³ M. De Rosa, *La sostenibilità e lo sviluppo sostenibile nell'economia agroalimentare e nello sviluppo rurale*, in *Connessioni per lo sviluppo sostenibile*, 2019, 32; G. Mazzeo, *Resilienza, circolarità, sostenibilità. Urbanistica Informazioni*. Special Issue X, Giornata di Studio INU "Crisi e rinascita delle città", a cura di Francesco Domenico Moccia, Marichela Sepe, 2018, 272, 218 ss.

⁴ G. Colella, *Competitività e sviluppo dei territori nel mediterraneo. Un approccio integrato alla funzione di marketing*, in *Annali del Dipartimento Jonico in sistemi giuridici ed economici del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture*, 2019, 7, 137 ss.

⁵ G. Colella, *op. cit.*; A. Deffner, T. Metaxas, *Place marketing, local identity and branding cultural images in Southern Europe: Nea Ionia, Greece and Pafos, Cyprus*, In: Ashworth, G. & Kavaratzis, M., *Towards Effective Place Brand Management*, Cheltenham, 2010, 49 ss.

⁶ In this sense Krugman (1996) has argued that the whole debate on competitiveness per se (not only at the urban level) is badly grounded and, thus, futile.

⁷ See, J. Gough, A. Eischitz, *The construction of mainstream local economic initiatives: mobility, socialization, and class relations*, in *Economic Geography*, 1996, 72(2), 178 ss.; V. Lember, T. Kalvet, R. Kattel, *Urban competitiveness and public procurement for innovation*, in *Urban studies*, 2011, 48(7), 1373 ss.

⁸ V. Lember, T. Kalvet, R. Kattel, *op. cit.*

⁹ D. Biolghini, *Terra e Cibo, per costruire una comunità resiliente*, in *Scienze del Territorio*, 2019, 7, 168-177.

¹⁰ C. Cicatiello, B. Pancino, S. Franco, *Un modello per la valutazione della sostenibilità territoriale delle filiere agroalimentari: struttura e applicazione alla sfera ambientale*, 1st AIEEA Conference – *Towards a Sustainable Bioeconomy: Economic Issues and Policy Challenges*, 2012; E. Forte, L. Siviero, *Modelli di trasformazione*

already operational on the Italian national territory which incorporates the issues of sustainability and technological and organizational innovation of the agri-food logistics chains. This is the “FiLO - Logistics and Organization” Project which, in addition to promoting and encouraging sustainability through organizational efficiency in the agri-food supply chains, has the main objective of providing companies in the agri-food sector and the logistics supply chain with a high level of technological, methodological and organizational innovation, through the implementation of replicable models.

The current highly globalized and internationalized economic context has led an intensification of international exchanges in which companies increasingly aim at the total availability of their products throughout the year, increasing the strategic importance of the logistics function both for their competitive positioning and to preserve their identity in a global and open market¹¹. Indeed, it is precisely the logistics function that today arouses a strong interest both for scholars and for the implementation of innovative development policies, representing a solid strategic development lever for both companies and the territories of the various countries¹². In particular, among the various sectors committed to guarantee the highest levels of efficiency from the logistical point of view, a central role is assumed by the agri-food industry, above all thanks to the characteristics of this sector which has a favourable impact, as well as on world food, on the same logistic function¹³. In this sense, it seems very clear that the logistic func-

del territorio in metropoli e filiere territoriali logistiche, in *Sistemi di Logistica*, n.1/2010, 7-ss.; E. Forte, L. Siviero, *Trasformazione logistica e città metropolitane del Mezzogiorno*, in *Rivista economica del Mezzogiorno*, 2013, 27(1-2), 121 ss.; E. Forte, D. Miotti, *L'outsourcing, la terziarizzazione dei trasporti e delle logistiche nelle filiere traslog*, in 17th annual conference of SIET, Società Italiana di Economia dei Trasporti e della logistica, 2015.

¹¹ M. De Martino, *La gestione della logistica nelle filiere agroalimentari: alcune evidenze empiriche in Campania*, in *Economia agro-alimentare*, 2012, 2, 41 ss.; M. De Martino, V. Carbone, A. Morvillo, *Value creation in the port: opening the boundaries to the market*, in *Maritime Policy & Management*, 2015, 42(7), 682 ss.; E. Maruccci, *Le piattaforme logistiche come strumento di competitività del territorio*, in *Quaderni archivio Urbanistica*, 2002, 4 (117), 46 ss.; G. Colella, M.T.P. Caputi Jambrenghi, *Sustainable Supply Chain in the Agri-Food Sector in South-Italy as an Eco-Sustainability Tool for Innovation and Territorial Development*, 2020, in *Journal of Management and Sustainability*, 10(2), 83 ss.; E. Forte, D. Miotti, op. cit.

¹² P. Pulina, G. Timpanaro, *Ethics, sustainability and logistics in agricultural and agri-food economics research*, in *Italian Journal of Agronomy*, 2012, 33 ss.

¹³ C.N. Verdouw, R.M. Robbmond, T. Verwaart, J. Wolfert, A.J. Beulens, *A reference architecture for IoT-based logistic information systems in agri-food supply chains*, in *Enterprise information systems*, 2015, 12(7), 755 ss.; From an environmental sustainability perspective, the cold chain of perishable food plays an important role. In this case, perishable and short-lived foods (such as fresh fish and processed meat products) require a temperature-controlled food supply chain, and such products need to be provided in a safe manner to ensure high-quality delivery to the market. We note that in order to ensure food safety and quality, reference regulations play an important role in strengthening the application of innovative technologies and cutting-edge management methods for the best cold chain management of perishable foods. Therefore, considering that the modern food supply chain is one of the greatest damage to the environment, it is necessary to reconsider the traditional management model. In particular, future research areas may involve the use of management models implemented through Industry 4.0 technology that can minimize consumption and waste and make food sup-

tion must follow an orientation linked to the network of companies belonging to the sector¹⁴ and must be able to adapt to the current economic paradigm which is characterized by its disruptive and continuous evolution both in terms of process and service¹⁵. Therefore, today it is important to consider the implementation of innovative management models from the technological and organizational point of view, capable of withstanding the continuous environmental disturbances affecting the various logistic networks of the agri-food chain¹⁶.

The important and interesting specialty of the sector made it possible to analyse the state of evolution of the “FiLO project - Filiera Logistica e Organizzazione”, financed with EU public funds (i.e. PSR 2014-2020 - Measure 16 - Sub Measure 16.1 Support for the establishment and management of PEI Operational Groups in the area of productivity / sustainability of agriculture - Umbria region, Italy) which has as its main objective to bring a high level of technological, methodological and organizational, through the implementation of replicable models¹⁷. Thus, from the analysis of this innovative project that sees the agri-food logistics supply chain as the protagonist, various managerial scenarios emerged to be considered to support the entire logistics and territorial system from an innovative and sustainable perspective, such as the sustainable supply chain system management.

The agri-food logistics chain, today, is no longer limited to mere production and transformation activities of the agri-food industry, but integrates activities relating to intermediation, distribution and catering within the agri-food logistics chain, extending and generating a virtuous induced with a turnover of €

ply sustainable; on the topic see: M. Babagolzadeh, A. Shrestha, B. Abbasi, Y. Zhang, A. Woodhead, A. Zhang, *Sustainable cold supply chain management under demand uncertainty and carbon tax regulation*, in *Transportation Research Part D: Transport and Environment*, 2020, 80, 102-245; A. Gallo, R. Accorsi, G. Baruffaldi, R. Manzini, *Designing sustainable cold chains for long-range food distribution: Energy-effective corridors on the Silk Road Belt*, in *Sustainability*, 2017, 9(11), 2044 ss.; M. Göransson, F. Nilsson, Å. Jevinger, *Temperature performance and food shelf-life accuracy in cold food supply chains – Insights from multiple field studies*, in *Food control*, 2018, 86, 332 ss.; P. Vrat, R. Gupta, A. Bhatnagar, D.K. Pathak, V. Fulzele, *Literature review analytics (LRA) on sustainable cold-chain for perishable food products: research trends and future directions*, in *Opsearch*, 2018, 55(3-4), 601 ss.; S. Zanoni, L. Zavanella, *Chilled or frozen? Decision strategies for sustainable food supply chains*, in *International Journal of Production Economics*, 2012, 140(2), 731ss.

¹⁴ C. Cerruti, F. Musso, *La logistica nei distretti industriali. Scenari di evoluzione per l'integrazione delle filiere*, in *Finanza, Marketing e Produzione*, 2004, 22 (4), 23 ss.

¹⁵ E. Forte, D. Miotti, op. cit.

¹⁶ E. Forte, D. Miotti, op. cit.; M. De Martino, op. cit.; J.G.A.J. Van der Vorst, A.J.M. Beulens, P.V. Beek, *Innovations in logistics and ICT in food supply chain networks*, in W.M.F. Jongen, M.T.G. Meulenberg (eds.), *Innovation in Agri-Food Systems*, Wageningen, 2005, 245 ss.

¹⁷ The FiLO project, first of all, implemented an internal logistics optimization system, that is, the set of specific activities that take place within and between the plants, through a careful work to improve the efficiency of each stage of production; secondly, it introduced a control and management system within the partner companies of the network, and therefore intended to develop a shared distribution platform through the use of IT tools; finally, it intended to frame a form of common supply contracts along the entire regional supply chain.

538 billion, an export of about € 42 billion and an annual employment of about 4 million employees in the sector, thus increasing the value of the entire supply chain¹⁸. In this sense, considering this extension of the agri-food logistics chain as a starting point and evaluating its strategic relevance from a sustainable perspective, the implementation of a sustainable supply chain management system plays a decisive role. It is interesting to highlight how in such a broad context the literature has been widely expressed, especially with reference to logistics outsourcing activities¹⁹ which include, in addition to the traditional activities relating to transport and storage, also those relating to the entire organizational system in which the marketing activities fall. According to Hsiao et al. (2010) logistics outsourcing activities in the agri-food chain are divided into execution activities and planning activities, identifying different levels of involvement of logistics operators, such as the simple carrying out of executive transport activities, in forms of full outsourcing or of global logistics outsourcing relating to the management of orders, transport, marketing activities, etc. Therefore, the importance, but above all the need to create a synergistic system of cooperation between the different levels of activity of the operators present in the agri-food logistics chain, which makes up a large, complex, shared and sustainable distribution network, appears in all its evidence.

Therefore, considering the entire logistics system from a sustainable perspective, the companies in the supply chain, using this logic, tend to improve the management of the entire logistics network, in particular taking into account a system of sustainable supply chain management²⁰. According to Naik & Suresh

¹⁸ P. Pulina, G. Timpanaro *op cit.*; see also: The European House Ambrosetti, *La creazione di valore lungo la filiera agroalimentare estesa in Italia*, position paper 2019 [http://adm-distribuzione.it/wp-content/uploads/2019/11/Position-Paper_La-creazione-di-valore-lungo-la-filiera-agroalimentare-estesa-in-Italia.pdf] – To better understand the phenomenon, it is interesting to highlight its significance at the Italian national level. In this sense, a latest study by The European House – Ambrosetti (2019) shows that food consumption in Italy contributes to 14.1% of GDP, representing 23.2% of the country's total consumption with a value of approximately 242.9 billion € in 2018.

¹⁹ E. Forte, D. Miotti, *op. cit.*; M. De Martino, *op. cit.*; H.I. Hsiao, J.G.A.J. Van der Vorst, S.W.F. Omta, *Logistics outsourcing in food supply chain networks*, in: Bijman J. *et al.* (eds.), Wageningen. Wageningen Academic Publishers, The Netherlands, 2006, 135 ss.; H.I. Hsiao, R.G.M. Kemp, J.G.A.J. Van der Vorst, S.O. Omta, *A classification of logistic outsourcing levels and their impact on service performance: Evidence from the food processing industry*, in *International journal of production economics*, 2010, 124(1), 75 ss.

²⁰ A driving role in this process of evolution was undoubtedly played by technological innovation and the disruptive development of information and communication technologies (Information and Communications Technology) in the industrial sector, making the logistics function more and more an important strategic, complex and computerized lever. In this context, even the management principles of the entire supply chain system have had to adapt to the current highly technological and computerized context, making themselves capable of constantly seeking cutting-edge solutions, such as the optimization of production processes, the reduction of costs. within companies, the creation of virtuous induced activities through the outsourcing of various activities that incorporate different distinctive skills and the increase in the overall efficiency of the agri-food logistics chain, making it innovative and sustainable from an environmental, economic and social point of view.

(2018) the agri-food supply chain invests all those activities along the supply chain from production, transformation, distribution and retail to the final consumer, configuring itself as a globally interconnected system characterized by complex relationships, such as to influence the method of production, processing and delivery of food on the market²¹. On this line, it is clear that in order to achieve a management that guarantees the minimization of the environmental impact of all stages of the supply chain, it is important for companies to guarantee increasingly safe and certified products and services capable of fostering an increasingly attentive final demand and informed.

Furthermore, the constant evolutions that have affected the agri-food chain have pushed the companies of the network to rethink their management models in terms of logistics function in an increasingly extended, innovative and sustainable perspective both from a technological and organizational and strategic point of view. Thus, it is precisely this new approach that acts as a driving force for the consolidation of relationships and the birth of new forms of collaboration between companies operating within the same supply chain. Therefore, as already highlighted, logistics and the whole complex system of sustainable supply chain management continue to be of great interest as they are important strategic levers for the development of the country, In particular, because the logistic is intrinsically connected to the issues linked to territorial development, public and private interventions affecting infrastructures and the impact it has on employment, with significant socio-economic consequences²². It seems clear, therefore, that the entire agri-food logistics chain system can undoubtedly intersect with other functions, such as territorial marketing, in support of the global development of the territory.

²¹ D. Burch, G. Lawrence, *Supermarket own brands, supply chains and the transformation of the agri-food system*, in *International Journal of Sociology of Agriculture and Food*, 2005, 13 (1), 1 ss.

²² M. De Martino, op. cit; G. Mazzeo, *Campania: territorio e città di fronte alla sfida della logistica*, in *Journal of Land Use, Mobility and Environment*, 2010, 3(2), 17 ss.; G. Mazzeo, *Resilienza, circolarità, sostenibilità*, in *Urbanistica Informazioni*. Special Issue X Giornata di Studio INU "Crisi e rinascita delle città", a cura di Franco Domenico Moccia, Marichela Sepe, 2005, 272, 218 ss.

2. *Public procurement of innovation as a tool for innovation in an eco-sustainable economy*²³

It is necessary to identify the legal instruments that the legal system makes available to administrations and business networks for the implementation of these innovation inspired territorial management strategies. These are tools that must allow the promotion of services, supply chains and logistic tools that are effective and sustainable for their impact. This research has to shift attention

²³ For bibliographic references relating to paragraphs 2, 3, 4, 5 and 6, see Albisinni F., *Alimenti e salute: la prospettiva del diritto agroalimentare*, in *Riv. dir. agr.*, I, 2014, 449; Id., *Scienze della vita, produzione agricola e lawmakers: una relazione incerta*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2018, 729; Id., *Strumentario di diritto alimentare europeo*, IV ed., Milano, 2020, 63; Bernardi A., *Il principio di legalità alla prova delle fonti sovranazionali e private: riflessi sul diritto penale alimentare*, in www.rivistadirittoalimentare.it, 2015, 43; Borghi P., *Diritto alimentare italiano e integrazione europea*, in *Riv. dir. agr.* 2012, I, 8; P. Borghi, S. Rizzoli, L. Costato, V. Paganizza, L. Salvi, *Compendio di diritto alimentare*, Padova, 2019; A. Brandonisio, *Il fenomeno dell'Italian Sounding e la tutela dell'agroalimentare italiano*, in *Cultura e diritti*, 2019, 101; M. Brocca, *Cibo e cultura: nuove prospettive giuridiche*, in *Federalismi.it*, 2017, 19, 21; Id., *Paesaggio e agricoltura a confronto. Riflessioni sulla categoria del "paesaggio agrario"*, in *Riv. giur. edil.*, 2016, 1; I. Canfora, *Il principio di precauzione nella governance della sicurezza alimentare: rapporti tra fonti in un sistema multilivello*, in *Riv. dir. agrario*, 2017, 447; Id., *Organizzazione dei produttori agricoli*, in *Digesto disc. priv.*, 2018, 355; V. Caputi Jambrenghi, *Interventi sul territorio extraurbano. Ecomusei, paesaggi, periferie*, in www.giustamm.it, n. 11, 2019; L. Costantino, *La problematica degli sprechi nella filiera agroalimentare. Profili introduttivi*, Bari, 2018; L. Costato, *Innovazione tecnologica, agricoltura e alimentazione: una sfida risalente*, Editoriale, in www.rivistadirittoalimentare.it, n. 2, 2019; R. Dipace, M. D'Orsogna, L. Giani, *Coesione, sostenibilità e sviluppo territoriale: valorizzazione delle aree interne e prospettiva macroregionale*, in (a cura di) G. Colombini, M. D'Orsogna, L. Giani, A. Police, *Infrastrutture di trasporto e sistemi di regolazione e gestione*, Napoli, 2018, 1087; N. Ferrucci, *Agricoltura e ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 2014, 323; F. Follieri, *Decisioni precauzionali e Stato di diritto. La prospettiva della sicurezza alimentare*, II parte, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2017, 61; C. Galli, *Globalizzazione dell'economia e tutela delle denominazioni di origine dei prodotti agro-alimentari*, in *Riv. dir. ind.*, 2004, 60; A. Germanò, M.P. Ragionieri, E. Rook Basile, *Diritto agroalimentare. Le regole del mercato degli alimenti e dell'informazione alimentare*, Torino, 2014; F. Girinelli, *La gestione del rischio alimentare: certezze consolidate e prospettive per il futuro*, in www.rivistaadga.it, n. 5, 2019; A. Jannarelli, *Cibo e diritti. Per un'agricoltura sostenibile*, Torino, 2015, 160; C. Losavio, *Confini e contenuti della materia alimentazione*, in *Riv. dir. agr.*, 2017, 658; G. Maccioni, *Spreco alimentare. Regole e limiti nella transizione verso modelli agroalimentari sostenibili*, Torino, 2018; S. Manservigi, *Verso un uso sostenibile dell'energia, il miglioramento dell'efficienza energetica e la creazione di modelli di produzione di consumo sostenibili anche nel settore alimentare*, in *Riv. dir. agr.*, 2017, 297; S. Masini, *Alla ricerca dei principi del diritto alimentare*, in *Dir. agroalim.*, 2016, 125; G. Mastrodonato, *Diritto alimentare e ambiente. Prospettive del diritto alimentare tra le sfide della globalizzazione e del Covid-19*, in *Nuove autonomie*, n. 2/2020, 433 ss.; R. Palma, *Agro-ecologia e indicazioni geografiche tra magia e razionalità nel diritto dell'ue e dell'omc: reinventare le designazioni d'origine per preservare l'economia rurale, il patrimonio culturale e l'ambiente*, in *Riv. dir. industriale*, 2017, 265; L.R. Perfetti, *Principi della disciplina pubblicistica dell'alimentazione. Premesse ad un diritto amministrativo dell'alimentazione*, in *Riv. dir. agr.*, 2014, 1; P.L. Portaluri, G. De Giorgi Cezzi, *La coesione politico territoriale: i rapporti con l'Europa e coordinamento Stato-autonomie*, in P.L. Portaluri, G. De Giorgi Cezzi, *La coesione politico territoriale*, vol. II, nella Collana L. Ferrara, D. Sorace, a cura di, *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze, 2016, 9; G.A. Primerano, *Ambiente e diritto agroalimentare. Organizzazione, regolazione e controlli*, in *Dir. amm.*, 2019, 617; Id., *Il carattere multifunzionale dell'agricoltura tra attività economica e tutela dell'ambiente*, in *Dir. amm.*, 2019, 837; M. Ramajoli, *Dalla food safety alla food security e ritorno*, in *Amministrare*, 2015, 271; Id., *La giuridificazione del settore alimentare*, in *Dir. amm.*, 2015, 657; G. Rossi, *Diritto dell'ambiente e diritto dell'alimentazione*, in *RQDA*, n. 1, 2015; R. Rota, *La multifunzionalità agricola nel rapporto ambiente-società*, in www.astrid-online.it, 2017, 7; P.M. Vipiana, *Musei legati al cibo: introduzione ad uno studio giuridico*, in *Il Dir. dell'econ.*, 2018, 1, 143-156.

to the still little used and understood tool of Public Innovation Contracts, specific procurement procedures for the supply of innovative and environmentally friendly solutions²⁴. The procurement of innovation by public entities can have a very significant impact, directing innovation on the demand side, accessing a more rapid modernization of public services and, at the same time, opening up market opportunities for companies across the country. The Horizon 2020 program provides EU funding to initiate innovative procurement, targeting funding to potential buyers of innovative solutions: groups of public procurers, together with other procurers of different legal nature, providing services of public interest and having similar procurement needs (e.g. private entities, NGO contractors).

In particular, Horizon 2020 supports two complementary types of innovation procurement: PPIs and PCPs. Innovative public procurement (PPI) can be used by clients when public interest challenges can be realized by passing through innovative solutions that already exist on the market, although they are not yet widespread. PPI can therefore be used when procurement of new research and development (R&D) is not needed to bring solutions to market, but rather a clear signal from a considerable number of first launch users / customers willing to purchase / deploy innovative solutions, when these can be delivered with the desired quality and price at a specific time. Consider that PPI can involve compliance testing, a kind of testing that guarantees reliable feedback, before deployment.

On the contrary, pre-commercial procurement (PCP) is certainly used by clients when there are no solutions on the market yet close to the client's innovation needs, which meet all the specific requirements and innovation needs of the client itself: in this case, the need arises for new research and development to obtain innovative solutions developed and tested to meet procurement needs. The PCP therefore makes it possible to compare the pros and cons of the alternative solutions offered and reduce the risk that the "in the dark" purchase of an innovative solution can involve, step by step through the design of the solution,

²⁴ The doctrinal contributions and those of administrative jurisprudence on procurement in general, even if only to limit themselves to those offered after the enactment of the 2016 Code, are many and very relevant. In this analysis we intend to offer clarity on the simplicity of use of innovative contracts on which, on the contrary, the interest of the doctrine only begins to manifest itself today, where jurisprudence does not offer clear interpretations. In fact, this instrument, while constituting a driving force for the country's economy, has very little use on the national territory, so that no question relating to innovative contracts has ever landed in the classrooms of administrative judges. Among the first contributions after the 2016 code, see Fracchia F. e Carrozza L., "Il difficile equilibrio tra flessibilità e concorrenza nel dialogo competitivo disciplinato dalla direttiva 2004/18/CE", 2004, in www.giustamm.it; Sambri S., *Il dialogo competitivo: ambito di applicazione e portata innovativa nel sistema normativo degli appalti pubblici*, Convegno IGI, 13 luglio 2004; Clarich M., *Il dialogo competitivo come forma di collaborazione tra pubblico e privato*, Seminario Comitato 4P, Roma 27 settembre 2005; M.P. Chiti, *Il partenariato pubblico privato e la direttiva concessioni*, in Finanza di Progetto e PPP: temi europei, istituti nazionali e operatività a cura di G. F. Cartei e M. Ricchi, Editoriale Scientifica, 2015; M. Ricchi, *L'architettura dei Contratti di Concessione e di PPP nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici D.Lgs. 50/2016, 29 luglio 2016*, in giustizia-amministrativa.it 2016.

prototyping, development and the first product test. The pre-commercial one is a public procurement of research and development services that does not include the distribution of commercial volumes of final products (for which, instead, the use of the PPI is correct)²⁵.

3. *The PPI in the FiLO project. Innovation in the agri-food chain*

The FiLO project, which was briefly discussed in this paper, showing how it meets all the “criteria” and objectives referred to here, used a PPI tool, in particular the partnership for innovation, governed by art. 65 of the code of contracts contained in the legislative decree 18 April 2016, n.50. This is a much-discussed regulatory text and, also for this reason, subject to continuous changes, which envisaged some new institutes, or the strengthening of existing ones, to generate a significant contribution of innovation, within the public administration through the public demand for works, services and supplies. The *ratio* of innovative public procurement is, in fact, that of saving in economic terms, or in environmental terms, so that the aim is to procure innovative solutions, fundamental for concrete economic development, which are safeguarded by environmental protection and regeneration standards, in perspective of the well-being of the populations and of the requalification of the territory.

The purpose of Public Procurement is to find resources from the market that are not usable within public administrations, optimizing the quality of public spending, through the generation of a constant balance between user / citizen needs and the use of resources. available.

The institute of the partnership for innovation, used in the FiLO project, identifies an additional public procurement procedure that must necessarily be

²⁵ Horizon 2020, the EU framework program for the promotion of research and innovation, offers different types of support for clients: coordination and support actions (CSA) are aimed at supporting the coordination and networking activities of groups of clients, in order to investigate the feasibility and prepare the ground for future innovation procurement. PCPs and PPIs co-finance both procurement costs for groups of clients to purchase research, development and testing (PCP) or implementation (PPI) of innovative solutions, and coordination and network costs to prepare, manage and follow this type of procurement. At least two public procurers from two different EU Member States or Horizon 2020 Associated Countries are required in the Buyer Group, one of which will act as the primary buyer to coordinate and lead a joint PCP or PPI procurement or several separate but coordinated PPI procurements for the buyer group. In addition, other clients, e.g. individuals or NGOs can be part of the buyer group. Other entities (e.g. Experts, certification bodies) may also participate in coordination and networking support activities, with the exception of potential suppliers of tender solutions or those who have another potential conflict of interest with the tender. Entities made up of several public clients from different countries that meet the minimum requirements and have a mandate to tender on their behalf can apply for funding as a single participant (e.g. European territorial cooperation groups - EGTCs, consortia for European research infrastructures - ERIC, central purchasing bodies, etc.).

used only in the event that the needs of public buyers cannot be met by using solutions already available on the market.

This case is governed by art. 65 of Legislative Decree n. 50/2016 and it concerns not only research and development, but also the large-scale marketing of final products and / or services. Unlike the other procedures mentioned above, the peculiarity of the partnership for innovation lies in the fact that the entire innovative process takes place during the execution of the contract itself. The contracting entities must indicate, within the tender documents, the minimum requirements that all economic operators must meet, making them explicit in a clear and timely manner, so as to allow them to identify the nature of the contract and decide whether to participate or less to the procedure. The same, to re-enter the qualitative selection, can formulate a request to participate in response to a call for tenders (or a call for competition), within thirty days of its publication, attaching the information requested by the contracting authority.

Subsequently, the contracting authority may establish the partnership for innovation, inviting one or more economic operators, who carry out research and development activities separately. Contracting authorities negotiate both initial offers and all other subsequent offers submitted by economic operators in order to improve their content, with the exception of final offers, minimum requirements and award criteria. This negotiation can also take place in some stages, in order to minimize the offers to be negotiated, in compliance with the award criteria expressly specified in the tender notice or in the invitation to confirm interest.

The innovation partnership process is divided into three phases: the selection, during which one or more partners (possibly aggregated by means of a network contract) are identified by the contracting authorities at the beginning of the procedure, on the basis of their skills and abilities; the research and development phase, during which the partners develop the new solution with the help of the public buyer. This phase can in turn be divided into other sub-phases, for the development of prototypes, the evaluation of new ideas, quality control, etc. It goes without saying that during this succession of phases, some partners may fail, on the basis of the selection criteria defined by the call; finally, there is the commercial phase, during which the partners who remained in the competition provide the final innovative solutions.

It can be said that the partnership for innovation represents one of the tools that have carried out the pursuit of innovation and environmental protection. This is a particular form of public-private partnership that accesses a special and flexible tender procedure for the award of complex, long-term and innovative

procurement contracts, in a specialty relationship compared to the competitive procedure with negotiation²⁶.

4. *The different forms of innovation contracts: the competitive procedure with negotiation*

One of the major innovations introduced by EU legislation is that of the use negotiated procedures in the field of public procurement which lead to the adoption of complete and already applicable solutions, of a very complex nature: the competitive procedure with negotiation and the competitive dialogue. These are specific procedures for innovation, united by the peculiarity of having a spur effect for the market to propose new, more effective and smart solutions, able to meet the needs of an increasingly demanding society; they do not aim only to improve existing technology, but to achieve the right balance in the use of financial resources, which acts as the glue between public interest and private companies.

In this perspective, the contract code grants public buyers the possibility of resorting to the PPI procedures, provided for by the rule referred to in art. 59 of Legislative Decree 50/2016 entitled “Choice of procedures”. Here it is stated that “in the award of public contracts, contracting authorities use open or restricted procedures, subject to the publication of a call for tenders. They may also use the innovation partnership when the conditions set out in article 65 exist, the competitive procedure with negotiation and the competitive dialogue when the conditions set out in paragraph 2 exist and the negotiated procedure without prior publication of a tender notice when the conditions envisaged by article 63” (first paragraph) exist, granting the possibility of calling a competitive procedure with negotiation, notwithstanding the general rule of prior publication of a tender notice, albeit in very exceptional circumstances.

The competitive procedure with negotiation is governed by art. 62 where any economic operator is provided to submit an application to participate, in response to a call for competition, providing the information requested by the contracting authority, in order to allow the latter to carry out the qualitative selection of the bidders concerned to participate. The information provided by the contracting authority (subject of the contract, description of the buyer’s needs, characteristics required for the supplies, works or services to be procured, specification of the award criterion and minimum requirements that the tenderers must meet), must be sufficiently precise to allow economic operators to identify the nature and scope of the contract, so that they can make an informed deci-

²⁶ C. Chiariello, *Il partenariato per l’innovazione*, in *Giustamm*, 2016, 2.

sion whether to participate in the procedure. The minimum deadline for receipt of requests to participate is set at thirty days from the date of transmission of the tender notice or, when the tender is announced by means of a prior information notice, from the date of dispatch of the expression of interest in participating in procedure by the economic operator. After careful evaluation of the information provided by the economic operators, the contracting authority will invite the operators it deems to have the required requirements to submit an initial offer which forms the basis for subsequent negotiation. Also in this case, the minimum deadline to receive the initial offers is set at thirty days, except for cases of reduction of the deadlines provided for by art. 61, entitled “Restricted procedure”, in paragraphs 5 and 6. Without prejudice to the possibility for the contracting authorities to proceed with the award on the basis of the initial offers – if provided for in the tender notice or in the invitation to confirm interest – these they negotiate their initial offers and all subsequent offers with economic operators in order to improve their content. Final offers, minimum requirements and award criteria are not subject to negotiation.

During the negotiation, contracting authorities are always required to ensure equal treatment between all bidders, observing the prohibition on providing information that may benefit some bidders to the detriment of others, as well as disclosing to other participants confidential information communicated by a bidder participating in the negotiations, without the latter’s agreement; they also have the duty to inform in writing all tenderers remaining in the tender of changes to technical specifications or other tender documents, other than those that set minimum requirements, allowing bidders sufficient time to modify and resubmit, where appropriate, modified offers.

In order to be able to access the innovative solutions sought, the contracting authority will have to pay particular attention to the formulation of the functional and performance requirements of the operators, as well as the criteria for assessing the quality and, possibly, to the provision of a real prototyping phase. This is a procedure that offers public buyers greater flexibility in awarding contracts, as well as the opportunity to find innovative solutions immediately available on the market. The undisputed advantage of the competitive procedure with negotiation is to bring public buyers closer to the industry, encouraging direct dialogue on the specific characteristics that innovative solutions must offer to meet the needs of the buyer.

5. (Follows) *The competitive dialogue*

Another opportunity for public buyers to equip themselves with innovative smart solutions was introduced by the code of public contracts with the discipline (art. 64) of the competitive dialogue. This is a procedure divided into two phases, where the public purchaser, after a motivated decision on the use of the competitive dialogue procedure, to be awarded solely on the basis of the criterion of the offer with the best quality / price ratio (OEPV), to the inside a purely descriptive document, sets out its needs, establishes the minimum requirements and describes the criteria for awarding the contract. In the competitive dialogue, any economic operator can submit an application to participate, responding to a call for tenders or a call for competition, providing the information required by the contracting authority for the qualitative selection. The minimum deadline for receipt of requests to participate – as for the competitive procedure with negotiation – is set at thirty days from the date of transmission of the tender notice; upon expiry of the term, the contracting authority will open the dialogue only with the operators it deems to invite. Again, contracting authorities may limit the number of suitable candidates to be invited to participate in the procedure.

The dialogue has the purpose of identifying and defining the most suitable means to meet the needs of the public buyer and offers the opportunity for a fruitful discussion with market operators on all aspects of the contract, in order to improve the request. of innovative solutions. Without prejudice to the obligation to ensure fairness and impartiality, the contracting authorities cannot disclose the innovative solutions proposed by an economic operator during the dialogue, without the latter's consent. The dialogues with the operators can take place in successive phases, in order to reduce as much as possible the number of solutions to be discussed during the dialogue that will persist until the contracting authority is able to identify which solutions could best meet its needs. After declaring the dialogue with the "surviving" participants concluded, the contracting authorities invite the operators to produce a final offer, based on the solutions presented and specified in the dialogue phase. Tenders must contain all the elements necessary for the execution of the contract and, at the request of the contracting authority, they can be clarified, modified and / or refined, without affecting the essential elements of the contract, to avoid the risk that they can distort competition between operators.

The innovative potential of this procedure can be traced precisely to the wide range of proposals that the invited economic operators can present to improve the contracting authority's demand for innovative solutions. As part of such an accurate and thorough negotiation, in fact, candidates should have the

time to acquire all the relevant information, thanks to which they can provide one or more customized innovative solutions.

Another tool of the PPI are the design competitions that are usually used to design works in the urban, architectural, engineering and data processing sectors, according to the provisions of art. 3, paragraph 2, lett. ddd) of the public procurement code, although from the framework of the EU rules on PPI, this procedure is also applicable to other types of projects such as those relating to financial engineering.

Through design competitions, the public buyer grants participating operators a wide range of action. The latter, in fact, develop and propose the best solutions that can meet the needs described this time very generally in the public notice. In particular, in Articles 152 and 154 of the code, three types of competition are envisaged: the single level design competition, aimed at the acquisition of a technical and economic feasibility project; the one that consists of two degrees, divided into a first degree aimed at the acquisition of ideational proposals and a second degree for the acquisition of technical and economic feasibility projects; finally, a two-phase design competition: consisting of a first phase dedicated to the acquisition of project proposals of technical and economic feasibility and a second phase dedicated to a definitive and complete project both at an architectural and feasibility level, inherent to the structural and plant engineering part.

The evaluation of the project proposals is carried out by a jury made up of members totally unrelated to the participants and at least one third of the members of the jury must possess particular qualifications, required of the participants themselves.

The main challenge in design competitions is to ensure the application of an evaluation method that is as objective and transparent as possible, in fact there is a tendency to use a proportionate and justified combination of evaluation criteria, such as the cost of the service, the efficiency and quality of the proposed solutions.

It very often happens that public buyers, due to the existence of unsuitable solutions on the market in terms of innovation and R&D or due to the inability of existing solutions to the specific needs of the contracting authority, contract R&D services. Choosing the procurement of services in R&D represents, in fact, a valid option for all public buyers who intend to introduce a revolutionary innovation on the market or to adopt an innovative solution present in another sector to their advantage. Although setting themselves ambitious and complex objectives, if these tenders are carefully prepared, they are capable of producing very positive results in terms of more convenient costs, of better overall quality, as well as social benefits brought about by the innovative solutions implemented.

The code of public contracts allows the use of this unique procedure only for certain contracts, identified with specific codes and provided that the results belong “exclusively to the contracting authority and the contracting entity, for use in the exercise of its activity” and provided that the provision of the service is “fully remunerated by the contracting authority and the contracting entity” (Article 158, paragraph 1, sub a) and b).

Therefore, these are contracts which have as their object all services relating to scientific progress obtained in the various fields of the natural or social sciences including basic research, applied research and experimental development. The administration becomes the exclusive owner of the models produced, so the procurement of R&D services does not allow the acquisition of a model that can be replicated by companies or business networks. It therefore appears evident that in the illustration of the various PPI tools, the one that best suits the needs described in this analysis should be identified, focusing on the distribution of costs and results between the client and the service provider, in order to allow proposal of a model that can be replicated by businesses and administrations that allows the achievement of the proposed objectives in the most disparate sectors not only of the market, but more generally of life in civil society.

The code of public contracts, in the same art. 158, grants contracting authorities the possibility of also resorting to pre-commercial public procurement, “intended for the achievement of results that do not belong exclusively to the contracting authority and to the contracting entity to use them in the exercise of its activity and for which the provision of the service is not fully remunerated by the contracting authority and by the contracting entity...., in the event that the need cannot be satisfied by resorting to solutions already available on the market”.

Unlike contracts for R&D services, PCPs (Pre Commercial Procurement) provide that the public buyer does not reserve all the benefits deriving from the R&D but shares them with the economic operators, so that the public buyer grants the property rights intellectual property arising from the contract to the participating economic operators. This solution can be considered convenient by both parties: economic operators can sell the solutions to other buyers or on other markets, and public buyers can save expensive registration procedures resulting from the ownership of intellectual property rights.

The PCP contract must necessarily be of limited duration and may include the development of prototypes or limited quantities of first products or services in the form of experimental series. The purchase of commercial quantities of the products or services must not form the subject of the contract, however the latter may include the purchase of prototypes and / or limited quantities of final products or services developed during the pre-commercial procurement, when the value of the services exceeds that of the products covered by the contract.

A further double advantage that PCPs can bring is given by the reduction of the so-called “Time to market”: through PCPs, economic operators have the opportunity to implement and deal with innovative solutions for a certain period of time; moreover, public buyers benefit from being in closer contact with market players, while economic operators are able to obtain early feedback from their customers. It is a strategically very advantageous solution for innovative start-ups and SMEs that would obtain references from potential customers in a short time.

R&D contracts are also configured for supplies, although there is no ad hoc rule in the code, but a clear reference to art. 63, paragraph 3, letter a), when it allows the use of the relative procedure, in the case of public supply contracts, when “the products covered by the contract are manufactured exclusively for the purpose of research, experimentation, study or development , except in the case of production in quantities aimed at ascertaining the commercial profitability of the product or at amortizing the costs of research and development». This type of supply contracts is used for the purchase of prototypes, or first products or services obtained following the research and development, verification and evaluation phase, with the aim of finding the best alternative before purchasing in large scale on the final market. Here, too, we find ourselves in the context of the use of the negotiated procedure without prior publication of a tender notice. This procedure can be used as long as a small volume of supplies developed during a pre-commercial procurement is purchased.

Although the challenge to innovation in the Italian legal system is particularly difficult due to the lack of awareness and very limited use of this innovative tool for the improvement of the territory and the life of the community, it is believed that this brief exposition of the tools made available by the legal system can initiate the implementation of virtuous practices in the administration, so that the simplification of procedures, their greater flexibility and their functional adaptation to public sector policies, as well as the possibility of obtaining a better quality-price ratio, can make public procurement more efficient and strategic for the benefit of public buyers, economic operators and the whole of civil society.

6. *Business networks for the development of the agri-food chain in the procedures for awarding public contracts*

For some years now, business networks have represented an important and strategic instrument of industrial policy for the development of SMEs for the Regions ²⁷, especially with a view to internationalization and innovation, capable of responding to the current needs of competitive repositioning of the Italian

²⁷ Source: Reteimpresa Report 2020, based on data on network contracts drawn up by Unioncamere 2019.

production system. For this reason, some regional administrations have heavily invested and supported business aggregation processes in their territories, allowing for a significant growth in network contracts and in the number of subjects involved. At the same time, they have worked to facilitate access to funds from the 2014-2020 Community programming of business networks, through their recognition as final beneficiaries, or eligible subjects. In this context, the use of the different forms of PPI is revealed as the best tool for achieving results in the perspective of improving the territory, developing the circular economy and the local economy, while respecting the environment for future generations.

In this context, the “Farm to Fork” (F2F) strategy, a key component of the European Commission’s Green Deal, aims to transform the EU food systems by supporting the three aspects of sustainability: economic, environmental and climate, social and health ²⁸.

The strategy includes the promotion of sustainable agricultural practices, such as the so-called precision farming, organic farming and stricter standards for animal welfare or innovative methods to protect crops from pests and diseases.

Thus, entrepreneurial challenges and opportunities emerge for product and process innovation for all operators in the agri-food chain ²⁹.

²⁸ The agri-food sector is the first chain in Italy for networked companies (23% of the national total) with 8,165 companies engaged in 1,637 network contracts (InfoCamere data as of April 3, 2020). The agri-food supply chain has been classified by examining the ATECO codes A01 agricultural crops and production of animal products, hunting and related services, A02 forestry and use of forest areas, A03 fishing and aquaculture and, with reference to processing companies, C10 food industries and C11 beverage industry. Observing the data on the basis of the two types of existing network contract, the network-contract is the most widespread: 78% of agri-food companies choose this form (in absolute values 6,362 companies), compared to 22% that aggregate through networks with legal subjectivity (1,803 companies). This trend is consolidated considering the total number of network contracts in the supply chain (1,637); of which 82% is attributable to contract-networks, which represent the prevalent type (1,346 contracts) and the remaining 18% is represented by subject-networks (291 contracts).

Networked agri-food companies increased by + 4% in the 1st quarter of 2020, a rate which, if compared with that of the same period of 2019 (+ 3.2%), indicates a more sustained growth in the current year compared to last year. On a monthly basis, February (+ 1.86%) and March (+ 1.40%) are the months of greatest growth in 2020, while in April there is a decline (+ 0.54%) probably due to the first effects of ongoing crisis.

Among the sectors of the supply chain, companies engaged in agriculture, animal products, hunting and related services are the most present in the network (83%) followed by the food industry (12%). Source: Rete-impresa Report 2020.

²⁹ To better understand the drivers of innovation practices for sustainability and current practices, as well as those planned by operators in the agri-food chain, the Agricultural Economics Unit of the Sustainable Resources Directorate of the Joint Research Center has launched this project, with the aim of gathering information through literature review, semi-structured interviews administered to operators (companies and businesses, including farmers and SMEs), active in the stages of primary production, transformation, packaging, wholesale, distribution and retail detail of the food supply chain, as well as related organizations representing or serving these companies and businesses. The analysis also aims to identify how drivers and actions vary between different sectors (e.g. cereals, dairy, meat, fruit and vegetables) and different stages (e.g. farmers, processors, distributors, retailers) of chains. The objective of the strategy is to highlight the main innovation drivers for sustainability (e.g. customer demand, production costs, reputation, regulation) and the practices that operators are implementing or planning to implement in this sector.

For its part, the Italian Government, in the emergency decree issued to cope with the economic and social consequences caused by the SARS-COV-2 pandemic, has issued various provisions aimed at facilitating businesses, in particular SMEs: thus, for example, with regard to the funds provided for by the “relaunch” (law decree n.34/2020) to support, through public intervention, the capitalization of small, medium and large companies, for example by resorting to the subscription of capital increases, equity financial instruments, loans convertible bonds, the purchase of shares listed on the secondary market, etc ³⁰.

The development induced by the promotion of business networks in the agri-food chain, which in the PPI can find the best partnership tool with the local public administrations, allows a virtuous management of the territory and the quality of life of the people who populate it: in fact, they make it possible to shorten the made in Italy supply chains with the effect of having few interlocutors, organized and qualified to represent an induced group of small and very small suppliers, in order to better manage the relationship with client companies and with international customers.

Furthermore, the decree of 11 June 2020 of the MiSE ³¹ regulates criteria, conditions and procedures for the granting and disbursement of financial subsidies in support of R&D projects on circular economy issues. The measure, in implementation of art. 26, co. 1, of the law decree n. 34/2019 (so-called Growth Decree), provides that even business networks, consortia and other forms of aggregation may apply to obtain concessions (subsidized financing and direct contribution to expenditure) aimed at promoting a more efficient and sustainable use of resources in productive activities through the development of fundamental enabling technologies.

Nor should the blockchain hypothesis be neglected to oversee the agri-food chain, given that the creation of intelligent, sustainable and supportive growth cannot ignore the use of the tools provided by the technological revolution. The use of the blockchain and smart contracts in the agri-food supply chain is functional to the rebalancing of contractual positions and works to maintain the quality of the product along the path from producer to consumer.

On the other hand, the European Commission, in drafting the draft regulation of the CAP 2021-2027, identifies digital technologies as a tool aimed at improving the quality of life in rural areas and the competitiveness of European

³⁰ Business networks have the potential to allow the injection of public capital into private economic initiatives in a less invasive way than in the case of direct shareholding, but equally effective, in support of strategic business projects within the main production chains national, also in order to initiate processes of reorganization and digital and sustainable transformation that are now unavoidable in order to remain competitive in post-Covid and to encourage re-shoring initiatives.

³¹ Available on <https://www.mise.gov.it/index.php/it/89-normativa/decreti-ministeriali/2041283-decreto-ministeriale-11-giugno-2020-progetti-di-ricerca-e-sviluppo-per-l-economia-circolare>.

agricultural production. As in other areas, digital innovation and new technologies are no longer a choice, but an essential necessity for long-term growth.

Indeed, the CAP 2021-2027 identifies smart agriculture as one of the main results to be achieved, capable of providing field aid to farmers and public administrations.

Start-ups and innovative SMEs would be involved to give impetus to the digital transformation and sustainability objectives, exploiting the mechanism envisaged by the law for network contracts, which requires the prior setting of strategic objectives and criteria for measuring them and adopting monitoring systems. performance of the Network, on which the public partner would exercise the role of accountability.

7. *Innovation in agri-food sector and marketing prospects for the sustainable development of the territory*

Nowadays, sustainability represents a key point in the development of entrepreneurial strategies³² capable of making territories more resilient through the integration of the three dimensions of sustainable development: social, environmental and economic. In this context, the concepts of sustainability and supply chain management have opened an interesting debate in literature³³, which has increasingly integrated these two concepts over time³⁴.

The continuous transformations that have affected the agri-food supply chain have pushed company networks to rethink their logistics management models, making it increasingly extensive, innovative and sustainable from a technological, organizational and strategic point of view³⁵.

A leading role in this transformation process is played by the technological innovation implemented in the last decades in the industrial sector³⁶. In

³² P. Ahi, C. Searcy, *A comparative literature analysis of definitions for green and sustainable supply chain management*, in *Journal of cleaner production*, 2013, 52, 329 ss.

³³ S. Seuring, M. Müller, *From a literature review to a conceptual framework for sustainable supply chain management*, in *Journal of cleaner production*, 2008, 16(15), 1699 ss.

³⁴ P. Ahi, C. Searcy *op. cit.*; A. Ashby, M. Leat, M. Hudson-Smith, *Making connections: a review of supply chain management and sustainability literature*, in *Supply Chain Management: An International Journal*, 2012, 17(5), 497 ss.; C. Baah, Z. Jin, *Sustainable supply chain management and organizational performance: the intermediary role of competitive advantage*, in *Journal of Management & Sustainability*, 2019, 9, 119 ss.

³⁵ C. Baah, Z. Jin, *op. cit.*; A. Corallo, M.E. Latino, M. Menegoli, F. Striani, *What factors impact on technological traceability systems diffusion in the agrifood industry? An Italian survey*, in *Journal of Rural Studies*, 2020, 75, 30 ss.

³⁶ J.M. Meynard, M.H. Jeuffroy, M. Le Bail, A. Lefèvre, M.B. Magrini, C. Michon, *Desining coupled innovations for the sustainability transition of agrifood systems*, in *Agricultural systems*, 2017, 157, 330 ss.; S. Saetta, V. Caldarelli, *How to increase the sustainability of the agri-food supply chain through innovations in 4.0 perspective: a first case study analysis*, in *Procedia Manufacturing*, 2020, 42, 333 ss.

particular, in order for agri-food systems to reach high levels of sustainability, they require equally high levels of innovation³⁷ making logistics an increasingly important strategic, complex and computerized lever³⁸.

Closely linked to the phenomenon of technological innovation is the phenomenon of the modernization of territories, which are now able to adopt development models from a S.M.A.R.T. and sustainable, strongly affecting the identification of new strengths and economic growth and also contributing to the development of new guidelines in terms of marketing³⁹. In this sense, literature is increasingly careful to study innovative solutions relating to territorial development in terms of territorial marketing, framing this tool as a real strategic planning tool⁴⁰ capable of determining advantageous opportunities and conditions that strengthen competitiveness⁴¹. Therefore, in the light of this, the evolution of the entire system of sustainable supply chain management imposes and determines precise political choices and the contextual application of territorial marketing actions that could represent important development drivers of a territorial agri-food logistics macrosystem capable moreover, to be able to measure the competitiveness of a territory from different points of view.

Considering these brief reflections, in a context strongly linked to the creation of a territorial logistic macrosystem it is important to identify the levers on which to rely (e.g. the creation of Distripark, cutting-edge logistics centers and logistics axes at the service of important large areas and GDO) in those areas with a high rate of urbanization capable of triggering urban regeneration processes supported by incisive territorial marketing policies⁴². Furthermore, in this context, a correct implementation of public procurement for innovation would tend to create a territory capable of offering advantages to a plurality of subjects⁴³. However, a certain role in this sense is fulfilled by the relative scarcity of resources available at the various levels of government, generating a series of associated advantages and disadvantages in the adoption of innovation contracts⁴⁴.

From this it follows that through the agri-food logistic chains of a territorial nature, innovative development models should be triggered such as to induce

³⁷ J.M. Meynard, M.H. Jeuffroy, M. Le Bail, A. Lefèvre, M.B. Magrini, C. Michon, op. cit.

³⁸ A. Corallo, M.E. Latino, M. Menegoli, F. Striani, op. cit.

³⁹ M.M. Montella, P. Silvestrelli, *Heritage e relationship marketing per le imprese agroalimentari italiane*, in *Micro & Macro Marketing*, 2020, 29(1), 71 ss.; N. Tovma, N. Shurenov, L. Bimendiyeva, Z. Kozhamkulova, Z. Akhmetova, *Territorial marketing and its role in determining regional competitiveness. Evaluating supply chain management*, in *Uncertain Supply Chain Management*, 2020, 8(1), 1 ss.

⁴⁰ G. Guido, *The peculiar nature of place marketing according to an inductional approach*, in *Plurimondi*, 2017, (10).

⁴¹ G. Colella, op. cit.

⁴² E. Forte, L. Siviero, op. cit.

⁴³ V. Lember, T. Kalvet, R. Kattel, op. cit.

⁴⁴ V. Lember, T. Kalvet, R. Kattel, op. cit.

a rethinking of the territorial development strategies according to marketing logics linked to sustainability and technological innovation in order to see virtuous induced development not only linked to the agri-food sector, but to the entire economic and social fabric of a territory.

It seems clear, therefore, that all the actors who work together to ensure sustainable development of the territory must be recognized a central role in the application of best practices capable of creating added value in the environmental, economic and social dimension with the aim of enhancing and to promote a territory capable of ensuring a social balance and a continuous growth of its attractiveness.

These actions would entail the need to accelerate processes for the enhancement and promotion of the territory that integrate policies and actions of territorial marketing, tourism marketing, in particular sustainable tourism, developing a series of joint actions.

Considering the extraordinary evolution of the agri-food logistics chain and of the current system of public procurement law, it was necessary to reflect on the role that both have acquired in the sustainable development of the territories. In particular, the analysis of the current regulatory framework for innovative public procurement, in some ways fragmented and constantly evolving, proved useful.

In this perspective, the solutions proposed in this analysis would be much easier to implement if there was greater attention, in Italy, to public procurement for innovation. While the regulatory framework for public procurement is constantly evolving, greater impetus at national level would be needed for innovation procurement. In particular, the much more flexible procedural system would allow faster and more direct contact between public buyers and market operators and a greater understanding of their respective needs. In other words, they would allow a dialogue between the needs of the public buyer and the organizational and logistical needs of market operators.

PPI for a sustainable economy: sustainable supply chain management in the agri-food sector

The aim of this study is to offer an analysis on the agri-food logistics chains so as to guarantee the greatest spread of sustainability practices in the management of the entire supply chain. The use of management and marketing tools and of innovative legal and economic institutes, also in the agri-food sector, is fundamental to guaranteeing an increasingly 'cleaner' agriculture. However, the joint use of these tools still does not seem to have been fully exploited. In this sense, the analysis of the 'FiLO – Filiera Logistica e Organizzazione' project, which aimed to create a network of companies through a European partnership for innovation, and which has the purpose of providing companies in the agri-food supply chain with a high level of methodological and organisational innovation, would like to trace guidelines and reflections relating to the development of the territories through the use of public procurement for innovation.

Il PPI per un'economia sostenibile: riflessioni sulla gestione sostenibile della filiera agroalimentare

Lo scopo di questo studio è quello di offrire un'analisi sulle filiere logistiche agroalimentari, al fine di suggerire l'implementazione di pratiche di sostenibilità nella gestione dell'intera filiera. L'utilizzo di strumenti gestionali e di marketing e di istituti giuridici ed economici innovativi, anche nel settore agroalimentare, è fondamentale per garantire un'agricoltura sempre più "pulita". Tuttavia, l'uso congiunto di questi strumenti non sembra ancora essere stato pienamente sfruttato. In tal senso, l'analisi del progetto 'FiLO - Filiera Logistica e Organizzazione', che mira a creare una rete di imprese attraverso il partenariato europeo per l'innovazione, che ha lo scopo di fornire alle aziende della filiera agroalimentare un alto livello di innovazione metodologica e organizzativa, vorrebbe tracciare linee guida e riflessioni relative allo sviluppo dei territori attraverso il ricorso agli appalti pubblici per l'innovazione.

La legalità algoritmica nella giurisprudenza amministrativa

Giovanna Marchianò

SOMMARIO: 1. Premessa e impostazione del tema. – 2. Il principio della legalità algoritmica alla luce dell'interpretazione giurisprudenziale. – 3. Algoritmo: atto amministrativo informatico, diritto di accesso e principio di trasparenza. – 4. La motivazione nelle procedure algoritmiche: motivazione *per relationem*. – 5. Il ruolo del responsabile del procedimento e il sindacato del giudice amministrativo. – 6. La “discrezionalità amministrativa” nel sistema degli algoritmi. – 7. Possibili conclusioni.

1. *Premessa e impostazione del tema*

La mole dei dati ovvero il mondo dei *big data* ha reso necessario l'impiego degli algoritmi quale procedura seriale standardizzata, utilizzata sovente nel diritto amministrativo in quanto consente l'elaborazione di ingenti quantità di dati oggettivati, attraverso una necessaria attività di mediazione operata *ex ante* dal funzionario amministrativo¹. Sono evidenti i vantaggi in termini di efficienza e di efficacia per l'azione dei pubblici poteri nell'utilizzo del procedimento di auto-

¹ R. Borruso, *Riflessioni sull'informatica giuridica*, in R. Borruso, R. Di Giorgi, L. Mattioli e M. Ragona, *Informatica del diritto*, Giuffrè, 2004, 267, secondo il quale «[...] sarebbe meglio chiamarla informatica del diritto per evidenziare che qui è il diritto a farsi oggetto dell'elaborazione elettronica, e quindi per meglio distinguere dal diritto dell'informatica ove, invece, è l'informatica ad essere oggetto del diritto, e riservare l'espressione informatica giuridica per indicare l'insieme dell'una e dell'altra e cioè, onnicomprensivamente, tutto il rapporto ravvisabile, sotto ogni aspetto tra informatica e diritto». L'espressione informatica giuridica fu coniata nel 1962 da *Philippe Dreyfus* come contrazione di *information automatique juridique*. Una breve storia degli inizi dell'informatica giuridica è riportata in V. Frosini, *Il cittadino e i calcolatori nell'esperienza giuridica italiana*, in *Atti del colloquio internazionale su Informatica e diritto. Efficienza dei sistemi automatici di informazione nella difesa sociale e garanzie dei diritti individuali* (Pavia, 15-17 settembre 1972), Milano, Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, 1974, 29-39. Un'altra ricostruzione di questo periodo, basata su ricordi personali, si trova in M.G. Losano, *I primi anni dell'informatica giuridica in Italia*, in Aa.Vv., *La cultura informatica in Italia. Riflessioni e testimonianze sulle origini. 1950-1970*, Torino, 1993, 193-236. V. Frosini, *La giuritecnica: problemi e risposte*, in *Informatica e diritto e Società*, Milano, 1988, 163, 164. S. Rodotà, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973. Sul tema dei *Big Data*, L. Torchia, *La tecnificazione*, Firenze, 2016, 165; G. Carullo, *Gestione, fruizione, e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Torino, 2017.

mazione del processo decisionale; fino a quando si tratta di dati non strettamente personali ovvero di dati da cui è possibile desumere modelli per previsioni, *nulla questio* ma, se i dati in questione sono personali e le predizioni vengono utilizzate per classificare e valutare comportamenti dell'uomo, allora lo scenario cambia e occorre occuparsi con attenzione di tale tema al fine di verificare che non vengano scalfite le forme di tutela del privato che il procedimento amministrativo è venuto a delineare². Pertanto se, come si vedrà, secondo la giurisprudenza in materia tali principi permangono in tutta la loro portata, è evidente che senza particolari sforzi interpretativi l'ambito di applicazione degli algoritmi si estende anche a settori ulteriori dell'amministrazione e, perfino della giurisdizione.

Giocano a favore dei nuovi moduli il fatto che essi avrebbero, come elemento a loro vantaggio, i caratteri dell'efficienza e dell'efficacia; cosicché, in molti campi gli algoritmi diventano lo strumento attraverso cui possono essere corrette quelle imperfezioni che caratterizzano invece i processi cognitivi degli esseri umani, messe «in luce soprattutto negli ultimi anni da un'importante letteratura di economia comportamentale e psicologia cognitiva»³.

Sulla base dell'art. 22 GDPR (Regolamento n. 679/2016/UE) viene a emergere la distinzione tra “decisioni interamente automatizzate” e “decisioni non interamente automatizzate”: secondo il legislatore europeo (e come si avrà modo di sottolineare della giurisprudenza amministrativa nazionale) salvo eccezioni, solo i secondi sono ammessi poiché, solo questi ultimi sono espressione di una “legalità di garanzia” che risiede oltre che nella conoscibilità dell'*iter* logico imposto dal

² Sulla circolazione dei dati personali si rammenti il Regolamento n. 679/2016/UE (c.d. GDPR) e il Codice sulla *Privacy* d.lgs. 101/2018, che ha modificato il precedente d.lgs. 196/2003. B. Caravita di Toritto, *Principi costituzionali e intelligenza artificiale*, in Aa.Vv., *Intelligenza artificiale – Il diritto, i diritti, l'etica*, Merluzzo editore, 2020, 451 ss. «...il primo elemento da cui prendere le mosse per ragionare è quello della esistenza di un fenomeno inarrestabile di creazione di dati, che sono prodotti da meccanismi della nostra vita associata: ogni volta che utilizziamo uno dei numerosi strumenti elettronici che abbiamo a disposizione, ogni volta che mandiamo un messaggio, ogni volta che cerchiamo informazione, un viaggio, ogni spostamento, ogni scelta di un programma televisivo, ogni transazione bancaria, ogni pagamento con strumenti elettronici produce dati che vengono immessi in uno o più data base. Sono i *big data*... ovvero l'ammontare delle informazioni prodotte da numerose fonti e gestite in modo automatico tramite processi di algoritmi e filtrate mediante un processo di estrazione che si avvale di appositi *software*». F. Patroni Griffi, *Intelligenza artificiale: amministrazione e giurisdizione*, in Aa.Vv., *Intelligenza artificiale – Il diritto, i diritti, l'etica*, cit., 475, ove l'A. rileva che «È ormai condiviso che l'agire pubblico, nelle sue diverse espressioni debba sfruttare le rilevanti potenzialità della cd. rivoluzione digitale per migliorare la qualità dei servizi resi ai cittadini e agli utenti». Significativa sotto questo profilo è l'indagine sui *big data* condotta dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, dall'Autorità per le Garanzie delle Comunicazioni, dal Garante per la protezione dei dati personali, pubblicata il 10 febbraio 2020. In genere, sul versante privatistico sovente viene utilizzato il c.d. “contratto informatico”. Z. Zenocovich, *Sul rilievo pratico e sistematico della categoria dei c.d. contratti di informatica*, in *I contratti di informatica: profili civilistici. Tributari e di bilancio*, a cura di A. Alpa e Z. Zenocovich, Milano, 1987. G. Proietti, *La responsabilità nell'intelligenza artificiale e nella robotica*, Milano, 2020, 113 ss.

³ M.C. Cavallaro, G. Smorto, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *www.federalismi.it*, 4 settembre 2019.

regolatore amministrativo alla macchina, anche nella possibilità di sindacare in termini di proporzionalità e ragionevolezza la scelta di robotizzazione della decisione.

In questa prospettiva l'elaborazione del *software* verrebbe a essere il momento della "trasformazione del potere in atto" tradizionale nel contenuto ma innovativo nella forma; l'atto scaturente dall'algoritmo, facendo riferimento al meccanismo più semplice, determina di fatto il contenuto dell'atto terminale⁴. Tale atto si sostanzia in un documento elettronico – che potremmo inserire nella c.d. fase integrativa dell'efficacia – in seguito "adottato" dall'amministrazione pubblica; atto quindi fatto proprio dall'amministrazione ma "prodotto" dall'algoritmo o meglio dal "codice sorgente" del *software* e non dal responsabile amministrativo. A ben vedere il ruolo di quest'ultimo, una volta individuato l'interesse pubblico che s'intende perseguire, si concretizza *ex ante* nell'impartire al soggetto che elabora l'algoritmo gli obiettivi che il *software* deve raggiungere, *ex post* il funzionario e i soggetti destinatari del provvedimento possono sempre chiedere la verifica della coerenza tra quanto richiesto e l'atto elaborato dall'algoritmo⁵. Risulta necessaria la preventiva individuazione dei parametri in base ai quali verrà effettuata la scelta che scaturirà, in via automatica, dall'operare di un algoritmo. L'individuazione dei parametri, «in quanto espressione di un giudizio di valore, non può che essere effettuata dall'essere umano; mentre, un processo effettivamente automatizzato non potrà che intervenire a valle di tale valutazione»⁶. Da ciò si desume la conoscibilità dell'algoritmo in tutti i suoi "aspetti" da parte del regolatore pubblico: dal procedimento previsto per l'elaborazione dei dati, alla procedura valutativa decisionale e, infine, ai dati selezionati⁷.

Tuttavia, proprio in relazione a quanto sopra affermato, vengono sollevate numerose riserve nel definire l'algoritmo come sistema obiettivo e neutrale, profi-

⁴ G. Floridia, *La protezione giuridica del software*, in *Il Corriere giuridico*, 1986, 2, 209. L'A. definisce i programmi di *software* come «istituzioni formulate in linguaggio matematico su supporti materiali che guidano il funzionamento dei *computers*, ed in quanto tali, essi si contrappongono all'*hardware* che concerne appunto l'elaborazione al quale il programma è destinato». Sempre sullo stesso tema ma con riferimento anche all'utilizzo di algoritmi diversi da quelli decisorio, B. Carotti, *Algoritmi e poteri pubblici: un rapporto incendiario*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2020, 1, 5 ss.

⁵ B. Caravita di Toritto, *Principi costituzionali e intelligenza artificiale*, cit., 467. «Va da sé che molti dettagli di questo nuovo diritto alla spiegazione *ex post* dovranno essere chiariti nei prossimi mesi o anni. Non di meno dal punto di vista concettuale, pare chiaro il significato giuridico da dare al termine "spiegazione" con i relativi diritti e obblighi. Da un lato l'informazione fornita deve rispondere alla domanda su come l'algoritmo funzioni (e nel caso di specie, come di fatto ha funzionato) per cui lo spiegare e il diritto alla spiegazione, da questo primo punto di vista, concernano il problema epistemologico relativo all'intelligenza della tecnologia. D'altro canto, la "spiegazione" concerne l'aspetto etico e giuridico del problema di chi debba rispondere per il modo in cui l'algoritmo funziona e, di fatto, ha funzionato». U. Pagallo, *Algoritmi e conoscibilità*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2020, 1, www.Rivisteweb.it.

⁶ F. Patroni Griffi, *Intelligenza artificiale: amministrazione e giurisprudenza*, cit., 480. L. Muselli, *La decisione amministrativa nell'età degli algoritmi: primi spunti*, in www.medialaws.eu, 18. F. Merloni, *Introduzione all'e-government. Pubblica amministrazione società dell'informazione*, Torino, 2005, 16 ss.

⁷ Tar Lazio, sez. III bis, 22 marzo 2017, n. 3769.

lo positivo che viene in genere affiancato all'efficacia e all'efficienza dello strumento meccanografico. Si sottolinea, a tal proposito, come l'impiego di tali strumenti comporti in realtà una serie di scelte e di assunzioni tutt'altro che neutre, tant'è che l'adozione di "modelli predittivi" e di criteri in base ai quali i dati sono raccolti, selezionati, ordinati e messi insieme, sono operazioni frutto di precise scelte interpretative, operate a monte dal funzionario amministrativo ma messe in atto dal programmatore del *software* con conseguente formulazione di giudizio. Il vero è che, l'utilizzo di taluni sistemi meccanografici, incide su uno dei gangli propri della scienza giuridica «... ovverosia l'idea stessa dell'esistenza di un nesso di causalità tra gli eventi e, conseguentemente, la distinzione "mezzo fine" ovvero "agente strumento" nella definizione dei comportamenti delle relazioni»⁸. Non va infatti dimenticato che, il "mezzo" è l'elemento che contribuisce a causare un evento pur non esercitando alcuna discrezione, il "soggetto agente" è invece colui che avvia tale azione causando l'evento. In questa ipotesi il soggetto agente è il funzionario della P.A. che si avvale dell'algoritmo per l'elaborazione dell'atto terminale.

La tecnologia così come la tecnica, hanno sempre fatto parte della categoria dei mezzi ovvero degli strumenti posti nelle mani di un soggetto agente per consentire di ottenere un determinato risultato. Si deve prendere atto che, la tecnologia a cui si fa riferimento nella presente riflessione, è un "mezzo" per realizzare una serie concatenata di azioni decise da un soggetto agente umano, ma si è ben consci che, quella che viene definita globalmente "intelligenza artificiale", gode invece di una particolare idoneità ad assumere essa stessa decisioni rilevanti per i soggetti interessati e incidenti nella sfera giuridica di questi ultimi⁹.

Parimenti, per meglio chiarire l'oggetto del tema, esso verte sì sull'inscindibile rapporto tra algoritmo e la c.d. digitalizzazione della pubblica amministrazione alla luce della giurisprudenza, ma non ha la pretesa di addentrarsi sullo specifico e più ampio tema (ormai acquisito o che dovrebbe essere già stato acquisito)

⁸ A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal, Rivista di BioDiritto*, 2019, 1, 67, «[...] nella teoria giuridica così come per la filosofia morale di matrice aristotelica, è un mezzo quell'elemento in corso di azioni che contribuisce a causare un evento ma che non esercita alcuna autonomia o discrezione. È invece un soggetto agente colui che avvia tale corso di azioni causando l'evento».

⁹ A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit. 69. L'A. in realtà si esprime sottolineando il fatto che oggi la tecnologia non sia più solo un mezzo, come invece sostenuto nel testo, ma che essa stessa è capace di prendere decisioni per la persona umana e la sua libertà. Si concorda ovviamente con quanto espresso dall'A.; pur tuttavia la differente prospettiva dipende dal fatto che nel presente scritto ci si limita a quegli algoritmi che vengono di norma utilizzati in specifici settori della P.A., quali concorsi, appalti, attribuzioni di benefici ecc. In una prospettiva più ampia si è ben consci che la Carta della robotica, approvata nel febbraio 2017 dal Parlamento europeo, afferma che «... l'autonomia di un *robot* può essere definita come capacità di prendere decisioni e metterle in atto nel mondo esterno, indipendentemente da un controllo o da un'influenza esterna; [...] tale autonomia è di natura tecnologica e il suo livello dipende dal grado di complessità con cui è stata progettata [...]». Ma in questo caso si parla di intelligenza artificiale ovvero di macchine capaci di autoapprendimento. G. Sartor, F. Lagioia, *Le decisioni algoritmiche tra etica e diritto*, in *Aa.Vv., Intelligenza artificiale - il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, 65.

della c.d. “digitalizzazione” della pubblica amministrazione: argomento quest’ultimo, del quale si discute da moltissimi anni, prova ne sia che addirittura viene richiamato nel c.d. “Rapporto Giannini” del 1976, nel quale si auspicava l’uso di elaboratori elettronici nel riordino dell’amministrazione dello Stato. Successivamente, è intervenuto il Codice dell’amministrazione digitale nel d.lgs. 92/2005 e relative modifiche, il quale ha disciplinato incentivando il ricorso alla tecnologia informatica come modalità usuale di documentazione e conservazione dell’atto amministrativo, garantendo al documento informatico il requisito della forma scritta e l’efficacia prevista nell’art. 2702 c.c.¹⁰. Il Codice del 2005 avrebbe dovuto avere (il condizionale è d’obbligo) come scopo principale quello della semplificazione dei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione, utilizzando gli strumenti della I.C.T. (*Information and Communication Technology*) venendo a stabilire il diritto all’uso delle tecnologie¹¹. Si deve tuttavia sottolineare come, la digitalizzazione della P.A. così come l’uso degli algoritmi più semplici, pur in assenza di una disciplina normativa specifica, trovino il loro parametro sia sulla legge del procedimento amministrativo che nel Codice dell’amministrazione digitale sicché, l’uso delle tecnologie informative, comunicative e anche decisorie, restano “serventi” nelle mani del funzionario amministrativo.

Anche questo è un aspetto della sovente citata rivoluzione 4.0, riferita all’apparato pubblico, ove si prevede che il procedimento della decisione amministrativa sia affidato a un *software* nel quale vengono immessi una serie di dati così da raggiungere la decisione finale, senza peraltro ricorrere a sistemi complessi di “intelligenza artificiale” al momento nel campo giuridico lontani dal trovare una piena applicazione soprattutto nel nostro sistema amministrativo¹². Tuttavia la digitalizzazione *ex art.* 12 del d.lgs. 82/2005 auspica non solo il ricorso a modelli digitali ma prevede altresì una riorganizzazione o “reingegnerizzazione” delle modalità di azione delle pubbliche amministrazioni come peraltro parallelamente

¹⁰ G. Marchianò, *L’incidenza delle forme telematiche sul linguaggio dei pubblici poteri nei rapporti coi privati*, in Aa.Vv., *Studi di diritto dell’economia e dell’impresa in memoria di Antonio Cicognani*, Padova, 2012, con particolare riferimento alla possibile incidenza dell’informatizzazione sull’*agere* dell’amministrazione.

¹¹ L. Califano, C. Colipietro, *Innovazioni tecnologiche e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel regolamento UE 2016/679*, Editoriale scientifica, 2017, 773 ss. L. Casini, *Lo stato nell’era di google*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2019, 1111 ss. A. Simoncini, *L’algoritmo incostituzionale: l’intelligenza artificiale e futuro delle libertà*, cit., 53 ss. A. Simoncini, *Profili costituzionali dell’amministrazione algoritmica*, in *Riv. Trim. Diritto Pubbl.*, 2019, 4, 1145 ss.

¹² B. Bertarini, *Industria 4.0: la digitalizzazione quale prospettiva di crescita per le imprese*, in *Percorsi costituzionali*, 2017, 3, 935 ss. Il XX° secolo ha visto il passaggio dall’amministrazione tradizionale, caratterizzata dall’utilizzo della carta e della macchina da scrivere, ad un’amministrazione 2.0 che fa uso di computer e stampanti, per giungere all’inizio del XXI° secolo nell’era dell’amministrazione digitale o 3.0, nella quale il soggetto pubblico fa ampio ricorso alle comunicazioni via internet. Il nuovo processo al quale si comincia ad assistere è quello di un’attività amministrativa che sempre più di frequente ricorre a forme di automazione delle decisioni amministrative. M.C. Cavallaro, G. Smorto, *Decisione pubblica e responsabilità dell’amministrazione nella società dell’algoritmo*, cit., nota n. 33.

dispone l'art. 15 del Codice dell'amministrazione digitale. La stessa l. 241/1990 non contempla l'ipotesi di un procedimento automatizzato limitandosi, nell'art. 3 *bis*, a prevedere l'uso di meccanismi telematici al fine di conseguire una maggiore efficienza nell'azione amministrativa. Da qui l'interesse suscitato dalla giurisprudenza in materia che, se da un lato non si sposta dal parametro del procedimento amministrativo, dall'altro apporta talune aperture di particolare interesse soprattutto verso gli algoritmi decisori/predittivi.

Il vero è che, l'algoritmo, muovendo da campi scientifici diversi non trova una definizione giuridica univoca: usualmente si fa riferimento a un concetto molto generico che vede, nell'algoritmo, una successione meccanica di *step* il più delle volte di carattere neutrale o almeno così ritengono e la giurisprudenza e parte della dottrina¹³. A tal proposito, si parla di "epistemologia riduzionista", concetto che può essere sintetizzato nel dato secondo cui tutti i problemi complessi possono essere ricondotti a una serie ordinata e finita di problemi più semplici¹⁴; grazie alla loro presunta asetticità, gli algoritmi diventano i protagonisti di un "mash-washing", attraverso i numeri talvolta si possono operare anche scelte dal preciso impatto sociale che si ammantano di neutralità solo perché assunte dalle macchine¹⁵. È evidente, tuttavia, che "la decisione dell'algoritmo" «... non può

¹³ F. Maggino, G. Cicerchia, *Algoritmi, etica e diritto*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2019, 6, 1164, «[...] l'aspetto meno semplice è quello che lega gli algoritmi ad aspetti di apprendimento (*training*) spesso più correttamente definiti di "affinamento" (*tuning*): in questo caso, la definizione di un algoritmo consente prima di "mostrare" quali elementi di un insieme presentano caratteristiche comuni per poi "indicarli" quali sono i *patterns* da trovare per poter classificare correttamente l'elemento. Nella sua definizione semplice, un algoritmo (deterministico) conduce allo stesso risultato ogni volta che gli viene fornito lo stesso *input*, diversamente dalla definizione legata all'apprendimento. Infatti, può capitare che due identici elementi, analizzati da due procedimenti di apprendimento diverso, producano *output* diversi». G. Sartor e F. Lagioia, *Le decisioni algoritmiche tra etica e diritto*, Milano, 2020, 64, «Il concetto di algoritmo è spesso usato per identificare applicazioni dell'intelligenza artificiale, ad esempio attraverso locuzioni come "decisioni algoritmiche". Il concetto di algoritmo ha in realtà un carattere più generale perché include qualsiasi sequenza di istruzioni definite in modo univoco per eseguire efficacemente un'attività, in particolare, ma non solo, attraverso calcoli matematici ... Ovviamente, non tutti gli algoritmi riguardano o si occupano di intelligenza artificiale, ma tutti i sistemi di intelligenza artificiale – come qualsiasi sistema informatico – presuppongono l'uso di algoritmi».

¹⁴ "Legge di Moore" *ad vocem*, in Enciclopedia Treccani, «Legge empirica che descrive lo sviluppo della microelettronica, a partire dall'inizio degli anni Settanta, con una progressione sostanzialmente esponenziale, perciò straordinaria; la legge fu enunciata per la prima volta nel 1965 da Gordon Moore, uno dei fondatori di INTEL e dei pionieri della microelettronica, che la ribadì pubblicamente nel 1974. Essa afferma che la complessità dei microcircuiti (per es., misurata dal numero di transistori per chip o per area unitaria) raddoppia periodicamente, con un periodo originalmente previsto in 12 mesi, allungato a due anni verso la fine degli anni Settanta e dall'inizio degli anni Ottanta assestandosi sui 18 mesi».

¹⁵ «La cibernetica, come il diritto è scienza del controllo dell'azione altrui. Frosini coglie la comunanza di oggetto e la diversità dei rispettivi metodi, ma per giungere ad una sintesi molte erano le premesse più o meno nascoste correnti all'epoca, che era necessario confutare o falsificare. La prima premessa, che già Frosini smentisce, è quella riduzionista, del "vil meccanico" di manzoniana memoria. Queste macchine non si limitano a ordinare meccanicamente dati, ma strutturano conoscenze e ne creano di nuove». F. Romeo, *Dalla Giuritecnica di Vittorio Frosini alla Privacy by Design, Atti della giornata celebrativa in occasione dei 70 anni di Vittorio Frosini*, cit., 18.

essere vincolata dalla “legge matematica-informatica” con la quale è stato scritto e nella quale in ultima analisi si sostanzia, e che traduce la regola amministrativa applicabile ad un dato procedimento»¹⁶.

Permane, in linea generale, la denuncia del carattere oscuro degli algoritmi che diventa il punto di riflessione da parte della dottrina pubblicistica in quanto questi risultano essere «vere e proprie “scatole nere” per la difficoltà di addentrarsi nei meccanismi che presiedono il loro funzionamento e per l’orientamento, emerso soprattutto negli ordinamenti di *common law*, di respingere le richieste di accesso per ragioni di tutela della proprietà intellettuale del *software*»¹⁷. Ove non fosse garantita la conoscibilità dell’algoritmo in senso pieno e incisivo, si verrebbe a violare, come si vedrà più avanti, il principio di trasparenza che connota l’esercizio del potere amministrativo e tutta l’attività pubblica. Tale impostazione pare ricevere una conferma anche da parte del legislatore europeo nel Regolamento n. 679/2016/UE (c.d. GDPR) sulla protezione dei dati personali lì dove s’introduce una garanzia di particolare rilievo allorché, come previsto nell’art. 13, anche nel caso di processo interamente automatizzato, si richiede che il titolare debba fornire informazioni significative sulla logica utilizzata nonché l’importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l’interessato.

In Italia, grazie alla giurisprudenza seguita in ciò dalla dottrina, si è operata una seria riflessione volta a garantire che, anche utilizzando l’algoritmo, sia possibile rispettare i principi del procedimento amministrativo. Com’è stato sottolineato «... le regole che disciplinano il divenire della decisione, secondo i canoni tradizionali ricavabili in via generale dalla l. 241/1990, non pare possano costituire un ostacolo insormontabile, non solo all’utilizzo di un algoritmo in funzione di ausilio ma neppure ad un mezzo di decisione interamente robotica, nella quale siano gli stessi interessati ad immettere i dati necessari alla decisione»¹⁸. Pur

¹⁶ F. Patroni Griffi, *Intelligenza artificiale: amministrazione e giurisdizione*, cit., 480. L. Viola, *Attività amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Cyberspazio e diritto*, 2019, 1-2, 78, ove si legge che il criterio di ammissibilità per l’attività vincolata funge da “cavallo di Troia” per la penetrazione della I.A. nella sistematica amministrativa.

¹⁷ M.C. Cavallaro, G. Smorto, *Decisione pubblica e responsabilità dell’amministrazione nella società dell’algoritmo*, cit. La soluzione è parzialmente diversa in Italia, dove la natura di opera di ingegno non costituisce esclusione di diritto di accesso ex l. 241/1990, come si vedrà nel prosieguo dell’elaborato. In ogni caso è interessante la denuncia degli Autori sopra citati, sulla «... difficoltà di lettura di algoritmi che impiegano grandi quantità di dati (*big data*) e, in misura crescente, si caratterizzano per l’impiego di tecnologie basate sull’intelligenza artificiale, che non si limitano a seguire fedelmente le istruzioni del programmatore, ma inventano soluzioni e percorsi inediti; con il risultato che neppure colui che ha fornito le istruzioni alla macchina attraverso l’algoritmo è pienamente in grado di ripercorrere il processo decisionale e offrire una spiegazione comprensibile...».

¹⁸ F. Patroni Griffi, *Intelligenza artificiale: amministrazione e giurisdizione*, cit., 481. «La giurisprudenza – espressa relativamente ad una procedura informatica finalizzata all’assegnazione degli insegnanti alla relativa sede di servizio – ha già sottolineato la piena ammissibilità di tale modalità di esercizio del potere, che risponde ai canoni di efficienza e di economicità dell’azione amministrativa (art. 1, l. 241/1990) i quali, secondo il principio costituzionale del buon andamento dell’azione amministrativa (art. 97 Cost.), impongono all’amministra-

tuttavia, come si è già anticipato, le norme comunitarie così come la giurisprudenza prevalente, non sembrano ammettere in linea di massima algoritmi interamente robotici.

2. *Il principio della legalità algoritmica alla luce dell'interpretazione giurisprudenziale*

In teoria, l'uso degli algoritmi nel campo del diritto amministrativo, dovrebbe rappresentare la panacea qualora ci si trovi di fronte a particolari situazioni quali accessi a concorsi, gare pubbliche, richieste di benefici ecc., limitatamente all'attività non valutativa ma basati sul possesso dei requisiti di ammissione di soggetti interessati; in queste ipotesi, l'uso dell'algoritmo oltre che snellire il procedimento, dovrebbe garantire l'imparzialità della decisione in ossequio all'art. 97 della Costituzione. Si è consci che tale prospettiva possa risultare fin troppo semplice in quanto non tiene conto di tutte le problematiche relative alle diverse tipologie dell'algoritmo stesso a seconda del quale si hanno effetti diversi: tuttavia, volendo privilegiare il profilo dell'elaborazione giurisprudenziale in materia, occorre *in primis* sottolineare che, quanto sopra detto, può essere conseguito soltanto se nell'algoritmo non sono presenti aspetti di "apprendimento" o di "affinamento". A monte delle scelte da parte della P.A. in riferimento ad una fattispecie concreta, si colloca una valutazione dell'interesse primario che si intende perseguire: il "giudizio di valore", come già accennato, non può che essere dell'apparato pubblico mentre la neutralità dell'algoritmo si colloca ad un livello meramente operativo¹⁹. Ciò porta al delicato tema dell'utilizzo dei dati qualora questi siano forniti in una prospettiva predittiva: tali formule possono avere un effetto dannoso nei casi in cui tali modelli si rivelino "deboli" o forvianti, nel senso che occorre che i dati forniti siano del tutto oggettivi e/o oggettizzabili.

In linea generale, la sviluppata capacità e potenza di calcolo delle macchine, insieme alla crescente possibilità di definire algoritmi sempre più in grado di modellare la realtà, così come catturata da dati non strutturali collegando elementi diversi, produce la c.d. "Intelligenza Artificiale" (AI)²⁰. In altre parole la AI è defini-

zione il conseguimento dei propri fini col minor dispendio di mezzi e risorse e attraverso lo snellimento e l'accelerazione dell'*iter* procedimentale». E. Carloni, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Riv. Dir. Amm.*, 2020, 2; E. Carloni, *La riforma del codice dell'amministrazione digitale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, 469.

¹⁹ F. Patroni Griffi, *Intelligenza artificiale: amministrazione e giurisdizione*, cit., 476.

²⁰ La nozione di AI fu creata nel 1956 dal matematico John McCarthy che ipotizzava la costruzione di un computer in grado di eseguire le stesse funzioni ed applicare lo stesso tipo di ragionamento della mente umana. È possibile individuare due definizioni di AI, una «forte», quando il computer correttamente programmato sia fornito di una intelligenza «pura» e si presente non differenziata da quella umana, e una «debole», quando essa è

ta dalle potenzialità combinate di algoritmi e macchine e, tali potenzialità, si evolvono molto velocemente modificando sia le nostre vite sia i nostri comportamenti.

Nel campo pubblicitario, in pochi anni si è passati dall'amministrazione digitale all'amministrazione che utilizza algoritmi, fino ad arrivare all'intelligenza artificiale e, tale sviluppo, appare ed è sempre più penetrante nella vita quotidiana sì da creare un allarme giuridico per la temuta possibilità che vengano a essere violati principi fondamentali del diritto amministrativo. Si osservi che, per le pubbliche amministrazioni italiane, l'uso di algoritmi per l'elaborazione d'informazioni utili non dovrebbe essere qualcosa di totalmente nuovo, basti pensare che, nell'ambito del procedimento tributario in tema di controlli amministrativi sui privati, fin dagli anni '70 si è previsto l'utilizzo della "fiscalità di massa". È venuto così ad affermarsi un modello di accertamento basato su autodichiarazione e sostituito d'imposta, mentre controlli approfonditi di singole posizioni reddituali, residuano su un numero limitato di contribuenti selezionati attraverso sistemi di analisi di rischio. In tale contesto prendono le mosse le recenti esperienze di uso di algoritmi per aumentare l'effettività dei controlli, non solo in funzione repressiva, ma anche per l'impostazione di strategie di supporto alla *compliance*; si rammenti che, sugli algoritmi, era basato anche il c.d. "redditometro" ora sostituito dal "risparmiometro"²¹. Gli algoritmi sono utilizzati, altresì, nell'ambito dei controlli sui versamenti dei contributi previdenziali, in particolare l'INPS ha avviato nel 2010, un sistema di controlli su imprese selezionate attraverso tecniche di *data mining* che, tramite algoritmi, elabora le informazioni derivanti dall'incrocio dei dati raccolti da banche, dati interni ed esterni all'INPS. Alcuni algoritmi di *data mining* sono stati utilizzati dall'INPS anche in funzione "predittiva" per individuare attività a rischio d'irregolarità non ancora accertate²². Nonostante queste esperienze, il problema è esploso nelle vertenze aventi a oggetto l'applicazione degli algoritmi, ex l. 107/2015, meglio nota come "buona scuola". A seguito di tale disposizione il Ministro dell'Istruzione aveva deciso che le assegnazioni delle sedi di servizio agli insegnanti vincitori di concorso, ovvero le decisioni sulle loro richieste di mobilità, venissero effettuate da un *software* che, tenendo conto della normativa, dei titoli dei concorrenti e delle disponibili-

in grado solo di mimare i processi cognitivi tipici degli umani senza riuscire a stare allo stesso livello della mente umana e riprodurre la sua complessità. F. Maggino, G. Cicerchia, *Algoritmi, etica e diritto*, cit., 1165. N. Ragnone, *Semplificazione ed effettività dei controlli sulle imprese*, in *Riv. Trim. di Diritto Pubblico*, 2019, 3, 882 ss.

²¹ Corte Cass., sez. Trib. 20 dicembre 2012, n. 23554, con nota di M. Beghin, *Il reddiometro e gli altri accertamenti standard nelle maglie della presunzione semplice*, in *Corr. Trib.*, 2013, 2042. A. Marcheselli, *Reddiometro e diritti fondamentali: da garante e giurisprudenza estera un "assist" ai giudici tributari italiani*, in *Corr. Trib.* 2014, 14 ss. E. Della Valle, *Note minime in tema di accertamenti standardizzati*, in *Rass. Trib.*, 2014, 4, 695.

²² Sotto altri profili, quant'anche connessi alle osservazioni contenute nel testo, B. Caruso, *Il lavoro digitale e tramite piattaforma: profili giuridici e di relazioni industriali. I lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale europeo: tutele rimediali legali, giurisprudenziali e contrattuali*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2019, 4, 1005 ss.

tà delle sedi di servizio, elaborava una graduatoria per le assegnazioni e per i trasferimenti²³. La vicenda che si è snodata tra TAR e Consiglio di Stato «... oggi costituisce un vero e proprio *corpus* giurisprudenziale sull'impiego di algoritmi decisionali della pubblica amministrazione»²⁴. Vicenda che ha messo in luce tutta una serie di tematiche connesse al procedimento amministrativo e alle garanzie relative all'uso di algoritmi. Nella fattispecie in esame il docente che, per i più svariati motivi viene ad esempio escluso automaticamente dalla procedura amministrativa, oppone all'amministrazione il mal funzionamento del sistema informatico relativo alle accettazioni delle domande o ai trasferimenti, ritenendo di essere stato danneggiato e chiedendo la verifica di tutti gli atti compreso il "contenuto" dell'algoritmo; errori che hanno posto problemi di per sé non totalmente nuovi poiché sovente bandi emanati da autorità pubbliche per l'ammissione a benefici di partecipazione a gare o concorsi, prevedono che l'invio della domanda debba avvenire tramite sportello telematico; altrettanto di frequente tali sportelli o piattaforme vanno incontro a mal funzionamenti di diversa natura: in tutte queste circostanze i ricorrenti vengono a subire provvedimenti negativi derivanti non dai funzionari dell'amministrazione ma da automatismi meccanografici decisionali. Emerge quindi l'"irrinunciabilità" del principio di trasparenza alla luce del quale possono «trovare soluzioni le molteplici criticità legate all'automazione della decisione»²⁵.

Fanno da schermo, a tutela degli interessi degli aspiranti concorrenti, qualora ad esempio il punto di contrasto sia la tardività della domanda non imputabile agli stessi, i principi generali contenuti nella l. 241/1990 e in particolare sul

²³ La vicenda sfocia poi nella sentenza TAR Lazio, sez. III *bis*, 21 marzo 2017, n. 3742, a seguito di domanda presentata con modalità esclusivamente telematica su una piattaforma predisposta dal MIUR per la raccolta dei dati, l'elaborazione dei medesimi e la formulazione, a ciascun avente diritto, di una proposta di assunzione. Il problema lamentato dagli insegnanti, tramite i sindacati, era la collocazione degli insegnanti, che richiedevano l'assunzione in posti situati in parti molto distanti del territorio nazionale quando, a dire dei medesimi, sarebbero stati disponibili posti nella medesima località o molto vicini. La piattaforma del MIUR forniva direttamente all'insegnante richiedente la collocazione, senza dunque un ulteriore provvedimento del Ministero che verificasse quanto elaborato dalla piattaforma. Gli interessati chiedevano di accedere all'algoritmo di elaborazione e, in particolare, al codice sorgente del programma per elaboratore, ai sensi dell'art. 22, l. 241/1990, al fine di comprendere le modalità di selezione. In un primo momento il MIUR opponeva un diniego e, successivamente, presentava una nota nella quale era sommariamente descritto il funzionamento dell'algoritmo; tale nota specificava che il *software* in questione era stato fornito su commessa, al Ministero dalla società HPE Services S.r.l. e che la richiesta di accesso non poteva essere soddisfatta, in quanto il *software* era tutelato quale opera di ingegno.

²⁴ A. Simoncini, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, cit., 1150. In particolare si intende far riferimento alle sentenze del TAR Lazio, sez. III *bis*, 21 marzo 2017, n. 3742; TAR Lazio, sez. III *bis*, 27 maggio 2019, n. 6606 e Cons. Stato, sez. IV, 8 aprile 2019, n. 2270.

²⁵ F. Patroni Griffi, *Intelligenza artificiale: amministrazione e giurisdizione*, cit., 480. Cfr. M.R. Covelli, *Dall'informazione della giustizia alla "decisione robotica"? Il giudice del merito*, in A. Carleo (a cura di) *Decisione robotica*, Bologna, 2019.

“dovere del soccorso procedimentale” così come ribadito dal Codice dell’amministrazione digitale, d.l. 82/2015 e successive modificazioni²⁶.

Ulteriore elemento a favore del ricorso ai meccanismi algoritmici è rinvenibile nel fatto che l’agente artificiale gode di minori margini di errore per quanto questo non può mai essere escluso a priori; in tal caso l’errore deve essere inteso in senso oggettivo mancando la volontarietà dello stesso da parte della macchina. Lo sviluppo tecnologico del dialogo tra amministrazioni e amministrati, promosso da vari anni con l’obiettivo di avvicinare lo Stato ai cittadini in modo da porre i secondi al centro della pubblica amministrazione, rischia, in assenza di adeguati correttivi, di produrre un risultato “paradossale” ovvero quello di allontanare, escludere, discriminare, ampie fasce di popolazione dall’accesso all’amministrazione per l’impossibilità e/o incapacità di utilizzare gli strumenti digitali di fruizione di detti servizi. Come osservano L. Attias e G. Scorza, «In questa prospettiva “Repubblica Digitale” ha l’ambizione di rappresentare la struttura, l’architrave dell’infrastruttura immateriale culturale che costituisce elemento insostituibile nel processo di trasformazione digitale del Paese»²⁷.

Secondo la prevalente giurisprudenza, in questo supportata dalla dottrina, si deve ritenere che, nell’ambito della produzione di atti amministrativi sia ormai acquisito il principio di “legalità dell’algoritmo” che si realizza qualora, anche attraverso sistemi meccanografici, il privato cittadino non venga a subire limi-

²⁶ I primi spunti legislativi sul tema si rinvengono a partire dagli anni novanta, in occasione dell’emanazione del d.lgs. 39/1993, il quale introduce i sistemi informativi automatizzati nella pubblica amministrazione nonché dalla c.d. “Legge Bassanini” (l. 59/1997) e del relativo decreto di attuazione dal titolo “Criteri e modalità per la formazione, l’archiviazione e la trasmissione di documenti con strumenti informatici e telematici” poi confluito nel noto D.P.R. 445/2000. Ma le vere e proprie riforme relative all’innovazione digitale, cominciano a svilupparsi solo a partire dall’inizio del XXI° secolo, dove in tutta Europa si affronta l’obiettivo del mutamento del *modus operandi* dei pubblici poteri attraverso una nuova strategia tecnologica. Per quanto concerne l’Italia a partire dal 2001 il Governo ha cominciato a porre nel proprio programma, l’accento sulla necessità di una profonda modernizzazione del Paese attraverso le nuove tecnologie: gli obiettivi generali in materia sono stati definiti con l’adozione delle Linee guida del Governo per lo sviluppo della Società dell’Informazione. Per la realizzazione di tali obiettivi s’introducono figure come il Ministro per l’innovazione e tecnologie, il Dipartimento per l’innovazione e le tecnologie, il Comitato dei Ministri per la Società dell’Informazione. L’opera di digitalizzazione fino all’emanazione del Codice dell’amministrazione digitale, rimane però oggetto di una stratificazione normativa, avendo come obiettivo quello di riunire in un’unica fonte, le principali regole che via via erano sorte. Coi d.l. 66 e 90 del 2014, e soprattutto con la l. 124/2015 (c.d. “legge Madia”), viene ad essere conferita una nuova centralità alle I.C.T.

²⁷ L. Attias e G. Scorza, *La consapevolezza digitale al servizio dell’etica*, in *Diritto dell’Informazione e dell’Informatica*, 2019, 6, 1196. Nata nel corso del 2019, “Repubblica Digitale” su iniziativa del *team* per la trasformazione digitale della Presidenza del Consiglio dei Ministri. La «Repubblica Digitale muove dal presupposto che sia urgente scongiurare il rischio che larghe sacche della popolazione si trasformino, per dirla con un’espressione cara a Leonardo Da Vinci, in transiti del cibo anziché della conoscenza, giacché è evidente che la rivoluzione tecnologica in corso farà sì, in un intervallo di tempo straordinariamente più breve rispetto a quello che ha contraddistinto tutte le precedenti rivoluzioni, che la mancanza di adeguate competenze e abilità digitali, specie di base, in assenza di adeguati correttivi, taglierà fuori milioni di cittadini dalla partecipazione alla vita sociale, economica, culturale e democratica del Paese. Si tratta di un rischio che non si può correre ma, ancor prima, che non c’è ragione per correre».

tazioni dei cardini del procedimento amministrativo secondo il dettato della l. 241/1990, alla quale si affiancano quelli elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che, in questi anni, ha ben delineato il c.d. “giusto procedimento” quale schermo a tutela dei privati. Proprio nel prisma dell’evoluzione tecnologica e delle sfide che il ricorso agli algoritmi presenta, la dottrina e la giurisprudenza hanno recuperato la centralità della costruzione delle condizioni della legalità algoritmica «a scapito di un legislatore altrimenti sin qui sin troppo solerte nel fornire risposte di dettaglio a questioni pure meno centrali della digitalizzazione pubblica»²⁸. Minoritaria è la giurisprudenza contraria secondo la quale «Un algoritmo, quantunque, preimpostato in guisa da tener conto di posizioni personali, di titoli e punteggi, giammai può assicurare la salvaguardia delle garanzie procedurali che gli artt. 2,6,7,8,9,10 della legge 7.8.1990 n. 241 hanno apprestato, tra l’altro in recepimento di un inveterato percorso giurisprudenziale e dottrinario»²⁹. Questa giurisprudenza «si caratterizza per un approccio restrittivo, per quanto innovativo nell’estendere all’algoritmo la nozione di atto amministrativo al fine di ammetterne la sindacabilità; una volta resa possibile la contestazione della decisione algoritmica, questa viene sottoposta a limiti importanti che vertono su due questioni che esprimono da angolazioni diverse una lettura strettamente strumentale degli algoritmi [...]»³⁰. La giurisprudenza in parola, successivamente superata dalle sentenze del Consiglio di Stato, si basa sostanzialmente sul carattere discrezionale dell’atto e sulla insostituibilità del funzionario amministrativo.

Anticipando quanto si dirà in seguito, i rilievi contenuti nella sentenza sopra richiamata vengono superati (almeno in parte) sulla base della stretta strumentalità dell’algoritmo. In via di estrema sintesi l’algoritmo deve essere trasparente, l’algoritmo deve essere soggetto al controllo umano, l’algoritmo deve essere non discriminatorio³¹.

²⁸ E. Carloni, *AI, algoritmi e pubblica amministrazione in Italia*, in *www.uoc.edu/idp*, 2020, 3.

²⁹ TAR Lazio, Roma, sez. III *bis*, 10 settembre 2018, n. 9227.

³⁰ E. Carloni, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, cit., 282.

³¹ Questo orientamento, fatto proprio dal TAR Lazio, verrà messo in discussione dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato. Si rinvia Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270 e Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472 ove si legge: «Una garanzia di particolare rilievo viene riconosciuta allorché il processo sia interamente automatizzato essendo richiesto, almeno in simili ipotesi, che il titolare debba fornire “informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l’importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l’interessato”. In questo senso, in dottrina è stato fatto notare come il legislatore europeo abbia inteso rafforzare il principio di trasparenza che trova centrale importanza all’interno del Regolamento. 13.3. L’interesse conoscitivo della persona è ulteriormente tutelato dal diritto di accesso riconosciuto dall’articolo 15 del Regolamento che contempla, a sua volta, la possibilità di ricevere informazioni relative all’esistenza di eventuali processi decisionali automatizzati [...]».

3. *Algoritmo: atto amministrativo informatico, diritto di accesso e principio di trasparenza*

Sempre prendendo ad esempio o come *casus belli* la vicenda della “buona scuola”, l’utilizzo di un *software* prodotto da una società privata per le assegnazioni e per le richieste di mobilità dei docenti ha dato luogo, una volta trasferite nelle aule dei Tribunali, a un’analisi approfondita sul rapporto tra procedimento amministrativo e utilizzo degli algoritmi. Il punto fondamentale sottolineato in particolare nella sentenza TAR Lazio del 2017³², afferisce alla richiesta di accesso da parte degli interessati all’algoritmo, richiesta alla quale in un primo momento si è opposto il Ministero della Pubblica Istruzione. Il diniego da parte dell’amministrazione si fondava su due principali punti: il primo (sul quale sono subito sorte numerose perplessità) attiene al fatto che l’algoritmo, in quanto scritto in un linguaggio di programmazione e contenuto in un *file*, non potrebbe rientrare nella nozione di documento amministrativo ai sensi della l. 241/1990, applicando quanto disposto nell’art. 22, lett. d), ovvero non rientrerebbe neanche nella nozione di “atto amministrativo informatico” previsto dalla stessa legge. Il secondo attiene al fatto che il *software*, essendo stato prodotto da una società privata, sarebbe protetto dalla legislazione come opera d’ingegno. Partendo da questo secondo problema si è obiettato che l’algoritmo, realizzato da una società privata, in genere presuppone la sussistenza di accordi tra la società realizzatrice e sviluppatrice del programma informatico e la pubblica amministrazione nella veste di committente, accordi che regolano i rapporti tra la società produttrice dell’algoritmo e l’amministrazione stessa. In tutti i casi, come si legge in tale sentenza, che nulla dice sul punto, il giudice di primo grado rileva però come «la predetta circostanza di cui sopra, ossia della qualificabilità in termini di opera dell’ingegno del *software* di cui trattasi, tuttavia, non assume la rilevanza dirimente che l’amministrazione intenderebbe attribuirgli, come emerge dal verbale impugnato; infatti, in materia di accesso agli atti della P.A., a norma dell’art. 24, L. n. 241/1990, la natura di opera dell’ingegno dei documenti di cui si chiede l’ostensione non rappresenta una causa di esclusione dall’accesso [...]».

Da qui il più complesso problema dell’interconnessione tra atto amministrativo e algoritmo: se l’algoritmo è un atto amministrativo, soggiace ai principi generali del procedimento compreso il diritto di accesso nella sua coniugazione di diritto alla trasparenza; viceversa ove non si riconosca all’algoritmo la natura di atto amministrativo anche informatico, il privato non potrebbe, teoricamente e salvo alcune eccezioni, accedere all’algoritmo stesso.

³² Tar Lazio, sez. III *bis*, 21 marzo 2017, n. 3742.

Si è già fatto cenno come, nel diritto europeo, secondo la normativa GDPR la mera conoscenza di un algoritmo non produce in sé nessun effetto se non si è in grado di decifrarne la logica; sul tema è intervenuto anche il *Conseil Constitutionnel* pronunciandosi sul regolamento stesso. I giudici costituzionali francesi hanno confermato la possibilità giuridica di una decisione amministrativa esclusivamente algoritmica ma subordinando tale possibilità ad alcune condizioni. Nella sentenza riecheggia la regola “algoritmica-previa” elaborata dal Consiglio di Stato italiano venendosi ad affermare che, il responsabile del procedimento deve sempre garantire la supervisione al fine di spiegare in dettaglio e in forma intellegibile all’interessato, il modo in cui il trattamento è stato attuato nei suoi riguardi: da ciò deriva che l’algoritmo deve essere esplicitato ovvero vi è una spinta verso l’intellegibilità della motivazione degli algoritmi decisionali, confermando quella tensione tra l’interpretazione giudiziaria interna ed una normativa europea che in realtà, pur non vietando le decisioni amministrative automatizzate, si limita a porre in capo all’amministrazione l’obbligo di dare informazioni significative sulla logica utilizzata «obbligo che nei casi di algoritmi non deterministici [...] non è strutturalmente assolvibile»³³.

Il giudice italiano riconosce, quale principio generale a fronte di procedimenti amministrativi robotizzati «la diretta applicazione specifica dell’art. 42 della Carta europea dei diritti fondamentali [...] laddove afferma che quando la Pubblica Amministrazione intende adottare una decisione che può avere effetti avversi su di una persona, essa ha l’obbligo di sentirla prima di agire, di consentirne l’accesso ai suoi archivi e documenti, ed infine ha l’obbligo di dare le ragioni della sua decisione»³⁴. Il giudice amministrativo va oltre, richiedendo anche a fronte di procedimenti automatizzati, una “trasparenza” dell’algoritmo posto in essere prevedendo che, in tali situazioni debbano essere fornite all’interessato «informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l’importanza e le conseguenze previste di tale trattamento» (art. 14, c. 2, lett. d) GDPR). Seguendo le indicazioni dello stesso giudice amministrativo, non meno interessante appare poi la connessione con l’art. 15 che declina in modo significativo la trasparenza (come diritto azionabile e non solo come dovere del titolare come nel caso precedente), allorché disciplini il diritto di ricevere informazioni relative all’esistenza di eventuali processi decisionali automatizzati nei suoi confronti. Il Consiglio di Stato dichiara che per

³³ A. Simoncini, *Profili costituzionali dell’amministrazione algoritmica*, cit., 1155. B. Caravita di Toritto, *Principi costituzionali e intelligenza artificiale*, cit., 467, «[...] in quanto giurista voglio verificare se il problema da risolvere è stato giustamente individuato, voglio controllare l’insieme di regole che reggono il procedimento, la regolarità complessiva del procedimento e, infine, se queste regole sono state eseguite ordinatamente, voglio verificare – secondo un giudizio che assomiglia a quello di proporzionalità – se i dati messi a disposizione sono congrui con il problema e con il risultato». F. Patroni Griffi, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in *Decisione robotica*, Bologna, 2019, 168.

³⁴ Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472.

i procedimenti che non siano interamente automatizzati il diritto di accesso all'algoritmo debba essere inteso innanzi tutto come diritto a "decifrarne la logica". «Tale conoscibilità dell'algoritmo deve essere garantita in tutti gli aspetti: dai suoi autori al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti. Ciò al fine di poter verificare che gli esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento e affinché siano chiare – e conseguentemente sindacabili – le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato»³⁵. Nella stessa sentenza si sottolinea il dovere per le amministrazioni di fornire le opportune istruzioni relative al funzionamento dell'algoritmo, assicurandone la comprensibilità del funzionamento del *software* anche al cittadino comune, non potendo rappresentare un ostacolo il linguaggio informatico del c.d. "codice sorgente". In definitiva si deve pervenire alla conoscenza dell'*iter* logico sulla base del quale l'atto terminale è stato emanato nonché la coerenza col contenuto dello stesso³⁶. Da tali premesse la dottrina fa discendere una "declinazione rafforzata" del principio di trasparenza inteso come tracciabilità algoritmica: un principio ai sensi del quale deve sempre essere assicurata al cittadino la comprensione della regola che guida la decisione, anche quando questa è espressa in un linguaggio differente da quello giuridico³⁷.

Il TAR Lazio³⁸, partendo dal presupposto che il tenore testuale dell'art. 22, della l. 241/1990, lett. d), così come modificata e integrata dalla l. 15/2005, delinea una nozione particolarmente estesa dell'atto amministrativo informatico facendo perno su un criterio sostanziale e non sulla provenienza dello stesso³⁹; di conseguenza, l'organo giurisdizionale rileva che, nel caso di algoritmo utilizzato per un'attività amministrativa vincolata (come quella prevista nel caso di specie), lo stesso si sostanzia in un procedimento che dà vita all'atto amministrativo e, quindi, al diritto dell'interessato all'accesso all'atto nonché di prenderne visione

³⁵ Di tale assimilazione si trova conferma nella sentenza del Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270.

³⁶ S. Sassi, *Gli algoritmi nelle decisioni pubbliche tra trasparenza e responsabilità*, In *Analisi giuridica dell'economia*, 2019, 1, 106 ss. E. Carloni, *AI, algoritmi e pubblica amministrazione in Italia*, cit., 8. G. Avanzini, *Decisioni amministrative ed algoritmi informatici. Predominazione, analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Napoli, 2019, 153. Di fronte agli algoritmi un certo grado di opacità rimane ineludibile e di conseguenza risulta cruciale la conoscenza della logica dell'algoritmo.

³⁷ Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270.

³⁸ TAR Lazio, sez. III *bis*, 21 marzo 2017, n. 3742.

³⁹ Le perplessità nascono dal fatto che così operando la sentenza reinterpreta il concetto di documento amministrativo *ex art.* 22, l. 241/1990, così come riformato dalla l. 15/2005. L'attuale concetto di documento amministrativo comprende, secondo la normativa sopra richiamata «ogni rappresentazione grafica o qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni e non relativi ad uno specifico procedimento detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti un'attività di pubblico interesse, indipendente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale».

ed estrarne copia, secondo quanto previsto nella legge sul procedimento. Si evidenzia la definizione di documento amministrativo informatico: è a tale nozione che occorre far riferimento per delimitare il perimetro oggettivo di esercizio del diritto all'accesso alla documentazione amministrativa.

La giurisprudenza sottolinea inoltre come «Il *software* assume una rilevanza essenziale nell'ambito del procedimento amministrativo finalizzato all'adozione di un atto a elaborazione informatica e la sua stessa qualificazione giuridica in termini di atto amministrativo informatico è importante a diversi fini e, prima fra tutti, proprio ai fini della verifica dell'ammissibilità dell'accesso di cui all'art. 22 legge 241 del 1990»⁴⁰. L'algoritmo, quandanche ascrivibile sostanzialmente allo schema dell'atto amministrativo informatico, ha tuttavia sempre un ruolo servente rispetto al procedimento pur dando vita ad una decisione amministrativa (ad es. esclusione dal concorso) quale atto terminale⁴¹.

Sembra più conforme ai principi dell'ordinamento, l'impostazione fornita nella prima sentenza del TAR Lazio che vede nell'algoritmo una sorta di atto presupposto, quindi atto amministrativo informatico sì, ma in quanto rispondente alle esigenze impresse dall'amministratore all'operatore informatico. Nel caso di specie si è in presenza di un'attività vincolata⁴² nei fini e particolarmente complessa, in considerazione degli innumerevoli elementi che devono essere valutati: ciò tuttavia non comporterebbe alcun apprezzamento discrezionale da parte del sistema meccanografico ma solo la corretta interrelazione fra tutti i dati che vengono forniti dall'amministrazione agente. Più recentemente, nella sentenza del TAR Lazio del 2018⁴³, l'organo giurisdizionale ha ribadito e rafforzato la tesi che vuole che gli istituti di partecipazione di trasparenza e di accesso in relazione ai pubblici poteri, non possano essere mortificati o soppressi soppiantando l'attività umana con quella impersonale.

È evidente la sostanziale uniformità sia della dottrina che della giurisprudenza a sottolineare il dovere di rendere conoscibile agli interessati la famigerata "scatola nera" nonché a "collocare" tra gli atti presupposti tale "scatola nera": così il pro-

⁴⁰ Si legge testualmente nella sentenza TAR Lazio, III *bis*, 21 marzo 2017, n. 3742 «[...] atteso che l'algoritmo di cui trattasi funziona attraverso un apposito software del quale si ribadisce, l'amministrazione, per mezzo della società privata che lo ha elaborato, ha fornito la descrizione a parte dei ricorrenti... Il *software* è, quindi l'espressione di un insieme organizzato e strutturato di istruzioni contenute in qualsiasi forma o supporto capace direttamente o indirettamente di fare eseguire o fare ottenere una funzione, un compito o un risultato particolare per mezzo di un sistema di elaborazione elettronica dell'informazione e con linguaggio o codice sorgente s'intende il testo di un algoritmo di un programma scritto in un linguaggio ed in fase di programmazione compreso all'interno del file sorgente [...]».

⁴¹ Dello stesso tenore si rinvia alla sentenza TAR Lazio sez. III *bis*, 22 marzo 2017 n. 3769 ove il giudice ha ritenuto legittimo l'accesso all'algoritmo partendo dalla prospettiva che il *software* sia ascrivibile tra gli atti amministrativi endoprocedimentali.

⁴² F. Follieri, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *www.federalismi.it*, 5 aprile 2017.

⁴³ TAR Lazio, sez. III *bis*, 10 settembre 2018, nn. 9224-9230.

gramma informatico (come l'*hardware*) ha solo una funzione di mero ausilio nei confronti dell'autorità amministrativa, assumendo la funzione di atto presupposto.

Nel quadro della vicenda in esame, i giudici d'appello⁴⁴ – pur per altri versi richiamandosi a quanto stabilito dal giudice di primo grado⁴⁵ – hanno ritenuto che, l'uso di procedure informatiche nell'azione amministrativa, deve essere incoraggiato al fine di migliorare la qualità dei servizi resi ai cittadini e agli utenti con particolare riferimento al profilo d'imparzialità ed efficienza. Nel Codice dell'amministrazione digitale è palese la volontà di indirizzare l'azione dei regolatori pubblici verso il perseguimento d'interventi che utilizzino decisioni algoritmiche. Sul punto, il giudice amministrativo d'appello è venuto a sottolineare gli indiscutibili vantaggi derivanti dall'automazione del processo decisionale dell'amministrazione mediante l'utilizzo di una procedura digitale ed attraverso «un algoritmo – ovvero una sequenza ordinata di operazioni di calcolo – che in via informatica sia in grado di valutare e graduare una moltitudine di domande». Tale sistema rispecchia, secondo l'organo adito, i canoni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa (art. 1, l. 241/1990) nonché del buon andamento della stessa (*ex art. 97 della Costituzione*), lì dove s'impone il conseguimento dei fini pubblici con il minor dispendio di mezzi e risorse attraverso lo snellimento e l'accelerazione dell'*iter* procedimentale. Tuttavia, come rileva il Consiglio di Stato seguito in ciò anche dalla dottrina, l'utilizzo di procedure “robotizzate” non può essere motivo di elusione dei principi che conformano il nostro ordinamento e che regolano lo svolgimento dell'attività amministrativa. La regola algoritmica deve necessariamente sottostare a taluni principi:

- la stessa regola possiede una piena valenza giuridica amministrativa anche se viene declinata in forma matematica a condizione che soggiaccia ai principi generali dell'azione amministrativa, quale quello della pubblicità e trasparenza (art. 1, l. 241/1990) di ragionevolezza e di proporzionalità;
- non può lasciare spazi applicativi discrezionali, di cui l'elaboratore elettronico è privo (*rectius*: ne dovrebbe essere privo avendo già il funzionario operato le scelte discrezionali) ma deve prevedere con ragionevolezza una soluzione definita per tutti i casi possibili;
- vi è sempre la necessità che sia l'amministrazione a compiere un ruolo *ex ante* di mediazione e di composizione degli interessi in gioco;
- deve ritenersi che sia il giudice a dover svolgere per la prima volta sul piano “umano”, eventuali valutazioni sugli accertamenti fatti direttamente in via automatica con la conseguenza che, la decisione robotizzata, impone al giu-

⁴⁴ Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270.

⁴⁵ TAR Lazio, sez. III *bis*, 21 marzo 2017, n. 3742, già richiamata.

dice di statuire in merito alla correttezza del processo automatizzato in tutte le sue componenti.

4. *La motivazione nelle procedure algoritmiche: motivazione per relationem*

Quanto alla motivazione, anche nell'ipotesi in cui la decisione sia derivata da un procedimento automatizzato, non si può escludere che il soggetto interessato non possa pretendere la motivazione del documento o in forma elettronica o in forma tradizionale, pena la violazione del principio di obbligo di motivazione delle decisioni amministrative, sancita dall'art. 3 della l. 241/1990 e ripresa in sede comunitaria. In ciò la giurisprudenza già richiamata, una volta accolta la tesi in merito alla necessità che l'algoritmo sia conoscibile e accessibile dal soggetto interessato, a garanzia del principio di trasparenza e di buona amministrazione, perviene a sostenere che sia possibile ricercare a ritroso nello stesso algoritmo la motivazione dell'atto terminale.

Il termine "motivazione" può essere usato in due eccezioni: la prima "sostanziale", che richiama la necessità che una decisione risponda alla scelta argomentata in relazione ai dati di fatto e di diritto di una fattispecie concreta, la seconda "formale", a cui viene dato talvolta il significato di giustificazione che richiede l'esposizione dell'esplicito percorso argomentativo che ha portato alla decisione. Si sottolinea come «se le ragioni della decisione risultano da altro atto dell'amministrazione richiamato dalla decisione stessa insieme alla comunicazione di quest'ultima, deve essere indicato e reso disponibile [...] anche l'atto cui essa si richiama (cosiddetta motivazione *per relationem*)»⁴⁶. Pertanto, in caso di utilizzo dell'algoritmo fungeranno da motivazione tutti gli atti assunti dall'amministrazione a sostegno della procedura meccanografica. Nel commento alla sentenza del Consiglio di Stato n. 2270/2019, Prosperetti sottolinea che, il difetto di motivazione derivante dall'uso del *software* potrebbe essere supplito a priori dall'amministrazione con una motivazione *per relationem*: motivazione derivante dal rinvio a ulteriori atti presupposti e pareri ottenuti dall'amministrazione dai quali si possa evincere che l'atto terminale è conforme ai principi dell'azione amministrativa e che, in tal modo, supplisce alla carenza di una specifica motivazione. «Una siffatta motivazione potrebbe essere impiegata laddove l'Amministrazione volesse adottare algoritmi dando conto nella medesima o in qualche punto dell'*iter* provvedimentale (ad es. sulla piattaforma utilizzata dagli Amministrati) che i provvedimenti saranno emessi da un *software* commissionato dall'Amministrazione per essere rispondente

⁴⁶ D. Sorace, *Atto amministrativo*, in *Encicl. dir. Annali*, Milano, 2010, vol. III, 46, § 8. F. Saitta, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, cit.

a certi criteri, del quale è stato verificato il margine di errore, ecc., ecc»⁴⁷. In questo senso, la già citata sentenza del TAR Lazio del 2018⁴⁸, richiama tra i principi sottesi agli istituti della partecipazione procedimentale che devono essere garantiti anche dall'amministrazione robotizzata, proprio l'obbligo di motivazione che tuttavia assume non un carattere "formale" ma un carattere "sostanziale".

Se si vuole, permane il difetto di una motivazione formale e ci si potrebbe chiedere se tale omissione (ammesso e non concesso che la motivazione non possa desumersi *per relationem*) possa essere vizio sufficiente per un'autonoma impugnativa, diversamente da quanto statuito nella sentenza del Consiglio di Stato precitata; ovvero ci si chiede se, qualora l'amministrazione adotti piattaforme e *software* che portino ad atti privi di motivazione, tale omissione causi *ex se* una lesione nella sfera giuridica dei destinatari sì da ammettere l'interesse a ricorrere a prescindere dall'allegazione dei concreti effetti dannosi del provvedimento subito. Il Consiglio di Stato afferma che, ove il privato non comprenda per quali ragioni le sue legittime aspettative siano andate deluse «questo costituisce di per sé un vizio tale da inficiare la procedura».

L'amministrazione è tenuta a dimostrare la trasparenza algoritmica non potendo semplicemente limitarsi ad affermare la coincidenza fra la legalità e le operazioni algoritmiche: una coincidenza «che deve essere sempre provata e illustrata sul piano tecnico quanto meno chiarendo le circostanze sopra citate, ossia le istruzioni impartite e le modalità di funzionamento delle operazioni informatiche»⁴⁹.

Tuttavia, volendo seguire l'andamento giurisprudenziale, si deve osservare che, dopo una certa difficoltà da parte dei giudici amministrativi, nella sentenza del Consiglio di Stato n. 8472/2019, è rinvenibile un primo decalogo della legalità algoritmica per la definizione della quale assume un «valore rilevante e paradigmatico la costruzione normativa del regolamento europeo sulla protezione dei dati personali».

Osserva a tal proposito Bonomi, che la motivazione algoritmica viene generata tramite un meccanismo automatico di reperimento, collegamento e giusta posizione di norme e dati; si è di fronte ad una motivazione *ab relationem* qualora l'atto terminale rinvii al provvedimento generale elaborato dal funzionario pubblico contenente il programma diretto all'elaboratore del *software*⁵⁰. D'altro can-

⁴⁷ E. Prosperetti, *Obbligo di motivazione e procedimenti in cui non è nota a priori la logica dell'algoritmo*, Nota a Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, 2270, 17 maggio 2019, in www.dirittomercatotecnologia.it. B. Raganelli, *Decisioni pubbliche e algoritmi: modelli alternativi di dialogo tra forme di intelligenza diverse nell'assunzione di decisioni amministrative*, in www.federalismi.it, 22 luglio 2020.

⁴⁸ TAR Lazio, sez. III bis, 10 settembre 2018, nn. 9224-9230.

⁴⁹ Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270.

⁵⁰ M.S. Bonomi, *La motivazione dell'atto amministrativo: dalla disciplina generale alle regole speciali*, in *Collana del Dipartimento di Giurisprudenza*, Roma, 2020, 48. A. Masucci *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Rimini, 2000, 99 «... se nel nostro ordinamento il menzionato obbligo risponde alle esigenze di rendere "leggibile" come si è formata la decisione e a dimostrare, oltre che al destinatario, alla collettività che la decisione "giustificabile" secondo le leggi in vigore, queste "ragioni" sono del tutto

to, come emerge dalla giurisprudenza in materia, la regola algoritmica non solo deve essere conoscibile ai privati ma anche soggetta alla piena cognizione del giudice amministrativo, come si vedrà in seguito.

5. *Il ruolo del responsabile del procedimento e il sindacato del giudice amministrativo*

Rilevante permane il ruolo del responsabile del procedimento anche a fronte dell'attivazione di una procedura meccanografica. Si è ritenuto che, anche in caso di procedure concorsuali di massa, vi debbano essere meccanismi di vigilanza di tipo tradizionale, attivabili dal soggetto amministrativo in via di emergenza nel caso di un non corretto funzionamento dei sistemi informatici prima ancora di sottoporre la questione al sindacato del giudice amministrativo⁵¹. La necessità della conoscenza dell'algoritmo già durante il procedimento assume, a ben vedere, un particolare significato posto che è la stessa amministrazione che si scontra con il problema del meccanismo algoritmico e con la necessità che questo traduca fedelmente la predefinita regola amministrativa dettata dal responsabile del procedimento⁵². Ciò trova conferma nel Considerando n. 71 del GDPR ove si prevede che, a fronte di trattamenti automatizzati, debbano essere previste misure tecnico-organizzative volte a garantire che possano essere rettificati eventuali inesattezze dei dati in modo da limitare, per quanto sia possibile, il rischio di errori ed impedire effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche⁵³.

valide ed attuali anche nel caso di atti amministrativi informatici. Anzi in questo caso l'esigenza di trasparenza è più forte di quanto non lo sia per gli stessi atti amministrativi manuali. Solo una puntuale motivazione dell'atto informatico può, infatti, attutire la sensazione di oscurità e di anonimato che il privato avverte verso il procedimento automatizzato». U. Fantigrossi, *Automazione e pubblica amministrazione. Profili giuridici*, Bologna, 1993, 134, 135, che esclude l'obbligo di motivazione in base alla considerazione del carattere vincolato dell'atto ad elaborazione informatica.

⁵¹ In questo senso si veda TAR Lazio, sez. I *quater*, 25 settembre 2018, n. 9802, ripresa da A. Simoncini, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, cit., 1153, il quale ritiene che ogni qualvolta vi sia una procedura automatizzata ve ne deve essere una tradizionale "parallela" di emergenza. L'idea, ad avviso di chi scrive, appare aggravare il procedimento e non certo andare verso una maggiore efficienza ed imparzialità delle scelte della P.A. Se l'algoritmo non funziona sarà effettivamente il giudice amministrativo che determinerà l'annullamento o meno dell'atto terminale.

⁵² «Ciò al fine di perseguire nel miglior modo possibile l'interesse pubblico al quale l'amministrazione è preposta e dal quale non può abdicare, così da scongiurare che la scelta sia surrettiziamente assunta dal soggetto (ingegnere informatico) che ha scritto la regola algoritmica; né le ragioni già esposte, facenti leva sull'economicità e l'efficienza, pare possano portare ad una conclusione di segno contrario. Tale conoscibilità, spostandosi sul piano giurisdizionale, ossia ponendosi nell'ottica del Giudice, deve considerarsi imposta dalla necessità di un sindacato pieno sulle modalità con le quali è stato esercitato il potere», F. Patroni Griffi, *Intelligenza artificiale: amministrazione e giurisdizione*, cit., 483.

⁵³ Considerando n. 71, GDPR: «L'interessato dovrebbe avere il diritto di non essere sottoposto a una decisione, che possa includere una misura, che valuti aspetti personali che lo riguardano, che sia basata unica-

La responsabilità di un eventuale errore dell'algoritmo ricadrebbe, in prima battuta, sull'amministrazione nonché sulla società che ha elaborato il *software*: in questa prospettiva il vero scoglio era rappresentato dal fatto che, per dimostrare l'errore dell'algoritmo, si dovesse prendere visione dell'algoritmo stesso altrimenti le doglianze degli interessati non avrebbero trovato tutela avanti ad un giudice amministrativo, con conseguente violazione del principio del diritto alla tutela giurisdizionale⁵⁴. Tale scoglio, allo stato dei fatti, è stato tuttavia superato dall'ammissione all'accesso all'algoritmo e al suo *iter* logico, secondo l'elaborazione giurisprudenziale richiamata in precedenza. L'errore viene imputato all'amministrazione in quanto, trattandosi di un provvedimento illegittimo, è configurabile una responsabilità del funzionario titolare del procedimento che avrebbe dovuto attivarsi per evitare l'errore o che, una volta accertato tale errore, rimuoverlo anche in via di autotutela.

Nella decisione assunta dal TAR Trento⁵⁵, il giudice diversamente ha ritenuto che, fermo restando la responsabilità dell'errore in capo a colui che ha predisposto il funzionamento del sistema, vi è inoltre la responsabilità per fatto omissivo del dipendente che «tempestivamente informato, non si sia adoperato per svolgere secondo i principi di legalità e imparzialità tutte quelle attività che, in concreto, possono soddisfare le legittime pretese dell'istante».

mente su un trattamento automatizzato e che produca effetti giuridici che lo riguardano o incida in modo analogo significativamente sulla sua persona, quali il rifiuto automatico di una domanda di credito online o pratiche di assunzione elettronica senza interventi umani. Tale trattamento comprende la «profilazione», che consiste in una forma di trattamento automatizzato dei dati personali che valuta aspetti personali concernenti una persona fisica, in particolare al fine di analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze o gli interessi personali, l'affidabilità o il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti dell'interessato, ove ciò produca effetti giuridici che la riguardano o incida in modo analogo significativamente sulla sua persona... Al fine di garantire un trattamento corretto e trasparente nel rispetto dell'interessato, tenendo in considerazione le circostanze e il contesto specifico in cui i dati personali sono trattati, è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, metta in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori e al fine di garantire la sicurezza dei dati personali secondo una modalità che tenga conto dei potenziali rischi esistenti per gli interessi e i diritti dell'interessato e che impedisca tra l'altro effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della razza o dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dello status genetico, dello stato di salute o dell'orientamento sessuale, ovvero che comportano misure aventi tali effetti. Il processo decisionale automatizzato e la profilazione basati su categorie particolari di dati personali dovrebbero essere consentiti solo a determinate condizioni».

⁵⁴ «Che nessuna amministrazione affermi che la decisione è sacrosanta giacché assunta sulla base di un algoritmo; e non lo affermi nessun giudice e nessun decisore politico. Per quanto riguarda le amministrazioni questa posizione è già stata sconfessata da una recente decisione del TAR Lazio, confermata dal Consiglio di Stato, giacché ogni decisione amministrativa implica assunzione di responsabilità che non può essere lasciata al funzionamento di una macchina, per quanto raffinata.» B. Caravita di Toritto, *Principi costituzionali e intelligenza artificiale*, cit., 467.

⁵⁵ TRGA Trento, 15 aprile 2015, n. 149. L. Enriques, *Responsabilità degli amministratori e ruolo degli algoritmi: brevi annotazioni sul senno di poi 4.0*, in *Intelligenza artificiale - il diritto, i diritti, l'etica*, cit., 295.

La disfunzione del sistema informatico produce i suoi effetti sul provvedimento finale in quanto i giudici applicano, anche alla fattispecie in esame, il c.d. “principio di derivazione” in forza del quale sul provvedimento finale si riverberano tutti i vizi verificatisi nel corso del procedimento. Il che implica la conoscenza dell’algoritmo già durante il procedimento attraverso una continua vigilanza da parte dell’amministrazione, la quale si scontra «con il problema dell’opacità del meccanismo algoritmico e con la necessità che questo traduca fedelmente la pre-determinata regola amministrativa»⁵⁶.

Risulta più radicale rispetto alle precedenti decisioni la posizione assunta dal TAR Lazio (3742/2017): nessuna complessità procedimentale può legittimare la devoluzione di una decisione amministrativa a un «[...] meccanismo informatico o matematico del tutto impersonale orfano di capacità valutazionali delle singole fattispecie concrete, tipiche della tradizione che garantisca istruttoria procedimentale, che deve informare l’attività amministrativa», specie qualora sfoci in un atto provvedimentale idoneo ad incidere su posizioni giuridiche soggettive e, di conseguenza, avente ricadute sugli apparati della pubblica amministrazione nonché sulle posizioni giuridiche dei soggetti privati». Nella stessa sentenza il giudice adito ha sottolineato come «le procedure informatiche, finanche ove pervengano al loro maggior grado di precisione e addirittura alla perfezione [...]», non potrebbero mai soppiantare, sostituendola in toto, l’attività cognitiva, acquisitiva e di giudizio che solo un’istruttoria affidata ad un funzionario “persona fisica” è in grado di svolgere che deve essere individuato nella figura del “responsabile del procedimento”, al fine di assicurare l’osservanza degli istituti di partecipazione procedimentale di acquisizione degli apporti collaborativi del privato. Pertanto, secondo l’organo giurisdizionale, il funzionario «[...] deve seguitare a essere il *dominus* del procedimento stesso, all’uopo dominando le stesse procedure informatiche predisposte in funzione servente e alle quali va dunque riservato tutt’oggi un ruolo strumentale e meramente ausiliario in seno al procedimento amministrativo e giammai

⁵⁶ «Il principio dell’effettività della tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi – riconosciuto sia a livello costituzionale, attraverso il coordinamento degli artt. 2, 3 e 24, Cost., sia in virtù delle previsioni contenute nell’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, che prescrive “la predisposizione di adeguati strumenti e di idonee fattispecie capaci di garantire la piena soddisfazione dei diritti e degli interessi tutelati” (principi mutuati dagli artt. 6 e 13 Convenzione internazionale per la salvaguardia dei diritti dell’uomo) non può conoscere limiti di sorta». F. Patroni Griffi, *Intelligenza artificiale: amministrazione e giurisdizione*, cit., 483. F. Saitta, *Le patologie dell’atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Rivista di Diritto Amministrativo Elettronico, Quaderni del DAE*, luglio 2003. «In verità, com’è stato acutamente osservato, l’elemento indefettibile del provvedimento amministrativo non è tanto la volontà, quanto il contenuto volitivo, risultato dall’esercizio e del potere, il quale, negli atti discrezionali, consisterà nella “prefigurazione ed eventuale realizzazione dell’assetto di interessi prescelto all’esito della valutazione comparativa”, mentre negli atti vincolati si ridurrà solo a tale realizzazione. Ebbene, così intesa la volontà non può non rappresentare un elemento essenziale anche degli atti amministrativi elettronici dovendo conseguentemente disattendersi la tesi, in vero alquanto risalente, secondo cui tali atti sarebbero imputabili alla macchina, sarebbero cioè un mero “prodotto della macchina”».

dominante o surrogatorio dell'attività dell'uomo, ostando alla deleteria prospettiva orwelliana di dismissioni delle redini della funzione istruttoria e di abdicazione a quella provvedimentale, il presidio costituito dal baluardo dei valori costituzionali scolpiti negli artt. 3, 24, 97 della Costituzione oltre che all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo»⁵⁷. Come osserva Viola «[...] il riferimento alla “nuova figura di pubblico funzionario” evocata da Vittorio Frosini merita sicuramente condivisione però con la precisazione resa necessaria dagli sviluppi più recenti della dottrina giuridica relativa all'A.I. [...] alla necessità di riportare la definizione (letteralmente caratterizzata da un qualche grado di imprecisione) alle modifiche psicologico-comportamentali derivanti dall'uso del computer da parte del funzionario pubblico e non ad una qualche soggettività giuridica dell'elaboratore elettronico che quindi assumerebbe per così dire, “in proprio” la qualificazione in termini di “nuova figura di pubblico funzionario”»⁵⁸.

Emerge l'esigenza di evitare che l'automatizzazione della procedura possa generare un processo spersonalizzato che produrrebbe un duplice effetto distortivo: da un lato impedirebbe la partecipazione del privato al procedimento, mancando un interlocutore fisico al quale il privato possa rivolgersi, dall'altro verso perché rischia di generare una polverizzazione della responsabilità connessa alla decisione assunta⁵⁹.

Si osservi inoltre che ci si può avvalere dei sistemi meccanografici solo per atti vincolati e tali atti sono, come sostenuto dal Consiglio di Stato, il prodotto della regola algoritmica o meglio della regola giuridica espressa in forma di algoritmo. Da qui l'osservazione circa l'introduzione di un vero e proprio principio di “legalità algoritmica” di un provvedimento automatizzato conforme alla “regola astratta disposta dall'algoritmo” secondo quanto stabilito dal funzionario amministrativo. Il pubblico funzionario quindi è chiamato a monitorare la rispondenza dell'algoritmo agli interessi dell'amministrazione, il che però presuppone che lo stesso, quale *dominus* del procedimento meccanografico, sia in grado e abbia

⁵⁷ E. Carloni, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, cit. 283. «Un primo orientamento del giudice amministrativo sembra escludere l'ammissibilità di algoritmi “evolutivi” e tanto più di decisioni automatizzate in coerenza con il principio di “strumentalità” nel ricorso all'informatica nelle procedure amministrative. Si coglie bene, in questa linea giurisprudenziale del giudice prime cure, la “chiusura” rispetto alla possibilità di ripensare alla centralità del “funzionario umano” nel procedimento amministrativo [...] Da qui una lettura forse anche troppo netta nelle sue affermazioni, che vuole l'utilizzo delle soluzioni digitali nel procedimento amministrativo in una posizione (meramente) servente e strumentale rispetto all'attività del responsabile persona fisica [...]».

⁵⁸ L. Viola, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *Foro Amministrativo*, 2018, 9, 1606. A. Masucci, *Il documento amministrativo informatico*, Rimini, 2000, 57 ss. F. Saitta *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., 25 che cita V. Frosini, *L'informatica e la p.a.*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, 484.

⁵⁹ M.C. Cavallaro, G. Smorto, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, cit., 18.

quel minimo di conoscenze da poter svolgere il ruolo che gli si richiede. Qualche perplessità nasce in merito al fatto che, nell'apparato amministrativo sia possibile trovare soggetti che vantino una qualche conoscenza in materia meccanografica: se il funzionario pubblico è totalmente inesperto nel settore anche sotto i profili più basilari, è evidente che si affiderà all'operatore informatico senza avere alcun tipo di controllo, vigilanza o quant'altro, sulla corrispondenza tra le necessità della pubblica amministrazione rispetto alla predisposizione del *software* da parte della società privata.

Ancora una volta il problema si sposta sulla capacità del funzionario amministrativo di possedere quelle conoscenze di base in materia di amministrazione digitale che, in realtà non sempre è dato riscontrare nei pubblici amministratori, soprattutto quelli di una certa fascia di età. Ciò trova conferma nei dati raccolti dall'ISTAT in uno studio sull'utilizzo del ICT (*Information and Communication Technologies*) nelle pubbliche amministrazioni locali, ove si rileva che gli investimenti nella formazione del personale sono aumentati nel corso degli anni ma, la percentuale dei dipendenti che vi ha partecipato, è rimasta sostanzialmente invariata⁶⁰.

Alla luce di tali prospettazioni, l'algoritmo deve essere conoscibile secondo "una declinazione rafforzata" del principio di trasparenza: tale conoscibilità deve essere garantita in tutti i suoi aspetti⁶¹. A ciò si aggiunga che la regola algoritmica non solo deve essere conoscibile ma anche soggetta alla piena cognizione e al pieno sindacato del giudice amministrativo. La necessità di assicurare la conoscibilità dell'algoritmo all'organo giurisdizionale, risponde alla necessità di consentire al giudice stesso il "pieno sindacato" sulle modalità dell'esercizio del potere, pena la violazione del principio dell'effettività della tutela giurisdizionale del soggetto che lamenta la lesione di una sua posizione giuridica⁶². La pienezza della cogni-

⁶⁰ B. Barmann, *La responsabilità della Amministrazione per il cattivo funzionamento dei sistemi informatici*, commento a sentenza del TRGA Trento, 15 aprile 2015, 149, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2016, 398 ss. F. Donati, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *www.rivistaAIC.it*, 2020, 1, 425. Sull'applicazione del GDPR nei sistemi di intelligenza artificiale cfr. il *Rapporto sull'intelligenza artificiale del Comitato consultivo della Convenzione per la protezione degli individui con riguardo al trattamento dei dati personali* (convenzione 108), Strasburgo, 25 gennaio 2019. F. Pizzetti, (a cura di) *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, 220.

⁶¹ TAR Lazio, sez. III bis, 22 marzo 2017, n. 3769.

⁶² Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270: «La suddetta esigenza risponde infatti all'irrinunciabile necessità di poter sindacare come il potere sia stato concretamente esercitato, ponendosi in ultima analisi come declinazione diretta del diritto di difesa del cittadino, al quale non può essere precluso di conoscere le modalità (anche se automatizzate) con le quali è stata in concreto assunta una decisione destinata a ripercuotersi sulla sua sfera giuridica. Solo in questo modo è possibile svolgere, anche in sede giurisdizionale, una valutazione piena della legittimità della decisione; valutazione che, anche se si è al cospetto di una scelta assunta attraverso una procedura informatica, non può che essere effettiva e di portata analoga a quella che il giudice esercita sull'esercizio del potere con modalità tradizionali. In questo senso, la decisione amministrativa automatizzata impone al giudice di valutare in primo luogo la correttezza del processo informatico in tutte le sue componenti: dalla sua costruzione, all'inserimento dei dati, alla loro validità, alla loro gestione. Da qui, come si è detto, si conferma la

zione da parte del giudice amministrativo, in funzione di tutela delle situazioni giuridiche coinvolte nel giudizio, appare in sintonia coi principi di garanzia già disciplinati nella legge generale sul procedimento amministrativo, sia in merito alla conformità del procedimento messo in atto dall'operatore (motivazione dei provvedimenti) sia in merito all'accesso agli stessi algoritmi. Tale concetto emerge con insistenza nella giurisprudenza, basti comparare l'uniformità delle decisioni assunte dal TAR e dal Consiglio di Stato: entrambi pongono l'accento sulla discrezionalità tecnica nei procedimenti informatizzati.

Il giudice è chiamato a valutare la correttezza e la validità, in ossequio all'*iter* logico che ha portato il decisore amministrativo a utilizzare la regola che governa l'algoritmo, potrà quindi sostituire la decisione finale qualora ritenga di non voler far propri gli esiti dell'algoritmo in quanto illegittimi. Potrà altresì sostituire la decisione finale, ove questa non sia conforme ai dati contenuti nell'algoritmo o non risponda ai criteri di ragionevolezza imminenti nel procedimento amministrativo automatizzato. «“Conoscere” l'algoritmo non è però sufficiente: la vera frontiera è la sua sindacabilità»⁶³. Si rileva infatti che, occorre recepire i valori del diritto costituzionale sin dalla fase di progettazione delle macchine⁶⁴, il che implica che bisogna essere in grado di controllare le modalità operative di tale recepimento.

I giudici, che sempre con più frequenza devono confrontarsi con decisioni algoritmiche, si pongono come «avanguardia nel tentativo di fornire le coordinate giuridiche per governare questi fenomeni»⁶⁵.

6. La “discrezionalità amministrativa” nel sistema degli algoritmi

Il punto che lascia perplessi e che rappresenta il presupposto logico-giuridico in merito all'utilizzo degli algoritmi nell'azione amministrativa, attiene al postulato ribadito da tutta la giurisprudenza sopra richiamata secondo la quale, tali strumenti, possono essere utilizzati solo ed esclusivamente lì dove non residui al sistema meccanografico alcuna discrezionalità⁶⁶.

necessità di assicurare che quel processo, a livello amministrativo, avvenga in maniera trasparente, attraverso la conoscibilità dei dati immessi e dell'algoritmo medesimo».

⁶³ B. Caravita di Toritto, *Principi costituzionali e intelligenza artificiale*, cit., 468.

⁶⁴ A. Carcaterra, *Machinae autonome e decisione robotica*, in A. Carleo, *Decisione robotica*, Bologna, 2019, 42.

⁶⁵ E. Carloni, *AI, algoritmi e pubblica amministrazione in Italia*, cit. Va in ogni caso segnalato che l'approccio al tema non si esaurisce nell'intervento del giudice amministrativo: così ad esempio, a livello governativo presso l'Agenzia per l'Italia digitale (AGID), risulta attivata una *task force* sull'intelligenza artificiale che ha già prodotto un significativo Libro bianco in materia.

⁶⁶ E. Carloni, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, cit. 286. «La condizione di ammissibilità delle decisioni mediante algoritmi sembra dunque dipendere, a tenore di questa giurisprudenza [con particolare riferimento al Consiglio di Stato, sez. VI, 7 febbraio 1995,

Sostanzialmente, sia il TAR che il Consiglio di Stato hanno convenuto che l'impiego degli algoritmi sia limitato agli atti vincolati e privi di qualsiasi apprezzamento, il che presuppone su un piano scientifico, una netta distinzione tra atti discrezionali e atti vincolati: ma a ben vedere tale distinzione è venuta via via a ridursi poiché, prevalentemente, ci si imbatte in atti caratterizzati da una discrezionalità tecnica che, in quanto tali, contengono pur sempre elementi valutativi. In via generale, la stessa distinzione tra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa non attiene più alla tesi tradizionale della ponderazione degli interessi primari rispetto agli interessi secondari, ma si distingue per l'oggetto dei giudizi in quanto «quelli che sono propri della discrezionalità tecnica vertono sulla qualificazione dei fatti, mentre giudizi attenenti alla discrezionalità amministrativa vertono sull'assetto da dare agli interessi»⁶⁷. Nel primo caso la fattispecie indeterminata suscita incertezza riguardo la sussistenza dei presupposti per la sua applicazione, nel secondo caso apre la possibilità tra azioni alternative. Da qui l'osservazione che l'impiego della parola discrezionalità in tutti e due i casi è forviante come forviante è l'impiego della parola stessa «per designare ogni operazione mentale il cui esito non sia esattamente predeterminato...»⁶⁸. La discrezionalità amministrativa, come insegna Sorace, consiste «nel potere di scegliere i mezzi per raggiungere fini eterodeterminati dalla legge»⁶⁹, mentre nella discrezionalità tecnica, la scelta dei mezzi per raggiungere tali fini è notevolmente circoscritta, non richiedendo la norma giuridica una particolare attività interpretativa rispetto alla scelta degli stessi mezzi da utilizzare.

Nei procedimenti automatizzati non ci si trova di fronte ad una discrezionalità amministrativa attribuita all'operatore meccanografico: l'amministrazione chiede al programmatore la realizzazione di un *software* che può residuare di valutazione a fronte di documenti, atti, certificati ecc., rispetto ai quali, in base ad elementi oggettivi in essi contenuti, il *software* deve limitarsi a disciplinare ed organizzare quanto richiesto. Come ha sottolineato la dottrina prima richiamata è il funzionario amministrativo che opera eventuali scelte tra gli interessi coinvolti prima ancora che venga elaborato l'algoritmo.

Il tema della discrezionalità non è stato affrontato in via diretta né dal TAR né dal Consiglio di Stato, né si è dato conto dell'emergere di fondamenti diversi

n. 152], dal carattere vincolato (non discrezionale) della decisione, un esito peraltro già presente nel dibattito dottrinale che tradisce però una sottovalutazione del carattere non meramente operativo degli algoritmi complessi».

⁶⁷ F. Trimarchi Banfi, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2019, 2, 320.

⁶⁸ F. Trimarchi Banfi, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, cit., 321.

⁶⁹ D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche: una introduzione*, VII ed., Bologna, 2014, 357 ss. Osserva l'A. che, «la discrezionalità (può) riguardare l'*an*, il quando, il *quomodo*, cioè (può) consistere nel decidere se e in quale momento e in quale modo agire».

rispetto alla distinzione tradizionale, facendo generico riferimento alla discrezionalità tecnica o discrezionalità amministrativa e pervenendo alla conclusione che solo a fronte di una discrezionalità amministrativa sono rinvenibili le condizioni per poter ricorrere ai sistemi algoritmici.

Tuttavia, su un piano teorico non può non tenersi conto del fatto che, la nuova declinazione del potere discrezionale al tempo della “scienza incerta”, deriva dalla massiccia penetrazione della scienza nel mondo della gestione e della regolamentazione degli interessi pubblici e privati⁷⁰. Il punto di snodo diventa, così, come sottolineato dal giudice d’appello «la “regola tecnica che governa ciascun algoritmo”, in quanto si tratta pur sempre di una “regola amministrativa generale”, elaborata dal pensiero dell’uomo che ne è e ne resta, sempre e comunque, il *dominus* laddove alla “macchina” ne viene rimessa la semplice applicazione sul terreno, quando pure ciò avvenga in via “esclusiva”, ossia senza la cooperazione dell’attività dell’uomo»⁷¹. La regola tecnico-amministrativa, nella quale è rinvenibile una valenza giuridica se pure declinata in forma matematica, non “piega” i principi generali del procedimento amministrativo. Ciò comporta che la discrezionalità amministrativa non può essere demandata al *software*, dovendo essere invece rintracciata nel momento di elaborazione del *software* stesso o, se si vuole, nella scelta dell’amministrazione circa l’opportunità di utilizzare, in una fattispecie concreta, lo strumento digitale. Come osserva Ferrara, la penetrazione della regola della tecnica nel diritto, deve considerarsi un fenomeno ormai inevitabile al quale ci si dovrà rapportare, sia pure ponendo particolari attenzioni, ai principi generali che regolano i rapporti tra privato e pubblica amministrazione. Il punto dirimente afferisce al concetto di discrezionalità tecnica nel senso che, i fatti complessi devono essere risolti attraverso il rinvio alle c.d. “scienze dure”, anche se in funzione strumentale e servente e, su questo terreno, il giudice amministrativo non s’interroga soltanto sulla natura e sulla dimensione quantitativa del potere discrezionale delle amministrazioni pubbliche, ma anche sulla sua collocazione spazio temporale allorché, l’esercizio delle facoltà discrezionali, vada ad intrecciarsi con l’esercizio dei poteri c.d. vincolati e/o di un potere dal quale esulerebbe, comunque, ogni pur residua potestà di apprezzamento discrezionale dei fatti, sia essi semplici che complessi che rilevano in un procedimento amministrativo. Tale tesi implica l’ampiamiento dei casi di utilizzo degli algoritmi decisionali poiché connessi alla discrezionalità c.d. tecnica.

La pienezza della cognizione da parte del giudice amministrativo, in funzione di tutela delle situazioni giuridiche coinvolte nel giudizio, appare in sinto-

⁷⁰ R. Ferrara, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Diritto Amministrativo*, 2019, 4, 774.

⁷¹ R. Ferrara, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi*, cit., 779.

nia con i principi di garanzia già disciplinati nella legge generale sul procedimento amministrativo, sia in merito alla conformità del procedimento messo in atto dall'operatore (motivazione dei provvedimenti) sia in merito all'accesso agli stessi algoritmi. Tale concetto emerge con insistenza nella giurisprudenza, basti comparare il dibattito giurisprudenziale insorto tra TAR e Consiglio di Stato: entrambi pongono l'accento sulla discrezionalità tecnica nei procedimenti informatizzati. La regola tecnica che governa un algoritmo viene sempre ad essere una regola giuridica ossia una formula tecnica che assume la forma e la caratterizzazione materiale di una regola giuridica in senso proprio. Ciò significa che, nel momento in cui tale regola viene elaborata e messa in campo, il potere discrezionale non solo è totalmente in capo all'amministrazione, ma si manifesta in tutta la sua rilevanza nelle forme contemporanee suggestive della discrezionalità tecnica «la quale sembra quasi costituire a mio avviso il modello fondamentale e paradigmatico del potere discrezionale *tout court*»⁷². Tale attività di elaborazione della formula tecnica destinata a governare l'algoritmo, è certamente sindacabile da parte del giudice amministrativo, viene quasi da comparare la regola giuridica che governa l'algoritmo al regime dell'atto amministrativo presupposto, nei confronti del quale le decisioni attuative-esecutive si configurano come meri atti di esecuzione di «regole del gioco» assunte in altra sede, ovvero in un altro *step* procedimentale. Occorre, utilizzando l'algoritmo, che venga a «ridursi» il potere discrezionale, sia tecnico sia amministrativo, proprio degli atti della p.a. soprattutto quando il processo decisionale sia governato, a monte, da una scelta tecnico-amministrativa operata da pubblico funzionario. Ovviamente tutto il discorso attiene all'algoritmo in senso «semplice» non a tutti quei fenomeni e alle elaborazioni che le scienze dure possono comportare fino alla c.d. intelligenza artificiale.

Nel momento in cui i Tribunali amministrativi regionali, sia pure con sfumature diverse, stabiliscono che è il funzionario il *dominus* del procedimento che deve disciplinare le procedure informatiche predisposte in funzione servente e mai sostitutive dello stesso, come più volte ribadito dalla giurisprudenza richiamata, è evidente che, anche nelle procedure robotizzate governate da un algoritmo si può pervenire alla considerazione che il potere amministrativo di tipo «assolutamente vincolato o comunque vincolato *tout court* [e] sulla cui base molte teorie generali con importanti ricadute sul piano pratico sono state costruite, in realtà forse non esiste [più] in quanto tale, oppure è comunque una merce assai rara»⁷³.

⁷² R. Ferrara, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi*, cit., 784. F. Gorgerino, *Discrezionalità amministrativa ed ermeneutica giuridica*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2018, 4, 1272 ss. R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo, le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione*, Roma-Bari, 2004, 39.

⁷³ R. Ferrara, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi*, cit., 788, nota 34 «[...] almeno tendenzialmente, in quanto l'alternativa al potere vincolato/potere discrezionale mi sembra più rilevante sul piano dell'utilità stru-

7. Possibili conclusioni

La ricostruzione effettuata consente di pervenire ad osservazioni finali: la prima cosa che balza all'occhio è che tutta la giurisprudenza ha cercato di includere i nuovi sistemi meccanografici nel quadro dei principi del procedimento amministrativo. Se vogliamo, non viene colta la novità intrinseca di tali strumenti ma la maggiore preoccupazione, soprattutto del giudice amministrativo, è quella di garantire al privato le tutele che il procedimento amministrativo offre. Certamente si deve prendere atto dello sforzo di coniugare i tradizionali sistemi amministrativi con l'utilizzo dei sistemi meccanografici: il punto principale è rappresentato dall'accesso all'algoritmo e dalla sua sindacabilità. Pur tuttavia ciò avviene nel quadro delle procedure amministrative, la digitalizzazione è favorita e promossa attraverso tecnologie che realizzino gli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità e trasparenza dell'azione amministrativa. *Dominus* di tale procedura rimane il funzionario amministrativo mentre il sistema meccanografico diventa lo strumento "servente" per l'adozione della decisione finale. Da qui l'osservazione che pur volendo promuovere la digitalizzazione dei servizi e delle procedure, le novità derivanti dall'uso dei sistemi meccanografici devono "piegarsi" al paradigma del procedimento amministrativo, il che porta ad escludere quegli algoritmi non legati ad atti amministrativi vincolati nonché altri sistemi meccanografici. Si può ipotizzare di trovarsi di fronte al fatidico "cavallo di Troia" per operare una più radicale apertura, non solo dei sistemi meccanografici, ma anche dell'intelligenza artificiale nell'ambito della nostra amministrazione⁷⁴.

mentale che ne deriva, là ove si tratti di qualificare come diritto soggettivo piuttosto che come interesse legittimo le pretese di cui si invoca la tutela giurisdizionale, con tutto quanto ne consegue, anche sul terreno materiale/sostanziale della identificazione/definizione del potere che viene esercitato». D. de Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995.

⁷⁴ L. Viola, *Attività amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Cyberspazio e diritto*, 2019, 1-2, 78.

La legalità algoritmica nella giurisprudenza amministrativa

L'obiettivo della presente riflessione è quello di esaminare, con occhio critico, la giurisprudenza italiana in merito all'uso dei sistemi meccanografici utilizzati dalla pubblica amministrazione, con particolare riferimento alle recenti sentenze del Tribunale amministrativo regionale e del Consiglio di Stato. Anche ricorrendo a sistemi algoritmici in procedure che richiedono un gran numero di documenti amministrativi e coinvolgono un rilevante gruppo di soggetti, i principi del procedimento amministrativo possono essere garantiti a protezione delle situazioni giuridiche degli interessati. Pertanto, l'algoritmo deve essere considerato un atto amministrativo informatico e, in quanto tale, se ne deve garantire l'accesso, la motivazione nonché il sindacato del giudice amministrativo. L'utilizzo dell'algoritmo è limitato agli atti amministrativi che non residuano alcuna discrezionalità: a tal proposito il tema della discrezionalità tecnica deve ormai essere considerato quale prototipo della nozione discrezionalità. Il concetto di discrezionalità tecnica si esplica nel senso che, i fatti complessi devono essere risolti attraverso il rinvio alle c.d. "scienze dure".

Algorithmic legality in administrative jurisprudence

The aim of this reflection is to critically examine the Italian jurisprudence regarding the use of the mechanographic systems deployed by the public administration, with particular reference to the recent judgments passed by the Regional Administrative Court and the Council of State. Even by resorting to algorithmic systems in procedures that require a large number of administrative documents and involve a significant group of subjects, the principles of the administrative procedure can be guaranteed to protect the legal situations of the data subjects. Therefore, the algorithm must be considered an IT administrative act, and as such, its access, motivation and review must be guaranteed to the administrative judge. The use of the algorithm is limited to administrative acts that have no discretion: in this regard, the issue of technical discretion must now be considered a prototype of the notion of discretion. The concept of technical discretion is expressed in the sense that complex issues must be resolved through reference to the so-called 'hard sciences'.

Crisi e ricerca della stabilità economica nella prospettiva di un nuovo ordine economico internazionale orientato allo sviluppo sostenibile *

Giulio Peroni

SOMMARIO: 1. L'affermazione a livello globale dell'ordine economico neoliberista e l'attuale contesto internazionale. – 2. La crisi economica e finanziaria del 2008 e l'insorgere dell'instabilità economica globale. – 3. La stabilità economica quale obiettivo strumentale per assicurare un ordinato sviluppo delle relazioni internazionali. – 4. La difficile ricostruzione della nozione di stabilità economica e le sue possibili declinazioni. – 5. La stabilità economica quale bene pubblico globale e *common concern*. – 6. Dalla crisi finanziaria alla crisi del debito sovrano e il conseguente rischio *default* per lo Stato insolvente. – 7. La crisi del debito sovrano nell'Eurozona e gli interventi a sostegno dei paesi a rischio *default*. – 8. I diritti economici e sociali di fronte alla crisi. – 9. I *Sustainable development goals* e la dimensione economica nell'Agenda 2030 per lo Sviluppo sostenibile. – 10. La responsabilità delle generazioni presenti verso quelle future alla difficile prova dell'equilibrio economico-finanziario e il diritto allo sviluppo (sostenibile), quale strumento a tutela delle prossime progenie.

1. *L'affermazione a livello globale dell'ordine economico neoliberista e l'attuale contesto internazionale*

L'economia internazionale a partire dal 2008, con il noto fallimento di *Lehman Brothers*¹, è stata attraversata da una vera e propria ondata di instabili-

* Il presente contributo illustra alcune delle principali tematiche affrontate dall'autore nel recente volume dal titolo *Stabilità economica e sostenibilità nel diritto internazionale*, Milano, 2020, XVI+416, riguardo alla ricerca di un equilibrio tra la fornitura e produzione della stabilità a carattere economico e la sostenibilità sociale delle politiche atte a realizzare la prima nella prospettiva del diritto internazionale dell'economia.

¹ Per ripercorrere le tappe che hanno portato al clamoroso fallimento di *Lehman Brothers*, quarta maggiore banca d'investimento degli Stati Uniti e gli effetti che ne sono derivati su scala mondiale, si veda H. Dossall, R. Nichelmann, *The Risk of Financial Risk Management: The Case of Lehman Brothers*, in R.P. Jr. Gephart, C.C. Miller, K.S. Helgesson (eds.), *The Routledge Companion to Risk, Crisis and Emergency Management*, London, 2018, 312-324; P. De Grauwe, *Ideology and Economics in The Failure of Lehman Brothers*, in M.

tà di carattere inizialmente finanziario che ha avuto un impatto senza precedenti sulle economie di numerosi paesi, in specie entro quelli industrializzati arrivando a minacciare addirittura la tenuta del debito sovrano di alcuni stati dell'Unione europea (in particolare, Portogallo, Irlanda, Italia, Spagna e Grecia, noti anche con l'acronimo dispregiativo di *Pigs States*), mettendo così a rischio la sopravvivenza dell'Unione economica monetaria (Uem). L'instabilità politica che ne è seguita su scala prima europea e poi mondiale, a causa delle profonde interconnessioni dovute al processo di globalizzazione economica caratterizzante le odierne relazioni internazionali, ha finito per travolgere le nazioni più deboli del Globo come quelle del Nord Africa e del Medio Oriente, ponendosi tra le principali ragioni della forte crisi migratoria che in questi ultimi anni sta investendo l'Europa con migliaia di persone che, alla ricerca di salvezza e di condizioni di vita migliori, premono sui suoi confini generando nuove paure e incertezze tra i cittadini del "Vecchio Continente". Quanto descritto, si inserisce in un contesto internazionale in cui l'insieme delle regole caratterizzanti l'Ordine economico internazionale ha visto il sistema neoliberista, attraverso il modello capitalistico che ne sta alla base, conquistare praticamente tutto il Pianeta espugnando e pervadendo di sé anche paesi come Russia e Cina, un tempo fautori e strenui difensori dei modelli politici ispirati all'ideologia comunista e all'economia pianificata, le cui realizzazioni pratiche, però, sono state in gran parte smentite dagli eventi occorsi sul finire del secolo scorso².

È, soprattutto, grazie a due eventi e per la precisione alla caduta del Muro di Berlino (9 novembre 1989)³ e al successo ottenuto dall'*Uruguay Round* del Gatt 1947⁴, da cui ha avuto origine nel 1994 l'Organizzazione mondiale del commercio (Omc), che il sistema in esame è divenuto globale, con l'effetto che se da un lato si è di fatto venuto a comprimere il diritto di ogni Stato di scegliere libera-

Sanchis i Marco (ed.), *Economics of the Monetary Union and The Eurozone Crisis*, Berlin, 2014, 105-109; L.G. Mc Donald, P. Robinson, *A Colossal Failure of Common Sense: The Inside Story of the Collapse of Lehman Brothers*, New York, 2009.

² L. Canfora, *La schiavitù del capitale*, Bari, 2017, in specie 81-82, secondo cui per Marx il capitalismo «è quel titanico stregone il quale, unificando il pianeta nel nome e nel segno del profitto, ha suscitato e scatenato forze che non sa e non può più dominare».

³ Si tratta di uno dei momenti più significativi della Storia della seconda metà del XX secolo. Quel giorno, infatti, crollò il simbolo emblematico della Guerra Fredda che opponeva il blocco occidentale a quello orientale a partire dalla fine del Secondo conflitto mondiale.

⁴ Detto negoziato fu avviato nel 1986 a Punta del Este (Uruguay) su iniziativa degli Stati Uniti per ampliare la liberalizzazione degli scambi dal settore delle merci a quello dei servizi, inserendo così le attività di banche, assicurazioni e imprese operanti nelle telecomunicazioni. La trattativa è rimasta a lungo bloccata per il tentativo degli statunitensi di ottenere dalla Comunità economica europea (Cee) una profonda revisione della Politica agricola comune (Pac), per concludersi solo nel 1994 a Marrakech. Sugli sviluppi del negoziato e sul ruolo nevralgico assunto dal settore agricolo nel quadro del sistema Omc/Wto si veda G. Peroni, *Il commercio internazionale dei prodotti agricoli nell'accordo Wto e nella giurisprudenza del Dispute Settlement Body*, Milano, 2005, in specie pp. 87-180.

mente il proprio sistema economico dall'altro è venuta meno, come al contrario accadeva in passato, la possibilità che uno Stato risulti discriminato nelle relazioni economiche, in forza del suo assetto politico. La convergenza verso un unico sistema economico quale quello in esame ha reso, tuttavia, le economie degli stati tra loro sempre più interdipendenti determinando una riduzione della rispettiva sovranità in campo economico e non solo⁵.

Nel quadro brevemente delineato, a seguito della crisi del 2008 e della ancora più recente crisi indotta dalla pandemia da coronavirus o Covid-19⁶, il perseguimento della stabilità economica nelle sue diverse forme (monetaria, fiscale e finanziaria) viene a costituire uno degli obiettivi fondamentali rispetto al quale si articola sempre più sia l'azione degli stati, sia quella delle organizzazioni internazionali economiche. E questo perché la suddetta stabilità è strumentale a realizzare le condizioni necessarie «per facilitare l'espansione e l'armonico sviluppo del commercio internazionale e contribuire così a mantenere alti livelli dell'occupazione e del reddito reale» e, dunque, «offrire un assetto che... faciliti... un sano sviluppo economico»⁷. Tuttavia, la ricerca della stabilità economica impone di riflettere anche intorno alla sostenibilità delle politiche adottate per il suo perseguimento in modo tale da garantire lo sviluppo in generale, da intendersi non solo come crescita economica, ma come categoria giuridicamente rilevante entro cui vengono a intrecciarsi differenti elementi che vanno a incidere sul più generale benessere

⁵ Tuttavia, la ricostruzione dei mutamenti subiti da quest'ultima categoria dal punto di vista giuridico internazionale, soprattutto nella prospettiva economica, salvo casi evidenti come l'adozione della Moneta unica, è opera decisamente non facile; non solo perché il concetto di sovranità, inteso in senso ampio da un lato, è mutato nel corso del tempo, ma anche in quanto dall'altro, soffre del contrasto esistente nella dottrina internazionalista tra chi ritiene che la competenza dello Stato in una data materia esista solo in quanto espressamente prevista da una norma internazionale e coloro che, invece, ritengono che le competenze statali preesistano all'ordinamento internazionale, il quale interviene solo per limitarle in funzione della pacifica convivenza dei soggetti che compongono l'ordinamento stesso. Si vedano, sul punto, le differenti posizioni espresse da eminenti internazionalisti come Sperduti e Arangio Ruiz, ricostruite con riguardo l'ambito economico e commerciale da C. Dordi, *La discriminazione commerciale nel diritto internazionale*, Milano, 2002, in specie 25-27.

⁶ A una prima e necessariamente sommaria lettura di tale nuovo ed eccezionale evento, pare potersi affermare che si sia di fronte a una crisi economica provocata da fattori esogeni al sistema economico e finanziario internazionale. Come tale, si può presumere che la stessa possa avere una durata più breve e risultare concentrata nel tempo, nonché conoscere un recupero più rapido rispetto ai valori pre-crisi, trattandosi essenzialmente di un fenomeno che incide sull'offerta e non sulla domanda dei beni e servizi. Ciò diversamente da quanto è avvenuto con le crisi del 1929 e del 2008 che sono state determinate da fattori endogeni al sistema economico e, dunque, caratterizzate da un'intensità maggiore, una durata più estesa e con tempi di recupero molto lunghi. Per una prima valutazione degli effetti economici dovuti al Covid-19, si veda Unctad, *The Economic Impact of Covid-19: Can policy makers avert a multi-trillion dollar crisis?*, in <https://unctad.org/en/pages/PressRelease.aspx?OriginalVersionID=548>; Ilo, *Covid-19 and World of work: impact and responses*, 18 march 2020. Va detto, inoltre, che il Fondo monetario internazionale, con un suo recente report del 14 aprile 2020 dal titolo *The Great Lockdown: Worst Economic Downturn Since The Great Depression* è giunto a stimare che, in assenza di una risposta fiscale senza precedenti da parte di tutti i governi e in specie di quelli appartenenti al gruppo del G7 e G20, gli esiti economici negativi dipendenti dalla emergenza sanitaria saranno peggiori di quelli dovuti sia alla crisi del 2008 sia a quella del 1929.

⁷ Vedi artt. I, punto (ii), e IV, sezione I del trattato istitutivo del Fondo monetario internazionale.

re dell'individuo e della collettività, come la tutela dell'ambiente e per quanto qui a noi maggiormente interessa la protezione dei diritti umani economici e sociali.

2. *La crisi economica e finanziaria del 2008 e l'insorgere dell'instabilità economica globale*

La liberalizzazione dei movimenti di capitali unitamente ai nuovi modelli di banche ed enti creditizi sorti, con la deregolamentazione del settore degli intermediari, sono alla base del processo di finanziarizzazione dell'economia internazionale che ha caratterizzato gli anni a cavallo della fine del secolo scorso e l'inizio del nuovo⁸. L'eccessiva liberalizzazione dei capitali, soprattutto, quando assume la forma delle transazioni speculative, favorite dall'utilizzo di piattaforme elettroniche basate su modelli noti come *high-frequency trading*⁹, è in grado di determinare l'estrema volatilità dei valori dei titoli finanziari scambiati. Si tratta di variazioni di valore che sono difficilmente controllabili a causa del ricorso a quel tipo di piattaforme, cosa che favorisce inevitabilmente l'instabilità finanziaria entro i mercati stessi. Infatti, le transazioni finanziarie non essendo basate sullo scambio di beni o servizi, quanto sulla creazione di valore in termini puramente monetari (denaro che crea altro denaro), prescindono dalla produzione e, dunque, mentre possono arricchire (ma anche impoverire) rapidamente chi le effettua, non creano lavoro che, come è a tutti noto, è alla base di un corretto funzionamento dell'economia reale, come anche della tenuta della stabilità economica e della coesione sociale di una qualsiasi singola comunità nazionale. La ricchezza creata dalla finanza risulta essere, dunque, fundamentalmente una ricchezza nominale-astratta e non reale, da cui possono derivare le note "bolle speculative" o "bolle di valore", destinate prima o poi a scoppiare.

È quello che nei fatti è accaduto con scandalo dei mutui *subprime* avvenuto nel 2007 negli Stati Uniti, da cui è poi derivato nel 2008 il menzionato *default* di *Lehman Brothers*, usualmente considerato come l'*incipit* della crisi. Si è tratta-

⁸ Peraltro, nell'attuale fase storica, si è assistito a un notevole incremento di transazioni finanziarie transnazionali basate su movimenti di capitale a brevissimo termine attraverso l'uso dei negozi di arbitraggio coi quali gli operatori acquistano quantità significative di una valuta o di obbligazioni governative per rivenderle anche solo dopo poche ore, nel caso in cui quella valuta o titolo governativo si sia apprezzato, potendo così lucrare sul differenziale del tasso di cambio e del valore nominale al momento dell'acquisto e della vendita. Cfr. R.S. Billingsley, *Understanding Arbitrage. An Intuitive Approach To Financial Analysis*, New York, 2006; J. van der Hoek, J.R. Elliott, *Binomial Models in Finance*, New York, 2006.

⁹ In altre parole, strumenti costruiti su *software* sviluppati per agire sulla base di algoritmi che consentono di acquistare e vendere strumenti finanziari in automatico in grande quantità grazie alla loro eccezionale potenza di calcolo. Per approfondimenti sul loro sviluppo e impatto sui mercati, si veda S. Alvaro, M. Ventoruzzo, "High-frequency trading": note per una discussione, in *Banca Impresa Società*, 2016, pp. 417-443.

to, per la precisione, di prestiti erogati da banche o società finanziarie a soggetti privati, peraltro, in diversi casi a forte rischio di insolvenza, per l'acquisto di beni immobili. Gli istituti che hanno concesso tali finanziamenti hanno provveduto a reperire il capitale sottostante mediante l'emissione in gran parte di prestiti obbligazionari o di altri strumenti finanziari offerti in sottoscrizione a investitori istituzionali e non, i quali sono stati remunerati con un alto tasso di interesse a fronte del rischio assunto. Si è trattato, peraltro, di prodotti caratterizzati da una forte opacità, in quanto basati su una pluralità di crediti e rischi diversi, ciascuno di valore assai ridotto in relazione alle attività in esso incorporate; con la conseguenza che per l'investitore medio vi è stata una grossa difficoltà nel valutare l'effettivo valore di quel titolo, dovendo necessariamente fidarsi dell'emittente e del giudizio elaborato su quest'ultimo e sul titolo da esso emesso, dall'agenzia di *rating* incaricata della valutazione che, di norma, è stata effettuata su incarico dell'emittente stesso. Detti titoli, peraltro, sono stati a lungo ed erroneamente ritenuti sicuri proprio da quelle agenzie, perdendo rapidamente il loro valore, azzerandolo addirittura in alcuni casi, nel momento in cui sia i clienti delle banche erogatrici non sono stati più in grado di pagare le rate dei prestiti loro accordati, sia gli istituti di credito non sono più riusciti a recuperare il credito da loro concesso attraverso l'espropriazione e la vendita all'asta degli immobili acquistati con quei mutui¹⁰. Inevitabile è stato lo scoppio della bolla immobiliare, da cui si è propagata la crisi in questione¹¹.

Ne è derivata una violenta reazione degli operatori finanziari improntata a sfiducia e a forte diffidenza reciproca, dovuta alla perdita di reputazione di tutti i soggetti coinvolti (banche, intermediari, autorità di vigilanza, agenzie di *rating*)¹² nella gestione di quel tipo di strumento creditizio e delle operazioni finanziarie a esso connesso. Si è assistito, infatti, soprattutto nel periodo pre-crisi, a diffusi comportamenti di deresponsabilizzazione favoriti sia dagli emittenti, sia dai regolatori e da chi doveva provvedere a garantire il buon funzionamento del mercato finanziario. Si tratta, secondo alcuni, di un ulteriore effetto di quello che comunemente è stato indicato come «eccesso di liberismo»¹³: eliminare il più possibile

¹⁰ Si deve, poi, osservare che alla base di quei prodotti vi è stata la possibilità di condividere il rischio tra una molteplicità di soggetti e, di conseguenza, di non doverlo gestire in prima persona da parte dell'emittente. Si è venuto, dunque, ad annullare l'interesse per il mutuante di verificare attentamente il grado di affidabilità e solvenza dei rispettivi mutuatari, arrivando a concedere prestiti a soggetti privi di quei requisiti minimi di affidabilità nei pagamenti futuri. Cfr. R.J. Shiller, *Finanza shock. Come uscire dalla crisi dei mutui subprime*, Milano, 2008.

¹¹ In questo senso, si vedano N. Roubini, M. Uzan, *International Financial Crisis and the New International Financial Architecture*, Cheltenham, 2005, 56-130.

¹² Riguardo alla reputazione dei soggetti che compongono il mercato finanziario si veda A. Mutti, *Finanza sregolata?*, Bologna, 2008, in specie, 34-36.

¹³ E. Luttwak, *La dittatura del capitalismo. Dove ci porteranno il liberalismo selvaggio e gli eccessi della globalizzazione*, Milano, 1999.

ogni forma di restrizione e controllo sulle operazioni finanziarie per rendere più efficiente il funzionamento del mercato dei capitali.

Con lo scandalo *subprime* è così seguita una forte avversione al rischio e un eccesso di prudenza nella concessione di nuove linee di credito da parte delle banche e degli intermediari creditizi sia nei confronti dei semplici consumatori sia, soprattutto, verso le imprese, generando un'innaturale scarsità di credito disponibile che, complice la fragilità dei conti pubblici di diversi paesi, in specie europei, ha trasformato rapidamente la crisi da finanziaria in crisi dell'economia reale¹⁴, con una progressiva perdita di posti di lavoro e inevitabili peggioramenti per le finanze pubbliche di quei paesi, chiamati a contenere i costi sociali della crescente disoccupazione¹⁵.

A questa situazione, soprattutto i governi europei hanno cercato di porvi rimedio, mediante l'adozione di diverse manovre di stabilizzazione economica che, se all'inizio della crisi potevano considerarsi congruenti e conformi all'obiettivo di contenerne gli effetti, successivamente, con la propagazione del fenomeno in esame al settore del debito sovrano, sono state oggetto di costante ridefinizione anche sulla scorta delle pressioni esercitate dalle istituzioni sovranazionali maggiormente coinvolte intorno all'obiettivo del perseguimento della stabilità economica¹⁶. Si è trattato di azioni che sono state da molti percepite come una forma di ingerenza negli affari interni ed economici nazionali o addirittura come un modo per procedere al commissariamento dei singoli governi, in particolare, da parte delle autorità europee, in quanto hanno limitato o in alcuni casi privato i decisori politici nazionali di qualsiasi margine di autonomia nelle scelte di carattere politico-economico, come avvenuto nel caso eclatante della crisi del debito sovrano gre-

¹⁴ Esiste ormai una vastissima letteratura economica che considera l'elevato indebitamento pubblico, in concorso con lo squilibrio nei conti con l'estero, la causa del diffondersi all'economia reale dell'Eurozona della crisi finanziaria innescata negli Stati Uniti coi mutui *subprime*. Si vedano, *ex multis*, I. Visco, *La crisi dei debiti sovrani e il processo di integrazione europea*, intervento svolto presso l'Istituto di Studi federalisti "Altiero Spinnelli", Ventotene, 1° settembre 2013 (in www.bancaditalia.it sezione interventi-governatore); G. Zanetti, *Economia reale ed economia finanziaria: quali effetti moltiplicatori o demoltiplicatori?*, in *L'industria*, 2008, 165-172.

¹⁵ Si vedano in questo senso gli *European Forecast, Autumn 2011, 2012, 2013* elaborati dalla Commissione europea e consultabili alla pagina https://ec.europa.eu/info/publications_en.

¹⁶ In questo senso, si legga la "lettera confidenziale", pubblicata sul *Corriere della Sera* del 29 settembre 2011 a pagina 3, a firma del Governatore della Bce Trichet e del suo successore Draghi, fatta pervenire al Governo italiano il 5 agosto 2011, in cui si elencavano gli interventi di politica fiscale la cui adozione veniva richiesta con urgenza dai vertici della Bce al fine di evitare un possibile *default*. La lettera ha fatto emergere il problema di un possibile esercizio di poteri della Bce esorbitante i limiti del suo mandato, ma che in vero rappresentavano meccanismi già posti in essere ben prima che scoppiasse il caso italiano, con riguardo ai salvataggi della Grecia e del Portogallo. Sul contenuto di detta missiva e sull'impatto dalla stessa prodotto si vedano G. Peroni, *The European Central Bank and the European Democracy: a Technocratic Institution To Rule All European States?*, in L. Daniele (ed.), *The Democratic Principle and The Economic Monetary Union*, Torino, 2017, pp. 249-264; G. Majone, *From Regulatory State to a Democratic Default*, in *Journal of Common Market Studies*, 2014, 1216-1223; E. Olivito, *Crisi economica-finanziaria ed equilibri costituzionali. Qualche spunto a partire dalla lettera della Bce al Governo italiano*, in *Rivista AIC*, 2014, 1-18.

co. E questo perché il profilo dell'indipendenza economica dello Stato, pur trovandoci ormai immersi nell'era dell'interdipendenza, rimane ancora uno dei tratti essenziali della rispettiva sovranità, quantomeno nella sua accezione esterna¹⁷.

3. *La stabilità economica quale obiettivo strumentale per assicurare un ordinato sviluppo delle relazioni internazionali*

A partire dal 15 agosto 1971, quando il Presidente statunitense Nixon dichiarò la fine del *Gold Exchange Standard*, il sistema delle relazioni economiche internazionali si è caratterizzato, seppure a intervalli irregolari, da crisi che hanno riguardato singoli paesi (industrializzati ed emergenti), aree geografiche più o meno estese o, come nel caso di quella del 2008, l'intera economia mondiale. Nella maggiore parte delle situazioni indicate, i suddetti fenomeni hanno colto di sorpresa non solo gli operatori economici, ma soprattutto gli economisti¹⁸, nonostante sia ormai dimostrato che, sin dall'Antichità, si succedano numerosi episodi di instabilità economica indotti in buona parte dei casi da condizioni di turbolenza valutaria¹⁹. Il ripetersi ciclicamente di tale tipo di eventi evidenzia come sia diffusa la convinzione che gli errori commessi nel passato verrebbero compresi e assorbiti dai sistemi economici, non solo perché *changes happen*, ma soprattutto perché si ritiene, con un certo grado di presunzione, che i progressi tecnologici e i sistemi di controllo del rischio economico introdotti nel corso degli anni successivi alle diverse fasi di instabilità, rendono i vari sistemi più sicuri e impermeabili a nuove perturbazioni di qualunque genere possano essere (valutarie, finanziarie o fiscali). In particolare, la crisi del 2008 ha dimostrato ancora una volta il contrario, divenendo un ulteriore eclatante esempio di una nuova manifestazione di instabilità dovuta a fenomeni di turbolenza finanziaria, nonostante fosse-

¹⁷ Riguardo all'indipendenza economica quale tratto essenziale della sovranità dello Stato dal punto di vista esterno si vedano A. Chayes, A.H. Chayes, *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*, Cambridge, 1995 e A.M. Slaughter, *Sovereignty and Power in a Networked World Order*, in *Stanford Journal of International Law*, 2004, 283-327. In senso contrario, per cui nella prassi internazionale la sovranità da Westphalia in avanti non sarebbe mai dipesa da fattori economici, si veda P. Bargiacchi, *Pretesi effetti dell'interdipendenza economica e politica globale sulla sovranità dello Stato*, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, 2009, 58-69, in specie 61, nota 11, per cui «se... l'indipendenza economica e politica diventa la condizione o l'elemento costitutivo della sovranità allora dal 1648 in poi gli Stati sovrani sono stati ben pochi» si dovrebbe, dunque, concludere «che solo gli Imperi, le grandi Potenze Coloniali, gli Stati Uniti e l'Urss ... furono giuridicamente sovrani».

¹⁸ È celebre la domanda rivolta dalla Regina Elisabetta (si veda l'edizione *online* del *Telegraph* del 5 novembre 2008 a firma di Andrew Pierce) durante un convegno di illustri accademici della *London School of Economics* «*Why did no one see it coming?*». Una domanda quanto mai banale, se non fosse per l'uditorio a cui fu rivolta e per la persona che l'ha formulata e che sottolinea gli attuali limiti della scienza economica.

¹⁹ Si veda, C.M. Reinhart, K.S. Rogoff, *This Time Is Different: Eight Centuries of Financial Folly*, Princeton, 2009.

ro intervenuti numerosi segnali premonitori della crescente debolezza dei relativi mercati²⁰, che avrebbero dovuto, in vero, indurre le varie istituzioni economiche e monetarie nazionali e sovranazionali ad approntare differenti meccanismi di prevenzione dei relativi rischi, così da preservare la fiducia tra gli investitori e operatori economico-commerciali: bene di fondamentale importanza per l'economia in generale e non solo²¹.

Si comprende, pertanto, il fatto per cui la stabilità economica sia un vero e proprio obiettivo di sistema la cui fornitura è essenziale per un ordinato svolgersi delle relazioni economiche e commerciali tanto a livello macro (tra stati) quanto micro (tra imprese e individui), ma non solo. La stabilità economica è, infatti, una condizione essenziale per assicurare la menzionata fiducia tra gli operatori economici e commerciali e per garantire altresì la sicurezza, la libertà e la dignità economica e sociale dell'individuo; valori questi ultimi²² che si pongono a fondamento della vita umana e della società e che dovrebbero operare come limite all'iniziativa privata esigendo, per la loro soddisfazione, la ricerca di un equilibrio nel complesso rapporto tra intervento dello Stato in economia e libero gioco delle forze di mercato, fra interesse generale e interesse individuale.

La rilevanza della stabilità economica dal punto di vista giuridico internazionale, giova evidenziare si ricava a partire dal combinato disposto degli artt. 1 (par. 2), 55 e 56 della Carta Onu. Si tratta di norme che definiscono i principi su cui si fonda quella che da alcuni è stata definita come una vera e propria «Costituzione economica a carattere internazionale»²³. Si tratta di disposizioni, che, almeno nelle intenzioni originarie delle Nazioni Unite, insieme all'istituzione di un organo con specifiche competenze in materia, quale il Consiglio economico e sociale, dovevano fare da sfondo all'elaborazione di principi e linee guida in materia economica, la cui realizzazione operativa doveva essere, poi, affidata alle istituzioni tecniche a essa collegate, quali: il Fondo monetario internazionale (Fmi) e la Banca mondiale (Bm). Si riteneva, infatti, alla luce di quanto accaduto con le due guerre mondiali, che il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, obiettivo ancora oggi prioritario dell'Onu (v. art. 1, par. 1), possa essere realizzato sviluppando la cooperazione internazionale per la soluzione dei proble-

²⁰ Si veda sul punto R. Filosa, G. Marotta, *Stabilità finanziaria e crisi. Il ruolo dei mercati, delle istituzioni e delle regole*, Bologna, 2011, 1-18.

²¹ J. Stiglitz, *Bancarotta. L'economia globale in caduta libera*, Torino, 2010, in specie 417-425.

²² Sulla nozione e relativo contenuto dei valori caratterizzanti il diritto internazionale si veda M. Iovane, *La tutela dei valori fondamentali*, Napoli, 2000, ove in specie nel primo capitolo evidenzia come le categorie dell'ordine internazionale pubblico e dello *jus cogens* siano strumentali a individuare un nucleo di valori fondanti e irrinunciabili da parte degli stati per la loro pacifica coesistenza.

²³ R. Wolfrum, *Article 55*, in B. Simma (ed.), *The Charter of The United Nations*, Oxford, 2002; J. Delbruck, *Peaceful Change*, in R. Wolfrum (ed.), *United Nations: Law, Policies and Practice*, Vol. II, Munich, 1995, 970-977.

mi di carattere economico e sociale all'interno di un quadro economico e politico il più stabile possibile.

Dette disposizioni delineano in vero, una serie di obblighi che possono definirsi di "risultato" garantiti dalla stessa Organizzazione onusiana e da declinarsi meglio entro il quadro delle regole definite dalle organizzazioni economiche sorte con gli accordi di *Bretton Woods* del 1944, cosicché il perseguimento della stabilità, oltre che essere nella responsabilità degli stati membri, coinvolge anche le istituzioni finanziarie internazionali a cominciare soprattutto dal Fmi che, sin dal suo nascere si è impegnato a garantire la stabilità dei cambi di modo che i flussi commerciali siano più frequenti e probabili e con essi la crescita economica²⁴.

4. *La difficile ricostruzione della nozione di stabilità economica e le sue possibili declinazioni*

Ma, che cosa si deve intendere per stabilità economica, al di là della semplicistica definizione di situazione caratterizzata da assenza di crisi finanziaria, fiscale o valutaria che sia? Giova sul punto evidenziare, come non si riscontri una ricostruzione di tale categoria concettuale dal punto di vista giuridico internazionale, sebbene in numerosi strumenti normativi, per lo più pattizi, si faccia a essa riferimento²⁵. Se il diritto non si esprime sul tema, rinviando, dunque, a quanto elaborato dalla scienza economica, si deve, altrettanto, segnalare come all'interno di detta area del sapere non vi sia una unanimità di vedute tra gli studiosi tanto che, con tono quasi sarcastico, ma efficace nel sottolinearne le difficoltà ricostruttive, la stabilità viene considerata «*like beauty always lies in the eyes of the beholder*»²⁶. Ciò accade, perché a seconda della circostanza scatenante la perturbazione che la minaccia o effettivamente la mette in crisi (per esempio il crollo del valore di una o più monete, l'insolvenza di uno Stato, l'iperinflazione entro una data area monetaria), la stabilità economica la si può identificare con quella dei corsi di cambio (che come prima osservato per lungo tempo ha influenzato le

²⁴ Stabilità dei cambi significa (v. Statuto Fmi art. IV in particolare) fare in modo che il prezzo finale di un prodotto o servizio rimanga costante e prevedibile nel tempo evitando che gli stati, con significativi disavanzi della rispettiva bilancia commerciale, ricorrono alla svalutazione competitiva della propria moneta. Si tratta di un tipo di politica monetaria da sempre foriera di tensioni commerciali tra paesi (soprattutto con riguardo a quelli che subiscono una contrazione delle loro esportazioni, produzioni e riduzione del numero di occupati a causa del *dumping* monetario) e che possono sfociare in vere e proprie guerre commerciali e nei casi più estremi in veri e propri conflitti bellici, come la Storia ci ha insegnato.

²⁵ V. ad esempio gli artt. XII e XVIII: *b*) dell'accordo Gatt 1994 e dell'art. XII dell'Accordo Gats/Wto.

²⁶ Così H. Dieter, *The Stability of International Financial Markets: A Global Public Good?* in S.A. Schirm (ed.), *New Rules for Global Markets. Public and Private Governance in the World Economy*, New York, 2004, 23-43, in specie 28.

relazioni internazionali), con la stabilità fiscale (intesa come equilibrio dei conti pubblici) o, con riferimento a quanto accaduto con la crisi del 2008, con la stabilità del sistema finanziario considerato soprattutto dal lato della tenuta del sistema creditizio-bancario.

Si intuisce allora come la stabilità economica nel suo complesso sia un concetto decisamente ampio che si articola in diverse *sub specie* di stabilità che contribuiscono a definire la prima sul piano dei contenuti. Si tratta della citata stabilità monetaria, nella sua duplice accezione interna (stabilità dei prezzi e contenimento del tasso di inflazione) ed esterna (stabilità del valore della valuta nazionale rispetto alle altre divise), di quella dei conti pubblici o fiscale (contenimento del debito e del deficit pubblico rispetto alla ricchezza prodotta in termini di Pil) e, infine, della stabilità del sistema finanziario (regolare funzionamento del sistema bancario-creditizio).

L'impatto e la rilevanza di tali singole forme di stabilità sulla dinamica delle relazioni economiche internazionali di fatto muta a seconda del tipo di variabile macroeconomica che risulta maggiormente sotto pressione in un dato periodo storico-politico e a seconda delle circostanze di fatto²⁷. Tuttavia, al di là del diverso tipo di stabilità in questione, è opportuno osservare come per le autorità nazionali e sovranazionali maggiormente coinvolte sul tema *de quo*, risulti difficile addivenire a una definizione comune intorno a cosa si debba effettivamente intendere per stabilità finanziaria²⁸. Ciò a differenza di quanto accade per la sta-

²⁷ Si pensi, solo a titolo di esempio, ancora una volta a come la stabilità dei tassi di cambio tra le diverse divise nazionali sia stata ritenuta fondamentale nella costruzione dell'architettura dell'ordine economico internazionale neoliberalista di Bretton Woods del 1944, sulla scorta degli effetti distortivi prodottisi sugli scambi commerciali dalle politiche aggressive di *dumping* valutario che caratterizzarono il periodo tra le due guerre mondiali, in cui l'approccio unilateralista, protezionista e talvolta autarchico, allora prevalente, fu tra le cause dell'avvento dei ben noti totalitarismi. Si consideri, poi, come, successivamente all'abbandono del sistema a cambi fissi e alle misure di restrizione valutaria con le conseguenti politiche di liberalizzazione dei capitali e pagamenti indotte dalla citata Dichiarazione unilaterale di Nixon del 1971, si assistette, verso la fine degli anni '70 e inizi degli '80 a una ridefinizione dei compiti del Fmi, che portò quest'ultimo a occuparsi non più unicamente della stabilità dei cambi e di crisi valutarie a essa connesse, ma anche di fenomeni riconducibili alle crisi fiscali degli stati e, dunque, alla capacità delle finanze pubbliche di sostenere debito e *deficit* pubblici elevati. Ancora, volgendo questa volta lo sguardo alla realtà europea, si osserva come negli anni '90, periodo storico antecedente all'adozione della Moneta unica, fondamentale oltre al mantenimento di un adeguato rapporto debito pubblico-pil e deficit-pil, sia stato il perseguimento della stabilità dei prezzi, tanto da "costituzionalizzare" quel tipo di stabilità entro il trattato di Maastricht, da cui ha avuto origine l'Euro. Infine, osservando lo svolgersi dell'ultima crisi, non si può fare a meno di notare come siano state prima la stabilità finanziaria e, poi, quella fiscale a costituire i nodi critici rispetto ai quali oggi si persegue la più ampia stabilità economica, così come si è cercato di definirla.

²⁸ Sulle difficoltà a dare una nozione esaustiva di stabilità finanziaria si veda G.J. Schinasi, *Defining Financial Stability*, in *IMF Working paper* WP/04/187, 2004, 13-16 ove vengono riportate tutte le più importanti definizioni fornite dalle istituzioni finanziarie internazionali e nazionali, nonché dai più autorevoli esperti di economia e finanza. Si veda, altresì, Ecb, *Financial Stability Review*, May 2014, 8, per cui «*Capturing the complex notion of financial stability is not straightforward; the Ecb defines it a condition in which the financial system-intermediaries, markets and market infrastructures withstand shocks without major disruption in financial inter-*

bilità monetaria intesa sia sotto il profilo interno (quella relativa all'andamento dei prezzi e al tasso di inflazione), sia sotto il profilo esterno (quella valutaria con riguardo ai rapporti di cambio), così come pure per la stabilità fiscale (riguardo alla tenuta dei conti pubblici) rispetto alle quali vi è una generale condivisione a ricorrere a parametri-indicatori numerici che, in alcuni casi, vengono addirittura resi vincolanti, includendoli nelle norme dei trattati o in disposizioni normative da quelle derivate, come avviene per l'Unione economica e monetaria²⁹.

Si tratta di grandezze criticabili quanto si vuole, in quanto espressione di una determinata impostazione teorico-economica e politica prevalente in un dato momento storico, ma, comunque, definite e determinate, che consentono di misurare le diverse forme di stabilità in questione. Quella finanziaria, invece, pur basandosi, come le altre, su modelli matematici ed econometrici, non viene espressa in un numero o altra grandezza unitaria e predefinita, così da poterla cristallizzarla entro un dato valore quantitativo, conseguito il quale si può affermare che quel tipo di stabilità sia stata effettivamente raggiunta. Ciò non è di poco momento, in quanto determina, inevitabilmente, che le politiche monetarie e fiscali finalizzate alla stabilità dei prezzi oppure al contenimento della spesa pubblica non solo risultano più facilmente misurabili ma, soprattutto, verificabili e controllabili rispetto al loro effettivo impatto sull'economia in genere, rispetto alle politiche preordinate al raggiungimento della stabilità finanziaria che, invece, rischiano di risultare non solo più opache, ma soprattutto meno verificabili *ex post*, in specie quando, comportando anch'esse l'impiego di risorse, vanno a incidere direttamente o indirettamente sulla dimensione sociale degli individui e delle varie collettività coinvolte.

Alla luce dell'analisi sin qui svolta, rimane il fatto che le forme di stabilità descritte, che compongono la più ampia stabilità economica, sono tra loro dei veri e propri "vasi comunicanti", per cui gli effetti negativi che possono colpire una determinata area dell'economia possono facilmente propagarsi alle altre, generando il cosiddetto "effetto contagio"³⁰ che, nei casi più gravi, può arrivare a colpire non solo le singole componenti la stabilità economica di un dato sistema

mediation and in the effective allocation of savings to productive investments». Sulla possibilità, invece, di misurare la stabilità dei prezzi, si veda la posizione delle banche centrali per il cui il tetto del 2% sarebbe il *target* ideale; per quella fiscale si veda per esempio il rapporto tra deficit e debito pubblico rispetto al Pil, posti alla base del Patto di stabilità e crescita dell'Uem; per quella valutaria si pensi, invece, al rapporto fissato tra dollaro e oro ai tempi del *Gold Exchange Standard*, istituito con *Bretton Woods*.

²⁹ Si vedano l'art. 140 T.fue e il Protocollo n. 13 sui criteri di convergenza.

³⁰ Si fa riferimento a una situazione in cui uno shock economico riguarda inizialmente solo una data realtà economica (paese, settore produttivo, società) per, poi, propagarsi rapidamente in modo incontrollato agli altri settori produttivi economici e agli altri stati, dando vita a una crisi generalizzata.

nazionale, ma anche quella degli altri paesi dando origine a quella che viene definita anche come crisi economica a carattere sistemico³¹.

5. *La stabilità economica quale bene pubblico globale e common concern*

All'affermarsi dell'incessante processo di globalizzazione dell'economia è seguita una profonda riflessione che ha investito la categoria della stabilità economica, intorno alla quale vi è, ormai, una sostanziale concordia nell'elevarla a bene pubblico globale (bpg)³², espressione utilizzata per indicare quei beni «*with benefits that extend to all countries, people and generations*» e che ha assunto rilievo in ambito giuridico internazionale a partire dalla fine del secolo scorso, in forza di tre studi condotti nel 1999 su incarico dell'*United Nations Development Program*³³ e fatti propri dall'ente onusiano nello stesso anno con il rispettivo *Human Development Report*³⁴, ove si è evidenziato come i bpg costituiscano una tipologia di beni pubblici di cui condividono le due caratteristiche fondamentali: la non escludibilità e la non rivalità, differenziandosi da quelli domestici in forza di tre criteri: geografico (l'efficacia del bene si estende su più di un gruppo di paesi), socio-economico (l'efficacia del bene interessa tanto i paesi ricchi quanto quelli poveri) e generazionale, in quanto relativi all'intera Umanità.

Tuttavia, giova evidenziare come dal punto di vista internazionalistico sussista una certa difficoltà nell'individuare l'effettiva ampiezza della categoria giuridica dei beni in esame, nonché le caratteristiche proprie della nozione di *global*

³¹ V. *Special Edition: Progress towards the Sustainable Development Goals. Report of the Secretary-General of Economic and Social Council*, May 2019, 4 ss.

³² Sulla natura della stabilità economica quale bene pubblico globale si veda M. Adenas, I. H. Chiu, *Financial Stability and Legal Integration in Financial Regulation*, in *European Law Review*, 2003, 335-360, in specie 342; R. Cronston, *Principles of Banking Law*, Oxford, 2003, 66; S. L. Schwarcz, *Systemic Risk*, in *Georgetown Law Journal*, 2008, 193-249, in specie 206; Banca d'Italia, *Rapporto sulla stabilità finanziaria*, 2015; M. Quintyn, M. Taylor, *Regulatory and Supervisory Independence and Financial Stability*, in IMF WP/02/46, 2002, 8; D. Bieri, *Regulation and Financial Stability and the Age of Turbulence*, in R. Kolb (ed.), *Lessons from The Financial Crisis*, Hoboken, 2010, 327-336; M. Camdessus, *International Financial and Monetary Stability. A Global Public Good?*, in *IMF Research Conference*, 1999; B. Eichengreen, *Hegemonic Stability Theories of International Monetary System*, in *MBER Working Paper*, March, 1987; E. Dorrucchi, E. Mc Kay, *The International Monetary System after the Financial Crisis*, in *ECB Occasional Paper series*, February 2011; C. Tietje, *The Role of Law in Monetary Affairs: Taking Shock*, in T. Cottier, R. M. Lastra, C. Tietje, L. Satragno (eds.), *The Rule of Law in Monetary Affairs*, Cambridge, 2014, 11-44; F. Gianviti, *Relationship between Monetary Policy and Exchange Rate Policy*, in T. Cottier, R. M. Lastra, C. Tietje, L. Satragno (eds.), *ivi*, 544-569.

³³ I. Kaul, I. Grunberg, M.A. Stern, *Global Public Goods: International Cooperation in the 21st Century*, Oxford, 1999, 1, dove si ritrova la definizione sopra indicata. Si veda, inoltre, I. Kaul, P. Conceicao, K. Le Goulven, R.U. Mendoza (eds.), *Providing Global Public Goods: Managing Globalization*, New York 2003; I. Kaul, P. Conceicao, (eds.) *The New Public Finance: Responding to Global Challenges*, New York, 2006.

³⁴ In <http://hdr.undp.org/> si trova il report del 1999, in specie si consultino le pagine 92-94, 99 e 111-114 con specifico riguardo alla stabilità economica e finanziaria.

public good. Difficoltà che risentono sia dell'assenza di un governo globale legittimato ad agire nell'interesse generale della Comunità internazionale e dotato di potestà di regolazione nella fornitura e sfruttamento di tali beni e di risoluzione dei conflitti in merito al relativo utilizzo, sia per le caratteristiche e carenze strutturali proprie del diritto internazionale che si manifestano attraverso i modi di creazione delle regole, i mezzi di soluzione delle controversie e di assicurare l'osservanza delle norme, nonché con riguardo alle peculiarità dei relativi soggetti di diritto: tutti elementi in stretta connessione con quello tipico della non istituzionalizzazione della Comunità internazionale stessa³⁵.

A quanto sin qui detto, si deve aggiungere la difficoltà di individuare con precisione la comunità dei fruitori dei beni pubblici globali sebbene, in forza della loro natura per l'appunto globale, si ritenga opportuno non limitare la platea degli utilizzatori ai tipici soggetti del diritto internazionale, bensì all'intero genere umano con l'effetto che detti beni risultano caratterizzati da una titolarità diffusa, tale da richiedere di essere amministrati in forma indipendente e maggiormente partecipata da parte di tutti gli *stakeholders* coinvolti nel relativo consumo.

Nonostante, dunque, il fatto che «*The concept of GPGs... is so prominent in international development discourse*»³⁶ il dibattito che si è sviluppato a livello giuridico internazionale non è ancora stato in grado di risolvere le criticità indicate. Non si può, però, fare a meno di osservare come la tutela dei beni considerati possa derivare anche da altre categorie giuridiche note e familiari al lessico del diritto internazionale come quella degli obblighi *erga omnes* e dei *common concerns of humankind*. In particolare, il riconoscimento che la fornitura di un dato bene costituisca un *common concern*³⁷ non è privo di implicazioni. Esso starebbe a indicare una disponibilità da parte degli stati a favorire un'azione concertata al perseguimento di un valore condiviso che si sostanzia nell'elaborazione di regole e di condotte concrete volte a realizzare l'obiettivo comune.

³⁵ Sui caratteri propri del diritto internazionale si veda L. Condorelli, voce *Diritto internazionale*, in *Enciclopedia Treccani on line*, 2014.

³⁶ «*That one commentator has called it the 'buzzword' of the last decade, like the New International economic order in the 1970s, good governance, in 1980s, and sustainable development in 1990s*». Così D. Bodansky, *What's in a Concept? Global Public Goods, International Law and Legitimacy*, in *European Journal of International Law*, 2012, 651-668, in specie 654, nota 21.

³⁷ Tale categoria si è formata essenzialmente nel quadro del diritto internazionale dell'ambiente con specifico riguardo alle questioni legate al cambiamento climatico e all'inquinamento globale. Il concetto è enunciato in diversi testi convenzionali e precisamente nella Convenzione di Washington del 1959 sull'Antartide, il cui Preambolo stabilisce che «*it is in the interest of all mankind that Antartica shall continue forever to be used exclusively for peaceful purposes*». Egualmente, il Preambolo della Convenzione di Rio del 1992 sulla biodiversità afferma che «*the conservation of biological diversity is a common concern of humankind*». Cfr. K.N. Schefer, T. Cottier, *Responsibility To Protect (R2P) and The Emerging Principle of Common Concern?*, in P. Hipold (ed.), *The Responsibility To Protect: A New Paradigm of International Law?*, Leiden, 2015, 123-142.

Quanto descritto fa sì che la qualifica di una determinata problematica come materia di interesse comune dell'Umanità comporti che gli obblighi che ne derivano possono essere intesi anche quali obblighi *erga omnes*³⁸, nel senso che trattandosi di obblighi solidali impegnano ogni Stato nei confronti di tutti gli altri paesi o nel caso degli obblighi *erga omnes partes* nei confronti di tutti gli altri stati parti di un trattato multilaterale ad agire a difesa di quel valore e bene giuridico comune. In altri termini, la teoria dei *common concerns* individua in capo agli stati (e agli altri soggetti e attori del diritto internazionale), la responsabilità di porre in essere tutti quegli strumenti e soluzioni idonee a realizzare obiettivi di sistema a cui la Comunità internazionale nel suo complesso deve complessivamente tendere, in assenza di un quadro istituzionale internazionale capace di produrre quel tipo di beni.

Eventi di impatto globale, come possono essere il cambiamento climatico, epidemie planetarie come nel caso recentissimo del Covid-19, l'esaurimento delle risorse naturali o per l'appunto crisi economico-finanziarie a carattere sistemico in grado di compromettere l'ordine economico internazionale esistente, devono essere necessariamente affrontati tutti entro un quadro di effettiva e leale cooperazione, soprattutto in assenza di appropriate strutture intergovernative a ciò specificatamente dedicate.

La stabilità economica, peraltro, assume la forma di un bene pubblico di tipo *weakest link*, poiché l'esito della sua offerta-fornitura dipende tanto dal contributo più piccolo che da quello più grande; infatti, crisi economico-finanziarie di rilevanza globale possono dipendere sia da paesi di importanza economica del tutto secondaria (come fu il caso della Thailandia nel 1997 o la Grecia nel 2010), sia da settori finanziari specifici (come il collasso del gestore patrimoniale americano *Long Term Investment Management* nel 2000 o il già incontrato e relativamente recente fallimento della banca d'affari statunitense di *Lehman Brothers* nel 2008). Ne consegue, in capo agli stati un dovere di cooperare tra loro efficacemente in campo economico e finanziario come ci ricordano i già visti artt. 55 e 56 della Carta Onu, l'art. IV, sez. I dello statuto del Fondo monetario e la Dichia-

³⁸ Tali obblighi si configurano, sulla base della sintetica definizione datane in un celebre *obiter dictum* della nota sentenza *Barcelona Traction* (I.C.J., Judgment of 24 July 1964, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited - Belgium v. Spain*), come obblighi derivanti da una particolare categoria di norme primarie dell'ordinamento internazionale che per tutelare specifici beni, valori o per l'appunto interessi della Comunità internazionale complessivamente considerata, attribuiscono a tutti gli stati, operanti *uti universi* per conto della medesima, il compito e il potere di garantirne il rispetto e attuazione nei confronti dei singoli paesi. Sugli obblighi *erga omnes* ed *erga omnes partes* si vedano: I.C.J., Judgment of 20 July 2012, *Questions relating to the obligation to prosecute or extradite (Belgium v. Senegal)*, 422 ss., nonché I.C.J., Order of 23 January 2020, *Application of the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Gambia v. Myanmar)*. In dottrina, *ex multis*, si rinvia a P. Picone, *Gli obblighi erga omnes tra passato e futuro*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2015, 1081-1108; Id., *La distinzione tra norme internazionali di jus cogens e norme che producono obblighi erga omnes*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2008, 5-38.

razione sulle relazioni amichevoli tra gli stati per cui «*States have the duty to cooperate with one another, irrespective of the differences in their political, economic and social systems, in the various spheres of international relations, in order to (...) promote international economic stability and progress*»³⁹.

All'affermarsi, tuttavia, dell'esistenza di interessi comuni e di obblighi cooperativi verso la produzione e fornitura di un dato bene strategico come è la stabilità economica nelle sue diverse declinazioni (monetaria, fiscale e finanziaria) non appare, tuttavia, corrispondere una eguale disponibilità degli stati ad accettare limitazioni alla propria sovranità. Infatti, così come riguardo alla protezione dell'ambiente, si deve venire a patti con l'esigenza di rispettare la sovranità degli stati e il diritto di questi al loro sviluppo economico; altrettanto, il mantenimento della stabilità economica a livello sistemico deve fare i conti sempre con detta fondamentale categoria giuridica internazionale e con l'esigenza da parte dei vari paesi di assicurare il più possibile coesione e sicurezza sociale ai propri cittadini.⁴⁰ Ciò in considerazione anche del fatto che compromessa da fenomeni di instabilità economica di particolare intensità vi può essere anche la *Rule of law*⁴¹ alla base della tutela e promozione dei diritti umani⁴², nonché di un corretto funzionamento dell'economia di mercato oltre che del sistema giustizia in generale⁴³. Un sistema economico stabile non è solo, dunque, condizione essenziale per una cre-

³⁹ Assemblea Generale delle Nazioni Unite, Risoluzione n. 2645 del 24 ottobre 1970, *Declaration on Principles of International Law concerning friendly relations and cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations*.

⁴⁰ Su come gli effetti economici e materiali negativi prodotti da fenomeni di crisi economica siano alla base del deterioramento sociale, nonché della cultura civica e sociale di una nazione si veda il volume di P. Colloca, *La «recessione» civica. Crisi economica e deterioramento sociale*, Bologna, 2016. Su come la sicurezza economica costituisca una dimensione fondamentale per il benessere sociale si rinvia a J. Stiglitz, *Bancarotta*, cit., 412-413, ove l'autore evidenzia la contraddittorietà tra chi sostiene la necessità di operare tagli alla previdenza sociale e ai posti di lavoro, incidendo in tal modo sulla sicurezza individuale senza considerare che è vero l'opposto, ossia che una condizione di maggiore sicurezza contribuisce a incentivare i consumi e a promuovere condizioni di crescita e di sviluppo.

⁴¹ Secondo A. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, 1908, 198-199, la *Rule of law* ha tre diversi significati: «(1) *the absolute supremacy or predominance of regular law as opposed to the influence of arbitrary power, and excludes the existence of arbitrariness, of prerogative, or even of wide discretionary authority on the part of the government*»; (2) *'equality before the law, or the equal subjection of all classes to the ordinary law of the land*'; and (3) *a formula for expressing the fact that the law of the constitution, the rules which in foreign countries naturally form part of a constitutional code, are not the sources but the consequence of the right of individuals, as defined and enforced by the Courts*».

⁴² Così si ricava dall'analisi dell'Agenda 2030 per lo Sviluppo sostenibile (v. oltre anche nel testo) in particolare con riguardo al *goal* n. 16 «Promuovere società pacifiche e inclusive per uno sviluppo sostenibile, garantire a tutti l'accesso alla giustizia, e creare istituzioni efficaci, responsabili e inclusive a tutti i livelli». Sul punto, si veda il recente *report* Council on General Affairs and Policy, *The HCCH and the United Nations Sustainable Development Goals*, March 2020.

⁴³ Così, in particolare, si esprimono J. Locke, *Two Treatises of Government*, Cambridge, 1967; F. Hayek, *The Constitution of Liberty*, London, 1960; B. Weingast, *Political Foundations of Democracy and The Rule of Law*, in *American Political Science Review*, 1997, 245-263; S. Haggard, A. Mac Intyre, L. Tiede, *The Rule of Law and Economic Development*, in *Annual Review of Political Science*, 2007, 205-234; secondo cui fasi prolungate di

scita e uno sviluppo economico ordinato, ma anche condizione essenziale per un buon funzionamento delle istituzioni e dello Stato di diritto in generale.

Sullo sfondo resta, tuttavia, la difficoltà che gli stati accettino non solo di prevedere misure che per essere realizzate richiedono il ricorso a importanti risorse tecniche e finanziarie, ma, soprattutto, di sottrarre al proprio dominio riservato sempre più settori rispetto ai quali il diritto internazionale sia consuetudinario, sia pattizio tradizionalmente si sono disinteressati, con l'effetto che lo Stato per lungo tempo si è considerato libero da ogni tipo di obbligo in materia⁴⁴. Tramite il ricorso a livello internazionale al concetto di *common concerns*, si può addivenire, pertanto, a un cambiamento «nel paradigma della sovranità come elaborato dalla tradizione giuspositivistica dello Stato come ente eminentemente territoriale»⁴⁵, nel senso che la difesa della stabilità economica, come nel caso della tutela ambientale e della salute, impone limiti e ingerenze entro la *domestic jurisdiction* degli stati e obblighi di tutela anche extraterritoriale, trasformando l'*imperium* dello Stato, in un potere strumentale alla realizzazione di interessi generali che vanno ben oltre i suoi confini politico-territoriali.

La responsabilità che ricade sugli stati in forza della teoria dei *common concerns* sarebbe, in vero, duplice⁴⁶: da un lato, vi sarebbe come visto il dovere di cooperare tra loro e con le organizzazioni intergovernative in base al principio di buona fede, dall'altro lato sussisterebbe l'*obligation to do homework*. Nel primo caso, incomberebbe sugli stati il dovere di assicurare la dovuta trasparenza in merito alla propria attività normativa e regolamentare assunta nella materia in questione. Nel secondo caso, gli stati dovrebbero porre in essere entro il proprio territorio tutte quelle misure che si rendono necessarie per perseguire l'interesse comune in oggetto e, dunque, nell'ambito della rispettiva *domestic jurisdiction*, nonché, se del caso, agire *outside the proper jurisdiction*.

instabilità possono compromettere il corretto funzionamento delle istituzioni tanto politiche, quanto tecnocratiche preposte alla regolazione dell'economia.

⁴⁴ Tradizionalmente, venivano fatti rientrare nella competenza interna i rapporti tra lo Stato e i propri sudditi, l'organizzazione delle funzioni di governo, la politica economica e sociale dello Stato. In generale, sul tema si veda A. Ross, *La notion de "compétence nationale" dans la pratique des Nations Unies*, in *Mélanges Rolin*, Paris, 1964, 284 ss.; G. Sperduti, *Il dominio riservato*, Milano, 1970. Con riguardo alla materia economica si rinvia a M. Giuliano, *La cooperazione degli Stati e il commercio internazionale*, Milano, 1978, 13; P. Picone, *Diritto internazionale dell'economia e costituzione economica dell'ordinamento internazionale*, in *Comunicazioni e Studi*, 1980, 137 ss.; D. Carreau, T. Flory, P. Juillard, *Droit international économique*, Paris, 1990.

⁴⁵ F. Francioni, *Sovranità statale e tutela della salute come bene pubblico globale*, in L. Pineschi (a cura di), *La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo tra interessi globali e interessi particolari*, Napoli, 2011, 57-61, in specie 51.

⁴⁶ T. Cottier, *The Emerging Principle of Common Concern: A Brief Outline*, in *NCCR Trade Working Paper*, 20, 2012.

Ma, al contrario di quanto generalmente si sostiene in merito all'ammissibilità extraterritoriale della giurisdizione di uno Stato⁴⁷, per cui quest'ultima sussisterebbe verso fattispecie non puramente interne, cioè caratterizzate dalla presenza di elementi – soggettivi o oggettivi – di estraneità che presentano, comunque, un collegamento qualificante con il territorio dello Stato interessato⁴⁸, la teoria dei *common concerns* non richiederebbe tale tipo di connessione. Essa sembra imporre unicamente un esame intorno all'astratta idoneità della misura che lo Stato coinvolto può assumere anche in via unilaterale, per raggiungere l'obiettivo in questione, qualora risponda alla qualità giuridica di *common concern*. In definitiva, non si tratterebbe più di domandarsi se una data misura assunta da uno Stato possa o meno incidere negativamente su persone e beni sottoposti ad altra giurisdizione nazionale, ma se detta misura sia in grado o meno di realizzare il *common concern* considerato di cui tutti, poi, potranno beneficiare: stati e relative comunità nazionali di riferimento.

Rimane, tuttavia, irrisolto il tema se il perseguire un dato *common concern* autorizzi o meno uno Stato ad agire nei modi prima descritti, lasciandolo libero di scegliere se agire o meno, oppure siano i *common concerns*, in senso lato, fonti di veri e propri obblighi di condotta e a cui gli stati non possono sottrarsi. È evidente la differente portata che la teoria dei *common concerns* può assumere, nel caso in cui non si lasci spazio alla discrezionalità dei governi sull'intervenire o meno nella gestione di una data situazione⁴⁹. In altre parole, risulta concreto il rischio che, applicando misure aventi effetto extraterritoriale in specie nel campo economico e commerciale, uno Stato cerchi di proteggere i propri interessi economici e, dunque, favorire comportamenti protezionistici ed egoistici in netto contrasto ai valori a cui la teoria in esame si ispira⁵⁰. La soluzione in questo caso per evitare abusi che celino, dietro l'apparente tutela dell'interesse comune della Comunità internazionale quello singolare di uno Stato o gruppo di stati, potrebbe essere rappresentata dal ricorso a strumenti pattizi, in cui si definiscono situazioni di tale natura prevedendo all'occorrenza, come accaduto per il sistema multilaterale degli scambi commerciali dell'Omc, l'istituzione di organismi a carattere giurisdizionale deputati a verificare la legittimità o meno di quella data misura. Cosa che, tuttavia, al momento risulta ben lungi dal potersi verificare per cui ad oggi, un sistema economico stabile a livello internazionale non può essere altro

⁴⁷ Sul tema, si veda la recente rassegna di saggi a ciò dedicata pubblicata in *Rivista di Diritto del Commercio Internazionale*, 2019, 4.

⁴⁸ Cfr. P.C.I.J., Judgement of 7 September 1927, *The Lotus case*, in C.P.J.I., *Recueil des arrêts*, Série A, n. 10.

⁴⁹ T. Cottier (ed.), *The Prospects of Common Concern of Humankind in International Law*, Bern, 2018.

⁵⁰ A. Viterbo, *Extraterritorial sanctions and international economic law*, in *Building bridges: central banking law in an interconnected world*, ECB Legal Conference 2019, 157-179.

che il risultato di un'azione di politica economica condotta e concertata collettivamente, in cui parte attiva devono essere tanto i paesi economicamente sviluppati, quanto quelli in via di sviluppo e meno avanzati.

6. *Dalla crisi finanziaria alla crisi del debito sovrano e il conseguente rischio default per lo Stato insolvente*

Gli stati al fine di dotarsi delle risorse necessarie per finanziare il complesso delle attività espressione del rispettivo potere di governo e, dunque, di disporre del capitale utile per sostenere la relativa spesa pubblica che rappresenta «il mezzo più importante per raggiungere i fini di politica economica»⁵¹, ricorrono ampiamente al meccanismo dell'indebitamento⁵². Nel corso degli ultimi anni, peraltro, si è assistito alla crescita delle richieste di intervento da parte della collettività e la partecipazione attiva dello Stato nel processo di sviluppo economico che hanno determinato un sempre maggiore e crescente ampliamento della spesa. A quest'ultima, si è accompagnata una graduale riduzione della capacità degli stati di ricorrere al tradizionale strumento della leva fiscale che ha fatto sì che i costi per soddisfare i bisogni della propria collettività risultano ormai superiori alle entrate statali⁵³. Ciò ha comportato, complice la sempre più ampia circolazione dei capitali e dei servizi finanziari a livello globale e l'avvento della nota finanza strutturata, il ricorso all'emissione di nuovi e assai sofisticati strumenti di debito che se da un lato, consentono agli stati di recuperare nuove risorse e mantenere così un certo livello di servizi alla cittadinanza in assenza di nuove entrate fiscali dall'altro lato, favoriscono la crescita dell'indebitamento. Può accadere, pertanto, che il debito sovrano acquisisca una dimensione tale per cui lo Stato interessato risulti non essere più in grado di adempiere ai propri obblighi pecuniari, secondo le modalità e i termini ori-

⁵¹ Così A. Graziani, *Istituzioni di scienza delle finanze*, Torino, 1929, 2.

⁵² Il fenomeno dell'indebitamento pubblico è via via cresciuto a ritmi sempre più sostenuti in questi ultimi anni, in specie entro le economie dei paesi occidentali, a seguito dell'ampliamento dei servizi offerti dallo Stato ai rispettivi cittadini in forza del noto modello del *Welfare State*, che di fatto ha segnato il passaggio dalla finanza pubblica neutrale a quella funzionale, per cui in campo economico lo Stato non deve più limitare la propria azione a perseguire l'obiettivo di un bilancio in sostanziale pareggio, bensì operare in modo tale per cui la rispettiva attività finanziaria sia strumentale alla redistribuzione delle risorse, soprattutto sotto forma di servizi e beni pubblici per realizzare una maggiore eguaglianza tra i propri cittadini.

⁵³ Si tratta di un effetto dovuto anche alla progressiva contrazione del reddito nazionale (Pil) e della relativa base imponibile conseguenti alle crisi economiche succedutesi negli ultimi decenni, in specie con l'ultima del 2008 e destinati molto probabilmente a peggiorare, a seguito del forte impatto economico dipendente dalla recentissima pandemia da coronavirus o Covid-19.

ginariamente assunti trovandosi in una situazione di sostanziale *default*⁵⁴, come è accaduto con la nota crisi del debito argentino nel 2001⁵⁵.

Nonostante, la storia economica evidenzia come dal 1800 a oggi vi siano stati numerosi casi di *default* sovrani con significativo impatto sul sistema delle relazioni economiche e commerciali internazionali⁵⁶, non si può fare a meno di osservare come manchi, entro il diritto internazionale, non solo una definizione esauritiva di debito pubblico estero, ma, soprattutto, una normativa applicabile all'insolvenza dello stato, quando questa coinvolge tale forma del debito sovrano, trattandosi del tipo di debito che maggiormente interessa il diritto internazionale⁵⁷.

Relativamente al primo profilo indicato, giova ricordare come nella Convenzione di Vienna del 1983 sulla successione degli stati in materia di beni, archivi e debiti di Stato, vi sia una nozione di debito di Stato che include in detta categoria ogni obbligazione finanziaria sorta in conformità al diritto internazionale nei confronti di un altro Stato, organizzazione intergovernativa o altro soggetto⁵⁸. Si tratta di una nozione non esaustiva, in quanto si fa riferimento al solo caso specifico della successione di uno Stato a un altro senza che vengano contemplati i debiti assunti verso soggetti privati stranieri.

In merito al secondo profilo, una disciplina dell'insolvenza sarebbe quanto mai necessaria considerando il fatto che, in virtù del principio dell'eguaglianza sovrana degli stati, caposaldo del diritto internazionale, non è possibile per i giudici nazionali di un dato paese decretare il fallimento di uno Stato terzo, in quanto la procedura di liquidazione che ne seguirebbe darebbe vita a un'interferenza internazionalmente illecita di un paese entro gli affari interni di un altro⁵⁹.

⁵⁴ In tale ultimo caso, il *default* dello Stato comporta la riduzione dei tassi di interesse corrisposti, la posticipazione del termine di pagamento del capitale e degli interessi, la conversione dell'obbligazione originaria in altro strumento di debito meno vantaggioso per il creditore. Sul punto, v. E. Borchard, W.H. Wynne, *State Insolvency and Foreign Bondholders*, New Haven, 1951, 115; R.G. Mac Lean, *Legal Aspects of the External Debt*, in *Recueil des cours*, 1989, 31 ss.

⁵⁵ La crisi che ha colpito l'Argentina ha causato pesanti ripercussioni sull'economia mondiale, provocando l'interruzione del pagamento del capitale e degli interessi del proprio debito pubblico estero. Questa situazione ha significato la perdita di ingenti capitali investiti negli ultimi anni in titoli argentini anche da molti investitori privati. Alcuni gruppi di risparmiatori hanno intrapreso azioni giudiziarie in varie parti del Mondo, tra cui l'Italia. Al riguardo, si veda S. Dorigo, *Il debito pubblico argentino dinanzi ai giudici italiani*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2002, 958-962.

⁵⁶ Si vedano in specie C.M. Reinhart, K.S. Rogoff, *A Decade of Debt*, NBES, 2011.

⁵⁷ Sul tema, si rinvia al contributo di M. Frigo, *Insolvenza delle imprese e insolvenza degli stati: analogie ed elementi di differenziazione*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2012, 865-878.

⁵⁸ Attualmente non ancora in vigore, in quanto mancano otto delle quindici ratifiche necessarie in virtù dell'articolo 50 del trattato..

⁵⁹ Così si è espressa la Corte Suprema olandese nella causa *Olmans v. Republiek Suriname* del 28 settembre 1990, secondo cui l'«*acceptance of jurisdiction would imply that a trustee in a bankruptcy with extensive powers would have to undertake the management and the liquidation of the assets of a foreign power under inadmissible encroachment under international law upon the sovereignty of the foreign State concerned*» come anche riportato da A. Tanzi, *Sull'insolvenza degli Stati nel diritto internazionale*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2012, in specie 67, nota 4.

A fronte delle criticità sollevate, si rileva come a livello internazionale manchi una procedura di carattere concorsuale a tutela dei creditori a cui ricorrere in caso di fallimento di un dato paese. Non vi è un meccanismo giurisdizionale di cognizione centralizzato attivabile per tutte le classi e tipi di creditori che, oltre a essere competente ad accertare e a dichiarare il fallimento dello Stato, possa poi gestire la necessaria e successiva fase liquidatoria⁶⁰. L'assenza di un meccanismo internazionale idoneo a gestire l'insolvenza dello Stato comporta allora che tale tipo di situazioni siano per lo più affrontate ricorrendo a soluzioni di carattere negoziale e/o giudiziale tanto a livello interno, quanto internazionale⁶¹. Si tratta di soluzioni che si differenziano tra loro, nella maggiore parte dei casi, in base alla modalità di raccolta del capitale da parte dello Stato debitore e alla tipologia di creditore coinvolto nell'operazione di prestito. Sul punto⁶², si deve distinguere tra operazioni di ristrutturazione, rinegoziazione e cancellazione del debito sovrano con l'obiettivo, in tutti e tre i casi indicati, di portare il debito a un livello ritenuto sostenibile per lo Stato in condizione di sostanziale insolvenza, così da consentirgli di recuperare nuove risorse per favorire la ripresa economica e gli investimenti, senza i quali ben difficilmente risulterà in grado di ripagare, in un successivo momento, i propri creditori.

7. *La crisi del debito sovrano nell'Eurozona e gli interventi a sostegno dei paesi a rischio default*

La crisi del 2008 ha, tra le diverse problematiche sollevate, evidenziato proprio numerosi fattori di fragilità nella gestione del debito sovrano all'interno dell'Eurozona, tra cui il principale è legato al fatto che l'Euro è una moneta senza Stato, per cui in assenza di un accordo tra i paesi che lo adottano, non si può utilizzare detta moneta in via diretta per l'acquisto dei titoli pubblici di quel membro che, per le più diverse ragioni, viene a trovarsi in una situazione di difficoltà

⁶⁰ Si tratta di una conseguenza derivante dall'assenza di una volontà comune da parte degli stati di fare proprie alcune proposte avanzate a suo tempo in dottrina di costituire una vera e propria Corte internazionale fallimentare, nonché di dare seguito alla proposta avanzata dal Fondo monetario internazionale di realizzare un *Sovereign debt restructuring mechanism* (Sdrm), mediante il quale un debitore sovrano avrebbe potuto concordare con la maggioranza dei suoi creditori privati i termini di ristrutturazione del proprio debito, divenendo gli stessi vincolanti verso tutti i tipi e classi di creditori coinvolti nel dissesto finanziario.

⁶¹ Lo Stato inadempiente in particolare, dopo avere dichiarato il proprio *default*, apre di norma con i rispettivi creditori trattative funzionali alla conclusione di un accordo di rinegoziazione del relativo debito. L'esigenza di giungere a un accordo risponde all'esigenza di assicurare prima di tutto gli operatori finanziari e più in generale i mercati internazionali sull'effettiva volontà e capacità dello Stato coinvolto ad adempiere alle proprie obbligazioni finanziarie.

⁶² A. Viterbo, *I meccanismi per la risoluzione delle crisi del debito sovrano: alla ricerca di un difficile bilanciamento tra interessi pubblici e privati*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2014, 351-370;

di bilancio o peggio di vera e propria crisi debitoria⁶³. In particolare, è a partire dal 2010, a causa delle forti difficoltà sofferte dalla Grecia, che la crisi nell'Unione europea da prettamente finanziaria si è trasformata in crisi fiscale, nonostante l'economia ellenica contribuisse in forma decisamente ridotta alla determinazione del pil dell'intera Eurozona e il relativo debito sovrano non abbia mai assunto dimensioni nemmeno lontanamente comparabili a quelle di altri stati, come nel caso dell'Italia, attualmente il quinto debito sovrano al Mondo⁶⁴. Ciò nonostante, i titoli obbligazionari ellenici erano prevalentemente detenuti da enti finanziari e creditizi stranieri (in particolare banche tedesche e francesi), assumendo così la crisi di quel debito sovrano prevalentemente carattere esterno con l'effetto che, tra gli operatori economici internazionali, si diffuse il timore che una possibile dichiarazione di insolvenza della Grecia avrebbe da lì a poco generato un vero e proprio "effetto domino" entro l'Eurozona, soprattutto nei paesi più esposti a forti squilibri di bilancio⁶⁵.

La risposta dell'Unione europea, seppure non tempestiva come quella statunitense, ha visto il coinvolgimento tanto di istituzioni tecnocratiche, quali su tutte la Bce quanto di quelle politiche rappresentate, in specie, dalla Commissione europea e dal Consiglio dell'Unione. In particolare, l'Ue, attraverso queste ultime è intervenuta a modificare gli strumenti di prevenzione e correzione dei disavanzi eccessivi, agendo sostanzialmente in tre direzioni: la prima rappresentata dal rafforzamento del Patto di stabilità e crescita (Psc); la seconda fondata sul rafforzamento del coordinamento delle politiche economiche dei singoli stati da attuare entro il cosiddetto Semestre europeo⁶⁶; la terza funzionale al salvataggio degli stati a rischio di *default*, mediante un'attività di erogazione di credito unita a mec-

⁶³ Gli effetti destabilizzanti dipendenti dalla crisi del 2008, tuttavia, più che investire la Moneta unica in sé e per sé considerata hanno coinvolto il meccanismo della *governance* che sta alla base del relativo funzionamento, evidenziando la fragilità, da un lato, del complessivo sistema creditizio-finanziario dell'Unione economica e monetaria sottoposto a una pluralità di norme tra loro molto eterogenee oltre che a differenti organi di vigilanza nazionali e, dall'altro, del sistema di coordinamento delle singole politiche fiscali rivelatosi inidoneo a favorire il reale raggiungimento di comuni obiettivi macro economici.

⁶⁴ Il debito pubblico italiano al 31 agosto 2019 su base dati IMF ammontava al 133,4% del Pil. V. <https://www.imf.org/external/datamapper/DEBT1@DEBT/OEMDC/ADVEC/WEOWORLD>.

⁶⁵ In particolare, per l'Irlanda la dimensione del debito pubblico crebbe in forma sostenuta a causa delle operazioni di salvataggio poste in essere a favore di diverse banche nazionali in difficoltà. Il Governo irlandese vide crescere così fortemente la sua esposizione nei confronti di debitori (le banche), la cui solvibilità era ritenuta negli ambienti finanziari alquanto dubbia, determinando, pertanto, un deciso aumento del costo della raccolta di capitali sui mercati finanziari da parte dell'Eire. Una situazione similare venne a verificarsi in Spagna, ove il rispettivo sistema finanziario e creditizio in genere risultava per lo più esposto rispetto al settore immobiliare. Nel caso del Portogallo e dell'Italia, la sfiducia dei mercati era soprattutto collegata all'incapacità dei rispettivi governi di rispettare la disciplina di bilancio richiesta dai trattati europei nel contenimento del debito pubblico.

⁶⁶ G. Peroni, *La crisi dell'Euro: limiti e rimedi dell'Unione economica e monetaria*, Milano, 2012, pp. 95-106.

canismi di stabilizzazione⁶⁷. In particolare, questi ultimi hanno visto il ricorso a due strumenti di particolare impatto giuridico, politico ed economico: l'accordo istitutivo del Meccanismo europeo di stabilità (Mes)⁶⁸ e il trattato istitutivo del *Fiscal compact*⁶⁹. Il primo consiste in una vera e propria organizzazione intergovernativa regolata dal diritto internazionale, con sede in Lussemburgo, i cui azionisti sono i paesi euro e il cui sistema di *governance*, ispirato al metodo plutocratico, ricalca né più né meno quello già noto del Fmi, così come accade per la sua attività di prestito e per le altre sue forme di assistenza finanziaria caratterizzate tutte dal ricorso a una rigida condizionalità, per cui il sostegno finanziario è concesso solo a queglii stati che attuano un programma di aggiustamento dei rispettivi conti pubblici che richiede usualmente importanti riforme strutturali del rispettivo sistema economico⁷⁰.

Il Mes prevede, peraltro, che il sostegno agli stati in difficoltà sia concesso solo verso quei paesi che hanno provveduto a ratificare l'accordo relativo al *Fiscal compact* e a recepire nei rispettivi ordinamenti la "regola aurea" del pareggio di bilancio di cui all'art. 3, par. 1 in quest'ultimo testo contenuta⁷¹. Una regola adottata a causa della particolare situazione emergenziale in cui i paesi dell'Eurozona sono venuti a trovarsi durante la crisi e che il nostro ha deciso di trasporre

⁶⁷ L.F. Pace, *Il regime giuridico dell'euro: la nascita dell'unione economica e monetaria, la sua crisi e la risposta dell'Unione europea*, Bari, 2018, 68-154.

⁶⁸ Il Mes sulla base del relativo trattato istitutivo può: concedere prestiti nell'ambito di un programma di aggiustamento macroeconomico; acquistare titoli di debito sui mercati finanziari primari e secondari; concedere assistenza finanziaria sotto forma di linee di credito; finanziare la ricapitalizzazione di enti finanziari tramite prestiti ai governi dei suoi stati membri. Cfr. G. Contaldi, *Diritto europeo dell'economia*, Torino, 2019, 279-284; R. Cisotta, *Disciplina fiscale, stabilità finanziaria e solidarietà nell'Unione europea ai tempi della crisi*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2015, 57-90, in specie 74-82.

⁶⁹ Il trattato sul *Fiscal compact* è il risultato di accordi raggiunti entro il Consiglio europeo (v. *Dichiarazione dei Capi di Stato e di Governo della zona euro*, Bruxelles, 9 dicembre 2011, e Conclusioni, CO EUR 24, Concl. 6), organo di indirizzo dell'Ue, in cui le decisioni vengono adottate mediante dinamiche di negoziazione che prescindono dalle procedure preposte a garanzia della partecipazione e del peso anche degli stati più piccoli e/o meno rilevanti dal punto di vista economico.

⁷⁰ In seno al Mes, il ruolo della Commissione europea e della Bce risulta essere centrale. Alla prima spetta, in particolare, il compito di condurre un'indagine preliminare per verificare se dalla situazione di difficoltà economica e finanziaria del paese interessato possa o meno derivare un pericolo per la stabilità dell'intera Eurozona. Sempre alla Commissione, in un momento successivo, è richiesto di negoziare insieme alla Bce un protocollo di intesa con lo Stato in questione, una volta ammesso quest'ultimo dal Consiglio dei governatori del Mes a ricevere il sostegno finanziario richiesto. In detto documento, sono definite le condizioni a cui l'assistenza viene concessa che, a seconda della gravità della situazione, possono sia prevedere l'attuazione di un piano di aggiustamento macroeconomico, sia il costante rispetto delle condizioni di eleggibilità dell'aiuto prestabile.

⁷¹ Ai sensi della disposizione citata «Le parti contraenti applicano le regole enunciate nel presente paragrafo in aggiunta e fatti salvi i loro obblighi ai sensi del diritto dell'Unione europea: la posizione di bilancio della pubblica amministrazione di una parte contraente è in pareggio o in avanzo». Per un'analisi più dettagliata intorno al meccanismo del *Fiscal compact*, limitandoci anche in questo caso alla sola dottrina italiana, si veda R. Baratta, *I vincoli imposti dal "fiscal compact" ai bilanci nazionali*, in *federalismi.it*, 2014, 2-10; L.S. Rossi, *"Fiscal compact" e trattato sul meccanismo di stabilità: aspetti istituzionali e conseguenze dell'integrazione differenziata*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2012, 293-307.

nella rispettiva Costituzione (come avvenuto anche nel caso di Germania, Spagna, Ungheria e Polonia) entro l'articolo 81⁷².

Il ricorso agli strumenti di stabilizzazione sinteticamente indicati evidenziano i limiti della costruzione economica europea e la non autosufficienza del diritto dell'Unione economica e monetaria dovendo la stessa ricorrere per la sua sopravvivenza a strumenti (trattati) e soluzioni proprie del diritto internazionale (si è di fatto realizzato su scala continentale un vero e proprio Fondo monetario europeo sulla falsariga del Fmi) facendo così necessariamente prevalere il metodo intergovernativo a scapito di quello comunitario, su cui il processo di integrazione europea si è tradizionalmente venuto a fondare. Quanto testé descritto trova, poi, ulteriore conferma nel fatto che per la soluzione della crisi del debito sovrano nell'Eurozona è stato necessario coinvolgere direttamente il Fondo monetario internazionale⁷³. L'effetto che ne è seguito, a partire dal 2010 con la crisi della Grecia con i relativi piani di stabilizzazione economica (che avrebbero trovato applicazione, successivamente, nei confronti di altri stati in difficoltà di bilancio partecipanti all'Eurozona come Irlanda, Portogallo e Cipro)⁷⁴ è stato quello di dare vita alla *Trojka*, una nuova figura a carattere inter-istituzionale, definita anche come organismo di controllo informale in merito ai piani di aggiustamento macroeconomico, che ha visto lavorare a stretto contatto la Commissione europea, la Bce e il Segretariato del Fmi.

Alla *Trojka* è spettato redigere, in particolare, con il Governo dello Stato interessato il programma di aggiustamento unitamente al *memorandum* sulle politiche economiche e al *memorandum* tecnico di intesa, in cui sono stati defini-

⁷² V. la Legge di Riforma Costituzionale del 20 aprile 2012 n. 1 (v. G.U. Serie Generale n. 95 del 23 aprile 2012) con cui, in forza della modifica intervenuta, l'equilibrio tra entrate e uscite passa dall'essere tradizionalmente inteso quale obiettivo politico in un obbligo giuridico. Non ci si limita a disporre il solo pareggio di bilancio (v. il relativo comma 1), ma si va ben oltre, introducendo al comma 2 un vero e proprio divieto di indebitamento, salvi i casi e alle condizioni previste dal testo della legge di riforma. In merito al dibattito costituzionale apertosi sulla trasformazione intervenuta, si veda A. Brancasi, *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, 2012, in www.forumcostituzionale.it; D. Cabras, *Il pareggio di bilancio in Costituzione: una regola importante per la stabilizzazione della finanza pubblica*, *ivi*. Con riguardo all'incidenza della riforma costituzionale sui rapporti tra diritto interno e il diritto europeo si rinvia a G.L. Tosato, *La riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio alla luce della normativa dell'Unione: l'interazione fra i livelli europeo e interno*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2014, 5-35.

⁷³ Il *Loan Facility Agreement* stipulato nel 2010 con la Grecia prevedeva, nel relativo Preambolo, che il sostegno finanziario sarebbe stato concesso unitamente al Fondo; il regolamento n. 407/2010 istitutivo del Meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria, al par. 5 del rispettivo preambolo, stabiliva che la relativa attivazione sarebbe dovuta avvenire di concerto con il Fondo; lo stesso Meccanismo europeo di stabilità, sempre nel preambolo al par. 8, prevede per gli stati membri di rivolgersi anche al Fondo, in quanto coinvolto tanto con riguardo alla fase relativa alla valutazione del grado di sostenibilità del debito dello Stato interessato all'aiuto (art. 13, par. 1, lett. b), sia relativamente alla fase del negoziato diretto a definire le condizioni alla base del prestito eventualmente concesso (art. 13 par. 3).

⁷⁴ M. Vellano, *Il caso di Cipro come epilogo, ovvero prologo, dell'ultima fase della crisi dell'area euro*, in G. Adinolfi, M. Vellano (a cura di), *La crisi del debito sovrano degli Stati dell'area euro. Profili Giuridici*, Torino, 2013, 227-238.

ti i *performance criteria* e gli *structural benchmarks* da soddisfare come *condicio sine qua non* per l'erogazione dei fondi per il relativo salvataggio.

Ogni paese è ovviamente un caso a sé stante, ma i punti più ricorrenti nei programmi adottati dalla *Trojka* nei confronti dei paesi coinvolti rispetto al suo intervento sono state la ricapitalizzazione delle banche, la liberalizzazione e la privatizzazione di parte del settore statale, unitamente a forti tagli alla spesa pubblica e l'aumento della pressione fiscale. Se tali scelte hanno avuto come si vedrà un impatto sociale negativo per le varie comunità nazionali, un aspetto positivo dell'attività della *Trojka* è stato quello di avere evitato l'inadempienza disordinata dei prestiti sovrani entro i paesi oggetto del suo intervento, oltre ad avere impedito il propagarsi del contagio dell'instabilità economica agli altri paesi dell'Eurozona.

8. *I diritti economici e sociali di fronte alla crisi*

I programmi di aggiustamento macroeconomico e strutturale a cui gli stati coinvolti nella crisi sono dovuti ricorrere autonomamente per non richiedere l'assistenza finanziaria della *Trojka* (come nel caso dell'Italia nel 2011) o su esplicita richiesta delle istituzioni finanziarie internazionali (come in quello della Grecia soprattutto) per ottenere il sostegno necessario per stabilizzare le rispettive economie, hanno sollevato numerose critiche intorno alla loro efficacia. In buona parte dei casi, infatti, dette politiche non hanno contribuito a risolvere le criticità per le quali sono state ideate⁷⁵ anzi, talvolta, le hanno addirittura accentuate tanto da assistere in alcune situazioni a una generale diminuzione del livello di tutela dei diritti umani⁷⁶, in specie di quelli economici e sociali che, come è noto, sono riconosciuti entro il «Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali»⁷⁷.

Quanto descritto è avvenuto quando la crisi da puramente finanziaria si è trasformata in crisi dell'economia reale incidendo in modo rilevante sui pil di ciascun paese e, dunque, sulle risorse a disposizione dei singoli stati. Ne è deriva-

⁷⁵ Si veda in particolare J. Stiglitz, *La globalizzazione che funziona. Un mondo migliore è possibile*, Torino, 2006.

⁷⁶ Nel giugno 2011, l'esperto indipendente delle Nazioni Unite sul debito estero e i diritti umani Lumina evidenziò come le misure di *austerity* assunte dal Governo ellenico fossero idonee a violare i diritti umani essenziali e precisamente «to have a serious impact on... the enjoyment of most vulnerable sectors of the population such as the poor, elderly, unemployed housing and work under fair and equitable conditions should not be compromised by the implementation of austerity measures». Cfr. UN Expert on rights and foreign debt, *Greek crisis: Keep in Mind the People's Basic Human Rights*, in *www.ohchr.org*. Situazione che di fatto è stata confermata nelle relazioni presentate dall'esperto indipendente il 27 e 28 dicembre 2016 di cui un'analisi particolareggiata è svolta da E.L. Scali, *The Impact of Conditionality on Economic, Social and Cultural Rights in The Latest Reports of the Independent Expert on Foreign Debt and Human Rights*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2017, 532-541.

⁷⁷ Concluso a New York, il 16 dicembre 1966, sotto l'egida delle Nazioni Unite ed entrato in vigore sul piano internazionale il 3 gennaio 1976, attualmente vincola oltre 150 stati, fra i quali l'Italia.

to che a essere colpiti da quel fenomeno perturbativo non sono stati solamente i ceti più benestanti, usualmente titolari di redditi derivanti da rendite di posizione finanziaria, ma anche quelli meno abbienti, il cui sostentamento economico normalmente dipende proprio dal lavoro⁷⁸. Quest'ultimo, a causa della recessione determinata dalla crisi, ha subito una crescente contrazione in forza delle profonde ristrutturazioni aziendali che hanno interessato le imprese di tutti i comparti produttivi che, al fine di contenere i rispettivi costi per non rischiare di essere estromesse dai mercati di riferimento, hanno operato dolorosi tagli occupazionali incidendo inevitabilmente sul diritto al lavoro, producendo a cascata ulteriori effetti negativi su tutti gli altri diritti economici e sociali che da quel primo diritto dipendono.

Quei diritti, giova ricordare, hanno natura essenzialmente programmatica, così come si ricava dalla lettura dell'art. 2 del Patto citato, ove si afferma che ogni Stato a esso parte si impegna ad adottare misure al fine di assicurare progressivamente (*progressively*) la loro piena attuazione. Una realizzazione graduale che prevede in capo agli stati di adottare le misure necessarie (*to take steps*), utilizzando al massimo le rispettive risorse disponibili (*to the maximum of its available resources*) e tutti i mezzi idonei a propria disposizione, con il chiaro intendimento di non rinviare *ad libitum* la relativa implementazione⁷⁹, in quanto l'attuazione progressiva deve rispondere, comunque, al generale principio di effettività⁸⁰, per cui gli stati devono garantire la concreta realizzazione dei diritti promossi dal *Covenant*⁸¹.

Da tali diritti derivano in capo ai paesi contraenti, indipendentemente dal rispettivo sistema economico e politico, specifici obblighi che sono usualmente classificati in obblighi a carattere meramente negativo, obblighi positivi di risul-

⁷⁸ Si vedano in particolare i dati statistici riportati dalla Banca mondiale sull'andamento del tasso di disoccupazione a livello mondiale con particolare riguardo ai giovani nell'età compresa tra i 15 e i 24 anni <https://data.worldbank.org/indicator/SL.UEM.1524.ZS>.

⁷⁹ Così come si ricava dal *General Comment no. 3, The Nature of States Parties Obligations* (art. 2, par. 1) del 14 dicembre 1990, par. 2: «[...] while the full realization of the relevant rights may be achieved progressively, steps towards the goal must be taken within a reasonably short time of the Covenant's entry into force for the States concerned. Such steps should be deliberate, concrete and targeted as clearly as possible towards meeting the obligations recognized in the Covenant».

⁸⁰ La progressiva attuazione non deve divenire una giustificazione utilizzata dagli stati per dare una minima attuazione ai diritti in esame, appellandosi alla scarsità delle risorse a disposizione, né impedire una loro qualsiasi forma di giustiziabilità. Cfr. R. O'Connell, *Vindicating Socio-Economic Rights. International Standards and Comparative Experiences*, London, 2012, 1-248, in specie 28-35; M. Ssenyonjo, *Economic Social and Cultural Rights in International Law*, Oxford, 2009, 1-637, in specie 66-67.

⁸¹ Si veda Comitato Escl (UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights), *General Comment no. 3*, par. 9 «It thus imposes an obligation to move as expeditiously and effectively as possible towards that goal. Moreover, any deliberately retrogressive measures in that regard would require the most careful consideration and would need to be fully justified by reference to the totality of the rights provided for the Covenant and in the context of the full use of the maximum available resources».

tato e di mezzi (o di *due diligence*)⁸². Si tratta di obblighi a realizzazione progressiva come si evince anche da alcune prese di posizione del Comitato sui diritti economici, culturali e sociali (*The Committee on economic, social and cultural rights* - Comitato Escr)⁸³ e dell'Alto Commissario Onu per i diritti umani⁸⁴, in dipendenza dei quali lo Stato è chiamato a produrre uno sforzo continuo e prolungato nel tempo finalizzato al conseguimento dell'obiettivo fissato; senza precludere in capo ai vari paesi un certo margine di apprezzamento⁸⁵ nell'individuare i mezzi più idonei con cui adempiervi. Un potere discrezionale da non considerarsi, però, pieno; tale, in altre parole, da privare gli organi internazionali di controllo della possibilità di svolgere un'attività di accertamento per verificare la legittimità della condotta statale rispetto agli impegni assunti con il *Covenant*.

Vero è che i diritti umani economici e sociali hanno un costo tutt'altro che trascurabile, soprattutto, entro le società ed economie occidentali, in specie quelle europee, caratterizzate dai noti sistemi di *Welfare State*. Il problema che la crisi del 2008 ha posto e che l'emergenza economica in dipendenza da Coronavirus sembra riproporre rispetto a tali situazioni giuridiche attive è legato proprio al livello delle risorse che gli stati impegnano per adempiere ai rispettivi obblighi nel settore *de quo*. Ne consegue che, più limitate sono le risorse disponibili meno sono le *chances* di vita⁸⁶ che una persona può disporre nelle varie fasi della propria esistenza e, dunque, sono meno le opzioni di scelta e minori i margini di libertà individuale⁸⁷. Sorge così la questione, se di fronte a situazioni di particolare necessità e urgenza a carattere economico e finanziario, tali da imporre un drastico riequilibrio della spesa pubblica, possa o meno giustificarsi, sulla base di un

⁸² È molto diffusa in dottrina la classificazione indicata, originariamente proposta da H. Shue, *Basic Rights: Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy*, Princeton, 1980, 1-256, in specie 52 ss.; A. Eide, *The International Human Rights System*, in A. Eide, B.W. Eide, S. Goonatilake (eds), *Food as Human Right*, Tokyo, 1984, 1-289, in specie 152 ss.; O. de Schutter, *International Human Rights Law*, Cambridge, 2019, 36-50, che distinguono fra obblighi di rispettare (*to respect*), di proteggere (*to protect*) e di realizzare (*to fulfill*) i diritti umani, fatta poi propria anche dall'Alto Commissario Onu per i diritti umani con il *Report of The United Nations High Commissioner for Human Rights* (E/2007/82), 25 giugno 2007, parr. 10-12.

⁸³ Comitato Escr, *General Comment no. 3*, parr. 1 e 9; Id., *General Comment no. 12*, par. 16; Id., *General Comment no. 14*, par. 30; Id., *Statement: An evaluation of the obligation to take steps to the maximum of available resources under an optional protocol to the Covenant*, 2007.

⁸⁴ *Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights* (E/2007/82), 25 giugno 2007, parr. 10-12.

⁸⁵ Il concetto di margine di apprezzamento è stato utilizzato dal Comitato Escr e dall'Alto Commissario per i diritti umani. V. Comitato Escr, *Statement*, cit., parr. 11-12; *Report of the United States High Commissioner for Human Rights*, cit., parr. 29, 59, 72.

⁸⁶ R. Dahrendorf, *Max Weber's Concept of 'Chance'*, in Id., *Life Chances. Approaches to Social and Political Theory*, Chicago, 1979, in particolare 62-74.

⁸⁷ M. Ferrera, *La Società del Quinto Stato*, Roma, 2019.

conclamato stato di necessità, una contrazione dei diritti in parola ed eventualmente sino a che punto ci si possa spingere nel limitarne il relativo godimento⁸⁸.

Nella composizione delle diverse esigenze, lo Stato dovrebbe affidarsi a un generale criterio di ragionevolezza per individuare un “giusto ed equo” punto di equilibrio tra i mezzi e le risorse utilizzate per l’implementazione dei diritti umani economici e sociali, con i mezzi e le risorse adoperate per realizzare altri interessi statali ritenuti essenziali per l’esistenza stessa dello Stato e lo svolgimento delle sue tipiche funzioni sovrane⁸⁹. La ricerca di detto equilibrio se da un lato, non può non considerare le condizioni delle finanze pubbliche e il livello di efficienza della macchina amministrativa del paese interessato dall’altro lato, nemmeno può spingersi al punto di pregiudicare la dignità dell’individuo⁹⁰, contraendo eccessivamente i diritti a questo riconosciuti dal punto di vista giuridico internazionale. In altre parole, il bilanciamento tra la tutela della stabilità economica e gli altri interessi in gioco non può risolversi necessariamente in favore della prima, potendo la stessa, al contrario, soccombere qualora il bilanciamento riguardi valori di rango superiore, come nel caso dei diritti fondamentali, comportando semmai la ricerca della stabilità una ridefinizione concettuale della natura dei diritti economico-sociali e dei mezzi organizzativi e finanziari previsti da ciascun singolo ordinamento per l’effettiva tutela di quei diritti.

Ecco allora che, seguendo il criterio di ragionevolezza, si può ritenere che lo Stato non possa ricorrere a misure regressive dettate dalla contrazione delle risorse disponibili tali da compromettere l’obiettivo della (seppure) graduale realizzazione di un dato diritto umano economico e sociale. Dunque, se in tempo di crisi «*some adjustments in the implementation of some of these Covenant rights are at time inevitable*»⁹¹, come affermato anche nei noti *Principi di Limburg*, in capo ad ogni

⁸⁸ Nel 2015 il Parlamento greco istituì un *Truth Committee on Public Debt* per investigare sulla creazione del debito pubblico e sui prestiti concessi dall’Unione europea e dal Fmi nell’ambito del programma di aggiustamento avviato a partire dal 2010. In quel documento, il debito contratto dal Paese ellenico è stato definito come debito odioso, non solo illegale, illegittimo e insostenibile, in quanto le misure imposte erano da considerarsi antidemocratiche e soprattutto violavano i diritti umani dei cittadini a favore degli interessi delle istituzioni finanziarie sovranazionali e, dunque, in aperto contrasto con l’obiettivo che ciascun governo dovrebbe perseguire: quello della tutela degli interessi dei propri cittadini.

⁸⁹ Sul concetto di equità nell’ambito del diritto internazionale dell’economia si veda E.U. Petersmann, *La giustizia nel diritto internazionale dell’economia? Dal “diritto internazionale fra stati” al “diritto internazionale dell’integrazione” e al “diritto costituzionale”*, in *Ars interpretandi*, 2008, 131-172; Id., *International Economic Law in the 21st Century: Need for Stronger ‘Democratic Ownership’ and Cosmopolitan Reforms*, in *EUI Working papers*, 17, 2012, in specie 8-13.

⁹⁰ Si può parlare della dignità sotto diversi profili. Limitandoci al profilo giuridico internazionale, si è generalmente d’accordo nel riferire tale concetto al valore intrinseco e inestimabile di ogni essere umano così come espresso dall’art. 1 della Dichiarazione Universale dei diritti dell’Uomo (1948): «tutti gli esseri umani nascono liberi e uguali in dignità e diritti». Definizione da cui si ricava come la dignità sia una prerogativa di ogni essere umano e sia alla base del principio di uguaglianza.

⁹¹ *Letter by Ariranga G. Pillay*, Chairperson of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, UN Doc. CESCR/48/SP/MAB/SW del 16 maggio 2012.

Stato permane l'obbligo di «ensuring respect for minimum subsistence rights for all»⁹²; realizzando una condotta illecita quello Stato, che non risulti in grado di assicurare alla propria comunità «un livello minimo essenziale» relativo a ciascun singolo diritto umano a carattere economico-sociale rispetto al quale si è impegnato a dare attuazione progressiva con la sottoscrizione del Patto sui diritti in esame⁹³.

Rimane, tuttavia, non ben precisato cosa debba intendersi per bisogno essenziale, in quanto l'essenzialità dello stesso è destinato a variare a seconda del quadro socio-economico e politico di riferimento, aspetto che, secondo alcuni, renderebbe impraticabile la definizione a livello internazionale di detto nucleo minimo⁹⁴. Sul punto, si ritiene che sia attraverso il ricorso al metodo del bilanciamento degli interessi, sia mediante l'utilizzo di indicatori e parametri (di natura non puramente quantitativa) che non tengano conto solo degli aspetti economici, ma anche di quelli sociali e ambientali, così come d'altronde richiesto dall'Agenda 2030 delle Nazioni Unite per lo Sviluppo sostenibile⁹⁵ si possa effettivamente individuare ciò che all'individuo non debba essere mai negato come persona, pena il sacrificio della sua dignità.

9. *I Sustainable development goals e la dimensione economica nell'Agenda 2030 per lo Sviluppo sostenibile*

Con la risoluzione n. 70/1 dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite del 25 settembre 2015 è stata adottata l'Agenda 2030 per lo Sviluppo sostenibile; documento di fondamentale importanza in quanto, come riconosciuto recente-

⁹² *Limburg Principles on The Implementation of The International Covenant on Economic Social and Cultural Rights*, UN Doc. E/CN.471987/17 del 6 giugno 1986.

⁹³ Proprio, il riconoscimento dell'esistenza di tale nucleo essenziale di diritti economici e sociali costituirebbe il limite non valicabile da parte dello Stato nell'invocare una diminuzione delle risorse disponibili per sottrarsi all'adempimento di quei diritti, così come, peraltro, è stato dichiarato dal Comitato Escr e dall'Alto Commissario per i diritti umani. V. Comitato Escr, *General Comment no. 3*, par. 10 ove si dichiara espressamente «a minimum core obligations to ensure the satisfaction of, at the very least, minimum essential levels of each of the rights»; Id. *Statement*, cit., par. 6, e Id., *General Comment no. 19*, par. 59 (a) ove si qualifica il gruppo dei core obligations nel modo seguente «if a State party cannot provide this minimum level for all risks and contingencies within its maximum available resources, the Committee recommends that State party, after a wide process of consultation, select a core group of social risks and contingencies».

⁹⁴ L. Forman, D.C. Cole, et. al., *What Future for the Minimum Core? Contextualizing the Implications of South African Socioeconomic Rights Jurisprudence for the International Human Right to Health*, in J. Harrington, M. Stuttaford (eds) *Global Health and Human Rights. Legal and Philosophical Perspectives*, London, 2009, 62-80.

⁹⁵ Si vedano i punti 48, 75 e 83 dell'Agenda 2030. Esistono, infatti, realtà ed organizzazioni che possono essere meglio comprese e governate attraverso dispositivi analitici diversi, così si esprime J.Z. Muller, *Perché l'ossessione per dati e quantità sta rallentando il mondo*, Roma, 2019.

mente dal Parlamento europeo⁹⁶, ha il potenziale di essere trasformativa poiché stabilisce obiettivi universali, ambiziosi, globali, indivisibili e interconnessi che mirano a eradicare la povertà, lottare contro le crescenti disparità e la discriminazione, promuovere la prosperità, la sostenibilità, la responsabilità ambientale, l'inclusione sociale, l'uguaglianza di genere e il rispetto dei diritti umani, garantendo la coesione economica, sociale e territoriale, rafforzando la pace e la sicurezza.

L'Agenda 2030 rappresenta, dunque, un momento storico nel perseguimento del macro obiettivo dello sviluppo sostenibile poiché, in assenza di un'espressa e chiara presa di posizione intorno alla qualificazione giuridica di tale concetto, gli obiettivi che la stessa si pone, sotto forma di *Sustainable development goals* (Sdgs), sono funzionali a provare l'esistenza di una prassi internazionale diretta a riconoscere rilevanza al principio in esame dal punto di vista giuridico internazionale, ben sintetizzato dal rapporto Brundtland del 1987 da cui ha avuto origine. In particolare, gli Sdgs, riprendono l'esperienza maturata con i *Millennium development goals* (Mdgs) da cui, tuttavia, si distinguono sotto diversi aspetti, a cominciare da quello meramente quantitativo. Gli Mdgs, infatti, si articolavano in 8 obiettivi e 21 *targets*, mentre gli Sdgs sono ben 17 e i *targets* arrivano addirittura a 169. Le differenze più importanti sono, però, altre due. La prima riguarda l'ambito di applicazione dei rispettivi *goals*, la seconda la diversa accezione di sviluppo che è posta alla base di quelli. Con riguardo al primo profilo, si osserva come i Mdgs facevano essenzialmente riferimento ai soli paesi in via di sviluppo, sostanziandosi in un insieme di obiettivi funzionalmente diretti a sconfiggere la povertà. I nuovi Sdgs, pur riconoscendo centralità a detto tema elevandolo a fulcro del complesso programma d'azione contenuto nell'Agenda 2030 fondato sul principio «non lasciare indietro nessuno», vanno oltre a tale fondamentale obiettivo e si rivolgono a tutti i paesi, senza alcuna distinzione.

In merito alla seconda differenza, si osserva come gli Mdgs fossero limitati a promuovere lo sviluppo economico entro i soli paesi meno sviluppati, mentre gli Sdgs esortano tutti gli stati ad avviare percorsi distintamente orientati allo sviluppo sostenibile, fondati su specifiche strategie e piani nazionali in attuazione dell'Agenda 2030 con la piena partecipazione di tutti gli *stakeholders* interessati⁹⁷. La risoluzione 70/1 adottata da questo punto di vista un atteggiamento oli-

⁹⁶ Si veda Parlamento Europeo, *Relazione strategica annuale sull'attuazione e la realizzazione degli obiettivi di sviluppo sostenibile* (A8-0160/2019) del 4 marzo 2019.

⁹⁷ Nei primi anni di implementazione dell'Agenda 2030, le tematiche collegate alla realizzazione degli Obiettivi del Millennio hanno man mano guadagnato un ruolo di primaria rilevanza nel dibattito politico coinvolgendo altresì numerosi *stakeholders* sia sul piano interno, sia internazionale per realizzare percorsi di sviluppo sostenibile più equi e condivisi. Con riguardo all'Italia è opportuno rinviare alla "Strategia Nazionale per lo Sviluppo Sostenibile" in attuazione dell'Agenda 2030, predisposta dal Ministero dell'Ambiente e della Tutela del territorio e del mare nell'ottobre 2017, adottata dal Cipe il 22 dicembre 2017 ed emanata con direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 16 marzo 2018. Sull'adesione dell'Italia all'Agenda 2030 per lo svi-

stico, affermando che gli obiettivi individuati sono «integrati e indivisibili», insistendo in più punti sulla necessità di combinare e bilanciare le tre dimensioni dello sviluppo sostenibile: economica, sociale e ambientale. Per questo motivo, a differenza degli obiettivi di sviluppo del millennio, gli Sdgs sono universali, trasversali e interconnessi⁹⁸.

Gli Sdgs rappresentano, pertanto, un'innovazione importante nell'ambito del multilateralismo e un propulsore strategico entro il complesso processo di riforma in corso delle Nazioni Unite e con riguardo alle principali trasformazioni della pianificazione politica a lungo termine in molti paesi del Mondo⁹⁹. La loro implementazione costituisce un momento importante per ripensare le normative e i modelli di *governance* utilizzati sia sul piano internazionale sia nazionale nell'ottica del perseguimento dello sviluppo sostenibile nelle sue indicate tre dimensioni¹⁰⁰. A questo scopo, è opportuno domandarsi quale sia la loro natura giuridica. Sul punto, pare maggioritaria, sebbene con sfumature diverse al suo interno¹⁰¹, la posizione di quegli autori che intendono riconoscere agli Sdgs una certa rilevanza giuridica per lo più entro il sistema delle norme di *soft law*, nonostante la loro formulazione risulti in più punti generica e di carattere politico¹⁰². A favore della posizione indicata rilevano in particolare due profili: da un lato, lo strumento giuridico con cui sono stati adottati quale quello della risoluzione, tipico atto di *soft law* e dall'altro lato, il fatto che gli Sdgs esprimono valori già in gran parte contenuti in altre norme internazionali sia di carattere consuetudinario sia pattizio, con l'effetto che gli stessi verrebbero a costituire un sottoinsieme

luppo sostenibile si vedano L. Gradoni, L. Pasquet, *Failing To Protect Basic Human Rights: The Fight against Poverty and The Right to Development in Italy's Legal Practice*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2018, 295-322.

⁹⁸ Detti profili sono stati recentemente ribaditi il 22 gennaio 2020 dal Segretario generale delle Nazioni Unite, in *Remarks to the General Assembly on the Secretary-General's priorities for 2020*.

⁹⁹ Così si esprime la relazione strategica annuale sull'attuazione e la realizzazione degli obiettivi di sviluppo sostenibile del Parlamento europeo, cit., 24. V. anche *Business and Sustainable Development Commission Report, Better Business, Better World*, 2017, in <http://report.businesscommission.org/uploads/BetterBiz-BetterWorld.pdf>.

¹⁰⁰ Cfr. sul punto Assemblea Generale delle Nazioni Unite, Risoluzione 74/4 del 21 ottobre 2019, *Political declaration of the high-level political forum on sustainable development convened under the auspices of the General Assembly*. In dottrina si rinvia a D. French, L.J. Kotzè, *Sustainable Development Goals: Law, Theory and Implementation*, Cheltenham, 2018, in specie pp. 227-230; R. Pavoni, D. Piselli, *The Sustainable Development Goals and International Environmental Law. Normative Value and Challenges for Implementation*, in *Veredas Do Direito*, 2016, 13-60.

¹⁰¹ Per una ricostruzione delle diverse posizioni intervenute in materia si rinvia a M. Montini, *L'interazione tra gli SDGs ed il principio dello sviluppo sostenibile per l'attuazione del diritto internazionale dell'ambiente*, in *federalismi.it*, 2019, 2-21, in specie 4-7.

¹⁰² Sulla natura prettamente politica degli Sdgs si veda D. French, *The Global Goals: Formalism Foregone, Contested Legality and "Re-Imagining of International law"*, in *Ethiopian Yearbook of International Law*, 2017, 151-178, in specie 164-165.

di obblighi che, essendo già noti al diritto internazionale, ben potrebbero essere utilizzati al fine di coordinare gli obblighi esistenti in capo agli stati¹⁰³.

Entro l'Agenda 2030 particolare attenzione è rivolta alla dimensione economica dello sviluppo sostenibile e i *goals* più significativi sotto questo aspetto sono l'ottavo, il nono e il decimo. I primi due sono dedicati allo sviluppo economico e industriale¹⁰⁴; mentre, il decimo tratta il tema della riduzione delle disuguaglianze sia tra stati, sia all'interno di ciascuno di essi. Un obiettivo quest'ultimo molto ambizioso che concerne in vero ambiti tra loro diversi, infatti, sebbene le ineguaglianze di reddito siano le più evidenti, detto *goal* intende eliminare ogni tipo di divario, anche quelli che riguardano «età, sesso, disabilità, etnia, origine, religione, status economico o altro». Perciò, si invitano gli stati ad adottare misure legislative e azioni strumentali ad assicurare l'eguaglianza di opportunità e ridurre le disparità di reddito, eliminando norme e prassi discriminatorie: tutti fattori che se soddisfatti sono in grado di migliorare la coesione sociale¹⁰⁵.

In detti termini, per l'Agenda 2030, puntare sulla crescita del pil rimane centrale per ridurre la disuguaglianza interna, soprattutto in paesi avanzati, come gli Stati Uniti e anche in paesi tradizionalmente più paritari, come Germania, Danimarca e Svezia¹⁰⁶. Nei termini descritti, la sfida che l'Agenda 2030 delinea è chiara. Occorre utilizzare le risorse prodotte per definire un nuovo sistema di tutele sociali così come avvenne un secolo fa con la nascita dei *Welfare State*, ispirato a principi condivisi di giustizia distributiva, di modo che tale nuovo modello possa essere percepito e accettato come equo e legittimo nei suoi fondamenti dalle varie collettività.

Ai fini indicati, per l'Agenda 2030 è imprescindibile lavorare non solo a un rafforzamento del finanziamento allo sviluppo e del commercio internazionale, ma anche alla sostenibilità del debito sovrano e, dunque, alla stabilità economica soprattutto dal lato fiscale. Al riguardo, l'attenzione è rivolta verso quello estero, per l'impatto che la sua sempre più crescente dimensione può avere sullo svilup-

¹⁰³ In detti termini, si esprime R.E. Kim, *The Nexus between International Law and the Sustainable Developments Goals*, in *Review of European Comparative and International Law*, 2016, 15-26.

¹⁰⁴ Sui contenuti di questi due *goals* si rinvia a D.F. Frey, *Economic Growth, Full Employment and Decent Work: the Means and Ends in SDG 8*, in *The International Journal of Human Rights*, 2017, 1164-1184; World Bank, *Poverty and Shared Prosperity 2016: Taking on Inequality*, Washington, 2016.

¹⁰⁵ V. *Implementation of the outcome of the World Summit for Social Development and of the twenty-fourth special session of the General Assembly: Report of the Secretary-General (A/74/205)* del 22 luglio 2019; nonché Assemblea Generale delle Nazioni Unite, Risoluzione 73/141 del 17 dicembre 2018, *Implementation of the outcome of the World Summit for Social Development and of the twenty-fourth special session of the General Assembly*.

¹⁰⁶ A.G. Berg, J.D. Ostry, *Inequality and Sustainable Growth: Two Sides of the Same Coin?*, in *IMF Staff Discussion Note*, 2013; C. Lakner, B. Milanovic, *Global Income Distribution: From the Fall of the Berlin Wall to the Great Recession*, Policy Research Working Paper, No. 6719, Washington, 2013.

po economico, sociale e ambientale del Pianeta¹⁰⁷. Si tratta per l'Agenda 2030 di offrire una soluzione alla condizione attuale di frammentazione in cui versa tanto la platea dei soggetti creditori (come Club di Parigi, Club di Londra, creditori istituzionali e *bondholders*), quanto quella degli strumenti di debito. Aspetti problematici e potenzialmente pregiudizievoli per un'eventuale ristrutturazione ordinata ed efficiente del debito sovrano una volta divenuto insostenibile. Un'operazione che dovrebbe conformarsi secondo l'Agenda 2030 ai seguenti principi: il rispetto delle scelte di politica macro economica degli stati, che non dovrebbero essere frustate o impedito da pratiche abusive; il tutto secondo i principi di buona fede, trasparenza e imparzialità; il divieto di discriminazione tra i creditori, a meno che un diverso trattamento sia giustificato da ragioni giuridiche; il rispetto dell'immunità dello Stato dalla giurisdizione in relazione ai processi di ristrutturazione del debito, l'efficienza di tali processi in funzione della riduzione dei costi economici e sociali a essi connessi; il principio secondo il quale altri stati o una minoranza non rappresentativa dei creditori non dovrebbero potere ostacolare l'attuazione di accordi di ristrutturazione approvati dalla maggioranza dei creditori.

Si tratta nell'insieme di principi ovviamente condivisibili, ma che difettano del fatto di essere formulati talvolta in termini troppo vaghi e di mero auspicio per potere efficacemente indirizzare l'azione degli stati e degli altri soggetti coinvolti nei processi di ristrutturazione del debito, per renderlo sostenibile. Da qui, l'invito rivolto dall'Assemblea generale nel corso della Settantesima sessione con la risoluzione sulla sostenibilità del debito estero e sviluppo¹⁰⁸ al Consiglio economico e sociale a considerare nuovi strumenti per migliorare i processi di ristrutturazione del debito. Sollecitazioni che sono state fatte proprie nelle successive risoluzioni dell'Assemblea generale n. 71/215 (del 25 gennaio 2017), n. 72/203 (del 24 luglio 2017) e n. 73/220, 74/202 (del 19 dicembre 2019) in cui, oltre a valorizzare il ricorso a misure di politica economica anticicliche evitando l'imposizione di politiche di condizionalità in grado di deprimere ulteriormente le economie più fragili, si sottolinea l'importanza dell'attività di prestito, finanziamento e assistenza tecnica delle banche multilaterali di sviluppo e la necessità di procedere a una ancora più profonda riforma del sistema economico internazionale rispetto a quella sino a ora posta in essere dagli stati e dalle istituzioni finanziarie internazionali, che sappia reagire più efficacemente ai continui rischi per la stabilità economica dovuti all'eccessiva finanziarizzazione e all'esistenza di enti credi-

¹⁰⁷ Sulla necessità di proseguire nei processi di riduzione del debito e rivedere i meccanismi fiscali per una migliore ridistribuzione delle risorse, si veda *The Sustainable Development Goals*, Report 2019, 56-57, in <https://unstats.un.org/sdgs/report/2019/>. In dottrina, si rinvia a S.G. Cecchetti, M.S. Mohanty, F. Zampolli, *The Real Effects of Debt*, in *Bis Working Paper* 352, 2011; M.S. Kumar, J. Woo, *Public Debt and Growth*, in *IMF Working paper*, WP/10/174, 2010.

¹⁰⁸ Si veda la risoluzione n. 70/190.

tizi (essenzialmente privati) troppo grandi per potere fallire, alla presenza ancora capillare di corruzione ed evasione ed elusione fiscale, nonché l'eccessivo ricorso alle valutazioni rese dalle note agenzie di *rating*.

10. *La responsabilità delle generazioni presenti verso quelle future alla difficile prova dell'equilibrio economico-finanziario e il diritto allo sviluppo (sostenibile), quale strumento a tutela delle prossime progenie*

L'attenzione verso le questioni economiche entro l'Agenda 2030, in specie verso quelle che maggiormente possono influire sulla stabilità economica e politica degli stati, riguarda anche e soprattutto il futuro delle prossime generazioni¹⁰⁹, in quanto in ossequio al principio dello sviluppo sostenibile è noto che le azioni umane non hanno efficacia limitata al presente o al domani, ma sempre più di frequente si propagano nello spazio e nel tempo in modo irreversibile¹¹⁰.

Per questo motivo, l'Agenda 2030, pur riconoscendo rilevanza alla stabilità economica nelle sue diverse componenti come condizione essenziale per realizzare lo sviluppo e la crescita non solo economica, integra i parametri su cui si misura tradizionalmente tale categoria con altri fattori, altrettanto significativi in ossequio all'impianto teorico culturale e anche politico che caratterizza gli Sdgs fondato sull'indivisibilità delle tre dimensioni (economica, ambientale e sociale) e sulla necessità di impegnarsi contemporaneamente su più fronti.

Nell'Agenda 2030, si ricava in particolare la preoccupazione per la sorte degli individui che abiteranno il Pianeta rivolgendosi alle generazioni presenti, affinché abbiano piena e completa consapevolezza delle proprie responsabilità verso coloro che saranno i cittadini di domani. Si introduce così un'etica della responsabilità che è un'etica esplicitamente rivolta al futuro che ha come peculiarità quella di riflettere sugli effetti di lungo termine delle azioni collettive sforzandosi di immaginare nuove possibili soluzioni che si traducono in una serie di comportamenti a

¹⁰⁹ Cfr. il relativo Preambolo, il punto 8 della rubrica «la Nostra Visione», il punto 15 della rubrica «il Nostro mondo oggi», il punto 18 della rubrica «la Nuova agenda» e il punto 53 della rubrica «Un invito ad agire per cambiare il Nostro mondo».

¹¹⁰ Le dinamiche alla base dello sviluppo umano sono, infatti, influenzate da una molteplicità di fattori riconducibili a differenti variabili e indicatori di natura ambientale, economica, culturale e commerciale. In questi termini, si veda, il Documento finale e il Programma di azione relativo elaborato durante il Vertice mondiale per lo sviluppo sociale di Copenaghen del 6-12 marzo 1995, in cui l'interdipendenza tra diritti umani e sviluppo sociale veniva già allora definita come un obiettivo da realizzare, in un momento storico in cui la globalizzazione economica iniziava a creare vantaggi e svantaggi per gli stati, per i popoli e per ogni persona umana distribuendo diversamente costi e benefici. I risultati di detta Conferenza hanno, poi, indotto la Commissione dei diritti dell'uomo a creare, con la risoluzione n. 15 dell'11 aprile 1996, un nuovo gruppo di lavoro di esperti con l'incarico di assistere i governi nella realizzazione del loro sviluppo politico e nei programmi economici e sociali sulla base di una visione multidimensionale dello sviluppo.

cui attenersi e che sono enfatizzati dall'Agenda 2030 per garantire la perpetuazione dell'Umanità, la tutela dell'ambiente¹¹¹ e il mantenimento della pace¹¹².

La costante condizione di instabilità economica, con le sue inevitabili implicazioni sociali è insieme alla questione ambientale, quella che con maggiore urgenza va affrontata per la tutela delle prossime generazioni. Più nello specifico, per promuovere la stabilità economica e con essa inevitabilmente la coesione sociale che ne deriva, due ci paiono essere gli aspetti da considerare a tutela degli interessi delle nuove progenie: la tenuta del sistema socio-previdenziale e assistenziale e la crescita, come già osservato, del debito pubblico.

La preoccupazione descritta è stata fatta propria dall'Agenda 2030 nel momento in cui in essa si sottolinea l'importanza di risolvere le situazioni di debito insostenibile che numerosi paesi a causa delle turbolenze finanziarie sono costretti a fronteggiare e ciò ricorrendo se del caso a rimesse del debito, qualora altre operazioni di alleggerimento dello stesso si rivelino del tutto inefficaci. D'altronde, a subire maggiormente gli effetti negativi di un debito pubblico divenuto insostenibile sono proprio le future generazioni¹¹³. Queste ultime rispondono in solido e per intero delle obbligazioni dello Stato a cui appartengono, venendosi così a determinare un trasferimento intergenerazionale del carico fiscale e una redistribuzione forzosa di reddito a svantaggio dei cittadini futuri¹¹⁴. D'altronde, la continuità dello Stato quale soggetto di diritto consente che le obbligazioni contratte verso i rispettivi creditori possano trasferirsi nel tempo, oltre l'orizzonte della generazione presente, soprattutto grazie al potere sovrano di tassare i propri cittadini che così acquisiscono una responsabilità illimitata verso i creditori del proprio Paese¹¹⁵.

L'equità intergenerazionale a cui si è fatto richiamo, si fonda su un tacito e solidaristico patto per cui da un lato, le generazioni future divengono responsabili in solido per le finanze dello Stato, acquisendo forzosamente un'eredità non rinunziabile, se non di fatto abbandonando il territorio dello Stato di cui si è cittadini¹¹⁶; dall'altro lato, la generazione presente e in specie la popolazione attiva è

¹¹¹ Sul fatto che il principio dello sviluppo sostenibile sia la "chiave di volta" del diritto dell'ambiente nelle sue diverse declinazioni normative (nazionale, europea e internazionale) si rinvia a F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile: la voce flebile tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010.

¹¹² Solo per citarne alcuni si vedano i punti 9, 11, 12, 35, 37, 42, 49, 53 e 64.

¹¹³ In detti termini, si veda Imf, *Age of Insecurity. Rethinking the social contract*, in *Finance and Development. A Quarterly Publication of the International Monetary Fund*, December 2018.

¹¹⁴ J.M Buchanan, R.D. Congleton, *1998 Politics by Principle, Not Interest. Towards a Not Discriminatory Democracy*, Cambridge, 1998; J.M Buchanan, *Debt and Taxes*, Indianapolis, 2000.

¹¹⁵ Così si esprime Nial Ferguson in un volume sulla "grande degenerazione" delle istituzioni nei paesi occidentali e sul conseguente esaurimento delle economie: *The Great Degeneration. How Institutions Decay and Economies Die*, New York, 2012, 43.

¹¹⁶ Un'opzione invero praticabile, nell'era della globalizzazione e dell'internazionalizzazione dei mercati e dell'economia, solo per una ristretta minoranza di persone altamente propensa alla mobilità anche per l'ampia

chiamata a mantenere un sistema economico sociale stabile e sostenibile, supportando quella parte di popolazione non capace di mantenersi e creando le condizioni migliori per quelle successive.

La tenuta di questo patto, che si può definire di cittadinanza, è essenziale perché possa esservi stabilità economica e coesione sociale entro ciascun sistema statale. Senza entrambe, il conflitto tra generazioni rischia di diventare nel tempo un rischio decisamente maggiore rispetto a quello che è stata la lotta di classe che ha caratterizzato in gran parte il dibattito politico interno agli stati nel secolo scorso¹¹⁷; ciò in forza del fatto che il debito pubblico rischia di consumare il tempo o meglio di redistribuirlo tra presente e futuro, vincolando soprattutto quest'ultimo e pregiudicando le *chances* di vita delle nuove generazioni, aumentando le opportunità di quelle presenti per ridurre quelle di domani¹¹⁸.

All'interno del contesto descritto, la regola dell'equilibrio finanziario fatta in particolare modo propria dal sistema europeo con i diversi strumenti prima citati assume una particolare valenza intergenerazionale, nel senso di cercare di non addebitare alle prossime generazioni l'estinzione dei debiti contratti per soddisfare i bisogni correnti. È evidente, dunque, che questi aspetti fra loro in apparente contraddizione possano essere ricondotti a unità, secondo la dimensione che sembra più condivisibile, quella riconducibile al principio dello sviluppo sostenibile che sotto intende tra i diversi principi che lo ispirano anche quello della solidarietà intergenerazionale, nonché tra gli stati membri della Comunità internazionale.

L'attuale difficile situazione sociale che caratterizza buona parte delle singole comunità nazionali è prova della poca attenzione con cui è stata sino a ora affrontata la questione in esame¹¹⁹. Non si può, in altri termini, gravare ulteriormente le prossime generazioni di costi economici e sociali. Senza interventi strutturali e lungimiranti che portino a ripensare la funzione stessa del debito pubblico, quale mezzo per l'assolvimento delle funzioni sovrane dello Stato, si rischia di produrre

disponibilità di risorse e capacità appetibili sul mercato internazionale.

¹¹⁷ M. Albertini, *Il contratto generazionale tra pubblico e privato. Equilibri e squilibri tra le generazioni in Italia*, in *Polis*, 2008, 221-242; M. Kholi, *Generational Changes and Generational Equity*, in M. Johnson, V.L. Bengtson, P. Coleman, T. Kirkwood (eds.), *The Cambridge Handbook of Age and Ageing*, Cambridge, 2004, 518 in cui afferma che «*in the twenty first century, the class conflict seems to be defunct and its place taken over by the generational conflict*».

¹¹⁸ Le nuove generazioni, pur essendo dotate rispetto a quelle precedenti di un più alto livello di scolarizzazione, maggiore conoscenza delle lingue straniere, diffusa confidenza con le tecnologie informatiche, patiscono a causa della crisi economica un tasso di disoccupazione decisamente più elevato. Non solo, sono anche quelle paradossalmente meno assistite dai sistemi di welfare che stanziavano risorse più significative per le persone più anziane risultando così maggiormente esposte al rischio di esclusione sociale. In questo senso, si vedano le *Considerazioni Finali del Governatore della Banca d'Italia, Relazione Annuale anno 2018*, Roma, 31 maggio 2019; P. Vendramin (ed.), *Generations at Work and Social Cohesion in Europe*, Brussels, 2010.

¹¹⁹ Al riguardo, si rinvia a G. Majorana, *Il Patto fra generazioni negli ordinamenti giuridici contemporanei. Dallo sviluppo sostenibile all'equilibrio finanziario: la necessità di un lungimirante rapporto fra generazioni*, Torino, 2012, 160-164.

una pericolosa deriva non solo verso l'instabilità economica, ma anche e soprattutto verso quella sociale.

L'esigenza dell'intervento suindicato, tuttavia, si scontra con la difficoltà di riconoscere il binomio diritti-doveri nei rapporti fra generazioni (presente e futura), in quanto è assente quella "reciprocità fra contraenti" che può essere soddisfatta solo nel momento in cui entrambi i soggetti del rapporto sono contemporaneamente esistenti¹²⁰. Nasce così la questione, se le future generazioni possano essere titolari di diritti o se, al contrario, sia più corretto fare riferimento ai doveri delle generazioni presenti nei confronti delle prossime.¹²¹ Dal punto di vista giuridico internazionale, la tutela delle generazioni future riteniamo vada individuata entro la dimensione individuale e collettiva del diritto allo sviluppo¹²² per la prima volta proclamato in uno strumento internazionale quale la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli del 27 giugno 1981¹²³ e successivamente sancito nella fondamentale Dichiarazione del 1986 sul diritto allo sviluppo, ove all'art. 1 si afferma che «Il diritto allo sviluppo è un diritto umano inalienabile in virtù del quale ogni persona umana e tutti i popoli sono legittimati a partecipare, a contribuire e a beneficiare dello sviluppo economico, sociale, culturale e politico, in cui tutti i diritti umani e tutte le libertà fondamentali possano essere pienamente realizzati». Ogni persona umana, secondo tale Dichiarazione, ripresa dall'Agenda 2030, sia nella sua dimensione individuale, sia in quella collettiva collegata alla rispettiva comunità di appartenenza, è titolare del diritto allo sviluppo, divenendo lo stesso, nella descritta bidimensionalità, il protagonista assoluto del processo che ne sta alla base e il diritto in questione il *trait d'union* tra i vari e differenti diritti umani, nonché tra i diversi strumenti che intervengono a disciplinare la materia in oggetto.

Il fatto che il diritto allo sviluppo sia stato considerato come diritto umano della persona e dei popoli va collegato da un lato, alla struttura di fondo dei drit-

¹²⁰ Sull'assenza di reciprocità nei rapporti intergenerazionali, si è espresso in particolare J. Rawls, *A Theory of Justice*, London, 1972, per cui il rapporto intergenerazionale dovrebbe essere modellato sulla base del principio del giusto risparmio, in forza del quale il corpo sociale oggi esistente è tenuto a conservare quel tanto che esso avrebbe voluto preservare per sé stesso dalle popolazioni che precedentemente avevano abitato il Pianeta.

¹²¹ Sulla necessità di tutelare la dignità delle persone anche di quelle «... attuali i cui interessi non possono essere sacrificati irragionevolmente...», nonché sul valore della solidarietà che deve necessariamente ispirare il rapporto tra le generazioni presenti e quelle future si veda F. Fracchia, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 2010, pp.13-42.

¹²² Per un'analisi della prassi delle Nazioni Unite sullo sviluppo umano e della normativa sui diritti umani in grado di offrire la possibilità di individuare il diritto allo sviluppo e per verificare se la Comunità internazionale riconosce questo diritto come diritto umano si veda E. Spatafora, *Sviluppo, diritti umani e solidarietà internazionale per un mondo libero dalla paura*, in E. Spatafora, R. Cadin, C. Carletti, *Sviluppo e diritti umani nella cooperazione internazionale*, Torino, 2012, 320 ss.

¹²³ Detta Carta per la precisione riconosce carattere collettivo al diritto in questione come si desume dall'art. 22 «1. Tutti i popoli hanno diritto al loro sviluppo economico, sociale e culturale tenendo nella dovuta considerazione la loro libertà e identità e nell'uguale godimento del patrimonio comune dell'umanità. 2. Gli stati hanno l'obbligo, individualmente o collettivamente, di assicurare l'esercizio del diritto allo sviluppo».

ti umani, quali diritti individuali da fare valere nei confronti dello Stato d'altro lato, al rapporto esistente fra la dimensione dei diritti e quella dei doveri che, grazie all'art. 29 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo¹²⁴ implica una responsabilità comune per la realizzazione dei diritti umani che non compete alla sola autorità pubblica, ma all'intera *Societas* umana.¹²⁵ Si trova, in altre parole, già in questa sede affermata l'esigenza, poi confermata e rafforzata con l'Agenda 2030, di realizzare un processo di sviluppo in cui tutti i vari *stakeholders* siano, seppure a diverso titolo, coinvolti nelle decisioni politiche di modo che i «diritti umani e tutte le libertà fondamentali possano venire pienamente realizzati» (v. art. 1, par. 1).

Non vi è dubbio, al riguardo che si sia di fronte nel caso della Dichiarazione in oggetto, nonché di quelle succedutesi nel tempo sul tema in esame, di risoluzioni e, perciò, di atti di *soft law* e come tali non immediatamente precettive, ma certamente esortative di comportamenti che possono essere determinanti nel perseguimento degli obiettivi illustrati nelle dichiarazioni stesse. La questione che, tuttavia, si pone è quella se la reiterazione nel tempo di dichiarazioni relative al diritto allo sviluppo da parte dell'Assemblea generale sia tale da dare luogo a una norma consuetudinaria che contempra quello come diritto umano fondamentale e, quindi, come tale giustiziabile. Stante la non obbligatorietà delle risoluzioni citate, infatti, sarebbe necessario nell'ottica di riconoscere l'esistenza di una norma consuetudinaria che quelle risoluzioni fossero adottate tramite *consensus*, all'unanimità o a larghissima maggioranza da parte degli stati. Dopo di che, da parte degli stati dovrebbe seguire una prassi tale da esprimere attraverso il loro comportamento reiterato nel tempo (*diuturnitas*), la convinzione di adempiere a un obbligo giuridico (*opinio iuris*).

Senza negare che la cooperazione internazionale promossa dalle Nazioni Unite abbia incoraggiato gli stati a disporre misure per perseguire un più alto livello di qualità della vita di ogni singolo individuo sulla base di programmi economici, sociali e culturali specifici per realizzare uno sviluppo umano effettivo, non si può fare a meno di osservare come il trascorrere del tempo non abbia favorito ad oggi la formazione di una norma consuetudinaria relativa al diritto allo sviluppo come diritto umano «né gli Stati hanno determinato questa formazione rilevando, al riguardo una carenza che, negli interventi costruttivi di politica sociale, ha causato e causa la continua azione degli organi onusiani nello studiare

¹²⁴ Articolo 29: «1. Ogni individuo ha doveri verso la comunità, nella quale soltanto è possibile il libero e pieno sviluppo della sua personalità...».

¹²⁵ È stato affermato dall'Alto commissario per i diritti umani M. Robinson, *From Human Rights to People's Rights: Fifty Years after the Universal Declaration*, in *Diritti dell'uomo, diritti dei popoli*, 2002, 29, che l'art. 29 è sufficientemente chiaro nel richiedere a ognuno di impegnarsi per sviluppare i diritti umani, sia individualmente che nella comunità di riferimento in quanto membro di un gruppo non governativo in senso lato.

nuove modalità e approcci giuridici per rendere il diritto allo sviluppo un diritto inalienabile dell'uomo tutelato sia a livello nazionale e internazionale»¹²⁶.

L'assenza di una norma di natura primaria riguardo al diritto allo sviluppo come diritto umano fa sì che per l'individuo non sia possibile agire innanzi le corti nazionali e internazionali, altrettanto può dirsi con riguardo all'esistenza di uno strumento internazionale vincolante in virtù del quale gli stati risultino obbligati a riconoscere quel diritto. Solo elevando le risoluzioni, da cui traggono vita le dichiarazioni onusiane che affermano il diritto in esame, entro la categoria degli accordi in forma semplificata si potrebbe giungere ad affermare la loro immediata vincolatività in dipendenza dell'espressione del voto favorevole da parte dello Stato all'adozione della relativa risoluzione, senza che ciò implichi la ratifica da parte del medesimo. La natura giuridica dell'accordo in forma semplificata non soddisfa, però, lo scopo che le Nazioni Unite si sono date rispetto al tema in questione: quello di coinvolgere tutti gli stati nel difficile processo dello sviluppo e ciò indipendentemente dal loro voto favorevole rispetto alle dichiarazioni-risoluzioni assunte.

È, dunque, necessario vagliare tali atti non singolarmente, ma in connessione con altre disposizioni che, pur non richiamando espressamente il diritto allo sviluppo, a esso risultano sistematicamente collegabili. Tra esse assumono particolare rilievo, oltre a quelle della Carta in tema di cooperazione allo sviluppo, quelle contenute entro il già incontrato «Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali» ove il diritto allo sviluppo è considerato parte integrante dei diritti umani civili, politici economici, sociali e culturali¹²⁷.

Al fine, poi, di meglio realizzare quanto sin qui descritto, un progetto che meriterebbe di essere ripreso e approfondito con lo scopo di concretizzare il diritto allo sviluppo e con esso realizzare meglio gli obiettivi dello sviluppo sostenibile è quello della possibile istituzione di un *Ombudsman* internazionale, come accaduto entro gli ordinamenti di alcuni stati¹²⁸ per la difesa dei diritti della posterità. Una proposta formale in ordine alla costituzione di un garante dei diritti delle successive generazioni fu avanzata durante i lavori della IV Commissione preparatoria della Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente e lo sviluppo tenuta a New York nel febbraio del 1992. Quel progetto non venne accolto, ma se ne diede conto nell'Agenda 21.¹²⁹ Infatti, nella parte relativa agli accordi internazionali istituzionali, al Capitolo 38, par. 45 si afferma che «*the Conference takes note*

¹²⁶ Così E. Spatafora, cit., 338.

¹²⁷ Il tutto senza, peraltro, trascurare gli atti giuridici assunti da numerosi organismi internazionali fortemente coinvolti nella tematica dello sviluppo come la Fao, l'Undp, l'Unctad, l'Unicef che, seppure non vincolanti, contribuiscono all'attuazione e protezione dei diritti umani di cui il diritto allo sviluppo è parte integrante.

¹²⁸ Per una ricostruzione dell'applicazione di tale meccanismo si veda G. Majorana, cit., 182-190.

¹²⁹ Si tratta di un documento su ambiente, economia e società sottoscritto da oltre 170 paesi durante la Conferenza Onu su ambiente e sviluppo di Rio de Janeiro del 1992.

of the other institutional initiatives for the implementation of Agenda 21, such as the proposal to establish a non-governmental Earth council and the proposal to appoint a guardian for future generations, as well as other initiative taken by local government and business sector».

La costituzione di tale tipo di difensore civico a livello internazionale potrebbe essere in grado di rendere maggiore giustizia ai diritti dell'umana progenie, come recentemente affermato dal *World future council*¹³⁰. Certamente la sua struttura, i suoi poteri e limiti dovrebbero essere puntualmente descritti all'atto dell'istituzione e sottoposti a un continuo controllo venendo inquadrato sotto l'egida delle Nazioni Unite¹³¹. L'*Ombudsman*¹³² dovrebbe, poi, partecipare ai tavoli decisionali relativi alle materie che interessano la posterità e lavorare affinché vengano adottate politiche sostenibili. Esso dovrebbe svolgere tale attività, tuttavia, non soltanto nell'ambito delle Nazioni Unite, ma relazionandosi anche con gli esecutivi nazionali confrontandosi periodicamente con essi e indirizzandone le scelte, osservandone le ricadute per il futuro dell'Umanità. Nell'eventualità, poi, in cui gli stati dovessero violare gli accordi, il Garante dovrebbe essere dotato del potere di avviare azioni legali e diplomatiche in rappresentanza della progenie inducendo così gli stessi a una regolare e rispettosa applicazione delle dichiarazioni. Tali ultimi poteri potrebbero rendere la figura in esame decisiva nella protezione della Posterità, ma evidentemente lo collocherebbero in una posizione assai delicata nei rapporti con gli stati stessi. È difficile, infatti, immaginare che i governi possano tollerare che le direttive che promanano da un organo esterno, seppure costituito nell'ambito delle Nazioni Unite, possano chiamarli a rispondere di condotte illecite, a garanzia di soggetti che, peraltro, ancora non esistono. Tale soluzione verrebbe percepita alla stregua di una lesione alla sovranità interna, sebbene privare tale possibile e auspicabile organismo del potere di attivare procedure di infrazione significherebbe indebolirlo eccessivamente, rendendo quasi inutile la sua ipotizzata istituzione a tutela delle generazioni future: obiettivo quest'ultimo che il principio dello sviluppo sostenibile sin dalla sua originaria elaborazione ci esorta tutti a fare.

¹³⁰ Sul punto, si vedano i numerosi documenti elaborati dal *World future council* a partire dal 2010 consultabili all'indirizzo <https://www.worldfuturecouncil.org>.

¹³¹ Sulla naturale e innata capacità dell'Onu di fungere da garante per le generazioni future, si veda G. Rao, *The United Nations as a Guardian for Future Generations*, in E. Agius, S. Busuttil (eds.), *Future Generations and International Law*, Londra, 1998, 143-149.

¹³² Riguardo al progetto in questione si veda il *Joint paper of the World Future Council and the Foundation for Democracy and Sustainable Development*, 2012, in <https://www.un.org/en/chronicle/article/ombudspersons-future-generations-bringing-intergenerational-justice-heart-policy-making>.

Crisi e ricerca della stabilità economica nella prospettiva di un nuovo ordine economico internazionale orientato allo sviluppo sostenibile

Negli ultimi anni, a seguito soprattutto della crisi finanziaria del 2008, si è accentuata l'attenzione degli stati a perseguire e fornire la stabilità economica nelle sue differenti variabili (finanziaria, monetaria e fiscale). Si tratta di un bene pubblico globale, in quanto è fonte di benefici per tutta l'umanità in termini geografici e i cui effetti esprimono una forte componente intergenerazionale. La relativa fornitura richiede, però, una stretta cooperazione da parte degli stati nel definire politiche e meccanismi di stabilizzazione comuni; tuttavia le soluzioni sin qui adottate hanno impattato sensibilmente sui diritti economici e sociali degli individui. È emersa, così, l'esigenza, ben espressa dall'Agenda 2030, di ripensare l'attuale ordine economico internazionale neo liberista, impegnando i diversi soggetti e attori della Comunità internazionale a elaborare soluzioni che tutelino, nell'ottica del principio dello sviluppo sostenibile, le generazioni future che, più di tutti, rischiano di pagare i costi maggiori dovuti alla crisi.

Crisis and the search for economic stability in the perspective of a new international economic order oriented towards sustainable development

In recent years, mainly as a result of the financial crisis of 2008, the attention of states to pursuing and providing economic stability in its different variables (financial, monetary and fiscal) has increased. This is a global public good, as it is a source of benefit for all humanity in geographical terms and whose effects express a strong intergenerational component. Its provision, however, requires close cooperation between states in defining common policies and stabilisation mechanisms, but the solutions adopted so far have had a significant impact on the economic and social rights of individuals. Thus, the need – well expressed in Agenda 2030 – to rethink the current neoliberal international economic order has emerged, committing the various subjects and actors of the international community to develop solutions that – in terms of sustainable development – protect future generations who risk paying the highest costs of the crisis more than anyone else.

Analisi economico-giuridica del conto corrente tra prassi e tensione assiologica

Dario Scarpa

SOMMARIO: 1. Analisi sistematica ed assiologica della contrattazione per conto corrente, nella regolamentazione di carattere ordinario, tra tutela del contraente e prassi. – 2. Strutturazione contrattuale ed individuazione degli elementi scriminanti il tipo: reciprocità, facoltatività e libertà delle rimesse in conto in funzione della sussumibilità del *nomen iuris* nella disciplina positiva. – 3. Compensabilità e non esigibilità del rapporto di credito quali altri momenti essenziali del conto corrente ordinario: inesistenza di alcun effetto novativo della annotazione in conto del rapporto di dare e avere. – 4. Conto corrente bancario ed effetti della regolamentazione: tratti di vicinanza praxeologica e similarità assiologica dei generi.

1. *Analisi sistematica ed assiologica della contrattazione per conto corrente, nella regolamentazione di carattere ordinario, tra tutela del contraente e prassi*

La ricerca vuole indagare la struttura contrattuale del conto corrente in funzione di individuare gli elementi qualificanti che la norma e la prassi presentano, seguendo un'analisi economica del diritto. Volendo adottare un'analisi economica del dato normativo, la previsione codicistica di cui all'art 1823 c.c. indica come il contratto *de quo* sia una espressa, e convenuta, regolamentazione con cui i paciscenti si obbligano ad annotare in un apposito conto i crediti derivanti da reciproche rimesse¹, prescrivendo, in capoverso, i tratti scriminanti la disciplina del conto

¹ In tema, si veda A. Caltabiano, *Il conto corrente bancario*, Padova, 1967, 5; Id., *L'accreditamento bancario*, in Aa.Vv., *Le operazioni bancarie*, a cura di G.B. Portale, II, Milano, 1978, 725; G.F. Campobasso, *Bancogiro e moneta scritturale*, Bari, 1979, 3 e ss.; M. Casoria, *Osservazioni in tema di sequestro penale di conto corrente, obblighi informativi e (ir)responsabilità della banca nei confronti del correntista (dis)informato*, in *Banca borsa tit.*, 2013, 302; F. Di Sabato, *Il conto corrente bancario nel concordato preventivo e nell'amministrazione controllata*, Milano, 1982, 69 e ss.; G. Ferri, voce *Conto corrente di corrispondenza*, *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 666 e ss.; A. Fiorentino, *Del conto corrente. Dei contratti bancari*, in *Commentario Banca-Scialoja.*, 1969, 45; F. Giorgianni, *I crediti disponibili*, Milano, 1974, 12; F. Maccarone, *Osservazioni in tema di conto corrente bancario*, in

corrente ordinario della non esigibilità e non disponibilità del rapporto di credito annotato, fino alla chiusura del conto. Per derivazione interpretativa, ed a seguito della lettura combinata della disciplina dell'adempimento del credito con la presente in tema di conto corrente ordinario, l'annotazione in conto, *recte* la regolamentazione del conto corrente, determina, *naturaliter*, l'arresto della fisiologica richiesta di adempimento del credito, annotato in conto, per la emersione della regolamentazione diversificata dei rapporti di dare e avere in conto ordinario².

La norma, a chiusura della previsione, individua la esigibilità del saldo e, di guisa, dei rapporti di credito, alla scadenza stabilita nel contratto di conto corrente ordinario.

Se ben si riflette in senso sistematico e assiologico, la regolamentazione patiziosa del modo di adempimento dei rapporti giuridici (di credito) sottostanti alle annotazioni in conto corrente ordinario è il portato dell'espressione della massima autonomia contrattuale da parte di soggetti che, con interessi economici alla base, tendono a preferire una ritardata esecuzione naturale del proprio credito a fronte della esigenza (sempre economica) di non adempiere una opposta obbligazione a proprio carico; l'interesse economico permea e invade la regolamentazione in commento, fino a dover inquadrare il contratto di conto corrente ordinario una *species* del conto corrente bancario, in un sistema ermeneutico di *Inversionsmethode*, secondo il quale dalla teorica si ricava la disciplina dell'istituto giuridico³.

Aa.Vv., *Le operazioni bancarie*, a cura di G.B. Portale, II, Milano, 1978, 605; F. Martorano, *Il conto corrente bancario*, Napoli, 1955, 3 e ss.; G. Molle, *Conto di gestione e contratto di conto corrente*, in *Banca borsa tit.*, 1958, 569; M. Porzio, *Il conto corrente bancario, il deposito e la concessione di credito*, in *Trattato di Diritto civile* a cura di P. Rescigno, Torino, 1985, 859; M. Prestipino, *Presupposti e limiti della nuova revocatoria delle rimesse in conto corrente bancario*, in *Giur. comm.*, 2012, 854; V. Sangiovanni, *Contratto di apertura di credito, calcolo del tasso effettivo globale medio e usura civilistica*, in *Corr. merito*, 2012, 146; Id., *Mancato pagamento di rate di mutuo e segnalazione legittima in Centrale rischi*, in *Corr. merito*, 2012, 629; Id., *Nullità della clausola anatocistica e prescrizione del diritto alla ripetizione dopo la Corte costituzionale*, in *Corr. merito* 2012, 839; G. Terranova, *Conti correnti bancari e revocatoria fallimentare*, Milano, 1982, 23 e ss.; Id., *Ancora sulla revoca delle rimesse in conto corrente*, in *Banca borsa tit.*, 2016, 509; L. Tonni, *Natura giuridica dell'approvazione dell'estratto di conto corrente bancario*, in *Banca borsa tit.*, 1956, II, 102.

² Si legga F. Giorgianni, *I crediti disponibili*, cit., 12; F. Maccarone, *Osservazioni in tema di conto corrente bancario*, cit., 605; F. Martorano, *Il conto corrente bancario*, Napoli, 1955, 3 e ss.; M. Porzio, *Il conto corrente bancario, il deposito e la concessione di credito*, in *Trattato di Diritto civile* a cura di Rescigno, Torino, 1985, 859; M. Prestipino, *Presupposti e limiti della nuova revocatoria delle rimesse in conto corrente bancario*, in *Giur. comm.*, 2012, 854; V. Sangiovanni, *Contratto di apertura di credito, calcolo del tasso effettivo globale medio e usura civilistica*, cit., 146.

³ Conf., in materia, E. Colagrosso, *Diritto bancario*, Roma, 1947, 266; P. D'Angelo Mazzantini, *Trattato di tecnica bancaria*, Milano, 1957, 538; G. Ferri, voce *Anticipazione bancaria*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 5; C. Giannattasio, *Orientamento della giurisprudenza sui contratti bancari*, in *Banca borsa tit* 1952, I, 320; A. Giordano, *Sulla natura giuridica dell'apertura di credito*, in *Banca borsa tit.*, 1949, I, 316; V. Goretti, *La revocatoria di rimesse bancarie: il confronto tra curatele e banche in tema di apertura di credito in conto corrente*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, 699; P. Greco, *Corso di diritto bancario*, Padova, 1936, 56; G. Molle, *Gli atti di utilizzazione nell'apertura di credito*, in *Banca borsa tit.*, 1957, I, 494; G.B. Portale (a cura di), *Le operazioni bancarie*, Milano, 1978, 87; M. Porzio, *Anticipazione bancaria*, in *Trattato di Dir. Civ. Comm. Rescigno*, Torino, 1985, 201.

Laddove non sia richiesto il pagamento da parte del correntista maturante il credito, il saldo del conto corrente ordinario si considera quale prima rimessa di un nuovo conto – anch'esso da intendersi come ordinario – e, per l'effetto, il contratto si intende rinnovato a tempo indeterminato⁴.

La vincolatività giuridica del rapporto determina l'impegno a sottoporre i crediti, che per ciascuna parte potranno sorgere da rapporti separati e distinti, a una regolamentazione unitaria. La constatazione che l'annotazione in conto corrente paralizza l'esigibilità del credito, trasferendola sul saldo alla scadenza stabilita, testimonia della funzione essenziale del contratto quale reciproca concessione di credito⁵.

Si rifletta: tale elemento veste la componente causale del contratto di conto corrente e, rispetto al medesimo elemento, si valuta la sussistenza di un conflitto di interessi tra i soggetti del contratto. La struttura del contratto e la sua stessa giustificazione causale si basano sul conto, vale a dire sulla esteriorizzazione contabile delle reciproche annotazioni, in quanto direttamente rappresentativa della unitaria ed autonoma regolamentazione dei rapporti di credito e di debito, voluta dai contraenti sino alla chiusura del conto corrente⁶.

Ebbene, volendo rintracciare l'elemento causale della regolamentazione in conto corrente ordinario di rapporti di debito e credito, si può, correttamente, ricavare che, in tale convenzionale sistemazione unitaria dei rapporti tra i corren-

⁴ Conf., M. Porzio, *Anticipazione bancaria*, in *Trattato di Dir. Civ. Comm. Rescigno*, Torino, 1985, 201; A. Renzi, *Tecnica bancaria*, Milano, 1958, 122; N. Salanitro, *Le banche e i contratti di banca*, *Trattato di Dir. Civ. Comm. Vassalli*, Torino, 1983, 120.

⁵ Cfr., C. Giannattasio, *Orientamento della giurisprudenza sui contratti bancari*, cit., 320; A. Giordano, *Sulla natura giuridica dell'apertura di credito*, cit., 316; V. Goretti, *La revocatoria di rimesse bancarie: il confronto tra curatele e banche in tema di apertura di credito in conto corrente*, cit., 699; P. Greco, *Corso di diritto bancario*, Padova, 1936, 56; G. Molle, *Gli atti di utilizzazione nell'apertura di credito*, cit., 494; G.B. Portale (a cura di), *Le operazioni bancarie*, Milano, 1978, 87.

⁶ Volendo trattare del tema sotto il lato della disciplina bancaria, *recte* dei contratti bancari, nel caso sia pattuita una apposita clausola documenti contro pagamento, in virtù della quale la banca interviene per accettare la tratta su di essa spiccata, ovvero una clausola documenti contro accettazione, si usa, nella prassi contrattuale, definire tale sottocategoria tipologica come apertura di credito documentato o a favore di terzi, mentre, quando non sussiste un obbligo della banca nei confronti del venditore della merce, si parla di apertura di credito semplice o revocabile, infine, nel caso in cui sussista un obbligo diretto della banca nei confronti del venditore, laddove tale obbligo nasca sulla base di una lettera di conferma, si parla di apertura di credito confermato o irrevocabile. In particolare, riflettendo sulla natura del contratto di apertura di credito e sulla posizione dei contraenti, si afferma che In tema di contratti del consumatore, ai fini della identificazione del soggetto legittimato ad avvalersi della tutela di cui al vecchio testo dell'art. 1469-bis cod. civ. (ora art. 33 del Codice del consumo, approvato con d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), la qualifica di consumatore spetta solo alle persone fisiche e la stessa persona fisica che svolga attività imprenditoriale o professionale potrà essere considerata alla stregua del semplice consumatore soltanto allorché concluda un contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'esercizio di dette attività; correlativamente deve essere considerato professionista tanto la persona fisica, quanto quella giuridica, sia pubblica che privata, che utilizzi il contratto non necessariamente nell'esercizio dell'attività propria dell'impresa o della professione, ma per uno scopo connesso all'esercizio dell'attività imprenditoriale o professionale.

tisti è da ravvisare la traccia tipica della causalità del contratto. La compressione contrattuale adottata dalle parti necessita di una esteriorizzazione (diremmo contabile, ma, *de facto*, tendente a dare informazione) dello sviluppo dei rapporti giuridici tra i paciscenti, con ciò potendosi affermare il rispetto del principio consensualistico e la tutela delle singole posizioni interessate, in senso funzionale alla regolazione dell'asimmetria contrattuale, *recte* informativa tra gli interessati.

2. *Strutturazione contrattuale ed individuazione degli elementi scriminanti il tipo: reciprocità, facoltatività e libertà delle rimesse in conto in funzione della sussumibilità del nomen iuris nella disciplina positiva*

Il differimento del pagamento dei debiti e dell'esigibilità dei crediti non rappresenta elemento determinante la tipologia contrattuale in esame; inoltre, l'associazione del dilazionamento dell'esigibilità dei crediti all'operatività del meccanismo teso alla differita liquidazione per differenza, mediante compensazione tra le diverse poste attive e passive annotate, è altro elemento necessario ma non qualificante, in senso assorbente, il contratto di conto corrente.

In senso evolutivo della praxeologia della contrattazione in oggetto, il meccanismo della compensazione dei rapporti – accertata la esistenza degli elementi di sussumibilità nella fattispecie compensativa – tende a garantire la migliore economicità dei rapporti giuridico-economici e la velocità della risoluzione degli stessi⁷.

In limine, la indicata tensione verso la definizione dei rapporti creditizi vuole la naturale constatazione per cui gli elementi sopra elencati rappresentano effetti normali che seguono alla stipulazione del contratto di conto corrente al fine di ottenere il regolare funzionamento della struttura contrattuale prevista dalla codificazione, acquisendo rilievo strumentale rispetto alla specifica ed unitaria regolamentazione dei reciproci rapporti che le parti hanno inteso porre in essere. Attraverso, invero, l'operatività di tali meccanismi, i paciscenti riescono ad attuare l'assetto e la regolamentazione degli interessi, quale motivo economico della determinazione volontaristica alla stipulazione del contratto.

La struttura tipica del contratto di conto corrente, attraverso l'analisi dei caratteri scriminanti la qualificazione degli effetti giuridici che dalla conclusione

⁷ Si veda J. Binder, *Die Korrealobligationen im römischen und in heutigen Recht*, Leipzig, 1889, 38; E. Levy, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischem Recht*, Berlin, 1918, rist. Aalen, 1964, 190 ss.; C. Longo, *Corso di diritto romano. Obbligazioni*, Milano, 1936, 185 e 290; M. Talamanca, s.v. *Obbligazioni (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, 1979, 29, 54 s.; V. Mannino, *Fideiussione e accessorietà, Europa e diritto privato*, 4, 2001, 917 s.. Sulla importanza che il credito ha assunto nella società odierna cfr., per tutti, P. Schlesinger, *Il primato del credito*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi, crisi dogmatica e riforme legislative* (Congresso dei civilisti italiani, Venezia 23-25 giugno 1989), Padova, 1991, 485 ss..

scaturiscono, vede determinarsi il fenomeno di unificazione tra le singole, reciproche partite, attive e passive, quale momento di significativa rilevanza della fattispecie. Valga chiarire che tale fenomeno trova positivo riscontro in un contesto prettamente economico, e non di rilevanza giuridica; in buona sostanza, l'analisi economica della contrattazione individua un momento praxeologico tendente a minimizzare le esecuzioni dei singoli rapporti per arrivare ad ottenere il risultato del contenimento delle ripetute e periodiche tacitazioni⁸.

Tale unificazione non comporta la perdita della specifica individualità ed autonomia dei crediti oggetto di annotazione, continuando tali crediti a mantenere il collegamento causale con il titolo originario, pur essendo modificata la relativa condizione giuridica in termini di estinzione del rapporto. Si ragioni: il contratto di conto corrente si perfeziona con l'espressione del consenso delle parti, senza l'osservanza di alcuna forma particolare per la sua conclusione. Pur in assenza di apposizione della firma sul contratto da parte del contraente, l'intento di questo di avvalersi del contratto, tramite manifestazioni di volontà esternate nel corso del rapporto di conto corrente quali le comunicazioni degli estratti conto, integra modalità di perfezionamento del contratto stesso *per facta concludentia*, fuori dalla forma scritta *ad substantiam*.

Dal lato probatorio, ferme restando le regole generali per le singole rimesse in relazione al valore di ciascuna di esse, il contratto va considerato di valore indeterminato e, di conseguenza, non provabile per via testimoniale o sulla base di presunzioni semplici. In merito alle obbligazioni derivanti dalla stipulazione del contratto si nota che dalla conclusione dello stesso derivano obblighi per ciascuna delle parti e, nello specifico, l'obbligo di annotare in conto i rispettivi crediti nei confronti dell'altra parte, attesa la rinuncia (implicita tipologicamente) alla loro immediata esigibilità.

Al correntista non è precluso l'esercizio delle azioni ed eccezioni relative all'atto da cui il credito deriva; si prescrive la persistente validità delle garanzie,

⁸ In argomento, G.F. Campobasso, *Bancogiro e moneta scritturale*, Bari, 1979, 3 e ss.; M. Casoria, *Osservazioni in tema di sequestro penale di conto corrente, obblighi informativi e (ir)responsabilità della banca nei confronti del correntista (dis)informato*, in *Banca borsa tit.*, 2013, 302; F. Di Sabato, *Il conto corrente bancario nel concordato preventivo e nell'amministrazione controllata*, Milano, 1982, 69 e ss.; G. Ferri, voce *Conto corrente di corrispondenza*, cit., 666 e ss.; A. Fiorentino, *Del conto corrente. Dei contratti bancari*, in *Commentario Banca-Scialoja*, 1969; F. Giorgianni, *I crediti disponibili*, Milano, 1974, 12; F. Maccarone, *Osservazioni in tema di conto corrente bancario*, cit., 605; F. Martorano, *Il conto corrente bancario* cit., 3 e ss.; G. Molle, *Conto di gestione e contratto di conto corrente*, cit., 579; V. Sangiovanni, *Contratto di apertura di credito, calcolo del tasso effettivo globale medio e usura civilistica*, in *Corr. merito*, 2012, 146; Id., *Mancato pagamento di rate di mutuo e segnalazione legittima in Centrale rischi*, in *Corr. merito*, 2012, 629; Id., *Nullità della clausola anatocistica e prescrizione del diritto alla ripetizione dopo la Corte costituzionale*, in *Corr. merito* 2012, 839; G. Terranova, *Conti correnti bancari e revocatoria fallimentare*, Milano, 1982, 23 e ss.; Id., *Ancora sulla revoca delle rimesse in conto corrente*, in *Banca borsa tit.*, 2016, 509; L. Tonni, *Natura giuridica dell'approvazione dell'estratto di conto corrente bancario*, in *Banca borsa tit.*, 1956, II, 102.

reali e personali, che assistono il credito incluso nel conto, disponendo che le garanzie in questione siano fatte valere per il saldo esistente alla chiusura del conto e fino alla concorrenza del credito garantito⁹.

Volendo estendere la portata della trattazione oltre il limite della pattuizione bilaterale, si deduce che la cointestazione di un conto corrente, attribuendo agli intestatari la qualità di creditori o debitori solidali dei saldi del conto sia nei confronti dei terzi sia nei rapporti interni, fa presumere la contitolarità dell'oggetto del contratto, salva la prova contraria a carico della parte che deduce una situazione giuridica diversa da quella risultante dalla cointestazione stessa.

La traccia lungo la quale portare a svelare la natura causale dei singoli rapporti giuridici sottostanti (e inseriti nel) il contratto di conto corrente ordinario conduce a ritenere che la rimessa, in riferimento al contratto di conto corrente, determina una trasmissione di valori da un soggetto all'altro e va considerata come atto o rapporto dal quale può scaturire a favore di una delle parti un credito nei confronti dell'altra: tale credito può derivare da un effettivo trasferimento di beni, ovvero da annotazione in conto del credito derivante da spese, da diritti di commissione o da pagamenti effettuati a terzi per conto dell'altro correntista¹⁰.

Attesa la autonoma giustificazione causale del particolare rapporto giuridico tra le parti e la correlativa distinzione dal rapporto di conto corrente, emerge il principio della libertà delle rimesse, principio in omaggio al quale, limitatamente al danaro ed ai crediti, ciascuna delle parti è libera di effettuare rimesse affinché

⁹ Vedi F. Martorano, *Il conto corrente bancario*, cit., 99 e ss.; Molle, *Conto corrente bancario*, in *ND*, IV, Torino, 1959, 414; F. Giorgianni, *I crediti disponibili*, cit., 12; F. Maccarone, *Osservazioni in tema di conto corrente bancario*, cit., 690; M. Porzio, *Il conto corrente bancario, il deposito e la concessione di credito*, in *Trattato di Diritto civile* a cura di Rescigno, Torino, 1985, 859; M. Prestipino, *Presupposti e limiti della nuova revocatoria delle rimesse in conto corrente bancario*, cit., 860; V. Sangiovanni, *Contratto di apertura di credito, calcolo del tasso effettivo globale medio e usura civilistica*, cit., 146.

¹⁰ In funzione comparatista, ed in senso teleologico, B.S. Markesinis, *The German law of obligations*, Vol. *The law of contracts and restitution: a comparative introduction*, B.S. Markesinis, W. Lorenz, G. Dannemann, Oxford, 1997, 64. Vedi D. Medicus, *Verschulden bei Vertragsverhandlungen*, in *Gutachen v. Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, I, Köln, 1981, 488 ss.; U. Huber, *Zur Dogmatik der Vertragsverletzungen nach einheitlichem Kaufrecht und deutschem Schuldrecht*, in *Festschr. V. Caemmerer*, Tübingen, 1978, 862 ss.; V. Von Bar, *Verkehrspflichten, Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht*, Köln, Berlin-Bonn-München, 1980, 21. In tema di ipertrofia del contratto o di finzioni contrattuali J. Kreuzer, *Entscheidungen. Bürgerliches Recht*, in *JZ*, 1976, 778, e F.K. Lorenz, *Das problem der Haftung für primäre Vermögensschaden bei der Erteilung einer unrichtiger Auskunft*, in *Festschrift für Karl Larenz*, München, 1973, 575. Nella trattatistica italiana, U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, *Il comportamento del debitore*, in *Trattato A. Cicu e F. Mes-sineo*, XVI, Milano, 1984, 13; A. Di Majo, *La rielaborazione del diritto delle obbligazioni nella Germania Federale*, in *Riv. crit. dir. priv.* 1983, 174, e in Germania da W. Canaris, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, in *Riv. crit. dir. Priv.* 1983, 803 ss.. Inoltre, E. Picker, *Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo - Zur Problematik der Haftungen zwischen Vertrag und Delikt*, in *183 AcP*, 1983, 369 ss. e spec. 433 ss. La letteratura tedesca, nella sistemazione più accentuata e completa, si sofferma sui rapporti obbligatori legali, si veda K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 1987, I, 104-124. In tema, infine, W. Canaris, *Il significato di una regolamentazione generale dell'obbligazione e i titoli I e II del secondo libro del BGB*, in *I cento anni del codice civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana*, Padova, 2002, 274.

siano annotate in conto, senza la necessità di ulteriore giustificazione causale. La inesigibilità dei rispettivi crediti non esclude che la compensazione operi di volta in volta, con la formazione progressiva del saldo, senza, di guisa, attendere che si verifichi automaticamente all'atto della chiusura del conto e senza la formazione, nell'*iter* contrattuale, di due masse omogenee di crediti inesigibili, destinate a liquidarsi per differenza.

Si rifletta sul punto argomentativo acquisito: la fenomenologia della compensazione trova nuova forza applicativa all'interno della contrattazione *de qua* in virtù della constatazione che le singole rimesse portano a compensare altri rapporti (di debito) progressivamente che i contraenti annotano in conto. La vincolatività degli effetti giuridici (*i.e.*, di esecutività nella richiesta del credito) viene, *naturaliter*, ad essere accelerata dal meccanismo del conto corrente ordinario per il tramite della formazione, nella progressione annotativa contrattuale, di masse omogenee di crediti inesigibili, destinate a liquidarsi per differenza.

La natura della rimessa, quale prestazione tipica prescritta dal dato normativo all'interno della contrattazione in esame, sostanzia una mera trasmissione di valori attraverso il rimettere all'altra parte una somma di denaro con correlata annotazione nel conto a proprio favore per il credito equivalente, ovvero una partita di merce in esecuzione di altro contratto (*i.e.*, di compravendita) con correlata annotazione in conto del credito per il prezzo dovuto. Pertanto, nella terminologia economica, il rimettente è il soggetto a favore del quale nasce il credito per il relativo importo, come annotato in conto, mentre il ricevente è la parte a carico della quale deriva, *naturaliter*, il succedaneo debito; si badi, tuttavia: il credito sorto a seguito dell'operazione di rimessa, come prima evidenziato, non prevede, in assoluto, alcuna espressione di consenso (o di ricezione) da parte del ricevente, attesa, *in limine*, la natura certa del rapporto di credito così come rimesso (e annotato) in conto corrente ordinario.

A ben riflettere sulla fenomenologia del conto corrente ordinario e sugli effetti pratici della regolamentazione come rappresentata, appare indubbia la caratterizzazione normativa (*i.e.*, accordo quadro) del conto corrente ordinario, dalla cui regolamentazione non deriva alcuna nascita di rapporti giuridici di debito o credito, ma, *a contrario*, la mera obbligazione, reciproca dei correntisti, di un *facere*: l'accettazione della regolamentazione dei modi e dei tempi dell'esecuzione dei rapporti, come in conto corrente. In senso esegetico, i paciscenti non assumono, in assoluto, l'obbligo di procedere ad effettuare reciproche rimesse, con il compimento di atti e/o operazioni tendenti alla nascita del rapporto di dare o avere, ma, in rappresentazione contrattuale, le parti condividono il regolamento delle rimesse, di guisa, si è in presenza di un doppio binario contrattuale: da un lato, i rapporti di provvista da cui derivano le obbligazioni attive e passive dei soggetti

e, dall'altro, il rapporto normativo e regolamentare dei medesimi soggetti in funzione di divisare l'annotazione in conto corrente delle rimesse e regolamentarne il modo e il tempo dell'esecuzione (*indi*, in compensazione)¹¹.

Le acquisizioni esegetiche di cui *supra* portano a derivare altre sostanziali correlazioni ermeneutiche in tema di rimesse; *in primis*, la facoltatività delle rimesse è correlato fondamentale della regolamentazione in conto corrente ordinario, atteso che le parti sono, naturalmente, libere di effettuare le rimesse per effetto del conto corrente, non essendo le stesse qualificabili come adempimenti di prestazioni dovute¹².

Connessa alla facoltatività delle rimesse si rintraccia l'altro elemento della libertà delle stesse, in virtù del quale i contraenti devono essere liberi di effettuare una rimessa a propria scelta anche laddove, in quel determinato momento storico, le annotazioni in conto farebbero risultare la parte che effettua la rimessa già creditrice nei confronti dell'altra. Tale caratterizzazione di libertà delle rimesse, *recte* la scelta di annotazione del credito da parte dei paciscenti, trova un limite nella determinazione delle rimesse diverse da denaro o mero credito, dovendo, nel caso, i soggetti convenire, consensualmente, la possibile inclusione della rimessa diversa all'interno del conto.

Da ultimo, e forse in senso maggiormente qualificante l'esegesi del conto corrente ordinario, la regolamentazione pretende che le rimesse siano reciproche: *ergo*, la individuazione di un principio di reciprocità delle rimesse in conto. Se ben si riflette sulla dinamica contrattuale in oggetto, si ricava, a modo di corollario giuridico, che l'assenza di reciprocità delle rimesse porterebbe il contratto fuori del perimetro della tipicità codicistica per, invece, indirizzarlo verso

¹¹ In tal senso, R. Costi-G. Di Chio, *Società in generale, Società di persone*, in *Giurisprudenza di diritto civile e commerciale*, Torino, 1980, 89 ss.; V. Testi, *Società di persone (rassegna di giurisprudenza)*, in *Giur. comm.*, 1974, II, 806 ss.; F. Massa Felsani, *Tra legittimazione e titolarità del diritto cartolare. Alcune questioni in tema di ammortamento*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, I, 200 ss.; G. Branca, *Sul trasferimento della proprietà dei titoli di credito*, in *Banca borsa*, 1951, I, 245 ss.; C. Bianca, *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento*, Milano, 1963, 12 ss.; R. Corrado, *Il negozio di accertamento*, Torino, 1942, 131; F. Giorgianni, *Accertamento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 237; L. Tantulli, *Sull'approvazione dell'estratto conto del conto corrente bancario*, in *Banca borsa*, 1974, I, 423.

¹² Cfr., G. Partesotti, *I titoli all'ordine*, in *Commentario al codice civile* diretto da P. Schelesinger, Milano, 1991, 29; Visentini, *Emissione e collocamento dei valori: prime note di commento agli artt. 11-14 l. 23 marzo 1983, n. 77*, in *Riv. Soc.*, 1983, 860 ss.; G. Ferri, *Il concetto di titolo di credito*, in *Banca borsa*, 1940, I, 10 ss.; M. Vaselli, *Documenti di legittimazione e titoli impropri*, Milano, 1958, 60 ss.; A. Weiller, *Sulla natura giuridica del libretto di risparmio al portatore*, in *Bancaria*, 1957, 515 ss.. L'annotazione del trasferimento di titoli azionari nel libro dei soci ha il solo scopo di rendere opponibile la cessione nei confronti della società; conseguentemente la sua mancata effettuazione non tocca la validità e l'efficacia della vendita fra le parti. L'annotazione del trasferimento delle azioni nel libro dei soci è compito della società emittente, ed essa non ne può opporre la mancata effettuazione all'acquirente dei titoli. Le azioni di società sono titoli di credito di natura causale, con la conseguenza che non solo non possono trovare applicazione le regole tipiche della letteralità (art. 1993 comma 1 c.c.), ma anche che possono essere invocate le effettive situazioni giuridiche che le azioni rappresentano, pur se estranee al contesto documentale.

la strumentazione della mera concessione di credito (unilaterale), tipica del contratto di mutuo¹³.

In sintesi, le rimesse sono reciprocamente facoltative e libere da parte dei contraenti il conto corrente ordinario: in difetto, anche solo, di uno dei requisiti indicati, il contratto, pur mantenendo il *nomen iuris* dato dai paciscenti, perde la qualificazione tipica concessa dal codice, con la obbligata deviazione degli effetti verso altro tipo contrattuale¹⁴.

3. *Compensabilità e non esigibilità del rapporto di credito quali altri momenti essenziali del conto corrente ordinario: inesistenza di alcun effetto novativo della annotazione in conto del rapporto di dare e avere*

Il regime normativo di inesigibilità non impedisce una compensazione progressiva dei crediti contrapposti. Atteso che la norma di legge parla di crediti inesigibili fino alla chiusura del conto, occorre chiarire che si è in presenza di una inesigibilità funzionale, in grado di consentire la compensazione, non di differirla, permanendo nei confronti del saldo.

La formazione progressiva e quella conclusiva del saldo risultano essere non configurazioni giuridiche del contratto di conto corrente, ma sistemi tecnico-contabili egualmente applicabili in concreto, atteso, pur tuttavia, che la prassi concreta delle due colonne di partite a credito e di partite a debito influenza il legislatore nell'utilizzo della terminologia giuridica¹⁵.

¹³ Cfr., W. Bigiavi, *I vizi della volontà nella dichiarazione cambiaria*, Milano-Merano, 1943, 143; M. Allara, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Torino, 1950, 28; R. Sacco, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949, 173; G. Partesotti, *Il trasferimento della cambiale*, Padova, 1977, 15 ss.; M. Franzoni, *Sul rapporto tra azione causale e azione cartolare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, 906 ss.; A. Rocco, *Ancora un contributo alla teoria dei titoli di credito*, in *Studi di diritto commerciale ed altri scritti giuridici*, II, Roma, 1933, 3 e ss.; R. Nicolò, *Successione nei diritti*, in *N. Dig. it.*, Torino, 1938, 987; S. Pugliatti, *Acquisto del diritto*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 512; F. Bonelli, *Della cambiale, dell'assegno bancario e del contratto di conto corrente*, in *Commentario al codice del commercio*, III, Milano, 1930, 34.

¹⁴ Per una approfondita analisi in materia, v. G. Sicchieri, *L'interpretazione del contratto ed il principio nemo contra factum proprium venire potest*, in *Contratto e impresa*, 2003, n. 2, 507; V. Donati, *Interpretazione del contratto. Merito competenza del tribunale. Legittimità competenza Cassazione*, in *Il Nuovo diritto - Rassegna giuridico-pratica*, 2001, 7, 669; Aa.Vv., *Interpretazione della comune volontà delle parti*, in *Dir. prat. soc.*, 1999, 7, 75; Aa.Vv., *Interpretazione del contratto e principio di gradualità*, *ivi*, 1999, 60; Aa.Vv., *Interpretazione e conclusione del contratto*, *ivi*, 1999, 74; M. Grondona, *Interpretazione e qualificazione del contratto tra merito e legittimità*, in *Notariato*, 1998, 516; A. Belvedere, *Rassegna di giurisprudenza - L'interpretazione del contratto*, in *Corr. trib.*, 1994, 43.

¹⁵ Vedi L. Mengoni, *Questioni in tema di ammortamento dei titoli all'ordine*, in *Riv. dott. comm.*, 1951, 515 ss.; C. Angelici, *Note preliminari sulla "legittimazione" nei titoli azionari*, in *Riv. dir. comm.*, 1985, I, 35; G. Carraro, *Il problema dell'acquisto originario del titolo di credito*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, 337 ss.; C. Angelici, *La legittimazione dell'azione nel sistema Monte Titoli*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 250; A. Pavone La Rosa, *La gestione accentrata dei valori mobiliari: sua incidenza sulla circolazione cartolare dei titoli*, in *Banca borsa*, 1988, I, 309; F. Galgano, *Mancata esecuzione del "transfer" ed esercizio dei titoli sociali nel trasferimento di azioni mediante*

Il conto corrente si fonda, dunque, su di un sistema di contabilità, rappresentato dalla scritturazione dei vari crediti e debiti che possono sorgere in capo a un soggetto nei suoi rapporti con uno o più clienti, in modo da permettergli di determinare in ogni momento il saldo attivo o passivo eventualmente derivante dalla pluralità di rapporti giuridici in essere. Come detto, tuttavia, unitamente al sistema di scritturazione contabile, occorre, al fine di dare giuridicità al rapporto di conto corrente, l'elemento del differimento nella esigibilità del saldo, che deve risultare da un esplicito accordo delle parti¹⁶.

Si rifletta: la contrattazione a conto corrente ordinario proroga, *de iure e in facto*, l'esigibilità del credito annotato, la cui scadenza viene dilazionata a termine futuro. Tuttavia, appare opportuno rappresentare come la regolamentazione non determini alcun effetto novativo dei rapporti giuridici inseriti in conto corrente; il dato – mero derivato della codificazione anteriore (art. 345, n. 1, cod. comm.) – vuole una evidenziazione della assoluta impossibilità di considerare come applicabile all'inclusione in conto gli effetti tipici della novazione, quali, ad esempio, la perdita delle garanzie accessorie al rapporto. Ebbene, come chiarito all'esito dell'inquadramento della struttura normativa del conto corrente ordinario, le singole rimesse costituiscono delle libere e facoltative scelte dei contraenti di portarle, *recte* annotarle in conto con, tuttavia, la necessità di considerarle autonome e non perdenti le caratteristiche originarie¹⁷.

La derivazione esegetica – sempre in tema di esatta ricostruzione della fenomenologia del conto corrente ordinario – è quella per cui i crediti inclusi in conto mantengono una c.d. indivisibilità; in buona sostanza, atteso il mantenimento della natura originaria del credito, inteso come rimessa, e degli originali accessori (per il mancato portato di alcun effetto novativo), la non divisibilità dei crediti in conto vuole che l'eventuale fisiologica fine di un rapporto abbia la naturale con-

girata, in *Riv. dir. civ.*, 1962, II, 400 ss.; P. Schlesinger, *Osservazioni in tema di pignoramento di azioni*, in *Foro pad.*, 1962, I, c. 130.

¹⁶ Ancora, T. Ascarelli, *Titoli causali e negozio di accertamento*, in *Studi giuridici*, Milano, 1949, 447 ss.; A. Arena, *Causalità e astrattezza della polizza di carico*, in *Riv. dir. nav.*, 1949, I, 3 ss.; Id., *Problemi in tema di titoli obbligazionari*, in *Banca borsa*, 1951, I, 54; Graziani, *Diritto delle società*, Napoli, rist., 1966, 410 ss.; G.F. Campobasso, *Le obbligazioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 5, Torino, 2010, 386.

¹⁷ Valga rimandare a E. Betti, *Sulla natura giuridica della girata dei titoli all'ordine*, in *Riv. dir. comm.*, 1927, I, 602; A. Fiorentino, *Brevi note sul rapporto cambiario inter partes*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, 711; A. Pavone La Rosa, *La cambiale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 199 ss.; Id., *Legge cambiaria e titolo di credito: breve consuntivo di un'esperienza*, in *Banca borsa*, 1979, I, 70; Id., *Lineamenti della recente evoluzione della cambiale: dal codice di commercio del 1982 alla vigente legge cambiaria*, in *Banca borsa*, 1982, 973; A. De Maio, *Duplicazioni di tratte e cessione di provvista*, in *Banca borsa*, 1958, II, 268 ss.; Vistoso, *Polizza di carico e clausole vessatorie*, in *Dir. mar.*, 1951, 204 ss.; A. Pavone La Rosa, *Polizza di carico*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 221 ss.; A. Arena, *La natura causale della polizza di carico e la distinzione dai titoli di credito astratti e causali*, in *Studi Giuridici*, Padova, 1985, 49 ss..

sequenza della cancellazione in conto, con una ricalibratura in corso di rapporto e, infine, della compensazione a chiusura¹⁸.

Nel conto corrente intestato a due (o più) persone, i rapporti interni tra correntisti sono regolati, nella previsione dei rapporti reciproci, dal secondo comma dell'art. 1298 c.c., in base al quale, in mancanza di prova contraria, le parti di ciascuno si presumono uguali, sicché ciascun cointestatario, anche se avente facoltà di compiere operazioni disgiuntamente, nei rapporti interni non può disporre in proprio favore, senza il consenso espresso o tacito dell'altro, della somma depositata in misura eccedente la quota parte di sua spettanza, e ciò in relazione sia al saldo finale del conto, sia all'intero svolgimento del rapporto.

Il fatto stesso che un conto corrente sia intestato a due persone fa presumere che tutte e due siano titolari del rapporto e spetta quindi al contitolare la restituzione della somma pari alla metà di quanto *ivi* contenuto e dal primo illegittimamente prelevato; gli interessi vanno però conteggiati dalla data della domanda e non da quella dei prelievi effettuati dall'altro intestatario¹⁹.

Si consideri come, nei rapporti in conto corrente, una volta che sia stata esclusa la validità, per mancanza dei requisiti di legge, delle clausole relative alla pattuizione di interessi ultralegali a carico del correntista e alla loro capitalizzazione, in violazione dell'art. 1283 c.c., soltanto la produzione degli estratti a partire dall'apertura del conto stesso consente, attraverso la integrale ricostruzione del dare e dell'avere con applicazione del tasso legale, senza alcuna forma di anatocismo e con espunzione di tutte le spese e commissioni bancarie non validamente pattuite, di determinare il credito di controparte, sempreché la stessa non risulti addirittura debitrice²⁰.

In tema di connessione della contrattazione del conto ordinario con l'emissione di assegno, si deve rimarcare che l'apertura di un conto corrente con convenzione di assegno dà vita a un negozio giuridico complesso, cui concorrono elementi del mandato, del conto corrente ordinario e del deposito bancario. Il diritto di emettere assegni, e, correlativamente, il dovere della banca trattaria di ono-

¹⁸ Conf., G. Santini, *L'azione causale in diritto cambiario*, Padova, 1968, 15 ss, 198 ss.; R. Sacco, *Contratto e negozio a formazione bilaterale*, in *Studi in onore di Paolo Grasso*, II, Padova, 1965, 982; F. Carresi, *Il contratto con obbligazioni del solo proponente*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, 394; A. Ravazzoni, *La formazione del contratto*, I, Milano, 1966, 350; G. Valeri, *Il diritto cambiario italiano*, Milano, 1935, I, 287.

¹⁹ Vedi M. Porzio, *Il conto corrente bancario, il deposito e la concessione di credito*, cit., 857; M. Prestipino, *Presupposti e limiti della nuova revocatoria delle rimesse in conto corrente bancario*, cit., 850.

²⁰ In presenza di un contratto di conto corrente bancario i rapporti tra le parti sono regolati dall'art. 1832 c.c., richiamato dall'art. 1857 c.c., per il quale tutte le operazioni regolate in conto corrente (a norma dell'art. 1852 c.c.) sono riportate in un estratto conto che, una volta comunicato, si intende approvato se non è contestato. Deriva da quanto precede, pertanto, che qualora il correntista contesti l'estratto conto mediante la produzione di un documento, la banca, per superare il contenuto di questo ultimo è tenuta a dare – con qualsiasi mezzo, e quindi, anche con testimoni – la prova della veridicità dell'operazione senza che le annotazioni interne della banca possano assumere valore di prova idonea a superare quella offerta dal correntista.

rare l'assegno, *inter alia*, non è illimitato, trovando il proprio limite nella disponibilità di fondi presso la trattaria. Il decorso del termine per la presentazione dell'assegno, inoltre, non fa venire meno l'obbligo della banca di pagamento salvo che sia stato esercitato il diritto di revoca di cui all'art. 35 l. ass.²¹.

A ben riflettere, anche a seguito della lettura del formante giurisprudenziale creatosi nel corso dell'evoluzione della *praxis*, la mancata tempestiva contestazione dell'estratto conto da parte del correntista nel termine previsto dall'art. 1332 c.c. rende inoppugnabili gli accrediti e gli addebiti solo sotto il profilo meramente contabile, e non preclude, pertanto, la contestazione della validità e dell'efficacia dei rapporti obbligatori da cui essi derivano. Ne consegue che l'invalidità delle operazioni di illegittima capitalizzazione degli interessi possono essere contestate dal cliente anche se lo stesso abbia ricevuto gli estratti conto periodici e non li abbia contestati tempestivamente²².

4. *Conto corrente bancario ed effetti della regolamentazione: tratti di vicinanza praxeologica e similarità assiologica dei generi*

La ricostruzione della fenomenologia contrattuale del conto corrente ordinario necessita di stretto raffronto con il conto corrente bancario nella specificazione dei tratti comuni capaci di colorarne la causa e individuarne le specialità tipologiche. Sulla base del dato tecnico del sistema di addebitamento bancario e atteso il dato che dai pagamenti effettuati dalla banca a terzi per conto del correntista derivano dei contro-crediti in omaggio al disposto normativo sui pagamenti effettuati dal mandatario, anche l'adozione di un regolamento in conto corrente delle varie operazioni, che possono intercorrere tra cliente e banca, determina la nascita di un rapporto di conto corrente, con disciplina convenzionale di crediti

²¹ L'esegesi in materia vuole una lettura dei maestri della disciplina del diritto commerciale, Ferri, *Titoli girati in bianco e buona fede nell'acquisto*, in *Banca borsa*, 1953, II, 116 ss. Inoltre, v. G. De Semo, *Sulla identificazione del portatore di un titolo cambiario girato in bianco*, in *Banca borsa*, 1956, II, 151 ss.; R. Tornabuoni, *Circolazione in bianco dell'assegno bancario e preteso obbligo di identificazione del portatore dell'assegno stesso*, in *Banca borsa*, 1950, II, 108 ss.; L. Lordi, *Colpa grave nel pagamento o nell'acquisto dell'assegno circolare*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, 43 ss.; M. De Marchi, *Assegno*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 337. Conf., inoltre, F. Martorano, *Titoli di credito. Titoli non materializzati*, cit., 410 e ss..

²² Si legga F. Di Sabato, *Il conto corrente bancario nel concordato preventivo e nell'amministrazione controllata*, cit., 69 e ss.; G. Ferri, voce *Conto corrente di corrispondenza*, cit., 666 e ss.; A. Fiorentino, *Del conto corrente. Dei contratti bancari*, cit., 1969, 56; F. Giorgianni, *I crediti disponibili*, cit., 12; S. Maccarone, *Osservazioni in tema di conto corrente bancario*, cit., 605; F. Martorano, *Il conto corrente bancario*, Napoli, 1955, 3 e ss.; G. Molle, *Conto corrente bancario*, cit., 414; G. Molle, *Conto di gestione e contratto di conto corrente*, cit., 569; M. Porzio, *Il conto corrente bancario, il deposito e la concessione di credito*, cit., 859; M. Prestipino, *Presupposti e limiti della nuova revocatoria delle rimesse in conto corrente bancario*, cit., 854.

reciproci, essendo, altresì, presente nel conto corrente bancario l'elemento della reciprocità delle rimesse²³.

Il riconoscimento della differenza non esclude che al conto bancario possa applicarsi, nei limiti della compatibilità con la diversa funzione dei negozi, parte della disciplina codicistica del conto corrente ordinario (si consente, normativamente, l'applicabilità, alle operazioni bancarie in conto corrente, degli artt. 1826, 1829 e 1832 c.c.). La disciplina del conto corrente bancario deve, di guisa, essere rintracciata nella disciplina propria dei singoli atti assunti nell'ambito del rapporto, di modo che sono ad esso applicabili anche le norme previste dal codice per le operazioni bancarie in conto corrente e le norme del conto corrente ordinario in quanto compatibili²⁴.

La banca, nei rapporti contrattuali con il cliente, risponde secondo le regole del mandato (art. 1856 c.c.) e la diligenza a cui è tenuta va valutata con particolare rigore: la diligenza del buon banchiere deve essere qualificata dal maggior grado di prudenza e attenzione che la connotazione professionale dell'agente consente e richiede. In particolare, con specifico riferimento all'utilizzazione di servizi e strumenti, con funzione di pagamento *et alia*, che si avvalgono di mezzi meccanici o elettronici, non può essere omessa la verifica dell'adozione, da parte dell'istituto bancario, delle misure idonee a garantire la sicurezza del servizio; infatti, la diligenza posta a carico del professionista ha natura tecnica e deve essere valutata tenendo conto dei rischi tipici della sfera professionale di riferimento ed assumendo quindi, come parametro, la figura dell'accorto banchiere²⁵.

A ben riflettere, ora, sul percorso contrattuale dei correntisti in conto ordinario vale dedurre che la minore qualificazione (a modo di presunzione semplice) del contraente non possa imporre il medesimo regime di responsabilità a carico

²³ Vedi P. Masi, *In tema di forma e circolazione del titolo di credito*, in *Banca borsa*, 1989, I, 410 ss.; B. Renda, *I titoli di credito bancari*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, XIII, Torino, 1985, 652; G.B. Portale, *Interpretazione "letterale" e "formalismo" cambiario*, in *Giur. comm.*, 1980, I, 254 ss.; G.L. Pellizzi, *Conversione del titolo di cambiario incompleto?*, in *Foro pad.*, 1956, I, c. 847 ss.; M. Paladrino, *Incapacità naturale e obbligazione cambiaria*, in *Banca borsa*, 1954, II, 159 ss.; V.M. Trimarchi, *L'incapacità naturale e il negozio cambiario*, in *Banca borsa*, 1955, I, 287 ss..

²⁴ In tema, I. La Lumia, *Appunti sulla natura giuridica dei titoli di credito impropri*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1955, 323 ss.; G.F. Campobasso, *I depositi bancari*, in *Banca borsa*, 1988, I, 177 ss.; B. Libonati, *Titoli impropri e documenti di legittimazione*, in *Nss. D. It.*, XIX, Torino, 1973, 363; A. Pavone La Rosa, *La gestione accentrata dei valori mobiliari: sua incidenza sulla circolazione cartolare dei titoli*, in *Banca borsa*, 1998, I, 310; W. Bigiavi, *I vizi della volontà nella dichiarazione cambiaria*, Milano-Merano, 1943, 156; Pellizzi, *Firma, sostanza e forma*, in *Giur. it.*, 1967, I, c. 483; P. Spada, *"Forma" e "Verità" della sottoscrizione cambiaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, II, 234 ss..

²⁵ V. Ferri, *Titoli girati in bianco e buona fede nell'acquisto*, in *Banca borsa*, 1953, II, 116 ss.; G. De Semo, *Sulla identificazione del portatore di un titolo cambiario girato in bianco*, in *Banca borsa*, 1956, II, 151 ss.; R. Tornabuoni, *Circolazione in bianco dell'assegno bancario e preteso obbligo di identificazione del portatore dell'assegno stesso*, in *Banca borsa*, 1950, II, 108 ss.; L. De Villa, *Sul preteso onere di identificazione del trasferente dell'assegno circolare girato in bianco*, in *Foro it.*, 1949, I, c. 562; De Marchi, *Assegno*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 337; T. Ascarelli, E. Bonasi Benucci, *Cambiale*, in *Nss. Dig.*, II, Torino, 1958, 662.

del soggetto, in funzione, a contrario, di verificare, de facto, la eventuale presenza di asimmetria contrattuale nella regolamentazione.

Nell'analisi degli elementi scriminanti l'inquadramento sistematico del conto corrente bancario occorre notare come in tale modello contrattuale manca il differimento nella esigibilità del credito, pur tuttavia, atteso che tale differimento non riveste un'importanza causale, essendo un mezzo per l'assoggettabilità dei crediti reciproci a un regime di compensazione, deve ammettersi che, sulla base dei rapporti sostanziali intercorrenti tra le parti, quella finalità possa essere raggiunta prescindendo da questo mezzo particolare, e, di guisa, è possibile sussumere la fattispecie nella tipologia del conto corrente.

Gli addebiti sono solitamente effettuati con assegni. In ordine alla disciplina dell'assegno, si può osservare che nella prassi bancaria l'utilizzazione dell'assegno è richiesta anche quando il prelievo è effettuato personalmente dal correntista, che trae l'assegno a favore di se stesso, e, *indi*, lo sottoscrive nuovamente nello spazio destinato alle girate. I prelievi possono, sulla base della nuova tecnologia, avvenire anche mediante una tessera (carta Bancomat), quale documento di legittimazione, munito di una banda.

Ed, infine, nella modulazione della contrattualizzazione, vale porre in evidenza che, nei rapporti in conto corrente, una volta che sia stata esclusa la validità, per mancanza dei requisiti di legge, della pattuizione di interessi ultralegali a carico del correntista, la rideterminazione del saldo del conto deve avvenire attraverso i relativi estratti a partire dalla data della sua apertura, così effettuandosi l'integrale ricostruzione del dare e dell'avere, con applicazione del tasso legale, sulla base di dati contabili certi in ordine alle operazioni ivi registrate, inutilizzabili, invece, rivelandosi, a tal fine, criteri presuntivi od approssimativi. Va notato che i prelievi possono essere effettuati, atteso il *placet* della banca, con ordini di pagamento non trasmessi in forma di assegni, conseguenti ad addebiti vari per incarichi svolti dalla banca, per prestazioni fornite al correntista, titolare di carta di credito²⁶.

In tema di rimessa di titoli di credito, una corretta ermeneutica dell'istituto deve tenere in buon conto sia i modi di trasferimento del titolo e dei diritti cartolari nel titolo rappresentati, con la determinazione di efficacia traslativa, sia

²⁶ Così, B. Libonati, *I titoli di credito nominativi*, Milano, 1965, 54 ss.; C. Angelici, *Titoli di credito nominativi*, in *Enc. Giuridica Treccani*, Roma, 1994, § 1.2; A. Fiorentino, *La "consegna" nell'alienazione dei titoli di credito*, in *Banca borsa*, 1948, I, 131 ss.; A. Montel, *La disciplina dei titoli di credito*, in *Riv. dir. priv.*, 1944, I, 81 ss.; G. Lavitola, *Legittimazione del debitore in sede di pagamento di titoli di credito*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1963, 36; L. Mengoni, *La regola "possessione vale" nella circolazione dei titoli di credito*, in *Banca borsa*, 1949, I, 28 ss. in nota; Id., *Note in tema di pagamento ed acquisto in buona fede di titoli all'ordine*, in *Banca borsa*, 1950, II, 16 ss.; V. Angeloni, *Pagamento di titoli di credito da parte di banche*, in *Moneta e credito*, 1949, 389; G. De Semo, *Diritto bancario*, Padova, 1953, 569 ss.. Conf., inoltre, F. Martorano, *Titoli di credito. Titoli non materializzati*, cit., 10 e ss..

le applicazioni concrete che derivano, in termini di diritto positivo, dall'uso del titolo e dai connessi diritti cartolari nella annotazione in conto²⁷.

Il dato della norma evidenzia come il possessore di un titolo nominativo sia legittimato all'esercizio del diritto in esso menzionato per effetto dell'intestazione a suo favore contenuta nel titolo e nel registro dell'emittente²⁸.

Si rifletta: il mutamento della intestazione nominativa e della legittimazione cartolare all'esercizio del diritto sottostante la cartolarità vuole, *naturaliter*, il possesso materiale del titolo in capo al prenditore con indicazione del proprio nominativo sul titolo cartolare e la registrazione, coeva o successiva al trasferimento del documento, del nuovo titolare su apposito registro tenuto a cura della società emittente²⁹.

Ragionando sulla composizione del conto corrente ordinario attraverso la rimessa di un titolo di credito (nominativo), segnatamente sulla rimettibilità di rapporti di credito sottostanti alla cartolarità in titoli, la particolare qualificazione del titolo nominativo e la cennata ed obbligatoria nominatività del documento determinano una biforcazione nello studio degli effetti traslativi del titolo di credito e nella individuazione del momento traslativo dei diritti connessi: viene a verificarsi una dicotomia, temporale oltre che fattuale, tra l'evento del trasferimento dei diritti cartolari con la correlata indicazione del nuovo possessore del documento in ossequio al principio del consenso traslativo e l'effettuazione del-

²⁷ Si veda F. Bonelli, *Contributo ad una teoria scientifica dei titoli di credito*, in *Giur. it.*, 1894, IV, c. 1 ss.; Id., *Sul fondamento e sulla natura dell'obbligazione cartolare dei titoli di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1094, I, 185 ss.; Id., *Appunti sulla natura giuridica dei titoli di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1908, I, 513 ss.; A. Brunetti, *I titoli di credito nel diritto italiano*, Milano, 1910, 5 e ss.; A. Arcangeli, *Sulla teoria dei titoli di credito, in particolare della cambiale*, in *Riv. dir. comm.*, 1910, I, 173 ss, 347, 437 ss.; T. Ascarelli, *La letteralità nei titoli di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, 237 ss..

²⁸ In tema di circolazione di titoli nominativi, allorquando la girata avvenga da un soggetto nella qualità di procuratore di altro, perché possa ravvisarsi la continuità delle girate, mentre non è necessario che la procura venga rilasciata sul titolo, è invece indispensabile, in virtù del principio di letteralità del titolo e del fatto che solo la spendita del nome del rappresentato consente di salvaguardare la continuità delle girate (che non può prescindere dalla concatenazione dei nomi dei successivi giranti che figurano sul titolo medesimo, venendosi altrimenti a configurare una situazione assimilabile a quella – non consentita sui titoli di tale natura – della girata in bianco), che il procuratore indichi il nome del girante per conto del quale la girata è apposta. Analogamente, per la validità della girata eseguita da un organo rappresentativo di un ente, è indispensabile che il girante indichi la propria qualità di legale rappresentante dell'ente per il quale la girata è apposta. Allorquando manchino tali indicazioni, il portatore del titolo non può avvalersi della speciale tutela prevista dall'art. 1994 c.c., il quale postula l'esistenza di una serie continua di girate regolari.

²⁹ Vedi L. Buttarò, *Tullio Ascarelli e il titolo di credito*, in *Banca borsa*, 1981, I, 419; M. Stella Richter jr., *I titoli di credito nel nostro sistema di diritto internazionale privato*, in *Banca borsa*, 1996, I, 783; L.G. Radicati di Bronzolo, *Titoli di credito nel diritto internazionale privato*, in *D. Disc. Priv. Sez. comm.*, Torino, 1998, 510 ss.; D. Corapi-B. De Donno, *Titoli di credito: VII) Diritto cambiario e straniero*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1994, 44; Castellano, *I titoli di massa*, in *Banca borsa*, 1987, I, p 26; G. Ferri, *Ancora sul concetto di titolo di credito*, in *Banca borsa*, 1957, I, 75 ss.; G. Ferri, *Progressi e regressi nella teoria dei titoli di credito*, in *Banca borsa*, 1951, I, 270; A. Fiorentino, *Distinzione dei titoli di credito in causali e astratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, I, 561.

la nuova indicazione del titolare sul registro dell'emittente e, per l'effetto, l'esercizio dei diritti cartolari connessi al titolo nominativo da parte del possessore³⁰.

Volendo procedere ad una analisi comparatistica, sulla base di una omologazione codicistica, valga porre in evidenza come la dottrina tedesca abbia distinto, in modo sicuro, i *volkommene wertpapiere* ed i *orderpapiere*, quali ipotesi di cartolarità al portatore e all'ordine, dalla fattispecie dei *namenpapiere*, documenti nominativi che necessitano della contestazione del soggetto titolare del titolo e dei diritti connessi sia sulla carta che all'interno del registro del debitore emittente i titoli³¹.

In termini di utilizzo in conto corrente ordinario della letteralità del rapporto di credito ricompreso nella *chartula*, la pandettistica mostra una naturale tensione ermeneutica a non individuare nella nominatività del *namenpapiere* l'elemento qualificante la traslatività del diritto sotteso al possesso materiale del documento, così da far scaturire dall'acquisizione della titolarità della *chartula* (in assenza della registrazione sul libro del debitore) l'efficacia dell'esercizio dei diritti incorporati nel titolo di credito. La ricerca comparatistica della valenza giuridica della figura del *namenpapiere* porta a considerare una assoluta irriducibilità del titolo nominativo, nella civilistica germanica, entro il perimetro qualificatorio dei *wedrtpapiere* (i.e., titolo di credito come *genus* al cui interno le *species* di cartolarità trovano tipicità normativa); di risulta, la regola del possesso vale titolo sembra essere dato comune alle diverse ipotesi di cartolarizzazione nella civilistica tedesca: in buona sostanza, i titoli di credito, al portatore, all'ordine e nominativi scontano la medesima forma di normativizzazione traslatoria per cui il trasferimento del titolo cartaceo determina il contestuale trasferimento del diritto carto-

³⁰ In tal senso G. Marchetti, *Codice dei titoli di credito*, Roma, 1954; G. Partesotti, *Lezioni sui titoli di credito*, Bologna, 1998, 18. Ancora, F. D'Alessandro, "Fattispecie" e "disciplina" del titolo azionario, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, 542 ss.; F. Chiomenti, *Il titolo di credito. Fattispecie e disciplina*, Milano, 1978, 24 ss.; A. Stagno D'Alcontres, *Tipicità e atipicità nei titoli di credito*, Milano, 1992, 15 ss.; in termini istituzionali, e con afflato generale, G.F. Campobasso, *Diritto commerciale. Contratti: Titoli di credito. Procedure concorsuali*, Torino, 2011, 240; P. Tedeschi, *Titoli di credito*, in *D. Disc. Priv. sez. comm.*, Torino, 1998, 417.

³¹ Si veda P. Spada, *Introduzione al diritto dei titoli di credito*, Torino, 1994, 20 ss.; G. Partesotti, "Diritto alla girata cambiaria" ed esecuzione forzata in forma specifica, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, 456; T. Ascarelli, *Problemi in tema di titoli obbligazionari*, in *Banca, borsa*, 1951, I, 42 ss.; Id., *Sul concetto del titolo di credito e sulla disciplina del Titolo V Libro IV del nostro Codice*, in *Banca, borsa*, 1954, I, 381 ss.; Id., *Il problema preliminare dei titoli di credito, e la logica giuridica*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, 305-06; Id., *Ancora sul concetto di titolo di credito e sulla distinzione tra tipologia della realtà e normativa*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, 474 ss.; Id., *Tipologia della realtà, disciplina normativa e titoli di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1957, I, 386 e ss.; A. Pavone La Rosa, *Il titolo causale e la polizza di carico*, in *Studi sulla polizza di carico*, Milano, 1958, 316 ss.; M. De Farra, *Sulla c.d. originarietà dell'acquisto del diritto cartolare*, in *Banca, borsa*, 1961, I, 548 ss.; G.L. Pellizzi, *Il nuovo concettualismo (Replia ad una critica in tema di fattispecie del titolo di credito)*, in *Giur. comm.*, 1978, I, 851 ss. Affinché si produca l'effetto traslativo della proprietà dei titoli nominativi (nella specie i titoli azionari di una società) sono necessari, oltre al consenso delle parti in qualsiasi forma espresso, la consegna dei titoli ed il cd. *transfert* che si realizza con il compimento delle formalità alternativamente previste dagli artt. 2022 e 2023 c.c..

lare e la legittimazione derivante all'esercizio dei poteri e delle facoltà previste dal rapporto giuridico sottostante all'emissione del titolo³².

A voler essere esaustivi nella trattazione comparatistica, per spirito di completezza dottrina, ed attesa l'influenza della dottrina francese in tema di cartolarizzazione e sua evoluzione legislativa, preme indicare che per i *valeurs mobilières* la previsione normativa tende ad assumere un precetto opposto a quello individuato nella dottrina tedesca: l'obbligatorietà della nominatività del titolo cartolare deriva dalla dichiarata esigenza di favorire la circolazione della ricchezza mobiliare e dalla volontà di operare una categorizzazione unitaria del titolo di credito con la correlata applicazione del sistema traslativo del possesso vale titolo³³.

³² V., in materia, R. Lener, *Brevi note sulla circolazione dei titoli azionari*, in *Banca, borsa*, 1992, II, 581 ss; G. Cottino, *Diritto commerciale*, I, t. 2, Padova, 1992, 262 ss.; G. Oppo, *Titoli di credito in generale*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1994, 16; W. Bigiavi, *Recensione a Ravà*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, 661 ss.; F. Carne-lutti, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933, 215; A. Arena, *La polizza di carico e gli altri titoli rappresentativi del trasporto marittimo*, Milano, 1951, 413; S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, 68 ss.; A. Fiorentino, *Dei titoli di credito*, in *Commento al codice civile, a cura di A. Scialoia e G. Bianca, Libro quarto. Delle obbligazioni (art. 1992-2027)*, 2ed., Bologna-Roma, 1974, 117; G. Niccolini, *Gettoni e buoni d'acquisto: ancora una generazione di mezzi di pagamento?*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, II, 88-89; L. Lordi, *Le obbligazioni commerciali*, I, Milano, 1935, 360.

³³ Cfr., M. Libertini, *Questioni in tema di ipoteca cambiaria*, in *Studi in onore di Scaduto*, II, Padova, 1970, 24 ss; P. Spada, *Cautio quae indiscretae loquitur: lineamenti strutturali e funzionali della promessa di pagamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 720; R. Lener, *Azione causale e prescrizione delle azioni cambiarie*, in *Foro it.*, 1985, I, c. 1358; A. Torrente, *Sull'applicabilità dell'art. 1341 c.c. alla polizza di carico*, in *Banca borsa*, 1953, II, 87 ss; G. Ferrarini, *L'art. 1341 c.c. e la polizza di carico*, in *Riv. dir. nav.*, 1953, II, 286 ss; T. Russo, *Clausole vessatorie predisposte dal vettore nella polizza di carico e art. 1341 cc.*, in *Riv. dir. nav.*, 1952, II, 190 ss; D. Vidali, *Note sull'applicabilità dell'art. 1341 alla polizza di carico*, in *Dir. mar.*, 1954, 4489 ss; M. Vistoso, *Polizza di carico e clausole vessatorie*, in *Dir. mar.*, 1951, 204 ss; A. Pavone La Rosa, *Polizza di carico*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 221 ss.; A. Arena, *La natura causale della polizza di carico e la distinzione dai titoli di credito astratti e causali*, cit., 49 ss.. Vedi F. Martorano, *Titoli di credito. Titoli non materializzati*, cit., 10 e ss..

Analisi economico-giuridica del conto corrente tra prassi e tensione assiologica

La regolamentazione pattizia del modo di adempimento dei rapporti giuridici (di credito) sottostanti alle annotazioni in conto corrente ordinario è il portato dell'espressione della massima autonomia contrattuale da parte di soggetti che, con interessi economici alla base, tendono a preferire una ritardata esecuzione naturale del proprio credito a fronte della esigenza (economica) di non adempiere una opposta obbligazione a proprio carico. In senso evolutivo della praxeologia della contrattazione in oggetto, il meccanismo della compensazione dei rapporti – accertata l'esistenza degli elementi di sussumibilità nella fattispecie compensativa – tende a garantire la migliore economicità dei rapporti giuridico-economici e la velocità della risoluzione degli stessi. La struttura tipica del contratto di conto corrente, attraverso l'analisi dei caratteri scriminanti la qualificazione degli effetti giuridici che dalla conclusione scaturiscono, vede determinarsi il fenomeno di unificazione tra le singole, reciproche partite, attive e passive, quale momento di significativa rilevanza della fattispecie.

Economic-legal analysis of the current account between practices and axiological tensions

The agreed regulation of the fulfilment of the legal (credit) relationships underlying the annotations in ordinary current accounts is the result of the expression of maximum contractual autonomy by subjects who, with economic interests at the base, tend to prefer a natural delay in the execution of their credit against the (economic) need not to fulfil an opposite obligation at their own expense. In an evolutionary sense of the praxeology of the contract in question, the mechanism of the offsetting of relationships – having ascertained the existence of the elements of subsumption in the case of offsetting – tends to guarantee the best economic efficiency of the legal-economic relationships and the speed of their resolution. The typical structure of the current account contract, through the analysis of the characteristics that justify the qualification of the legal effects arising from the conclusion, sees the phenomenon of unification between the individual, reciprocal items, assets and liabilities as a moment of significant importance in the specific case.

Proprietary fragmentation and public-private management of UNESCO sites owned by the Italian state^{*}

Antonio Leo Tarasco

SUMMARY: 1. Italian state Unesco sites: public property. – 2. From Unesco state sites ownership to management plans. – 3. The financial results of the management of state Unesco sites: a jagged picture. – 4. The financial dimension of the 1972 Paris Convention. – 5. Unesco site management plans: outsourcing. – 5.1. The case of “Su Nuraxi” in Barumini (Sardinia). – 5.2. The case of the “Early Christian Monuments of Ravenna”.

1. *Italian state Unesco sites: public property*

The theme of the fragmentation of the ownership of the 55 Italian Unesco sites and its effects on management and financial returns enables us to investigate, from an original point of view, the actual consideration that the national legal system recognizes for Unesco sites, i.e. the de facto importance that, beyond official declarations, the Unesco sites have within the internal legal order.

As is known, the “Italian UNESCO sites and elements” have long been contained exclusively in the Convention for the Protection of the World Cultural and Natural Heritage signed in Paris on November 16, 1972 by the countries adhering to the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO), and enforced in Italy by Law no. 184 of 6 April 1977; this was then supplemented – thanks to art. 1, paragraph 1, letters b), c) and d) of Law no. 44 of 8 March 2017 – by the Convention for the Safeguarding of Intangible Cultural Heritage, adopted in Paris on 17 October 2003, and enforced in Italy by Law no. 167 of 27 September 2007.

^{*} Text of the speech given at the international conference on «*Unesco and Cultural Heritage*» organized by Saint Petersburg State University and intended to be published in the related Acts in the journal «*Pravovedenie*», 2020, 1, published by the same University.

Leaving aside for present purposes the elements of intangible cultural heritage and focusing only on tangible UNESCO sites belonging, even on a non-exclusive basis, to the Italian State, one can observe that the analysis of their position within the Italian government's organisation of cultural heritage enables not only the concrete management methods of each site to be analysed, but also to understand if and to what extent the organizational reforms of the Italian Ministry for cultural heritage and activities and tourism (hereinafter MiBACT) have taken into account the Unesco qualification previously operated by the United Nations (UN).

As is known, the selection of a site by Unesco, if on the one hand it does not alter the legal status of the goods which it includes, on the other hand it obliges the Contracting States to recognize that the heritage identified by the International Organization «constitutes a world heritage for whose protection it is the duty of the international community as a whole to co-operate» (art. 6, Convention); furthermore, «the duty of ensuring the identification, protection, conservation, presentation and transmission to future generations of cultural and natural heritage [...]» – according to art. 4 – «belongs primarily to that State», that is, to the state in which the sites are located.

The recognition of a site as “world heritage” does not therefore imply that the site is owned by a sole entity; like a web, the Unesco site covers places that the history of administration has scattered all over the territory. Nonetheless, once a place is recognised as a “world heritage site”, public authorities cannot remain indifferent towards ensuring not only a level of protection for the site but also adequate management such as to allow the public to grasp the original unitary value of the site.

In other words, the recognition of Unesco sites is independent of the sites' ownership model; it occurs for naturalistic or historical and cultural reasons, and – rightly – has nothing to do with the underlying proprietary ownership model: this is the case for the historic city of Rome; the historical centers of Florence, Naples, Siena, San Gimignano; the Amalfi Coast; Venice and its Lagoon. If anything, it is the duty of the public administration to ensure that the diversity of the legal regime does not adversely affect a site's need for protection or public enjoyment, ensuring a uniform enhancement of the latter¹. If and how this happens

¹ Italian jurisprudence has dealt with Italian Unesco sites mainly because of the possibility that this qualification may or may not, per se, lead to the independence of the area, regardless of the adoption of administrative measures that identify the area in question as cultural or landscape property.

The Italian Constitutional Court (C. cost., 11.02.2016, no. 22) has clarified that UNESCO sites «do not enjoy protection of their own right, but, also because of their considerable typological diversity, they benefit from different forms of protection for cultural and landscape heritage, according to their specific characteristics». Consequently, it declared as inadmissible the questions of constitutional legitimacy of articles 134, 136, 139, 140 141 and 142, paragraph 1, of the Legislative Decree no. 42, raised with reference to articles 9 and 117, first paragraph of the Italian Constitution. They do not provide the municipal administration with an obliga-

will be the theme of this contribution, which will analyse the concrete management methods and their results, including the financial ones.

2. *From Unesco state sites ownership to management plans*

By focusing on Unesco sites owned by the Italian state (25 out of 55: 45.55%), one can observe how the heterogeneity of legal ownership is also associated with a heterogeneity of management models. The effects on the management of the fragmentation of a given Unesco site, owned by the State, can be summarized as follows: 1) differences in management models; 2) differences in the recruitment of staff, especially of top figures; 3) differences in quality and methods of use; 4) differences in economic profitability; 5) differences in the accounting framework, which are also associated with difficulties in the reconsideration of costs and revenues in managing the site; 5.1) the absence of a clear reconstruction of the costs and revenues of the site which consequently makes it impossible to define any strategic program to reduce costs and/or increase revenue.

tion to protect UNESCO sites in its territory, nor do they include these sites among the landscape assets subject to legal restrictions; and art. 142, paragraph 2, letter a), of the same Decree – in the part in which it does not exclude the urban areas recognized and protected as Unesco heritage from the possibility of derogating from the landscape authorization regime provided for areas A and B of the municipal territory – in relation to the interposed parameters provided by the articles 4 and 5 of the UNESCO convention.

This principle is followed by the majoritarian strand of administrative jurisprudence (Regional Administrative Court of Lazio, Latina, section I, 30 January 2020, no. 46; Tar Campania, section VII, 13 December 2018, no. 7151, according to which the recognition of an area as a UNESCO site does not coincide with the automatic imposition of an absolute building constraint on it). In particular, according to Regional Administrative Court of Toscana, section I, 12 December 2019, no. 1694, «the inclusion in the UNESCO list does not entail any automation for the purpose of qualifying the asset that is a cultural asset, given that pursuant to art. 7 bis of Legislative Decree no. 42/2004, for this purpose, the conditions for the applicability of art. 10 must exist».

This strongly majoritarian jurisprudence is partially contradicted by other rulings which have to date remained isolated. According to Regional Administrative Court of Lazio, Rome, section II-quater, 29 May 2020, no. 5757, for example, the Unesco Convention of 1972 would oblige the State in which the site declared “World Heritage” is located to ensure its safeguarding regardless of any formalized binding measures. According to the administrative judges, in fact, «UNESCO World Heritage sites as recognized as having ‘outstanding universal value’ from the point of view of cultural or landscape interest must benefit from a degree of protection at least corresponding to that guaranteed to the landscape assets bound by the National Authorities insofar as they are recognized as having ‘significant’ landscape interest, pursuant to art. 136 of Legislative Decree no. 42/2004 (Code of Cultural Heritage and Landscape), or declared of “particularly” important cultural interest pursuant to art. 13 of that same Code: the principle of proportionality and reasonableness requires to ensure a degree of protection corresponding to the degree of value of the protected asset». According to the administrative judges, it would be paradoxical not to protect the most valuable goods; if this happened, a «dangerous “protection vacuum” would be created precisely for areas of greater value, even of a “universal” level of value – declared “Common Heritage of Humanity” precisely on the basis of the recognition of their absolutely “exceptional” importance (therefore of an importance of higher degree than the importance of only a “notable” degree required in the internal system for the subject to landscape constraint pursuant to art. 136 of Legislative Decree no. 42/2004)».

Looking for example at the Bourbon royal complex of Caserta, one can notice how the unity of the Unesco site is broken up by the different ways in which the various elements are managed, each of which is subject to multiple proprietary regimes (State: Royal Palace; Municipality: complex of San Leucio). The fragmentation in ownership affects the management of the site, since the management of the municipal part is public and entirely direct. The site is nothing more than an office of the Municipality: it is neither an organ of the Municipality nor a third-party body with a legal personality. On behalf of the state, on the other hand, management is partly direct and partly, for certain services, outsourced to the public or private sector. However, the Royal Palace of Caserta is not a mere office but rather a ministerial body that is qualified as a management office (among other things of a general kind, atypically general as it is not articulated in subordinate management offices). It is evident that this organizational diversity (negatively) influences the enjoyment of the site since the conditions for the enjoyment of the site are different, including from a financial point of view (different entrance fees). This is why, for example, by visiting one there is no certainty that the others can be visited on the same day and at the same time. And if the diversity of enjoyment (not so much from a proprietary point of view) is already in principle unequal between several elements of the same Unesco site, this is even more so when the site develops in a single Municipality and, moreover, only a few meters apart (as in the case of Caserta).

If one takes a wider look at all of the 55 Italian Unesco sites, it becomes clear how these describe a rather varied panorama by reason of the legal regime they belong to: sites of exclusive private ownership can be found (think of the Amalfi Coast), as well as sites where the property is public and private (Venice and its lagoon); sites belonging to foreign states that insist on the Italian territory since they are geographically located within it (Vatican City)². When the enjoyment of the sites occurs mainly by admiring its exterior, as in the case of the historical cen-

² The bibliographies on the subject of UNESCO sites are very extensive. Among all, refer to A. Guerrieri, *La tutela dei siti Unesco nell'ordinamento italiano, tra prospettiva interna e comparata*, in *Il Diritto dell'economia*, n. 1/2019, 461 ss.; G. Armao, *Tutela e valorizzazione integrata del patrimonio culturale dei siti UNESCO. Il caso del sito seriale "Palermo arabo-normanna e le Cattedrali di Cefalù e Monreale"*, in *Aedon*, 2018, 1, 1 ss.; X. CAMERINI, *L'attuale quadro normativo internazionale della tutela del patrimonio culturale mondiale*, in *Rivista di Diritto delle Arti e dello Spettacolo*, 2018, 2, 7 ss.; L. Uccello Barretta, *Quale tutela per i siti patrimonio dell'UNESCO?*, in *Osservatorio AIC*, 2016, 1 ss.; C. Migliorati, *Il sito archeologico di Pompei a rischio di cancellazione dalla lista del patrimonio mondiale*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2013, 4, 723 ss.; G. Garzia, *La valorizzazione dei beni e degli spazi pubblici di interesse culturale attraverso la diffusione delle moderne tecnologie informatiche: il caso della c.d. "Piazzetta degli Ariani" di Ravenna*, in *Aedon*, 2013, 3, 1 ss.; S. Marchetti, *La gestione dei Siti Unesco di Villa Adriana e di Villa D'Este a Tivoli*, in *Aedon*, 2011, 1, 1 ss.; L. Casini (a cura di), *La globalizzazione dei beni culturali*, Bologna, 2010, ed ivi, in particolare, il contributo di M. Macchia, *La tutela del patrimonio culturale mondiale: strumenti, procedure, controlli*, 57 ss. On the "right to culture" in international conventions, even beyond those stipulated in Unesco, A. Budziszewska, *The Right to Culture in International Law*, in *Human rights and international law*, 2018, 2, 315 ff.

ters, the plurality of subjects who own the individual elements that make up the site does not significantly affect the enjoyment of the site; in such cases, the applicable legal framework is offered not only by the law of cultural heritage (national and international law) but, first and foremost, by urban planning law³.

This situation is only apparently simpler when the Unesco site includes elements belonging exclusively to a single public entity and, for present purposes, to the Italian State. In this case, it is not so much the ownership that is fragmented, but rather the various management models. Analysing these assets allows one to verify the (ir)rationality of the choices of the legislator on an organizational level.

Indeed, some sites (Castel del Monte; Cenacolo Vinciano; Etruscan necropolises of Cerveteri and Tarquinia) feature a traditional model of direct management by the site owner, except for certain public services. Such structures are governed in the same way as they were governed before the 2014 reform (Prime Ministerial Decree no. 174 of 29 August 2014), namely without any legal (administrative), financial and accounting autonomy; the directors are then recruited internally to the Administration of cultural heritage among officials (non-managers). This means, among many other things, that the non-executive director cannot, in principle, take on expenditure commitments which are instead the responsibility of the superordinate executive; the absence of a budget determines the impossibility not only to immediately receive financial resources but also to clearly report the expenses.

Within the same Italian state, other Unesco sites have been identified by the organizational regulations as institutes with a special autonomous status, pursuant to art. 33, paragraph 3, letter a) and b), Prime Ministerial Decree no. 169 of 2 December 2019. These sites, like the ones mentioned above, are also directly managed by the body owning it (the Italian State, specifically the MiBACT). However, the particular legal qualification it assumes within the ministerial organization gives them legal, financial and accounting autonomy that the ones mentioned above do not possess⁴. In this way, at least the above-mentioned limitations are overcome. This happens, for example, in the Unesco site which includes the archaeological areas of Pompeii, Herculaneum and Torre Annunziata (where the Archaeological Park of Pompeii and the Archaeological Park of Herculane-

³ On the overlap between different levels of regulation of historic centers, see M.V. Lumetti, *Il centro storico, un «iperluogo» tra urbanistica, cultura, paesaggio e immaterialità*, in *Diritto e processo amm.*, 2018, 2, 583 ss.; T. Bonetti, *Pianificazione urbanistica e regolazione delle attività commerciali nei centri storici*, in *Riv. Giur. Urbanistica*, 2017, 386 ss.; A. Sau, *La rivitalizzazione dei centri storici tra disciplina del paesaggio, tutela e valorizzazione del patrimonio culturale*, in *Le Regioni*, 2016, 955 ss.; C. Lamberti, M.L. Campiani (a cura di), *I centri storici tra norme e politiche*, Napoli, 2015.

⁴ So-called statutory autonomy is entirely negligible, devoid of any practical consequence and improperly attributed to a profile of autonomy of the institute or place of culture (the statute, in fact, is not approved by the institute but by the top political authority; which appears to be the exact opposite of the concept of autonomy).

um are located). Similarly, in the “Historic Centre of Rome” we find, in addition to private places or those belonging to various public bodies, the Archaeological Park of the Colosseum and the Barberini Palace, the National Roman Museum and the Archaeological Superintendence of Rome, which all possess legal, financial and accounting autonomy within the state organization⁵.

In other cases, the Unesco site includes both institutes with special autonomy and museums without any autonomous profile: this happens, for example, for the site “Venice and its Lagoon” which includes both the Accademia Gallery of Venice – which has special autonomy pursuant to art. 33, paragraph 3, letter a) of Prime Ministerial Decree no. 169/2019 – and three museums (Galleria “Giorgio Franchetti” alla Ca’ d’Oro; the Archaeological Museum, the Museum of Oriental Art; Museum of Palazzo Grimani) which have no legal, financial or accounting autonomy since they are organizational structures of the Regional Museum Directorate of Veneto (art. 42, Prime Ministerial Decree no. 169/2019). In other cases, a Unesco site, as far as its ministerial status is concerned, is in use by third parties (as is the case of “Su Nuraxi” in Barumini, assigned to the Regional Museum Management of Sardinia and therefore has no financial and accounting autonomy, but is granted for use to the Municipality of Barumini and entrusted by the latter to the “Fondazione Barumini Sistema Cultura”, in Sardinia). This case, although scarcely known or analysed, is interesting from a legal point of view since it testifies to the fact that the outsourcing of the management of an archaeological area declared common heritage of mankind to a private entity is common (from a legal point of view, this case would be equivalent to outsourcing the management of the archaeological area of the Palatine and the Colosseum or of Pompeii, Herculaneum and Torre Annunziata, both equally archaeological areas declared universal heritage by Unesco). Another management model (and which could be defined as mixed) is the direct management model of property by the MiBACT Regional Museum Management (according to the scheme of the absence of financial and accounting autonomy) and the entrustment to third parties only of site enhancement activities (this is the case for the “Early Christian Monuments of Ravenna”: see below): in this case, it is not the management of the site as a whole which is outsourced (as in the case of Su Nuraxi), rather, only of certain aspects of the enhancement.

⁵ For the distinction between museums-organs (organizational structure of the ministerial juridical person) and museums-bodies (endowed with independent legal personality with respect to the constituent ministerial body) see the Council of State, section V, 24 March 2020, no. 2055, part. § 4.1.2 and § 5.

3. *The financial results of the management of Unesco state sites: a jagged picture*

The heterogeneity of the legal and organizational framework stands alongside equally heterogeneous financial results. Even from this point of view, if you analyze the financial returns of the various Italian Unesco sites that belong to the Italian State, whether exclusively or not, and are entrusted to MiBACT, one uncovers a rather varied reality. Considering that at least 90% of state revenues derive from ticket sales⁶, the difference between ticket revenues allows us to analyze the geography of use and, therefore, the interest of visitors towards individual sites. Reading the data, it turns out that the recognition of the site as a “world heritage site” does not lead to the overcoming of the notorious gap between sites of greater attraction and poorly visited sites. Yet, by presupposing an equal amount of dignity for all of them, also thanks to the Unesco recognition, the different levels of tourism appeal highlight the persistent rigidity in the demands of cultural tourism. As all statistical surveys have long revealed⁷, cultural tourism remains focused on a narrow list of places, and this is true also for Unesco sites.

The divide between sites is huge. The state Unesco elements which are part of the site “*City of Vicenza and the Palladian Villas of the Veneto*” (namely Villa Badoer of Fratta Polesine) only made € 4,638.10 (in 2019) and € 5,346.50 (in 2018) from the sale of tickets. The revenue of Tempietto sul Clitunno, in Perugia, as part of the serial site “*The Longobards in Italy. Places of Power*” range between € 15 thousand (€ 14,897.00 in 2019 and € 15,668.00 in 2018). Similarly, revenue for the site “*Etruscan Necropolises of Cerveteri and Tarquinia*” reach a couple thousand euros (38,964.84 euros in 2018 and 57,127.00 in 2019). Even the state places that are part of the Unesco site “*Rock Drawings in Valcamonica*”, despite collecting larger sums (and therefore being proportionally visited by a larger number of people) still make modest profits, as can be indirectly deduced from the ticket revenues (€ 161,415.00 in 2019 and € 159,442.90 in 2018).

At the top of the ideal classification of Italian Unesco state sites for highest financial returns, there are the state-owned properties which are part of the site “*Historic Centre of Rome, the Properties of the Holy See in that City enjoying Extraterritorial Rights and San Paolo Fuori le Mura*”, namely the Colosseum, the Domus aurea, the Roman Forum and the Palatine, Meta sudans, the Arch of Constantine, the Crypta Balbi, Palazzo Massimo alle Terme, Palazzo Altemps, the Baths of Diocletian: overall, all these sites made a total of € 123,733,802.17

⁶ As analyzed in A.L. Tarasco, *Diritto e gestione del patrimonio culturale*, Bari-Roma, 2019, *passim*. The financial data that later will be displayed have been calculated by the writer on the basis of data which have been provided by the SISTAN of the Italian Ministry of Culture Heritage and Activity and Tourism.

⁷ Istat, *L'Italia dei musei*, Rome, 23 December 2019 (in www.istat.it/it/files/2019/12/LItalia-dei-musei_2018.pdf).

in 2018 and € 79,943,047.64 in 2019⁸; in particular, just the archaeological site of the Colosseum collected € 46,347,249.57 in 2018 and € 48,465,096.71 in 2019. One must also add to such proceeds the revenue of the National Roman Museum, the Ancient Pinacoteca, the roman state museums of the Regional Direction Museums Lazio and the sites of the Archaeological Superintendence of Rome, all included in the above-mentioned “*Historic Centre of Rome*” site.

As anticipated, measuring the financial proceeds of sites of exceptional universal value for the entire humanity is important for at least two reasons. Firstly, having estimated that the sale of tickets constitutes more than 90% of the revenue of institutes and state-owned cultural sites in Italy, measuring total profits of the Unesco world heritage sites also means measuring the attractiveness of those sites. The financial data shown coincide with those deriving from the ticket office. On top of this there may be an additional source of returns which on average is no higher than 10%. In summary, with reliable approximation it can be said, at least in Italy, that the financial return is a measure of the effective use of the sites (also of Unesco sites), since the area of financial return deriving from marketing and *fund raising* activities is very small, despite the flood of publications on the most irrelevant issues in practice.

Secondly, if it is true that the recognition of the “outstanding value” of the Unesco site is independent not only of the property ownership regime but also of its profitability, it is also true that the increase in its income potential constitutes a tool for the full realization of the aims of the Unesco Convention: the protection and enhancement of heritage. The increase in profitability, despite not being an end in an of itself, represents a rather significant means of ensuring the achievement of long-term objectives.

4. *The financial dimension of cultural heritage in the Italian Constitution and in the 1972 Paris Convention*

The financial profile is one of the dimensions that the 1972 treaty recognizes as essential to «ensure the identification, protection, conservation, preservation and transmission to future generations of cultural and natural heritage» (art. 4, part 1). These objectives must be achieved by each State which must «do all it can to this end, to the utmost of its own resources and, where appropriate, with any international assistance and co-operation»; the actions to be implemented concern the «financial, artistic, scientific and technical fields» (art. 4, part 2).

⁸ Unlike data previously exposed, these also partially include sources of income other than the ticket office alone.

For this purpose, Law no. 77 of 20 February 2006 containing «Special measures for the protection and fruition of Italian sites and elements of cultural, landscape and environmental interest inscribed in the “World Heritage List” and placed under UNESCO protection» was issued. This provision provides for the creation of financial interventions to support the enhancement, communication and use of the Sites and of the elements themselves (art. 4)⁹. The increase in profitability is, therefore, one of the useful means to implement the Convention itself¹⁰.

Therefore, as the Italian Constitution affirms, there is no opposition between cultural promotion and the creation of for-profit commercial activities (see art. 97 of the Italian Constitution), nor is the existence of any such opposition suggested by the founding acts of the 1972 Paris Convention.

As true as this may be, it is also the case that the qualification of a site (or part of a site) as a mere instrumental office of the public body that owns the site (San Leucio complex) and the absence of legal, financial and accountant autonomy (Castel del Monte; Leonardo’s Last Supper; Etruscan Necropolises of Cerveteri and Tarquinia; Early Christian monuments of Ravenna) represents an unjustifiable organizational arrangement. Indeed, the absence of such autonomy prevents from the outset such activity from being accountable and limits possible dynamism in the management. Similarly, the direct management of the site, even where there is legal, financial and accounting autonomy, would still not lead to a full exploitation of the income potential.

Unfortunately, the Italian management tradition has always stood out for notoriously inverting the relationship between means and ends, unjustly believing that the maximization of the ends requires the sacrifice of the financial dimension.

⁹ The interventions and the amount of state contributions towards Unesco sites, regardless of the owner of the sites (whether it is the state or otherwise), is established by decree of the Ministry for Cultural Heritage and Activities and Tourism, in agreement with the Ministry for the Environment and of the Protection of the Territory and the Sea, with the Ministry of Agricultural, Food, Forestry and Tourism Policies and with the Permanent Conference for relations between the State, the Regions and the autonomous Provinces of Trento and Bolzano (art.4, paragraph 2, Law no. 77/2006). Since its entry into force (2006) to 2018, 335 projects have been funded by the MiBACT, for a total of € 27,236,263.06. Over four million euros have been used by the Sites to draw up and update their Management Plans.

For a prompt reconstruction of experiences applying Law no. 77/2006, see Ministry for Cultural Heritage and Activities and Tourism, *Il Libro Bianco: Legge n. 77/2006*, Soveria Mannelli, 2013.

The implementation methods to access the support measures are defined by the notice of the Secretary General MiBACT 28 May 2019, no. 24 which first identifies the possible recipients of the funding, as well as the contact persons of the sites and elements to whom the task of submitting the funding applications is entrusted and to report on the implementation of the approved projects.

¹⁰ The dimension of the cultural heritage financial needs taken into consideration and acknowledged by UNESCO is analysed by P. MASTELLONE, *Tutela e promozione del patrimonio culturale nella disciplina internazionale ed europea: dall’insufficienza dei finanziamenti pubblici alla valorizzazione della leva fiscale per stimolare l’intervento dei privati*, in *Rivista di diritto tributario internazionale*, 2018, 2, 137 ss., which also focuses on the “paradoxical applicability” of the European discipline on state aid for the public funding of culture.

Because of this way of thinking, also based on the erroneous assumption that the immeasurable humanistic value of heritage also implies the impossibility of attributing a material value to it, it was believed, erroneously, that – to achieve the “pure” objective of cultural promotion – the management of cultural heritage should exclude any profitability-related strategy. In this perverse logic, if the enhancement function is affirmed only in the second half of 2000, the concept of the profitability of cultural heritage is still debated in Italy¹¹, regardless of the fact that in many European countries, as in the neighboring France, cultural heritage is ordinarily considered a fundamental asset for the balance of public budgets¹², as the *capacité d'autofinancement* (self-financing capacity) *des musées nationaux* is measured; and the related *taux d'autofinancement* is examined, appreciated or criticized by the Court des comptes: an experience very far from the Italian one, both in terms of active administration and control.

In this distorting logic in which cultural heritage is placed in an ideal protective hood, its material component is spiritualized and considered detached from the entire public financial system (at least in terms of its instrumentality with respect to income). And so, with respect to the regulatory obligations to optimize *sub specie* management of increasing revenues and reducing expenses, the cultural heritage is constantly preserved. In this way, an idea slowly matures that the realization of the noble end (promotion of culture through the care of its assets: Article 9, first and second paragraphs, of the Constitution) would justify any financial means. In this way, the constitutional precepts that should govern the actions of each public administration are considered inapplicable, especially to the cultural heritage sector.

Thinking at this issue with this mindset, it is easy to forget that the increase in the profitability of cultural assets represents one of the management tools supposed as a prerogative by the Constituent Assembly (Article 97, paragraphs 1 and 2 of the Constitution) to achieve the ultimate aims of cultural promotion (stated, instead, in the art. 9 of the Constitution)¹³. While not wishing in any way to mine the primacy of the *ultimate goal* (cultural promotion and, therefore, the inner growth of men as visitors to the site), the importance of the medium cannot be devalued, liquidating it as a “commoditizer”. In fact, the means prefigured by the Constitution to achieve any public purpose are represented by the

¹¹ Stemming from *La redditività del patrimonio culturale. Efficienza aziendale e promozione culturale*, Torino, 2006.

¹² On top of what was already claimed in A.L. Tarasco, *Diritto e gestione*, cit., 162 ff., it is brought to the attention of the reader, Court des comptes, *La valorisation internationale de l'ingénierie et des marques culturelles. Le cas des musées nationaux. Communication à la commission des finances du Sénat*, Paris, 2019.

¹³ For the distinction between means and effects, see A.L. Tarasco, *La redditività del patrimonio culturale. Efficienza aziendale e promozione culturale*, Torino, 2006 and, more recently, Id., *Diritto e gestione*, cit., *passim*.

«good performance» (Article 97, paragraph 2, of the Constitution) of the administrative activity; this concept translates into the obligation of every Administration, including the holder of cultural assets, to act according to effectiveness (relationship between objectives set and achieved), cost-effectiveness (ratio between resources used and resources available) and efficiency (ratio between objectives achieved and means used). In turn, the obligation to ensure a «good performance» is linked to the precept of paragraph 1 of the same art. 97 of the Constitution which commits all public administrations to compete to ensure the balance of budgets and the sustainability of public debt¹⁴.

These constitutional parameters, where no opposition can be drawn between the aim of cultural promotion and the realization of instrumental commercial activities (see art.97 of the Constitution), appear fully in line with the legal framework obtainable from the 1972 Unesco Convention¹⁵.

The misunderstanding of the 1972 UNESCO Convention has accentuated this “means-ends” prejudice, perhaps giving excessive importance to the «symbolic value of sites and elements of cultural heritage» (art. 1 of Law no. 77/2006); this seems to have contributed to the “spiritualization” of the theme of site management, neglecting the concept of financial sustainability and, if anything, focusing attention on exclusively dredging public resources.¹⁶ This is naturally a misunder-

¹⁴ Over these issues, see in general A.L. Tarasco, *Diritto e gestione*, cit., passim.; Id., *Sostenibilità del debito pubblico e gestione del patrimonio culturale (prima e dopo il coronavirus)*, in G. Esposito and F. Fasolino (a cura di), *Cura e tutela dei beni culturali*, Padova, 2020, 297 ss.; Id., *Modelli giuridici per l'incremento della redditività del patrimonio culturale: Italia, Francia e Gran Bretagna a confronto*, in *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, vol. II, Napoli, 2019, 1601 ss. Recently, over the general constitutional law of art. 97, comma 1, Cost., see S. CIMINI, *Equilibrio di bilanci e principio di buon andamento*, in *Scritti di onore di Eugenio Picozza*, cit., vol. I, 393 ss. In constitutional jurisprudence, on the principle of good performance and the balance of public budgets, see C. cost. 29 November 2017, n. 247, in www.cortecostituzionale.it, according to which «the new wording of the first paragraph of art. 97 of the Constitution concerns, in the first part, the balances of individual entities, while in the second part it relates to the necessary contribution of the latter to the common, macroeconomic objective of ensuring the sustainability of the national debt». From this concept, it follows that «the first precept is embodied in the prohibition – for each entity – of economic deficit forecasts and in the obligation of a continuous search for balance in financial management, in relation to the internal and external dynamics that characterize the implementation of concrete financial statements policies. The second statement calls for the necessary contribution of each administration to the pursuit of national and European public finance objectives, thus ensuring specific financial resources and behavior».

¹⁵ See below, in this paragraph.

¹⁶ Emblematic is the thought that the well-known archaeologist S. Settis expressed, as in many other occasions, also in St. Petersburg, during the debate on “The future of museums” held on 30 June 2006. In the speech occasioned by the awarding of the Grinzane Ermitage (then entitled *Ma il museo ha un futuro*, in *La Repubblica*, 30 June 2006, p. 53), the archaeologist concluded saying that «the real, the great ‘profitability’ of cultural heritage doesn’t stand in its commercialization, nor in tourism and in the related profit it generates, but in that deep sense of identification, belonging, citizenship, which stimulates the creativity of present and future generations with the presence and memory of the past». This thought, as will be explained below, obviously confuses the end with the means and, to put it in constitutional terms, superimposes the values evoked in Article 9 of the Constitution (known to the archaeologist) with those contained in art. 97 of the Constitution (unknown by the author). The horizon drawn is, in itself, fully acceptable, but does not detract from the

standing that is fuelled by the ignorance of other normative sources: for example, the «management plans» provided for by art. 3 of Law no. 77/2006 also include «actions that can be carried out to find the necessary public and private resources, in addition» to the «support measures» referred to in art. 4 of Law no. 77/2006¹⁷. In turn, an adequate organizational architecture that ensures good management is perfectly instrumental to achieving these purposes which are perfectly harmonious with respect to the Italian constitutional framework. If it is true that the purpose of the 1972 Unesco Convention is to prevent the «deterioration or disappearance of any item of the cultural or natural heritage» which would constitute a harmful impoverishment for all the peoples of the world, the value premise which the Convention is based on is «the importance [...] of safeguarding this unique and irreplaceable property to whatever people it may belong», «the outstanding interest» of natural cultural heritage which requires them «to be preserved as part of the world heritage of mankind as a whole».

If this is the final shared objective pursued by the Paris Convention of 1972, it is true that nowhere does the treaty exclude the economic and income-related importance of the sites: this is also deduced from the theme of the «adequacy of resources» which seems to have been introduced when the Convention speaks of «insufficient economic, scientific and technological resources of the country where the property to be protected is situated» with respect to which the Convention proposes to offer its own additional and not replacing support. Indeed, precisely in consideration of the priority of the financial commitment of the State and of the subsidiary and possible international Organization¹⁸, the theme of self-maintenance of the properties declared cultural or natural heritage of humanity assumes strategic importance: in fact, if it is true that the recognition of a Unesco site is independent, and rightly so, of its income potential, it is true

need to seek the means of survival, of support and enhancement of that cultural heritage. In practice, precisely in order to reach that noble and desirable humanistic result, it is necessary to pose the problem of finding the means necessary to achieve the goal. Describing only the destination without being interested in the way in which the journey to reach it must be conducted expresses superficiality and, in some cases, even selfishness when that journey must be made by others.

¹⁷ Over management strategies of UNESCO sites see G. Garzia, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali nel sistema dei piani di gestione dei siti Unesco*, in *Aedon*, 2014, 1 ss.; F. Badia, *Contents and Aims of Management Plans for World Heritage Sites: a managerial analysis with a special Focus on the Italian scenario*, in *Encare Journal of the Cultural Management and policy*, vol. 1, Issue 1, december 2011, 40 ss.; F. Badia, E. Gilli, *Il piano di gestione come strumento di misurazione e valutazione delle performance per i siti UNESCO. Analisi dello stato dell'arte nazionale e prospettive di sviluppo*, in *Azienda pubblica*, 2011, 275 ss.; A. Cassatella, *Tutela e conservazione dei beni culturali nei Piani di gestione Unesco: i casi di Vicenza e Verona*, in *Aedon*, 2011, 1 ss.; S. Marchetti, M. Orrei, *La gestione dei Siti Unesco di Villa Adriana e di Villa D'Este a Tivoli*, in *Aedon*, 2011, 1 ss.;

¹⁸ Pursuant to art. 25 Convention, «the financing of the necessary works must, in principle, be taken into charge only partially by the international community. The financial participation of the State benefiting from international assistance must constitute a substantial part of the resources allocated to each program or project unless its own resources allow the structure to be self-reliant».

that the increase in its self-maintenance capacity is instrumental with respect to the achievement of the aims of the Unesco Convention (protection and enhancement).¹⁹

To sum up, having reconstructed the regulatory framework (constitutional, international and ordinary), it appears evident that the measurement of the self-financing capacity of museums, as it ordinarily occurs in France regardless of the site's classification as Unesco, is originally prevented when there is even a lack of possibility of reporting with accuracy the results of the management of certain exhibition sites of cultural heritage (as in the cases seen in the Etruscan tombs of Cerveteri and Tarquinia, or Castel del Monte). These general considerations are equally applied to Unesco sites, without any possibility of differentiating their statutes, at least from this point of view²⁰.

While this is a common limit for hundreds of Italian institutes and places of culture²¹, it appears more remarkable in the case of Unesco sites that art. 1 of Law no. 77/2006 solemnly declares «due to their uniqueness, points of excellence

¹⁹ The topic of the economic profiles of the management of UNESCO sites in the world is not unknown to literature (see for example G. Alexandrakis, C. Manasakis, NA Kampanis, *Economic and social impacts on cultural heritage sites. Result of natural effects and del clima Change*, in *Heritage*, 2019, 2, 279 ff.). This topic was particularly treated by corporate experts, with harmful consequences for the legal framework, which generally proposes or analyses rules while ignoring the concrete reality of the administration, of which the economic dimension cannot be denied. While correctly underlining the need that the «enhancement actions must [...] consider in joint terms both the cultural and identity profiles and the economic and managerial profiles, in an effort of dialogue and contamination between scientific disciplines that are often distant from each other» (F. Badia, F. Donato, E. Gilli, *Profili economici e manageriali per la governance delle istituzioni culturali: il caso dei siti UNESCO*, in *Annali dell'Università di Ferrara, Mus. Sci. Nat.*, in the *Annals of the University of Ferrara, Mus. Sci. Nat.*, Special Volume 2012, in www.annali.unife.it/museologia/article/viewFile/388/336), January 2012, 5 ss., here 6), generally the point of view stemming from entrepreneurs is not so much that of the financial self-maintenance of the structure declared by the Unesco heritage of humanity as much as of the development of an economy connected with the Unesco site.

A. Cenderello is another academic that reasons around the need to have a marketing action in his work *Marketing of heritage sites*, more specifically in *Heritage Interpretation for Senior Audiences focuses on the need for marketing action. A Handbook for Heritage Interpreters and Interpretation Managers* (<http://www.interpret-europe.net/hisa/results/>), June 2015, according to which «applying marketing strategies and techniques to heritage sites represent the opportunity to link cultural heritage, artistic expression and local economic, social development». Of course, this does not mean that there are no differences between the cultural heritage sector and other «profit-oriented» sectors which, in the writing, are clearly highlighted. On marketing actions in Ireland, see L. Fullerton, K. Mcgettigan, S. Simon, *Integrating management and marketing strategy at heritage sites*, in *International Journal of Culture, Tourism and Hospitality Research*, 2010, 4, 108 ff.

S. Mourato, E. Ozdemiroglu, T. Hett, G. Atkinson, in *Pricing Cultural Heritage. A new approach to resource management*, in *World Economics*, 2004, vol. 5, no. 3, 95 ff., focus on the pricing policies of Unesco sites and on the various effects they can produce, both for what regards their financial management and for what regards the better conservation of the site. They focus, in particular, on the citadel of Machu Pichu.

²⁰ Among other things, it should be underlined that the internal legal system does not have a different legal framework for UNESCO sites, unlike other legal systems, such as Australia or South Africa.

²¹ The state-owned places of culture are in total 740, if we consider the 134 state archives, the 46 state libraries, the 560 museums and archaeological areas. In particular, if there are 159 sites that belong to the 39 institutes with special autonomy (also on financial and accounting ground), there are as many as 307 state sites that, belonging to the 18 Regional Museum Directories, lack any possibility of reporting practices and auton-

of Italian cultural, landscape and natural heritage and their representativity at an international level». This notation shows how, at least in these cases, the international qualification did not affect the internal organization, unlike for the two Unesco sites “Villa Adriana” and “Villa d’Este”, unified in a single site with special autonomy since 2014 (Prime Ministerial Decree no. 171/2014).

It can be deduced that despite the activism of the legislator in reforming, counter-reforming and re-reforming the organization of MiBACT, at least the Unesco state sites have remained unconcerned to it, since they have not been the subject of any special attention (with the few exceptions described above).

5. *Unesco site management plans: outsourcing*

5.1. *The case of “Su Nuraxi” in Barumini (Sardinia)*

With the above in mind, in order to achieve these purposes («finding the necessary public and private resources»: art. 4 of Law no. 77/2006) the organizational prerequisites useful for understanding the direction taken and/or to be pursued appear fundamental. Whilst such Unesco state-owned sites continue to be managed in the most traditional way possible (direct public management with no independent accounting reporting), others offer evidence of different management plans, inspired by a healthy outsourcing of functions.

In some cases, as for the archaeological site of “Su Nuraxi” in Barumini (Cagliari, Sardinia), the “Barumini Sistema Cultural Foundation” is entrusted with the task of protecting, preserving, managing and enhancing the cultural heritage of the Municipality of Barumini, including the area which has been declared a world heritage site (i.e. the Su Nuraxi Archaeological Area, the Casa Zapata Museum Center and the Giovanni Lilliu Cultural Heritage Communication and Promotion Center)²².

omous spending capacity; to these numbers, also the 94 archaeological areas have to be added, as they report to superintendencies.

²² The “Barumini sistema cultura” Foundation was established on 20 December 2006 on the exclusive initiative of the Municipality of Barumini in order to «a) protect, conserve, enhance and manage the cultural and artistic-monumental assets of the Municipality of Barumini, in order to promote knowledge of this heritage and ensure the best conditions of use and public enjoyment; b) protect, conserve and enhance also other movable and immovable property that is not part of the municipal property but must be located in the Sardinia Region and must be part of cultural heritage assets pursuant to the Code of cultural heritage and landscape. Such places are normally owned by other subjects, with whom the Foundation stipulates a specific agreement to carry out its activities». It should be noted that neither in its deed of constitution of 2006 (from which it is cited) nor in the statute (of 19 September 2018) and in its statutory amendment (31 January 2020) the ministry has never been mentioned as the granting subject towards the Municipality of the archaeological area “Su Nuraxi” by Barumini.

In particular, the area of “Su Nuraxi”, assigned to the Regional Directorate of Museums of Sardinia and, therefore, with no financial or accounting autonomy, is granted for use to the Municipality of Barumini and entrusted by the Municipality to the “Barumini Sistema Cultural Foundation”. It is interesting to highlight how the Foundation presents profits as the difference between revenues (€ 2,342,796.00 in 2019; € 2,236,256.00 in 2018) and production costs (€ 2,159,510.00 in 2019; € 2,101,753.00 in 2018); which produces a net operating profit of € 180,519.00 in 2019 and € 129,906.00 in 2018.

However, it should be noted that the Foundation receives public grants worth € 1,055,937.00 (in 2019) and € 1,051,232.00 (in 2018). The presence of these contributions, while it demonstrates the non-integral self-sufficiency of the Foundation, does not neutralize the high self-maintenance capacity of the private law entity in which various public actors participate as well as the capacity to constantly monitor costs and revenues.

5.2. *The case of the “Early Christian Monuments of Ravenna”*

In addition to the full management plans of an archaeological area declared world heritage, among the Unesco sites belonging to the state it is possible to identify a further kind, namely places for whose management the Public Administration decided to establish *ad hoc* legal entities, pursuant to art. 112 of Legislative Decree no. 42 of January 22, 2004, to which enhancement activities can be exclusively entrusted.

This is what happened for the “Early Christian Monuments of Ravenna”. These include the Basilica of Sant’Apollinare in Classe, the Baptistery of the Aryans, the Mausoleum of Theodoric. These sites also lack special autonomy (and, therefore, legal, financial and accounting autonomy); as such, they do not have their own management functions but belong to the Regional Directorate of Museums of Emilia Romagna (MiBACT) pursuant to Ministerial Decree of December 23, 2014 on “*Organisation and operation of state museums*”; this leads to limitations of a financial (giving and receiving money), accounting (reporting revenues and costs), and legal (adopting measures and entering into contracts) nature. Nonetheless, ticket revenues in 2018 (€ 1,108,685.00) decreased in 2019 to below 800 thousand euros (€ 797,836.00); however, the overall costs and therefore the quantification of losses are unknown.

The revenues of the “Archaeological Park of Classe RavennAntica” Foundation are more than double the above amount. This foundation was established with the purpose of enhancing, also for tourism purposes, the archaeolog-

ical, architectural and historical-artistic heritage consisting of the ancient city of Classe, the Basilica of Sant'Apollinare in Classe, the Domus of the “Stone Carpets” in Ravenna, the eighteenth-century Church of Sant'Eufemia and the fourteenth-century Church of San Nicolò and, therefore, in part also of the state-owned places included in the site declared by Unesco as “world heritage”²³. The Foundation is the concessionaire of various additional assets alongside the Early Christian Monuments of Ravenna (directly managed by MiBACT). It also manages certain commercial services within the properties declared world heritage and brought back under the direct care of MiBACT (which therefore bears the entire maintenance costs).

The Foundation's total revenues in 2018 were € 2,406,340.00 while in 2017 they were € 1,818,056.00. Considering also the costs (€ 2,363,570 in 2018 and € 1,700,205 in 2017), the Foundation achieved a net profit of € 1,248.00 in 2018 and € 1,919.00 in 2017 (although this result was also achieved thanks to the contributions from various public bodies which amounted to € 1,134,574.00 in 2018 and € 992,239.00 in 2017). Therefore, whilst focusing on the same territory that boasts the recognition of the Unesco brand, and even if the sites managed by the Directorate-General for MiBACT Museums are different from those managed by the RavennaAntica Foundation, state revenues appear to be about half of those made by the foundation; it should also be noted that – even if they not accurately quantifiable – the costs of preserving Unesco elements are borne exclusively by MiBACT (and not by the Foundation).

If the ultimate purpose of the Foundation is the conservation and public use of Ravenna heritage as well as the promotion of further historical-archaeological research, these objectives are achieved thanks to intense commercial activity which, since 2000, has been exercised through the management of the museum of the Domus dei Tappeti di Pietra di Ravenna, the management of the archaeological site of the Ancient Port of Classe, the museum site at the ex church of S. Nicolò in Ravenna entitled “*TAMO All the adventure of mosaics*” and the addi-

²³ The Foundation was established on December 22, 2000 in execution of the Protocol of intent signed on December 5, 1997 by the Municipality of Ravenna, the University of Bologna, the Superintendence for Archaeological Heritage of Emilia-Romagna, the Superintendence for Heritage Environmental and Architectural for the provinces of Ravenna, Ferrara, Forlì-Cesena and Rimini, from the Archdiocese of Ravenna-Cervia, from the Cassa di Risparmio di Ravenna Foundation.

Pursuant to art. 1 of the statute, the Foundation pursues the aim of «ensuring adequate conservation and public use of the cultural assets conferred and / or given in concession or in use; improve the public use of the cultural assets conferred, and / or data in concession or in use while ensuring their adequate conservation; implement the integration of the management and enhancement activities of the cultural assets conferred and / or given in concession or in use, with those activities concerning the assets conferred by other participants to the Foundation, increasing the services offered to the public in the territory, improving their quality and making savings management; to realize forms of national and international valorisation of the cultural heritage, also with restoration of the assets».

tional services of the Civic Archaeological Museum Tobia Aldini in Forlimpopoli, in agreement with the Municipality of Forlimpopoli (the owner). The intensification of the management of these sites and, therefore, of commercial activities has determined, starting from 2015, the modification of the (fiscal) nature of the entity that has assumed the connotation of a “commercial entity” (also if not for statutory purposes)²⁴.

This stage in the life of the Ravenna Antica Foundation confirms in practice how carrying out commercial activities, even on Unesco sites, is completely possible and leads to beneficial financial effects which, on the contrary, are not recorded when the subject (MiBACT) presumes to carry out the traditional business of selling tickets only, without also pursuing an aim of financial equilibrium.

In other words, the experience confirms that the values encapsulated in articles 9 and 97 of the Italian Constitution are fully compatible, and not conflicting. Focusing exclusively on maximising the ends (article 9 of the Constitution) leaves unresolved the problem of finding adequate financial resources (article 97 of the Constitution). This is the case even where cultural resources, all things equal, would enable profits to rise.

The coexistence within one area declared a “world heritage site” of a publicly-managed structure and a private structure, albeit with non-profit ends and made up of (mostly) public persons, seems to confirm the argument put forward elsewhere on the possibility of achieving cultural promotion ends according to a method of company efficiency which can be put in place by entities other than those that own the goods, and irrespective of the legal nature of that managing entity.²⁵

Furthermore, entrusting a state archaeological area which has been declared a world heritage site (such as the one of Su Nuraxi) to a private Foundation demonstrates that its inalienability, pursuant to article 54 comma 1 of Legislative Decree no. 42/2004 does not imply that its management cannot be entrusted to third parties. This legal route, despite not being fully well-established²⁶, has scarcely been experimented on a large scale in administrative practice, but the few examples of such cases in the field of Unesco have all been successful.

²⁴ Article 149, paragraph 1, Presidential Decree 22 December 1986, n. 917 (TUIR) states that regardless the forecasts of the articles or memorandum of association, an entity loses the status of “non-commercial entity” if it mainly carries out commercial activities for an entire tax period, in particular recalling some elements connected to the activity effectively exercised which must be valued, as the prevalence of revenues deriving from commercial activities when compared to the normal value of the sales or services relating to institutional activities and the prevalence of fixed assets relating to the commercial activity, net of depreciation, with respect to the remaining activities.

²⁵ A.L. Tarasco, *La redditività*, cit., *passim*; *Diritto e gestione*, cit., *passim*.

²⁶ See, for example, the interview released to M. Pirelli, *Tokenizzare la Gioconda? Vendere si può ma non si fa*, in *Il Sole 24 ore - Plus 24*, 16 maggio 2020, p. 18.

6. *Conclusions: timeless prejudices and timeless values*

From the examination carried out it clearly emerges that, despite the formal proclamations, the solemn declarations of principle, the frequent international conferences, the Italian legislator (at least the state one) did not take into consideration the qualification previously conducted by UNESCO for a particular site; the consideration of UNESCO sites, in the administrative organization (most recently, in seven years of uninterrupted reforms: 2014-2020), cannot be said to be special or differentiated from other institutes or places of culture referred to in art. 101, d. lgs. n. 42/2004 (with the exception of Villa Adriana and Villa d'Este). The feared «adaptation of Italy to international standards in the field of museums» and the «improvement of the promotion for the development of culture, also in terms of technological and digital innovation» (art. 14, comma 2-bis, dl 31 May 2014, n.83) has forgotten sites such as Castel del Monte, the Last Supper, the Etruscan Necropolises of Cerveteri and Tarquinia, which are still run according to the traditional methods of direct management by the institution owner, with the exception of certain public services. This seriously compromises, at least in some cases, not only the quality of use but also the financial profitability, certainly very modest compared to the potential.

In other cases, the ownership fragmentation of the sites has not been compensated by management plans (art. 3, law no. 77/2006) capable of overcoming the different belonging and modes of use: the ownership regime continues to prevail over the needs of unitary and optimal use, considerably reducing the concept of “state property” understood as a service to the public of public goods.

On the financial level, the studies over the self-financing of UNESCO sites are very scarce, and the only profiles investigated (by business experts) appear to be those of the positive externalities coming from public investments as well as the positive externalities coming from the loans obtained through the traditional lever of general taxation (by the tax authorities).

Coping with this backwardness, one of the few bright points is represented by the experience of outsourcing the entire management (and not only of certain services, such as the ticket office) of the state archaeological area of Su Nuraxi, in the Municipality of Barumini, in Sardinia, first in favour of the local municipal administration and subsequently granted to the “Barumini Sistema Cultura” Foundation, owned by the Municipality itself. This is an example of how a state archaeological area, inalienable since pursuant to art. 54, paragraph 1, d.lgs. n. 42/2004, and moreover recognized by UNESCO as “universal heritage of humanity”, can be managed by a private entity, moreover with more than satisfactory financial results.

If only the ideological timeless prejudices were buried and the quality of the service to the public was to become the main goal to be accomplished, this model could be extended to many other exhibition places of cultural heritage, and not only for the ones under the Unesco brand. Also, the poorly tolerated balances of the financial statements should become a priority, these, yes, never to be set aside (art. 97, paragraph 1, of the Constitution).

Proprietary fragmentation and public-private management of UNESCO sites owned by the Italian state

The paper intends to develop the relationship between UNESCO sites belonging to the Italian State, and the profiles of profitability and sustainability.

Although it's true that the general characteristics of UNESCO Italian sites (and not only) are the heterogeneity of legal ownership, at the same time in the UNESCO sites belonging to Italian state (25 out of 55: 45.55%) the heterogeneity of management models is added to the plurality of legal regimes. In this case, plurality of ownership affects fruition, since it also affects the management of such sites. The negative effects of the fragmentation of state-owned UNESCO sites can be summed up in: 1) differences in staff recruitment; 2) differences in management models; 3) differences in fruition qualities; 4) differences in economic profitability; 5) differences in accounting frameworks.

Frammentazione proprietaria e gestione pubblico-privata dei siti Unesco appartenenti allo Stato italiano

Il saggio intende sviluppare la relazione tra i siti Unesco appartenenti allo Stato italiano e i profili di redditività e sostenibilità. Se è vero che la caratteristica generale dei siti Unesco italiani (e non solo) è l'eterogeneità della proprietà giuridica, contemporaneamente nei siti Unesco appartenenti allo Stato italiano (25 su 55: 45,55%) alla pluralità di regimi giuridici si aggiunge un'eterogeneità di modelli gestionali. In questo caso, la pluralità di proprietà incide sulla valorizzazione del sito, poiché condiziona anche la gestione di quest'ultimo. Gli effetti negativi della frammentazione del sito Unesco di proprietà statale possono essere sintetizzati in: 1) differenze nel reclutamento del personale; 2) differenze nei modelli di gestione; 3) differenze nelle qualità dell'esperienza; 4) differenze nella redditività economica; 5) differenze nel quadro contabile.

Ragionevole durata del procedimento amministrativo e “sorte” dell'atto tardivo

Scilla Vernile

SOMMARIO: 1. Introduzione: l'importanza del fattore “tempo” nel diritto in generale e nel diritto amministrativo in particolare. – 2. Il Decreto Semplificazioni e la rinnovata attenzione per i “tempi” delle pubbliche amministrazioni. – 3. Delimitazione dell'ambito di indagine: il “tempo” del procedimento (da concludersi necessariamente con un provvedimento espresso). – 4. Dalla ragionevole durata del processo alla ragionevole durata del procedimento. – 5. Approfondimento specifico su procedimento amministrativo e *ius superveniens*. – 6. Conclusioni. Il giudice amministrativo “signore” degli atti tardivi.

1. *Introduzione: l'importanza del fattore “tempo” nel diritto in generale e nel diritto amministrativo in particolare*

Il fluire del tempo, inteso come progresso, mutamento o avanzamento storico e sociale, costituisce l'impulso per la creazione del diritto e la sua trasformazione¹. Il diritto si genera e si sviluppa per “organizzare” la “storia” nella sua evoluzione², per regolare i rapporti nel tempo, adeguandosi e contestualizzandosi alle dinamiche sociali³; è per natura mutevole e si aggiorna costantemente, garantendo così la sua modernità⁴.

¹ L. Iannotta, *Scienza e realtà: l'oggetto della scienza del diritto amministrativo tra essere e divenire*, in *Dir. amm.*, 1996, 4, 579; L. Cuocolo, *Tempo e potere nel diritto costituzionale*, 2009, Milano, 40.

² Il tema è stato trattato anche nella prospettiva filosofica; tra tanti, G. Husserl, *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto*, Milano, 1998, per il quale «Ogni sistema giuridico rappresenta una determinata fase nella storia dell'umanità. [...] La norma giuridica ha sempre le sue radici esistenziali in una determinata situazione storica». Il diritto, infatti, «si collega regolarmente a cose della realtà sociale che sono date prima del diritto», ma, sebbene gli eventi della vita non costituiscano invenzioni del diritto, è comunque possibile intravedere un processo di creazione. Infatti, «venendo sottoposte all'idea del diritto, le cose della realtà sociale subiscono una trasformazione strutturale. Le cose del diritto formano una propria categoria di oggetti dell'esperienza umana» (20-21).

³ M. d'Orta, *Diritto e tempo. L'idea di “progresso” del diritto dall'antichità alla modernità*, Torino, 2012, 21, per il quale «le sinergie tra la progressione della storia e quella che del diritto appaiono salde, così che [...] potrebbe supporre attendibile l'assimilazione, alle categorie della storia e del diritto, di una ulteriore categoria, ‘categoria di relazione’ di storia e diritto, legittimata da una coerenza intrinseca confortata nella spazialità del tempo».

⁴ M. d'Orta, *Diritto e tempo*, cit., 21.

Di conseguenza, nonostante non dispongano – generalmente – che per l'avvenire (ad eccezione di quelle retroattive), le norme giuridiche sono tutte temporalmente limitate, pur non essendo possibile prevedere in anticipo e con certezza quale sarà il momento in cui cesseranno di avere valore⁵. Esse hanno fondamento e mantengono vigore finché restano attuali le condizioni sociali che ne hanno determinato l'esistenza⁶ (a conferma l'antico brocardo *lex posterior derogat priori*).

Anche il diritto delle amministrazioni pubbliche è frutto del suo tempo.

Basti pensare, sul profilo dell'organizzazione, all'esistenza stessa degli enti pubblici, numericamente determinata dalla molteplicità di interessi considerati meritevoli di tutela in quel determinato momento storico. Parimenti, l'"azione" amministrativa, intesa come il concreto esercizio del potere attribuito alle amministrazioni in vista della tutela di uno specifico interesse pubblico, è influenzata dalle connessioni tra tempo – storicamente inteso – e diritto. Di ciò è espressione il principio del *tempus regit actum*, in forza del quale il diritto che le amministrazioni applicano è quello in vigore al momento in cui si compie l'azione.

Il tempo che regola il contenuto della decisione amministrativa, infatti, sarebbe quello del suo perfezionamento, del momento in cui l'atto è completo di tutti i suoi elementi costitutivi. Al contempo, a partire da quella data, il provvedimento resta immune da eventuali modifiche normative⁷.

Tuttavia, se dall'adozione del provvedimento non rilevano più le novità legislative, fino a quel momento esse potrebbero incidere sul contenuto del provvedimento, che, per tale ragione, non è esattamente prevedibile alla data della presentazione dell'istanza ovvero dell'avvio d'ufficio del procedimento. Il provvedimento finale, nonché gli atti endoprocedimentali, dovrebbero conformarsi alla legge vigente al momento della loro emanazione, anche quando diversa da quella in vigore al momento dell'avvio del procedimento⁸.

⁵ G. Husserl, *Diritto e tempo*, cit., 20-21: «di regola le leggi parlano come se possedessero validità per ogni tempo. Ma anche quando una norma non ha una fine giuridicamente stabilita, la sua esistenza ha un limite temporale, anche se non è univocamente determinabile in anticipo».

⁶ F. Siciliano, *La legalità amministrativa (comunitaria ed interna) e certezza del diritto: riflessi sui rapporti amministrativi ed istituzionali*, Milano, 2010, 21.

⁷ *Ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 1° settembre 2015, n. 4059, per cui «la legittimità del provvedimento va accertata con riferimento allo stato di fatto e di diritto esistente al momento della sua emanazione, con conseguente irrilevanza di provvedimenti successivi, i quali in nessun caso possono legittimare o delegittimare *ex post* precedenti atti amministrativi». Per ulteriori indicazioni giurisprudenziali, si v., *infra*, § 5.

⁸ Così, *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2015, n. 1313, per cui «la P.A. è tenuta ad applicare la normativa in vigore al momento dell'adozione del provvedimento definitivo, ancorché sopravvenuta, e non già quella in vigore al momento dell'avvio del procedimento, salvo che espresse disposizioni normative stabiliscano diversamente [...] Il principio del *tempus regit actum* [...] comporta che la P.A. deve considerare anche le modifiche normative intervenute durante il procedimento, non potendo considerare l'assetto normativo cristallizzato in via definitiva alla data dell'atto che vi ha dato avvio». In dottrina, A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, secondo il quale tutti gli atti «vanno posti in essere nel concorso delle circostanze, e nel rispetto di tutte le esigenze, fissate dalla legge nel tempo in cui si realizzano». E ciò vale tanto con riferimento agli atti preparatori che a quelli costitutivi. L'ulteriore conseguenza che discende dalla regola del *tem-*

Ecco, allora, che la durata dei procedimenti amministrativi potrebbe riflettersi sul paradigma legale del provvedimento finale, non potendosi trascurare le ripercussioni, spesso significative, di un'eventuale riforma che intervenga nel corso dell'esercizio del potere sugli interessi coinvolti. Il tempo "esterno" all'amministrazione dialoga necessariamente con quello "interno"⁹ e un eccessivo (e irragionevole) scostamento tra i due mina inevitabilmente la prevedibilità dell'azione amministrativa, nonché le esigenze di certezza dei soggetti interessati.

I tempi eccessivamente lunghi dei procedimenti¹⁰, insieme alla complessità delle procedure e alla cavillosità delle regole¹¹, costituiscono alcune delle criticità più rilevanti per il funzionamento dell'apparato istituzionale¹², tra le principali fonti di frustrazione per la componente imprenditoriale nonché, più in generale,

pus regit actum è, dunque, l'insensibilità degli atti già compiuti alle successive modifiche normative. «Quale che possa essere la modificazione apportata da una legge nuova, in relazione, poniamo, alle esigenze formali, la forma di un atto posto in essere nella veste, la quale, al tempo della sua emissione, era conforme alle esigenze del diritto, non viene a perdere la suscettibilità di esprimere validamente, nel tempo soggetto alla legge nuova, l'azione che attraverso essa tende a esplicarsi».

⁹ Sulla distinzione tra un tempo esterno e uno interno dell'azione amministrativa, si v. G.D. Comporti, *Tempus regit actum. Contributo allo studio del diritto intertemporale dei procedimenti amministrativi*, Torino, 2001, per il quale il tempo esterno «appartiene al fluire delle vicende umane e alla mutevole configurazione degli equilibri istituzionali che ne sono la risultante: esso appare, dunque, come un continuo divenire e si riflette nel principio della inesauribilità della funzione legislativa e normativa in generale. Il secondo è un tempo interno all'amministrazione, da questa stessa individuato in funzione dei singoli settori problematici di intervento, e rappresenta la cifra ed il segno esteriore atto a ricomprendere in unità diacronica tutte le sequenze istruttorie in cui si articola un procedimento» (20 ss).

¹⁰ Senza pretesa di esaustività, si v. A. Angiuli, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Bari, 1988; M. Mazzamuto, *Legalità e proporzionalità temporale dell'azione amministrativa: prime osservazioni*, in *Foro amm.*, 1993, 1739; M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995; L. Cesarini, *I tempi del procedimento ed il silenzio*, in B. Cavallo (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Torino, 2000; M. Lipari, *I tempi del procedimento amministrativo. Certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, in *Dir. amm.*, 2003, 2, 291; F. Goisis, *La violazione dei termini previsti dall'art. 2, l. n. 241 del 1990: conseguenze sul provvedimento tardivo e funzione del giudizio ex art. 21-bis l. Tar*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2004, 575; G. Bottino, *La riforma della conclusione del procedimento amministrativo tra obbligo di provvedimento espresso e modalità di determinazione dei termini finali (la l. n. 80 del 2005 ed il nuovo art. 2, l. n. 241 del 1990)*, in *Foro amm. Tar*, 4, 2005, 1345; G. Morbidelli, *Il tempo del procedimento*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 251; A. Colavecchio, *La nuova disciplina dei termini procedurali tra innovazioni evolutive e occasioni mancate*, in *Nuove autonomie*, 2010, 2, 315; M. Immordino, *Tempo ed efficienza nell'azione amministrativa*, in A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2010, 57; S.S. Scoca, *Il termine come garanzia nel procedimento amministrativo*, in *Giustamm.it*; M. Corradino, *Termini, efficacia e silenzio dell'Amministrazione nelle "riforme" della legge n. 241/1990*, *ivi*; D. Vese, *Termine del procedimento amministrativo e analisi economica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2017, 779; se si vuole, S. Vernile, *La relatività del tempo (amministrativo): la validità del provvedimento tardivo e la tutela risarcitoria (e indennitaria) tra esigenze di tutela del privato e perseguimento dell'interesse pubblico*, in questa *Rivista*, 2015, 2, 403.

¹¹ B.G. Mattarella, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, 2011, *passim*.

¹² «Ognun vede come l'adottare un atto amministrativo in un momento anziché in un altro, il ritardare l'emanazione, l'esecuzione, o, addirittura, l'omettere ogni determinazione su di esso costituiscano, per l'Amministrazione, un ventaglio di alternative idonee ad assicurarle una incidenza notevole ed effettiva sulla gestione, tanto dell'interesse primario affidato alle sue cure, quanto degli altri interessi eventualmente coinvolti nel procedimento». Così A. Angiuli, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, cit., 13.

per i cittadini che si rapportano con le pubbliche amministrazioni. D'altro canto, la certezza temporale costituisce un elemento imprescindibile ai fini della programmazione delle attività umane¹³ e la tempestività dell'azione amministrativa si pone quale fattore indispensabile per garantire la competitività dell'Italia nel panorama europeo e internazionale¹⁴.

Il "tempo" costituisce un parametro determinante per ogni operazione d'investimento¹⁵, oltre che un elemento da considerare nel valutare le scelte che incidono sulla sfera personale. In un momento di grande dinamicità dei mercati e di rapidità delle trasformazioni sociali, è importante, dunque, che le amministrazioni assicurino risposte certe e in tempi brevi¹⁶.

A ciò si aggiunge che il tempo è altresì uno "strumento" di cui il diritto si serve per garantire la certezza dei rapporti all'interno dell'ordinamento, data la capacità del suo fluire talvolta di consolidare, talaltra di affievolire le pretese. L'elemento cronometrico, infatti, incide sulle dinamiche di produzione degli effetti giuridici, poiché il mero decorso del tempo è spesso idoneo a costituire, modificare o estinguere situazioni giuridiche, come provano i vari termini disciplinati sia dal diritto privato sia dal diritto pubblico¹⁷.

Con particolare riguardo al diritto amministrativo, il riferimento va oggi, oltre che al termine di conclusione dei procedimenti, specialmente (ma non solo) ai limiti posti al potere di autotutela nei confronti dei provvedimenti più idonei a consolidare l'affidamento dei privati, nonché alla previsione, introdotta dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76, recante "Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale" (c.d. Decreto Semplificazioni)¹⁸, convertito, con modificazioni, con l. 11 settembre 2020, n. 120, secondo la quale gli atti dalla stessa individuati sarebbero inefficaci ove adottati tardivamente. Ed è proprio prendendo spunto dalle riforme varate con il Decreto Semplificazioni che muoverà la ricerca.

¹³ S. Osella, *La centralità del "tempo" nella valutazione della correttezza della pubblica amministrazione*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 3, 649.

¹⁴ In questo senso, F. Patroni Griffi, *Procedimento amministrativo e responsabilizzazione dei poteri pubblici: a vent'anni dalla legge n. 241/1990*, in *Corriere giuridico*, 3, 2011, 301, per il quale non si può più negare il riconoscimento del tempo in termini di bene autonomamente meritevole di tutela. Il tempo rappresenta, infatti, «uno degli indicatori più rilevanti di misurazione dei costi delle attività e uno degli indicatori che contribuiscono a peggiorare i graduarci nelle classifiche internazionali» (307).

¹⁵ P. Quinto, *Il tempo, come bene della vita nel procedimento amministrativo: le perplessità del legislatore e l'incertezza del giudice*, in *Giustamm.it*.

¹⁶ F. Merusi, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Dir. amm.*, 2002, 4, 527, per il quale «nello Stato del mercato la Pubblica Amministrazione è una componente del mercato. Non solo deve essere efficiente come gli operatori privati per partecipare allo sviluppo economico, ma, soprattutto, deve dare certezze temporali ai privati per non creare asimmetrie nel contraddittorio paritario nel quale si sostanzia, giuridicamente, la concorrenza».

¹⁷ G. Alpa, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006, 8, conferma che «ruolo pubblico e ruolo privato sono strettamente connessi sotto l'usbergo della certezza del diritto».

¹⁸ Si v. in proposito l'editoriale di M. Occhiena, *Il coraggio di semplificare*, in questa *Rivista*, 2020, 2.

2. *Il Decreto Semplificazioni e la rinnovata attenzione per i “tempi” delle pubbliche amministrazioni*

Negli ultimi trent'anni, le modifiche normative sui “tempi” dell'azione amministrativa si sono succedute a cadenza regolare e non vi è stata riforma più “strutturale” che non si sia interessata anche della durata dei procedimenti amministrativi per promuoverne un'accelerazione¹⁹.

L'attenzione ai “tempi” dell'azione amministrativa non è mancata nemmeno con la riforma introdotta con il Decreto Semplificazioni, che affronta in più punti la questione, incidendo su profili diversi che meritano di essere richiamati, ancorché rapidamente, anche al fine di delimitare l'ambito di indagine del presente lavoro.

La prima previsione da esaminare è contenuta nell'art. 12, co 1, lett. a), che modifica l'art. 2, l. 241/1990, inserendo i commi 4-*bis* e 8-*bis*. Il primo dispone che «le pubbliche amministrazioni misurano e pubblicano nel proprio sito internet istituzionale, nella sezione “Amministrazione Trasparente”, i tempi effettivi di conclusione dei procedimenti amministrativi di maggiore impatto per i cittadini e per le imprese, comparandoli con i termini previsti dalla normativa vigente. Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione, previa intesa in Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sono definiti modalità e criteri di misurazione dei tempi effettivi di conclusione dei procedimenti, nonché ulteriori modalità di pubblicazione di cui al primo periodo».

La disposizione mette in evidenza lo “scostamento” che si registra nella prassi tra i termini di conclusione dei procedimenti stabiliti dalla (o per) legge e i tempi effettivi che le amministrazioni solitamente impiegano per adottare il provvedimento finale²⁰. Nonostante, infatti, per ogni procedimento amministrativo, come noto, sia previsto uno specifico termine di conclusione, pena l'applicazione di quello residuale di trenta giorni disciplinato dall'art. 2, l. 241/1990, assai rara-

¹⁹ Per una rapida, ancorché non esaustiva, rassegna, in ogni caso limitata agli interventi sulla l. 241/1990, a partire dall'introduzione generalizzata del termine di conclusione dei procedimenti già in sede di adozione della legge, si pensi alle continue variazioni che hanno visto modificare il termine residuale indicato dall'art. 2, dai trenta giorni originari, ai novanta giorni previsti con la l. 80/2005, per poi tornare ai trenta giorni attuali con la l. 69/2009. Ancora, non possono non assumere rilievo l'introduzione, per opera della medesima l. 69/2009, dell'art. 2-*bis* sul danno da ritardo e le riforme del 2012, con l'introduzione del provvedimento in forma semplificata per la conclusione dei procedimenti avviati a fronte di istanze manifestamente inammissibili, irricevibili, improcedibili o infondate (su cui sia consentito rinviare a S. Vernile, *Il provvedimento amministrativo in forma semplificata*, Napoli, 2017) e del meccanismo della sostituzione “interna”, tramite un apposito responsabile, attivabile dal soggetto interessato una volta decorso infruttuosamente il termine di conclusione del procedimento. A tali misure si è aggiunta la previsione di un indennizzo da ritardo per opera dell'articolo 28, comma 9, del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, disciplinato all'art. 2-*bis*, co. 1-*bis*.

²⁰ S. Vernile, *La relatività del tempo (amministrativo)*, cit.

mente le amministrazioni riescono a rispettare tali termini, adottando in ritardo i provvedimenti, con conseguenze spesso assai gravose per i soggetti interessati.

A ben guardare, il Decreto Semplificazioni, con specifico riguardo al tema della durata dei procedimenti amministrativi, si limita a imporre una sorta di “censimento” dei tempi effettivi occorrenti per la conclusione dei procedimenti “di maggiore impatto” per le imprese e per i cittadini, favorendo, peraltro, una “pericolosa” gerarchia tra procedimenti (che dovrebbe essere stilata dalle amministrazioni, secondo le modalità e i criteri da determinarsi con DPCM). Sebbene non si spinga oltre la promozione di un “controllo generalizzato” del rispetto dei termini²¹, la disposizione ha senz'altro il merito di “puntare” nuovamente l'attenzione sulla tempestività dell'azione amministrativa, la cui rilevanza è confermata dalla contestuale modifica dell'art. 29, co. 2-*bis*, l. 241/1990, che riconduce l'obbligo di misurare i tempi effettivi di conclusione dei procedimenti ai livelli essenziali delle prestazioni *ex art.* 117, co. 2, lett. *m*), Cost.

Invero, dalla lettura dell'intero Decreto Semplificazioni, emerge in generale una certa attenzione per i “tempi” dell'azione amministrativa anche rispetto all'ulteriore profilo, richiamato nel paragrafo introduttivo, che vede nel fattore temporale uno “strumento” per garantire la certezza dei rapporti. Occorre soffermarsi, allora, sulla seconda previsione introdotta dall'art. 12 del Decreto Semplificazioni all'art. 2, l. 241/1990, ossia il nuovo comma 8-*bis*, ai sensi del quale «le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza dei termini di cui agli articoli 14-*bis*, comma 2, lettera c), 17-*bis*, commi 1 e 3, 20, comma 1, ovvero successivamente all'ultima riunione di cui all'articolo 14-*ter*, comma 7, nonché i provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti, di cui all'articolo 19, commi 3 e 6-*bis*, primo periodo, adottati dopo la scadenza dei termini ivi previsti, sono inefficaci, fermo restando quanto previsto dall'articolo 21-*nonies*, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni».

La norma “sanziona” con l'inefficacia gli atti adottati successivamente alla scadenza dei termini previsti dalla relativa disciplina che, conseguentemente, devono essere considerati perentori. Al fine di valutare l'effettiva portata della disposizione, dunque, è opportuno esaminare gli atti disciplinati dalla l. 241/1990 cui fa riferimento il comma 8-*bis*.

²¹ La portata più innovativa della disposizione sembra consistere, invero, nella forma di pubblicità, che consente un “controllo” della tempestività dell'azione amministrativa a prescindere dall'interesse in un dato procedimento. Allo scarto tra il termine di conclusione previsto e il tempo effettivamente impiegato, infatti, sebbene esclusivamente in caso di procedimenti a istanza di parte, è già attribuito rilievo ai sensi dell'art. 2, co. 9-*quinquies*, l. 241/1990, a mente del quale «nei provvedimenti rilasciati in ritardo su istanza di parte sono espressamente indicati il termine previsto dalla legge o dai regolamenti e quello effettivamente impiegato».

Innanzitutto, si richiamano le determinazioni relative all'oggetto della conferenza di servizi semplificata che devono essere rese dalle amministrazioni coinvolte entro il termine comunicato dall'amministrazione procedente, invero classificato come perentorio già dall'art. 14-*bis*, co. 2, lett. c). Il nuovo comma 8-*bis* dell'art. 2, chiarendo che l'atto adottato oltre il termine è inefficace, conferma tale perentorietà.

L'inefficacia è altresì disposta ove siano adottati in ritardo gli atti disciplinati dall'art. 17-*bis*, commi 1 e 2, ossia gli atti di assenso, concerto o nulla-osta comunque denominati di amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici da acquisire in vista dell'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di altre amministrazioni pubbliche e che, secondo quanto previsto dall'articolo 17-*bis*, si intendono acquisiti una volta scaduto infruttuosamente il termine per gli stessi previsto. Ancora, sono inefficaci gli atti emanati all'esito della riunione, nell'ambito della conferenza di servizi simultanea di cui all'art. 14-*ter*, oltre il termine stabilito, poiché anche in quel caso il legislatore ha attribuito un significato all'assenza o alla partecipazione non attiva delle amministrazioni, prevedendo che sia acquisito l'assenso senza condizioni delle amministrazioni il cui rappresentante non abbia partecipato alle riunioni ovvero, pur partecipandovi, abbia espresso un dissenso non motivato o riferito a questioni che non costituiscono oggetto della conferenza.

Di maggiore impatto, il richiamo agli atti adottati a seguito della formazione del silenzio assenso ai sensi dell'art. 20, ossia nell'eventualità in cui l'amministrazione non abbia adottato un provvedimento di diniego ovvero indetto una conferenza di servizi entro il termine di conclusione del procedimento. La nuova previsione chiarisce che quando la legge attribuisce valore al silenzio, la sua formazione impedisce alle amministrazioni competenti di intervenire tardivamente perché il silenzio è già produttivo dei medesimi effetti del provvedimento²²: la previsione del silenzio significativo, infatti, non fa venire meno il dovere di provvedere²³ (e, dunque, di condurre un'istruttoria completa²⁴) e la tutela è assicurata tramite l'azione di annullamento.

In particolare, ai sensi dell'art. 20, l. 241/1990, il silenzio mantenuto oltre il termine previsto per esprimersi produce i medesimi effetti di un atto di assenso, pertanto all'amministrazione è precluso riesercitare il potere, esaurito al pari

²² F.G. Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, afferma nella premessa del suo lavoro che non si pone un problema di inerzia e, quindi, di tutela quando è la stessa legge a equiparare il silenzio al provvedimento amministrativo; E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, ed. a cura di F. Fracchia, Milano, 2020, 556, per il quale il provvedimento di rifiuto costituisce esercizio di un potere.

²³ A. Travi, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985, *passim*; M. Renna, F. Figorilli, *Silenzio della pubblica amministrazione. I) Diritto amministrativo* (voce), in *Enc. giur.*, Roma, 2009.

²⁴ V. Parisio, *Il silenzio della pubblica amministrazione tra prospettive attive e fattuali, alla luce delle novità introdotte dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15 e dalla l. 14 maggio n. 80*, in *Foro amm. Tar*, 2006, 7-8, 2798.

di quanto sarebbe accaduto in caso di adozione del provvedimento espresso²⁵. Un ulteriore intervento sarebbe ammesso solamente in presenza dei presupposti e delle condizioni per l'esercizio del potere di autotutela.

Tuttavia, la norma non consente di superare i dubbi applicativi concernenti l'istituto del silenzio-assenso²⁶, che, pur non potendo essere esaminati nel dettaglio in questa sede, non consentono di valutare il nuovo comma 8-*bis* dell'art. 2 come risolutivo delle principali criticità registrate nella prassi²⁷. La previsione dell'inefficacia degli atti adottati successivamente alla scadenza del termine *ex art.* 20, in particolare, non risolve il problema dell'incertezza in cui versano gli interessati rispetto all'intervenuta formazione del silenzio produttivo dei medesimi effetti di un provvedimento di accoglimento²⁸, vuoi perché, nonostante il tentativo di censire i procedimenti oggetto di silenzio-assenso²⁹, il suo ambito di applicazione resta non esattamente circoscritto, vuoi perché, la giurisprudenza amministrativa, almeno con riguardo alla fattispecie in materia edilizia, ha chiarito che, ai fini della formazione del silenzio-assenso, non è sufficiente il mero decorso del termine di conclusione del procedimento, ma è comunque necessaria la sussistenza dei requisiti e dei presupposti di legge³⁰.

²⁵ M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, Napoli, 2018, 288.

²⁶ Cfr., fra tanti, A. Travi, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, cit.; B. Tonoletti, *Silenzio della pubblica amministrazione* (voce), in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 1995, XIV, 156; V. Parisio, *Silenzio della pubblica amministrazione* (voce), in S. Cassese (a cura di), *Dizionario Giuridico di diritto pubblico*, Milano, 2006, 5550; Id., *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano, 1996., 150; M. Occhiena, F. Saitta, *Il silenzio significativo come misura di semplificazione dell'attività edilizia: dubbi e prospettive*, in *Riv. giur. edilizia*, 2010, 5, 399.

²⁷ M. Calabrò, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in *Federalismi.it*.

²⁸ Id., *Il silenzio assenso nella disciplina del permesso di costruire. L'inefficacia della decisione tardiva nel d.l. n. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni)*, in *Giustiziainsieme.it*.

²⁹ Si v. in proposito il d.lgs. 25 novembre 2016, n. 222, recante "Individuazione di procedimenti oggetto di autorizzazione, segnalazione certificata di inizio di attività (SCIA), silenzio assenso e comunicazione e di definizione dei regimi amministrativi applicabili a determinate attività e procedimenti, ai sensi dell'articolo 5 della legge 7 agosto 2015, n. 124" (c.d. SCIA 2), su cui si v. E. Boscolo, *I decreti attuativi della legge Madia: liberalizzazione e ridisegno del sistema dei titoli edilizi*, in *Riv. giur. edilizia*, 6, 2016, 601.

³⁰ *Ex multis*, Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 15 giugno 2020, n. 185; Tar Campania, Napoli, sez. IV, 12 maggio 2020, n. 1730; sez. VIII, 6 maggio 2020, n. 1654; Tar Perugia, sez. I, 4 maggio 2020, n. 187; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 15 aprile 2020, n. 634; Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 31 marzo 2020, n. 690; Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 17 marzo 2020, n. 1173; Cons. Stato, sez. IV, 24 gennaio 2020, n. 569; Tar Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 20 gennaio 2020, n. 49; Cons. Stato, sez. IV, 7 gennaio 2019, n. 113, che ha riformato la sentenza di primo grado con cui era stata accolta l'azione di accertamento della formazione del silenzio assenso su un'istanza di permesso di costruire, chiarendo che «la formazione tacita dei provvedimenti amministrativi per silenzio assenso presuppone, quale sua condizione imprescindibile, non solo il decorso del tempo dalla presentazione della domanda senza che sia presa in esame e sia intervenuta risposta dall'Amministrazione, ma la contestuale presenza di tutte le condizioni, i requisiti e i presupposti richiesti dalla legge, ossia degli elementi costitutivi della fattispecie da cui si deduce l'avvenuto perfezionamento, con la conseguenza che il silenzio assenso non si forma nel caso in cui la fattispecie rappresentata non sia conforme a quella normativamente prevista».

Ne deriva che ove l'amministrazione intervenga tardivamente, l'inefficacia del provvedimento, in ogni caso rimessa all'accertamento di un giudice³¹, potrebbe essere messa in discussione dall'incertezza sull'intervenuta formazione del silenzio-assenso³², ad eccezione delle ipotesi in cui l'interessato abbia "giocato d'anticipo", esercitando un'azione (atipica) di accertamento del silenzio-assenso³³ che, in tal caso, parrebbe idonea a "vincolare" l'amministrazione anche rispetto all'eventuale esercizio del potere di autotutela³⁴.

A meno di non ritenere che il nuovo comma 8-*bis* abbia inteso confermare, in maniera indubbiamente più sistematica (e superando l'orientamento giurisprudenziale dominante almeno con riguardo alla fattispecie edilizia), che per la formazione del silenzio-assenso sia sufficiente il mero decorso del termine, a prescindere dall'effettiva sussistenza dei requisiti e presupposti di legge³⁵. Le amministrazioni, dunque, una volta formatosi il silenzio assenso non potrebbero che intervenire in autotutela, con il rischio, tuttavia, che le stesse siano disincentiva-

³¹ Peraltro, come meglio si dirà, l'inefficacia parrebbe una conseguenza dell'invalidità e, in particolare, della nullità del provvedimento amministrativo, ponendosi, pertanto, anche un tema di giurisdizione, superabile, rispetto alla fattispecie in esame, alla luce della previsione dell'art. 20, co. 5-*bis*, che devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ogni controversia relativa all'applicazione dell'articolo, come confermato anche dall'art. 133, co. 1, lett. a-*bis*), c.p.a.

³² Interessante, a tal proposito, la previsione dell'art. 20, co. 8, D.P.R. 380/2001, come modificata dalla l. 120/2020 di conversione del d.l. 76/2020, a mente della quale «fermi restando gli effetti comunque prodotti dal silenzio, lo sportello unico per l'edilizia rilascia anche in via telematica, entro quindici giorni dalla richiesta dell'interessato, un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento, in assenza di richieste di integrazione documentale o istruttorie inevase e di provvedimenti di diniego; altrimenti, nello stesso termine, comunica all'interessato che tali atti sono intervenuti».

³³ Si v. ancora Cons. Stato, sez. IV, 7 gennaio 2019, n. 113, che ha chiarito che l'assenza di un'azione generale di accertamento nel c.p.a. «non preclude la possibilità di una tecnica di tutela che, ove necessaria al fine di colmare esigenze di protezione non suscettibili di essere soddisfatte in modo adeguato dalle azioni tipizzate, ha un fondamento nelle norme, immediatamente precettive, dettate dagli artt. 24, 103 e 113 Cost., cui si ispira l'art. 1 del c.p.a.». Nel caso di specie, l'azione era stata proposta proprio al fine di far accertare l'intervenuta formazione del silenzio-assenso, tuttavia, negata dal giudice d'appello, in riforma della sentenza di primo grado, per la mancata conformità della fattispecie rappresentata al paradigma normativo.

³⁴ Vero è, infatti, che l'accertamento giudiziale della situazione giuridica finale, intesa come quella incisa dall'esercizio del potere, «non può quindi coprire i successivi episodi di esercizio del potere che, non essendo ancora avvenuti, non consentono di considerare attuale la relativa situazione effettuale». Tuttavia, vi sarebbe un temperamento nel fatto che «risultano comunque coperti dal giudicato i fatti già considerati nella precedente decisione, in adesione alla teoria dell'efficacia portante della motivazione»: così A. Carbone, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I – Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, Torino, 2020, 169.

³⁵ Come pure è stato sostenuto in giurisprudenza: cfr. Cons. Stato, sez. VI, 20 febbraio 2020, n. 5034, che chiarisce che «alla luce del chiaro disposto dell'art. 87, comma 9, d.lgs. n. 259/2003, deve ritenersi che l'autorizzazione si sia perfezionata per silenzio-assenso sull'istanza congiunta presentata il 4 agosto 2014, non ostandovi la dedotta violazione del limite distanziale, la quale andava verificata all'interno della fase istruttoria e nel termine di 90 giorni, e, una volta spirato tale termine, poteva tutt'al più formare oggetto di provvedimento di annullamento in autotutela, il quale nella specie non solo mai risulta essere stato adottato, ma i cui presupposti sono stati positivamente esclusi con la nota del 24 maggio 2016, e per il resto, doveva essere dedotto quale vizio di legittimità entro il termine decadenziale fissato per la proposizione del ricorso giurisdizionale».

te dall'adottare anche gli atti confermativi³⁶, che avrebbero quantomeno il merito di accertare l'intervenuta formazione del silenzio assenso e tutelare maggiormente il privato.

Terminata la digressione, che tornerà utile nella parte conclusiva del lavoro, occorre accennare agli altri atti inefficaci, ai sensi del nuovo comma 8-*bis* dell'art. 2, ossia quelli adottati dall'amministrazione competente una volta decorsi i termini disciplinati dai commi 3 e 6-*bis* dell'art. 19 della medesima l. 241/1990, in materia di segnalazione certificata di inizio attività. Anche in tal caso, la disposizione conferma la perentorietà del termine che poteva già evincersi, invero, dalla previsione del comma 4 dell'art. 19, a mente del quale, decorso il termine previsto per l'eventuale adozione degli atti inibitori, l'amministrazione competente può adottare i provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e rimozione degli effetti dannosi solamente in presenza delle condizioni previste dall'art. 21-*nonies*³⁷.

In tutti i casi contemplati dal nuovo comma 8-*bis* dell'art. 2 si fa riferimento, dunque, a fattispecie in cui il termine è perentorio ovvero la legge attribuisce "valore" al silenzio³⁸. Di conseguenza, esulano dall'ambito di applicazione della disposizione i casi in cui il silenzio serbato dall'amministrazione oltre il termine di conclusione del procedimento si configuri quale mero fatto, come inadempimento del dovere, sancito dall'art. 2, l. 241/1990, di concludere con un provvedimento espresso i procedimenti che conseguono obbligatoriamente a un'istanza ovvero che debbano essere avviati d'ufficio³⁹.

Inoltre, la norma si riferisce esclusivamente a fattispecie in cui la legge fa derivare dal silenzio i medesimi effetti di un atto di assenso. Restano esclusi, dunque, anche i casi di silenzio-diniego, cui la legge riconduce i medesimi effetti di un provvedimento di rifiuto; esclusione che potrebbe giustificarsi accogliendo la

³⁶ Invero, accogliendo la tesi della consumazione del potere in caso di formazione del silenzio-assenso, gli atti tardivi sarebbero meramente confermativi e, dunque, per loro stessa natura improduttivi di effetti, tanto da non potere essere impugnati autonomamente (cfr. ancora Cons. Stato, sez. VI, 20 febbraio 2020, n. 5034, in cui si chiarisce che la nota adottata dall'amministrazione successivamente alla formazione del silenzio assenso *ex art. 87, co. 9, d.lgs. 259/2003*, costituisce un «atto meramente confermativo della legittimità del provvedimento autorizzatorio in precedenza perfezionatosi, e non già di un nuovo titolo abilitativo ad autonoma valenza lesiva»). Ove il provvedimento fosse il risultato di una «nuova» istruttoria, invece, si tratterebbe di un atto di conferma, espressione del potere di riesame (E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 555).

³⁷ Tra tanti, W. Giulietti, N. Paolantonio, *La segnalazione certificata di inizio attività*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 902, spec. 929; R. Bertoli, *S.C.I.A. e tutela del terzo: decadenza del potere inibitorio e pretesa al suo esercizio*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6, 2017, 1381; M.A. Sandulli, *Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in *Federalismi.it*; M. Lipari, *La SCIA e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi*, *ivi*.

³⁸ In virtù di una *fiction iuris* che consente di considerare adempiuto il dovere di provvedere alla scadenza del termine del procedimento: cfr. A.M. Sandulli, *Il silenzio della pubblica amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali*, in *Dir. soc.*, 1982, 715; V. Parisio, *Silenzio della pubblica amministrazione* (voce), cit.

³⁹ Sia consentito rinviare a S. Vernile, *Il provvedimento amministrativo in forma semplificata*, cit., *passim*.

tesi secondo la quale il diniego non determinerebbe l'esaurimento del potere⁴⁰. Tesi, tuttavia, non troppo coerente dal punto di vista sistematico, in virtù dell'equiparazione, anche in tal caso, degli effetti del silenzio a quelli del provvedimento, e comunque "sbilanciata" in favore del soggetto istante, a discapito di eventuali controinteressati.

L'esclusione troverebbe, però, sostegno nell'orientamento giurisprudenziale che riconosce all'amministrazione il potere di intervenire successivamente alla formazione del silenzio-diniego, ad esempio, con riguardo alle istanze di accesso *ex art. 25, co. 4, l. 241/1990*⁴¹, oppure nei casi di richiesta di permesso in sanatoria, *ex art. 36, co. 3, D.P.R. 380/2001*⁴².

⁴⁰ Si v. M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, cit., 248. Per F. Ledda, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1964, 110, la pronuncia formale di rigetto è volta principalmente a rendere conoscibile il risultato della valutazione svolta dall'amministrazione circa l'opportunità di adottare o meno un dato provvedimento. Secondo l'A., infatti, il contenuto del dovere di provvedere non è l'esercizio del potere ma «l'agire per l'esercizio (eventuale) del potere».

⁴¹ Tar Veneto, Venezia, sez. II, 18 gennaio 2017, n. 44, chiarisce che «in materia di accesso il legislatore attribuisce una valenza significativa di rifiuto all'inerzia dell'Amministrazione, dal quale decorre il termine di decadenza, per l'istante, per impugnare il diniego implicito, ma ciò non implica che il decorso del predetto termine comporti anche la consumazione del potere non ancora esercitato, con la conseguenza che la domanda di accesso può legittimamente essere accolta o respinta con un provvedimento espresso anche dopo il decorso del termine, dato che un tale provvedimento, pur se tardivo, è idoneo a far venir meno gli effetti del silenzio significativo (cfr. Tar Puglia, Lecce, Sez. II, 11 febbraio 2010, n. 544). Pertanto, analogamente a quanto accade con riguardo al silenzio relativo al ricorso gerarchico previsto dall'art. 6 del DPR 24 novembre 1971, n. 1199, deve ritenersi che l'eventuale accoglimento tardivo della domanda, pur impugnabile da parte dei terzi, non sia da questi censurabile per tardività (cfr. relativamente al ricorso gerarchico, cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 4 dicembre 1989, n. 17)»; Tar Lazio, Roma, sez. II, 2 marzo 2015, n. 3442; Latina, sez. I, 7 novembre 2013, n. 839, che osserva come «oggetto del giudizio di cui all'art. 116 c.p.a. non sia la verifica della legittimità del diniego sull'istanza di accesso, quanto la valutazione della fondatezza di detta istanza: perciò, da un lato, il silenzio diniego va visto come mero fatto di legittimazione processuale, dall'altro lato, la P.A. non perde il potere di pronunciarsi esplicitamente sull'istanza stessa (il che è poi pacificamente ammesso per il caso di un suo tardivo accoglimento). Dunque, un diniego esplicito che, come nella fattispecie per cui è causa, sia fondato su una motivazione espressa, in esito all'istruttoria compiuta ed alla valutazione effettuata, non può assumere le caratteristiche di un atto meramente confermativo di un precedente silenzio con valore legale tipico di diniego, ma costituisce atto di conferma a carattere rinnovativo, il quale modifica la realtà giuridica e riapre i termini per la proposizione del ricorso giurisdizionale (cfr. C.d.S., Sez. V, 25 febbraio 2009, n. 1115)».

⁴² Cfr. Tar Sicilia, Catania, sez. I, 11 luglio 2013, n. 2059; Tar Basilicata, Sez. I, 21 giugno 2012, n. 306, in cui si chiarisce che «al di là del valore che si voglia assegnare al perfezionarsi della fattispecie di silenzio indicata nel terzo comma del citato art. 36 (se silenzio rigetto, dando valore al tenore letterale della norma o silenzio inadempimento), l'Amministrazione, in seguito al decorso del termine indicato, non perde il potere di provvedere espressamente sull'istanza di sanatoria. Nell'ipotesi, difatti, in cui la stessa invece di richiamare l'intervenuto silenzio rigetto, provvede espressamente sulla domanda, si forma un nuovo e autonomo provvedimento, avente piena efficacia, soggetto al normale regime di impugnazione. Anche in seguito al formarsi del silenzio-rigetto sulla domanda di accertamento di conformità, difatti, l'Amministrazione conserva il potere di provvedere in via esplicita in ordine alla conformità delle opere e, in ipotesi di rigetto dell'istanza medesima, l'atto in quanto emesso a seguito di istruttoria e dotato di motivazione esplicita, non può intendersi come meramente confermativo del diniego formatosi in via tacita (T.A.R. Napoli Campania, sez. IV, 3 aprile 2012, n. 1542; T.A.R. Campania Napoli, sez. III, 13 luglio 2010, n. 6689)»; Tar Campania, Napoli, sez. VI, 9 settembre 2004, n. 11896.

Tornando, invece, alle novità introdotte dal Decreto Semplificazioni, l'“ossessione” per i “tempi” dell'azione amministrativa emerge anche da altre disposizioni che, sebbene meno rilevanti ai fini del presente lavoro, meritano di essere quantomeno richiamate. L'attenzione per la tempestività dell'azione amministrativa si evince, in particolare, dall'art. 13 del Decreto che, seppur temporaneamente, ossia fino al 31 dicembre 2021, consente alle amministrazioni procedenti, in tutti i casi in cui debba essere indetta una conferenza di servizi decisoria, di adottare lo strumento della conferenza semplificata, cui si applicano ulteriori misure di accelerazione⁴³.

Ancora, il Decreto Semplificazioni è intervenuto sulla specifica materia dei contratti pubblici, rispetto alla quale si avverte forte il “peso” dei tempi delle amministrazioni pubbliche. A tal proposito, si distinguono misure temporanee, volte a favorire un'accelerazione nella conclusione delle procedure a evidenza pubblica e nell'esecuzione dei lavori in via d'urgenza⁴⁴, per favorire il rilancio del

⁴³ Ai sensi del richiamato art. 13, co. 1, «a) tutte le amministrazioni coinvolte rilasciano le determinazioni di competenza entro il termine perentorio di sessanta giorni; b) al di fuori dei casi di cui all'articolo 14-bis, comma 5, l'amministrazione procedente svolge, entro trenta giorni decorrenti dalla scadenza del termine per il rilascio delle determinazioni di competenza delle singole amministrazioni, con le modalità di cui all'articolo 14-ter, comma 4, della legge n. 241 del 1990, una riunione telematica di tutte le amministrazioni coinvolte nella quale prende atto delle rispettive posizioni e procede senza ritardo alla stesura della determinazione motivata conclusiva della conferenza di servizi verso la quale può essere proposta opposizione dalle amministrazioni di cui all'articolo 14-quinquies, della legge n. 241 del 1990, ai sensi e nei termini ivi indicati. Si considera in ogni caso acquisito l'assenso senza condizioni delle amministrazioni che non abbiano partecipato alla riunione ovvero, pur partecipandovi, non abbiano espresso la propria posizione, ovvero abbiano espresso un dissenso non motivato o riferito a questioni che non costituiscono oggetto della conferenza». Ai sensi del comma 2, «ove si renda necessario riconvocare la conferenza di servizi sul livello successivo di progettazione tutti i termini sono ridotti della metà e gli ulteriori atti di autorizzazione, di assenso e i pareri comunque denominati, eventualmente necessari in fase di esecuzione, sono rilasciati in ogni caso nel termine di sessanta giorni dalla richiesta».

⁴⁴ Si v. in particolare l'art. 8 del Decreto Semplificazioni, ai sensi del quale «1. In relazione alle procedure pendenti disciplinate dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, i cui bandi o avvisi, con i quali si indice una gara, sono già stati pubblicati alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla medesima data, siano già stati inviati gli inviti a presentare le offerte o i preventivi, ma non siano scaduti i relativi termini, e in ogni caso per le procedure disciplinate dal medesimo decreto legislativo avviate a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino alla data del 31 dicembre 2021: a) è sempre autorizzata la consegna dei lavori in via di urgenza e, nel caso di servizi e forniture, l'esecuzione del contratto in via d'urgenza ai sensi dell'articolo 32, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016, nelle more della verifica dei requisiti di cui all'articolo 80 del medesimo decreto legislativo, nonché dei requisiti di qualificazione previsti per la partecipazione alla procedura; b) le stazioni appaltanti possono prevedere, a pena di esclusione dalla procedura, l'obbligo per l'operatore economico di procedere alla visita dei luoghi, nonché alla consultazione sul posto dei documenti di gara e relativi allegati ai sensi e per gli effetti dell'articolo 79, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016 esclusivamente laddove detto adempimento sia strettamente indispensabile in ragione della tipologia, del contenuto o della complessità dell'appalto da affidare; c) in relazione alle procedure ordinarie, si applicano le riduzioni dei termini procedurali per ragioni di urgenza di cui agli articoli 60, comma 3, 61, comma 6, 62 comma 5, 74, commi 2 e 3, del decreto legislativo n. 50 del 2016. Nella motivazione del provvedimento che dispone la riduzione dei termini non è necessario dar conto delle ragioni di urgenza, che si considerano comunque sussistenti; d) le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture possono essere avviate anche in mancanza di una specifica previsione nei documenti di programmazione di cui all'articolo 21 del decreto legislativo n. 50 del 2016, già adottati, a

Paese, specie a seguito della situazione emergenziale cagionata dalla diffusione del virus Covid-19, e misure “definitive” o “ordinarie”, che confermano la rilevanza dei “tempi” non soltanto per non pregiudicare gli interessi privati, ma anche, e soprattutto, per la cura dell’interesse pubblico. Tra queste ultime, è di particolare interesse la disposizione dell’art. 4 del Decreto Semplificazioni, rubricato “Conclusione dei contratti pubblici e ricorsi giurisdizionali”, nella parte in cui ha modificato il comma 8 dell’art. 32, d.lgs. 50/2016, la cui formulazione attuale prevede, tra l’altro, che l’eventuale differimento della stipulazione del contrat-

condizione che entro trenta giorni decorrenti dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto si provveda ad un aggiornamento in conseguenza degli effetti dell’emergenza da COVID-19. 2. In relazione alle procedure disciplinate dal decreto legislativo n. 50 del 2016, per le quali sia scaduto entro il 22 febbraio 2020 il termine per la presentazione delle offerte, le stazioni appaltanti, fermo quanto previsto dall’articolo 103 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, provvedono all’adozione dell’eventuale provvedimento di aggiudicazione entro la data del 31 dicembre 2020. 3. In relazione agli accordi quadro di cui all’articolo 54 del decreto legislativo n. 50 del 2016, efficaci alla data di entrata in vigore del presente decreto, le stazioni appaltanti, nei limiti delle risorse disponibili a legislazione vigente e fermo quanto previsto dall’articolo 103 del decreto-legge n. 18 del 2020 provvedono, entro la data del 31 dicembre 2020, all’aggiudicazione degli appalti basati su tali accordi quadro ovvero all’esecuzione degli accordi quadro nei modi previsti dai commi da 2 a 6 del medesimo articolo 54. 4. Con riferimento ai lavori in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore del presente decreto: a) il direttore dei lavori adotta, in relazione alle lavorazioni effettuate alla medesima data e anche in deroga alle specifiche clausole contrattuali, lo stato di avanzamento dei lavori entro quindici giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto. Il certificato di pagamento viene emesso contestualmente e comunque entro cinque giorni dall’adozione dello stato di avanzamento. Il pagamento viene effettuato entro quindici giorni dall’emissione del certificato di cui al secondo periodo; b) sono riconosciuti, a valere sulle somme a disposizione della stazione appaltante indicate nei quadri economici dell’intervento e, ove necessario, utilizzando anche le economie derivanti dai ribassi d’asta, i maggiori costi derivanti dall’adeguamento e dall’integrazione, da parte del coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione, del piano di sicurezza e coordinamento, in attuazione delle misure di contenimento di cui agli articoli 1 e 2 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, e all’articolo 1 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35, e il rimborso di detti oneri avviene in occasione del pagamento del primo stato di avanzamento successivo all’approvazione dell’aggiornamento del piano di sicurezza e coordinamento recante la quantificazione degli oneri aggiuntivi; c) il rispetto delle misure di contenimento previste dall’articolo 1 del decreto-legge n. 6 del 2020 e dall’articolo 1 del decreto-legge n. 19 del 2020 nonché dai relativi provvedimenti attuativi, ove impedisca, anche solo parzialmente, il regolare svolgimento dei lavori ovvero la regolare esecuzione dei servizi o delle forniture costituisce causa di forza maggiore, ai sensi dell’articolo 107, comma 4, del decreto legislativo n. 50 del 2016 e, qualora impedisca di ultimare i lavori, i servizi o le forniture nel termine contrattualmente previsto, costituisce circostanza non imputabile all’esecutore ai sensi del comma 5 del citato articolo 107 ai fini della proroga di detto termine, ove richiesta; non si applicano gli obblighi di comunicazione all’Autorità nazionale anticorruzione e le sanzioni previsti dal terzo e dal quarto periodo del comma 4 dell’articolo 107 del decreto legislativo n. 50 del 2016». Ancora, ai sensi del comma 6-bis, «in considerazione dell’emergenza sanitaria da COVID-19 e delle conseguenti esigenze di accelerazione dell’iter autorizzativo di grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull’ambiente, sulle città o sull’assetto del territorio, sino al 31 dicembre 2023, su richiesta delle amministrazioni aggiudicatrici, le regioni, ove ritengano le suddette opere di particolare interesse pubblico e rilevanza sociale, previo parere favorevole della maggioranza delle amministrazioni provinciali e comunali interessate, possono autorizzare la deroga alla procedura di dibattito pubblico di cui all’articolo 22, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e al relativo regolamento di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 10 maggio 2018, n. 76, consentendo alle medesime amministrazioni aggiudicatrici di procedere direttamente agli studi di prefattibilità tecnico-economica nonché alle successive fasi progettuali, nel rispetto delle disposizioni del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50».

to, concordato con l'aggiudicatario, debba comunque essere giustificato «dall'interesse alla sollecita esecuzione del contratto». Inoltre, «la mancata stipulazione del contratto nel termine previsto deve essere motivata con specifico riferimento all'interesse della stazione appaltante e a quello nazionale alla sollecita esecuzione del contratto», a ulteriore dimostrazione di quanto sarà oggetto di approfondimento nei prossimi paragrafi, sull'importanza che i tempi dell'amministrazione, anche a prescindere da specifici termini, siano ragionevoli e comunque giustificati alla luce degli interessi coinvolti.

3. *Delimitazione dell'ambito di indagine: il "tempo" del procedimento (da concludersi necessariamente con un provvedimento espresso)*

Nonostante i richiamati interventi del Decreto Semplificazioni su alcuni profili temporali dell'azione amministrativa, come anticipato, resta "aperta" la questione della "sorte" del provvedimento tardivo, adottato dopo la scadenza del termine previsto per il relativo procedimento, nelle ipotesi in cui occorra un atto espresso, vuoi perché la presenza di interessi sensibili impedisce la formazione del silenzio assenso, vuoi perché il procedimento deve essere iniziato d'ufficio. Invero, quantomeno implicitamente, il Decreto Semplificazioni, nella parte in cui, da un lato, elenca puntualmente gli atti che, se adottati successivamente alla scadenza del relativo termine, devono essere considerati inefficaci, dall'altro, dispone che siano misurati e resi pubblici, ai sensi del nuovo comma 4-*bis* dell'art. 2, i termini effettivi di conclusione dei procedimenti, sembra confermare che l'amministrazione non "perda" il potere di adottare il provvedimento finale in ritardo⁴⁵.

Sennonché, l'assenza di conseguenze sulla validità del provvedimento, in caso di violazione del termine di conclusione del procedimento, almeno secondo l'orientamento giurisprudenziale dominante che ne esclude finanche l'illegittimità⁴⁶, le posizioni restrittive che la giurisprudenza continua a esprimere rispetto

⁴⁵ In questo senso muove altresì la possibilità per l'amministrazione di adottare il provvedimento tardivo nelle more del giudizio avverso il silenzio ovvero in forza della sostituzione procedimentale, ossia a seguito del ricorso a quei rimedi che presuppongono l'intervenuta scadenza del termine di conclusione applicabile al procedimento.

⁴⁶ Sia consentito rinviare a S. Vernile, *La relatività del tempo (amministrativo)*, cit., per la ricostruzione delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali sulla validità dell'atto tardivo. Nonostante la tesi prevalente, non si può non richiamare il contributo di M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., 172 ss., per il quale gli effetti della scadenza del termine sulla validità del provvedimento sono diversi a seconda che il procedimento sia su istanza di parte o d'ufficio. Nel primo caso, il superamento del termine non pregiudicherebbe la validità del provvedimento, prevalendo l'interesse del destinatario a ottenere comunque l'atto, ancorché tardivo. Nel secondo caso, invece, il termine si porrebbe quale limite esterno all'esercizio del potere, con conseguente nullità del provvedimento adottato tardivamente. L'A. chiarisce, peraltro, che, ove si accogliesse la tesi dell'annullabilità del provvedimento tardivo, cambierebbero soltanto i meccanismi processuali da attivare, poi-

alla tutela risarcitoria per danno da ritardo⁴⁷ e, oggi, la specifica previsione per cui le amministrazioni, quantomeno per i procedimenti aventi un maggiore impatto per imprese e cittadini (*sic!*), sono tenute a misurare e rendere pubblici i tempi effettivi dei procedimenti, invitano a interrogarsi sull'esistenza di un "altro tempo" dell'amministrazione, diverso da quello stabilito dalla (o per) legge.

L'attenzione "puntata" sui "tempi effettivi", anziché sui termini di conclusione applicabili ai singoli procedimenti⁴⁸ (a ben guardare effettivamente "utili" solamente per determinare la formazione dei silenzi significativi, nonché il momento a partire dal quale è possibile attivare i rimedi, giurisdizionali e non, avverso il silenzio inadempimento), rende più promettente soffermarsi sulla "ragionevole durata" del procedimento, anche sulla scia delle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Lo scopo è di offrire una soluzione interpretativa che prenda più attentamente in considerazione gli effetti delle lungaggini procedurali sugli interessi privati e pubblici coinvolti, muovendo dal presupposto che non è accettabile, per la cura dell'interesse pubblico, prima ancora che per la tutela degli interessi privati, la "sostanziale arbitrarietà temporale" di cui dispongono le amministrazioni pubbliche nella definizione dei procedimenti amministrativi.

L'analisi che ci si propone di svolgere, anche tenendo conto della rilevanza dell'elemento temporale per le conseguenze che un'eccessiva durata del procedimento amministrativo potrebbe avere con riguardo alla disciplina applicabile al provvedimento, in virtù della regola del *tempus regit actum*, si concentra sul concetto di "ragionevolezza" del "tempo" del procedimento amministrativo, per sostenere, secondo una soluzione che si intende meditatamente riproporre⁴⁹, che, una volta scaduti i termini stabiliti per i singoli procedimenti, l'amministrazione dovrebbe adottare il provvedimento finale alle condizioni previste dall'art. 21-*nonies* per la convalida, ossia entro un tempo ragionevole, sussistendone l'interesse pubblico e, in analogia con quanto previsto per l'annullamento d'ufficio,

ché in ogni caso la violazione del termine non sarebbe sanabile da parte dell'amministrazione. Per F. Goisis, *La violazione dei termini previsti dall'art. 2, l. n. 241 del 1990*, cit., invece, la violazione del termine di conclusione del procedimento dovrebbe essere causa di illegittimità del provvedimento, senza distinzioni rispetto alla natura su istanza o d'ufficio del procedimento. Di recente, quest'ultima tesi è stata accolta da M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, cit., 272, mentre la tesi di Clarich è stata riproposta da D. Vese, *Termine del procedimento e analisi economica*, cit.

⁴⁷ Da ultimo, *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 24 dicembre 2020, n. 8306; sez. III, 2 novembre 2020, n. 6755; Tar Piemonte, Torino, sez. II, 1° ottobre 2020, n. 583; Cons. Stato, sez. IV, 15 gennaio 2019, n. 358; Tar Lazio, Roma, sez. II-*quater*, 3 ottobre 2019, n. 11517. Ancora S. Vernile, *La relatività del tempo (amministrativo)*, cit.

⁴⁸ Non si può escludere che la disposizione "anticipi" una riforma dei termini di conclusione dei procedimenti per renderli più adeguati a quelli effettivi. In una prospettiva meno promettente, essa si limita a promuovere un controllo generalizzato sulla tempestività dell'azione, estendendo quello già consentito, nei procedimenti a istanza di parte, ai soggetti interessati, secondo il disposto del richiamato art. 2, co. 9-*quinquies*, l. 241/1990.

⁴⁹ S. Vernile, *La relatività del tempo (amministrativo)*, cit.

tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati. Parametri che potrebbero essere sindacati dal giudice in caso di impugnazione del provvedimento tardivo e che, del resto, in caso di ricorso avverso il silenzio, sarebbero valutati dal giudice nello stabilire il “termine” per adempiere, solamente “di norma” non superiore a trenta giorni.

Se è vero che, così, si “riduce” la rilevanza del termine di conclusione del procedimento, la cui violazione non comporterebbe necessariamente l’illegittimità del provvedimento, è altrettanto vero che, secondo la ricostruzione che si propone, la validità del provvedimento dovrebbe essere valutata non soltanto rispetto al “ragionevole” ritardo, ma anche alla luce dell’interesse pubblico all’adozione dell’atto, ancorché tardiva, e degli interessi dei destinatari e dei controinteressati⁵⁰. In tal modo, da un lato, si “sfuggirebbe” alle rigidità della perentorietà del termine (si pensi al provvedimento adottato con un solo giorno di ritardo), dall’altro, sarebbe annullabile il provvedimento emanato a distanza di un irragionevole lasso di tempo dall’avvio del procedimento⁵¹, ove non si dimostrasse il particolare interesse pubblico all’adozione tardiva dell’atto (specialmente in caso di provvedimenti d’ufficio) ovvero non si desse conto del dovuto bilanciamento tra gli interessi del destinatario e degli eventuali controinteressati⁵² (in particolare nei procedimenti su istanza di parte).

Per restare ancorati al tema che più interessa in questa sede, tuttavia, ossia il “tempo” del procedimento, nei prossimi paragrafi si valuterà la possibilità di estendere il concetto di “ragionevole durata”, tipico del processo, al procedimento amministrativo, esaminando la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, tenendo sempre a mente che per i procedimenti amministrativi, a differenza di quanto avviene per i processi, sono già previsti specifici termini di conclusione⁵³.

⁵⁰ Si ritiene, infatti, di non potere condividere la tesi di M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., 27 ss., che fa derivare dalla violazione del termine conseguenze diverse a seconda che il procedimento sia su istanza di parte o d’ufficio, perché, rispetto ai provvedimenti ampliativi, non sembra attribuire il giusto rilievo agli interessi dei controinteressati, per i quali le esigenze di certezza sottese alla promozione di un’azione amministrativa tempestiva sono parimenti importanti. Sull’inesistenza di un «principio di favore per il privato titolare dell’interesse legittimo pretensivo» anche M. Trimarchi, *L’inesauribilità del potere amministrativo*, cit., 274.

⁵¹ Emblematica in tal senso la pronuncia del Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 24 aprile 2013, n. 395, che ha annullato il provvedimento tardivo chiarendo che, nonostante il termine di conclusione del procedimento di 150 giorni non assumesse esplicitamente la qualifica di perentorio, «la stessa così lunga ed ingiustificata durata del procedimento di specie ne declini, per ciò solo, la sua permeante illegittimità (CdS 5413/012). Infatti una simile durata è del tutto irragionevole, fuori da ogni logica, abnorme ed ingiustificata».

⁵² È interessante notare che la già richiamata sentenza del Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 24 aprile 2013, n. 395, è stata resa nel giudizio di impugnazione promosso dal controinteressato avverso un provvedimento di AIA tardivo, rilasciato più di quattro anni dopo l’avvio del procedimento.

⁵³ L’analisi non comprenderà, invece, le misure emergenziali, pure riguardanti i tempi procedimentali, adottate per fare fronte, temporaneamente, ai rallentamenti causati dalla diffusione del virus Covid-19, tro-

4. *Dalla ragionevole durata del processo alla ragionevole durata del procedimento*

La tempestività dell'azione amministrativa parrebbe costituire un valore tutelato anche dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁵⁴. Una premessa si rende necessaria, tuttavia, dal momento che la Convenzione, nella parte che qui interessa, si riferisce espressamente all'attività giudiziaria e non a quella amministrativa: l'art. 6, dedicato al giusto processo, prevede, infatti, tra l'altro, che il giudizio debba concludersi entro un termine ragionevole⁵⁵.

vando giustificazione nelle difficoltà operative in ogni settore riscontrate nella fase più acuta della pandemia. Il riferimento va a quanto disposto dall'art. 103 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, con l. 24 aprile 2020, n. 27, su cui si v. M.A. Sandulli, N. Posteraro, *Procedimento amministrativo e Covid-19. Primissime considerazioni sulla sospensione dei termini procedurali e sulla conservazione dell'efficacia degli atti amministrativi in scadenza nell'art. 103*, in *Federalismi.it*; G. Vercillo, *La sospensione dei termini istituita dall'art. 103, comma 1, del D.L. n. 18/2020 (e ss.mm.): una possibile lettura*, in questa *Rivista*, 2020, 1, 29; G. Strazza, *Il "tempo" del procedimento nell'emergenza COVID-19: considerazioni a prima lettura sulla sospensione dei termini*, *ivi*, 2020, 2, 107.

⁵⁴ La Convenzione è immediatamente applicabile nel nostro ordinamento quale norma interposta che integra quanto previsto a livello costituzionale dall'art. 117, c. 1: si v. le importanti pronunce della Corte cost. del 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, in *Foro it.*, 2008, I, 40, con note di R. Romboli e A. Travi. Tra i numerosi commenti, si v. C. Zanghì, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 347 e 348 del 2007*, in *www.giurcost.org*; M. Cartabia, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, 3573 e ss; F. Donati, *La CEDU nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre del 2007*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2008, 1, 10 e ss.; A. Ruggieri, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità (sent. nn. 348/2007 e 349/2007)*, in *ForumCostituzionale.it*; A. Moscarini, *Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti e uno indietro della Consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo*, in *Federalismi.it*; T.F. Giupponi, *Corte costituzionale, obblighi internazionali e "controlimiti allargati": che tutto cambi perché tutto rimanga uguale?*, in *ForumCostituzionale.it*; C. Pinelli, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, in *Giur. cost.*, 2007, 5, 3518; F. Giuffré, *Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: un dialogo senza troppa confidenza*, in *Federalismi.it*.

⁵⁵ Ai sensi dell'art. 6 Cedu, «1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia. 2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. 3. In particolare, ogni accusato ha diritto di: a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza».

Sennonché analoghe considerazioni parrebbero valere per il procedimento amministrativo alla luce dell'interpretazione resa dalla Corte di Strasburgo⁵⁶. Nonostante la formulazione letterale dell'art. 6 propenda per una lettura processuale della disposizione, la Corte ha fornito un'interpretazione sostanziale, ad esempio per attribuire ai termini "tribunale", "accusa penale" e "diritti e obbligazioni di carattere civile" un significato autonomo, più ampio di quello riconosciuto dai singoli ordinamenti nazionali, con il preciso intento di evitare facili elusioni delle previsioni in materia di giusto processo. Da qui l'estensione della nozione di "tribunal" ad alcune autorità amministrative⁵⁷ e la conseguente necessità di assicurare l'osservanza dell'art. 6 CEDU almeno tutte le volte in cui sia possibile ricondurre la fattispecie amministrativa a quelle prese in considerazione dalla norma in termini di "accuse penali" e "diritti civili"⁵⁸, guardando all'effettiva

⁵⁶ Si v. in particolare lo studio di M. Allena, *Art. 6 Cedu. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012.

⁵⁷ Con riferimento al termine "tribunale" l'attenzione è stata rivolta non tanto ai profili organizzativi, quanto a quelli funzionali, per cui può essere inteso come tale qualsiasi autorità pubblica dotata di poteri decisorii idonei a incidere sulla sfera giuridica dei privati. Ciò che rileva è l'effetto della decisione, ossia la modificazione della realtà giuridica prodotta, indipendentemente dalla qualificazione nazionale dell'organo che ha adottato la determinazione. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha sempre interpretato, quindi, la nozione di tribunale in maniera estensiva, al di là del significato formale attribuito dai singoli ordinamenti, essendo sufficiente che la decisione assunta fosse vincolante per i destinatari, cosa che certamente avviene quando l'amministrazione esercita il potere, incidendo significativamente sulla situazione giuridica soggettiva del privato. Non è necessario che sia pendente una vera e propria causa, ma ciò che conta è che la decisione che deve essere assunta abbia una portata decisiva per il privato, come avviene nel caso delle determinazioni amministrative. A tal proposito, è utile richiamare, fra tutte, la decisione della Corte EDU sul caso *Ringeisen v. Austria* del 16 luglio 1971, in cui i giudici di Strasburgo, pur negando nel caso di specie la violazione dell'art. 6 CEDU, ne affermano l'applicabilità anche alle decisioni assunte da un "administrative body": *«for Article 6, paragraph (1) (art. 6-1), to be applicable to a case ("contestation") it is not necessary that both parties to the proceedings should be private persons, which is the view of the majority of the Commission and of the Government. The wording of Article 6, paragraph (1) (art. 6-1), is far wider; the French expression "contestations sur (des) droits et obligations de caractère civil" covers all proceedings the result of which is decisive for private rights and obligations. The English text "determination of... civil rights and obligations", confirms this interpretation. The character of the legislation which governs how the matter is to be determined (civil, commercial, administrative law, etc.) and that of the authority which is invested with jurisdiction in the matter (ordinary court, administrative body, etc.) are therefore of little consequence. In the present case, when Ringeisen purchased property from the Roth couple, he had a right to have the contract for sale which they had made with him approved if he fulfilled, as he claimed to do, the conditions laid down in the Act. Although it was applying rules of administrative law, the Regional Commission's decision was to be decisive for the relations in civil law ("de caractère civil") between Ringeisen and the Roth couple. This is enough to make it necessary for the Court to decide whether or not the proceedings in this case complied with the requirements of Article 6, paragraph (1) (art. 6-1), of the Convention»*. Si v. anche *Kolb and Others v. Austria*, 17 aprile 2003; *Entleiner v. Austria*, 1° agosto 2000; *Stallinger and Kuso v. Austria*, 23 April 1997; *Ettl and Others v. Austria*, 23 April 1987; 19 aprile 1974, *Vieira Sramek v. Austria*, in cui si legge che deve intendersi per "tribunal" qualsiasi organo la cui funzione sia *«to determine matters within its competence on the basis of rules of law, following proceedings conducted in a prescribed manner»*. Per un approfondimento, S. Mirate, *Il fattore tempo nel procedimento e nel processo amministrativo*, in www.articolo111.it.

⁵⁸ Sul punto, si v. M. Allena, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, cit., per la quale «se l'idea di fondo è che le garanzie riconosciute dall'art. 6 CEDU debbano essere assicurate ogni qual volta una posizione soggettiva sia incisa dall'esercizio di un "potere", è evidente che ciò può avvenire sia nel corso di un processo giurisdizionale sia, a maggior ragione ed in ogni caso preliminarmente, nell'ambito di un procedimen-

natura della situazione giuridica fatta valere, anziché al tipo di qualificazione o di disciplina dettata dall'ordinamento interno⁵⁹.

Con riguardo specifico al tema della tempestività dell'azione amministrativa, è interessante richiamare la pronuncia del 30 ottobre 1991, *Wiesinger v. Austria*, in cui i giudici, nel valutare se vi fosse stata violazione della disposizione sul termine ragionevole, hanno tenuto in considerazione anche la fase procedimentale, poiché il ricorrente lamentava la violazione dell'art. 6 nell'ambito di un procedimento di ricomposizione fondiaria che, tra la fase amministrativa e quella processuale, era durato oltre dieci anni. La Corte di Strasburgo in quell'occasione ha affermato che, al fine di valutare la ragionevole durata, doveva tenersi conto del procedimento nella sua interezza, tanto più che la lunghezza del processo giurisdizionale era stata causata, a monte, dalla eccessiva durata del procedimento amministrativo per la pianificazione urbanistica territoriale.

Secondo la Corte EDU, in particolare, il ricorso davanti al giudice amministrativo era stato rigettato perché ancora non era stato adottato il piano definitivo, a dimostrazione dell'intreccio di una serie di procedimenti, amministrativi e giurisdizionali, che andavano considerati congiuntamente per verificare il rispetto ovvero la violazione della ragionevole durata prescritta dall'art. 6 CEDU⁶⁰.

to amministrativo. Infatti, la necessità di difesa delle posizioni giuridiche soggettive nei confronti della p.a. sorge innanzitutto sul piano sostanziale» (45). Si v. anche S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, 177, per cui diversamente opinando si rischierebbe di creare una disparità di trattamento tra i cittadini, posto che il singolo ordinamento potrebbe evitare l'applicazione della norma semplicemente qualificando alcuni ambiti materiali come rientranti nel diritto pubblico o amministrativo. Tra le pronunce più significative in argomento, si v. Corte EDU, *König v. Germany*, 28 giugno 1978. In questo senso, si v. anche *Geraguyun Khorhurd Patgamavorakan Akumb v. Armenia*, 11 maggio 2009, in cui si legge che «*the Court reiterates that the concept of civil rights and obligations has an autonomous meaning and cannot be interpreted solely by reference to the domestic law of the respondent State. The character of the legislation which governs how the matter is to be determined (civil, commercial, administrative law, etc.) and that of the authority which is invested with jurisdiction in the matter (ordinary court, administrative body, etc.) are therefore of little consequences. Whether or not a right is to be regarded as civil within the meaning of this expression in the Convention must be determined by reference to the substantive content and effects of the right – and not its legal classification – under the domestic law of the State concerned. The court further reiterates that the Article 6.1 to be applicable to a case it is not necessary that both parties to the proceedings should be private persons. Furthermore, if the case concerns a dispute between an individual and a public authority, whether the latter had acted as a private person or in its sovereign capacity is not conclusive*».

⁵⁹ *Geraguyun Khorhurd Patgamavorakan Akumb v. Armenia*, 11 maggio 2009.

⁶⁰ Si legge nella sentenza che «*as to the end of the period, the Government argued that the Austrian authorities had in fact dealt with several separate sets of proceedings, all of which were completed within a reasonable time. The Court is unable to accept this argument. It considers, like the Commission, that the various interim proceedings were inter-related, in that they all bore on questions that were preliminary to the main contentious issue, namely the compensation to which the applicants were entitled after the redesignation of their former land (see paragraph 37 above). The applicants' request of August 1982 was rejected by the Administrative Court on 19 November 1985 because the definitive allocation of the land had not yet been decided (see paragraph 20 above). The object of the second set of proceedings instituted by the applicants was precisely to secure the prompt adoption of the final consolidation plan (see paragraph 21 above). Again, their objections and appeals subsequent to publication of the plan on 16 July*

D'altronde, è evidente come l'inerzia o comunque il ritardo della pubblica amministrazione incida sul tempo complessivamente necessario per la soddisfazione del privato. Interessante, a tal proposito, la pronuncia *Vilho Eskelinen and others v. Finland*, 19 aprile 2007, in cui, sempre agganciandosi all'art. 6, la Corte chiarisce che «*in civil matters the reasonable time may begin to run, in some circumstances, even before the issue of the writ commencing proceedings before the court to which the plaintiff submits the dispute [...] this is the situation on the applicants' case, since they could not seize the County Administrative Court before receiving, on their rectification request, a decision which could be appealed against [...]. Consequently, in the present case, the reasonable time stipulated by Article 6 § 1 started to run on the day the applicants lodged their application with the County Administrative Board*».

In altre decisioni, la Corte ha fatto derivare dal ritardo delle amministrazioni pubbliche la violazione di altri diritti tutelati dalla Convenzione. Il riferimento va, in particolare, al diritto di proprietà, garantito dall'art. 1. Tramite un'interpretazione estensiva del concetto di bene, comprensiva non solo di quelli reali, ma anche dei valori patrimoniali, la Corte ha avuto modo di affermare la violazione del diritto di cui al richiamato art. 1, a causa del ritardo con cui una pubblica amministrazione aveva portato a termine un procedimento.

Nel caso *Plalam s.p.a. v. Italia*, 8 febbraio 2011, infatti, il ricorrente, poi risultato vittorioso, denunciava la violazione del diritto di proprietà per avere subito una perdita economica consistente nel minore sussidio ricevuto a causa dell'applicazione di una normativa più restrittiva sopravvenuta nelle more del procedimento. In particolare, l'Agenzia per la promozione e lo sviluppo del Mezzogiorno aveva calcolato il finanziamento sulla base di una normativa entrata in vigore due anni dopo la fine dei lavori e, dunque, l'inizio del periodo utile per la verifica dell'investimento effettuato. I giudici di Strasburgo hanno ravvisato la violazione del diritto di proprietà nella perdita patrimoniale subita dal ricorrente per l'applicazione della normativa sopravvenuta in luogo di quella che sarebbe stata applicabile laddove l'Agenzia avesse effettuato l'ispezione per accertare le condizioni per l'erogazione del sussidio subito dopo la fine dei lavori e non quattro anni dopo⁶¹.

L'irrinunciabile esigenza di un'azione amministrativa tempestiva parrebbe suffragata, dunque, anche sul piano sovranazionale⁶²; esigenza che, tuttavia, acco-

1986 were likewise directed at the determination of the compensation issue (see paragraphs 24-28 above). In these circumstances, the consolidation proceedings in question have to be considered as a whole».

⁶¹ S. Mirate, *Il fattore tempo nel processo e nel procedimento amministrativo*, cit., e Corte EDU, *Di Belmonte c. Italia*, 16 marzo 2010.

⁶² Vi sono anche altre disposizioni dalle quali si ricava l'obiettivo di tempestività dell'azione amministrativa: si pensi all'art. 41 della Carta di Nizza che sancisce il diritto a una buona amministrazione, prevedendo, in particolare, che «ogni individuo ha diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni e dagli organi dell'Unione». Cfr. L. Buffoni, *Il rango costituzionale del principio del "giusto procedimento" e l'archetipo del "processo"*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2009.

gliando la tesi della natura meramente ordinatoria e acceleratoria dei termini di conclusione del procedimento, sarebbe inevitabilmente frustrata, salvo ammettere che, quantomeno, occorra rispettare un “tempo ragionevole”.

La circostanza in base alla quale l'azione amministrativa, a differenza di quanto avviene per il processo, è assoggettata a un termine finale⁶³ impone, però, considerazioni ulteriori. Infatti, delle due l'una: o si ritiene “irragionevole” qualsiasi conclusione del procedimento successiva alla scadenza del termine per lo stesso previsto, ma in tal caso si dovrebbe necessariamente “ripensare” la natura del termine finale e superare la tesi della validità del provvedimento tardivo (nelle ipotesi in cui il silenzio non assume alcun significato)⁶⁴, oppure, nella consapevolezza della ulteriore “svalutazione” che da ciò deriverebbe del termine di conclusione del procedimento⁶⁵, l’“irragionevolezza” del tempo del procedimento dovrebbe essere altrimenti valutata.

In sostanza, come l'ordinamento giudiziario non “permette” l'imposizione di un termine, sicché la ragionevole durata dei processi è valutata sulla base di parametri diversi, allo stesso modo il potere amministrativo, anche “conoscendo” un termine generale di conclusione del procedimento, in virtù della sua finalizzazione alla tutela dell'interesse pubblico, non ammetterebbe di essere “compresso” entro uno specifico termine. Salvo che, espressamente o implicitamente, in funzione della sua specifica finalità, il termine assuma caratteri perentori, come, ad esempio, nel caso dell'annullamento d'ufficio per i provvedimenti autorizzatori e attributivi di vantaggi economici, rispetto ai quali la limitazione temporale, infatti, parrebbe il frutto di una valutazione di prevalenza dell'interesse del beneficiario del provvedimento.

⁶³ D'altronde, «costringere il processo entro tempi rigidamente predefiniti in funzione di interessi puramente economici e rinunciare al tempo 'ragionevolmente necessario' per consentire a tutte le parti e ai giudici di acquisire piena conoscenza dei diversi elementi e per valutarli in modo adeguato significa rinunciare alla funzione stessa del procedimento decisorio e, dunque, alla piena tutela delle posizioni giuridiche; e, per l'effetto, alla garanzia del diritto di difesa». Così M.A. Sandulli, *Il tempo del processo come bene della vita*, in *Federalismi.it*.

⁶⁴ Si v. nota 46.

⁶⁵ Questo è il rischio paventato da L. Medina Alcoz, *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Cizur Menor (Spagna), 2005, seppure con riguardo all'ordinamento spagnolo. Secondo l'A., «el término legal tiene un valor obligatorio inequívoco», per cui «no pueda trasladarse al procedimiento administrativo la doctrina del “plazo razonable” desarrollada por el TEDH, construida a partir del artículo 6.1 del CEDH, en el que se establece que “toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial” [...] Este Tribunal aplica el criterio en cuestión para poner límite a la pasividad de órganos que, normalmente, no tienen un plazo máximo legal de terminación, pero no para degradar a mero índice los plazos efectivamente establecidos. Se corre así el peligro de convertir el término legal en una simple sugerencia, en una indicación con valor meramente programático que sirve de poco a los fines de eficacia, pues la Administración podría superarlo dentro del ambiguo límite de lo razonable; y que tampoco ayuda a los fines de garantía, pues el administrado no podría conocer ex ante la duración máxima de los procedimientos ni, consecuentemente, orientar adecuadamente sus decisiones en una u otra dirección» (327).

Negli altri casi, però, si è detto, almeno secondo l'orientamento prevalente, il termine di conclusione del procedimento manterrebbe una funzione acceleratoria o ordinatoria, di conseguenza è necessario riferirsi ad altri parametri per verificare la ragionevolezza del tempo del procedimento, secondo la tesi prospettata. A tal fine, è utile tenere conto, ancora una volta, degli insegnamenti della Corte di Strasburgo, che consente di "recuperare" in sede processuale le tutele che non siano state assicurate in sede procedimentale⁶⁶, a condizione che il giudice disponga di una *full jurisdiction*, ossia della capacità di riesaminare tutti gli aspetti, vuoi di fatto vuoi di diritto, della decisione adottata⁶⁷. In particolare, applicando gli stessi parametri utilizzati dalla Corte di Strasburgo per verificare la ragionevole durata, occorrerebbe tenere conto almeno di tre fattori: la complessità del caso, il comportamento delle altre autorità coinvolte e quello delle parti⁶⁸.

Non si può prescindere cioè dal considerare le specificità del caso concreto, posto che il "tempo" deve essere proporzionato e adeguato alla fattispecie. Si tratterebbe, dunque, in parte, degli stessi criteri che, a ben guardare, la giurisprudenza nazionale applica per accertare le responsabilità connesse al ritardo nell'adozione dei provvedimenti amministrativi, in cui i giudici paiono valutare un "tem-

⁶⁶ A tal proposito, si v. M. Allena, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, cit., che chiarisce come, secondo la Corte di Strasburgo, questa "compensazione" possa avvenire soprattutto con riferimento ai diritti civili, «in ragione della presunta minore afflittività, in senso assoluto, dei procedimenti determinativi di carattere civile, rispetto a quelli sanzionatori» (238).

⁶⁷ Si pensi al caso *Bryan v. United Kingdom*, del 25 novembre 1995, in cui i giudici di Strasburgo, pur ammettendo che non era stata pienamente garantita l'imparzialità dell'organo decidente nell'ambito di un procedimento "quasi-judicial", hanno negato la violazione dell'art. 6 CEDU laddove il procedimento fosse seguito da un giudizio rispettoso dei principi dell'equo processo. Tuttavia, la possibilità data dalla Corte di recuperare in sede processuale le garanzie non riconosciute in fase procedimentale potrebbe essere ammessa solo laddove sia ammessa una *full jurisdiction*. Solo attribuendo al giudice il potere di incidere sulla decisione amministrativa e, quindi, in sostanza di adottarne una nuova, è possibile assicurare le garanzie imposte dall'art. 6 nella fase in cui la decisione viene assunta. Ciò che rileva, infatti, ai fini della Convenzione è la possibilità di riesercitare il potere, così da garantire le tutele non concesse al momento dell'azione della prima decisione (quella procedimentale) nella fase successiva processuale. Tuttavia, dall'analisi delle sentenze della Corte EDU sembra si possa ammettere anche un'interpretazione meno rigida. E invero, la *full jurisdiction* deve essere interpretata in senso sostanziale e non formale, il che significa che, indipendentemente dalla qualificazione formale di sindacato di mera legittimità, ciò che rileva è la possibilità, in concreto, di riesaminare compiutamente la fattispecie. Si deve valutare se nel caso specifico è possibile per il giudice conoscere nuovamente di tutto quanto già deciso dall'amministrazione; per cui, ad esempio, se il ricorrente si limita a far valere vizi relativi alla irragionevolezza della decisione ovvero derivanti dalla violazione di legge, anche la generale giurisdizione di legittimità può essere considerata un'ipotesi di *full jurisdiction*. Si v. in proposito il caso *Valico s.r.l. v. Italy*, Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 marzo 2006, 70074/01, in cui si legge che non è rilevante la qualificazione formale, ma il fatto che «the administrative courts examined the various factual and legal submissions made by the applicant company».

⁶⁸ Sul punto si v. *Allenet de Ribemont v. Francia*, 10 febbraio 1995, secondo cui «the reasonableness of the length of proceedings is to be determined in the light of the circumstances of the case and with reference to the criteria laid down in the Court's case-law, in particular the complexity of the case and the conduct of the applicant and of the competent authorities». Si v. anche il già citato caso *Ringeisen v. Austria*, del 16 luglio 1971, e, più di recente, *Lupeni greek Catholic Parish and others v. Romania*, 29 novembre 2016; *Kravchenko v. Ucraina*, 30 settembre 2016; *Bujković v. Montenegro*, 6 luglio 2015.

po” che non coincide con il termine di conclusione applicabile al procedimento. Infatti, senza tornare sulla già indagata questione della risarcibilità del danno da ritardo⁶⁹, di frequente si “giustifica” il superamento del termine per la ricorrenza di contrasti giurisprudenziali, per l’incertezza del quadro normativo o per la complessità della situazione di fatto⁷⁰.

Inoltre, come anticipato, secondo la Corte EDU, sulla valutazione dovrebbero incidere altresì le condotte tenute dai soggetti coinvolti nel procedimento, pubblici e privati⁷¹. Se così è, nel valutare la ragionevolezza del tempo effettivamente impiegato dall’amministrazione per giungere all’adozione del provvedimento finale, il giudice dovrebbe tenere conto anche degli eventuali rimedi attivati dal privato per sollecitare la conclusione del procedimento⁷², valorizzando, ad esempio, la sostituzione procedimentale *ex art. 2, co. 7*, nella prassi sostanzialmente inutilizzata⁷³.

D’altro canto, come ormai espressamente chiarito dall’art. 1, co. 2-*bis*, l. 241/1990, occorre che i rapporti tra cittadini e pubbliche amministrazioni siano improntati ai principi della collaborazione e della buona fede⁷⁴, fermo restando che, accogliendo la tesi che si propone, il primo onere graverebbe senz’altro in capo all’amministrazione precedente che, una volta scaduto il termine del procedimento, potrebbe adottare un provvedimento valido solo se assistito da una motivazione “rafforzata”, idonea a dare conto della “ragionevolezza” del ritardo, dell’attualità dell’interesse pubblico alla sua emanazione e del bilanciamento degli interessi coinvolti⁷⁵.

Ove, invece, fosse proposto un ricorso avverso il silenzio, il giudice adito dovrebbe valutare quale sia il termine “ragionevole” (alla luce degli “insegnamen-

⁶⁹ S. Vernile, *La relatività del tempo (amministrativo)*, cit.

⁷⁰ *Ex multis*, Cons. Stato, sez. II, 25 maggio 2020, n. 3269; sez. V, 10 settembre 2018, n. 5284; 21 aprile 2016, n. 1584; Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 28 novembre 2014, n. 473; Cons. Stato, sez. V, 8 aprile 2014, n. 1651.

⁷¹ Si v. nota 68.

⁷² Interessante, a tal proposito, la già più volte richiamata sentenza del Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 24 aprile 2013, n. 395, che, come ricordato, ha annullato il provvedimento autorizzatorio tardivo impugnato dal controinteressato, puntualizzando altresì che «non si può ignorare che, nello specifico caso, sono trascorsi ben 4 anni e più di sei mesi dall’inizio alla fine. E, d’altro canto, non si può non osservare che nessun soggetto interessato alla relativa conclusione del procedimento medesimo si è mai fatto parte attiva per sollecitare la conclusione medesima dello stesso».

⁷³ A. Police, *Dai silenzi significativi ai poteri sostitutivi. Una nuova dimensione per il dovere di provvedere della P.A.*, in A. Rallo, A. Scognamiglio (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, Napoli, 2016, 31, spec. 37.

⁷⁴ Peraltro, rispetto alla necessità di tenere conto della condotta delle parti, suggerita dalla Corte di Strasburgo, non può non intravedersi un’analogia con quanto previsto dall’art. 30, co. 3, c.p.a., secondo cui «nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l’ordinaria diligenza, anche attraverso l’esperimento degli strumenti di tutela previsti».

⁷⁵ Si v. le considerazioni di M. Ramajoli, *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 3, 894, sulla necessità di “riscoprire” la motivazione come strumento di legittimazione e razionalizzazione del potere pubblico.

ti» CEDU, magari tenendo conto del “momento” in cui è stata esercitata l’azione, fermo il rispetto del termine decadenziale⁷⁶), ai sensi dell’art. 117 c.p.a. «non superiore, di norma, a trenta giorni», entro cui l’amministrazione è tenuta a provvedere.

5. *5. Approfondimento specifico su procedimento amministrativo e ius superveniens*

A supporto dell’opportunità di “tornare” sui tempi dei procedimenti amministrativi, per “denunciarne” l’eccessiva lunghezza e promuoverne un’accelerazione, come anticipato, vi è un ulteriore argomento, che pure impattando più raramente, è comunque meritevole di attenzione: la permeabilità del procedimento amministrativo alle sopravvenienze normative. La regola del *tempus regit actum*, infatti, conferma la rilevanza del «tempo esterno» per l’azione amministrativa, poiché impone alle amministrazioni di applicare al provvedimento la legge in vigore al momento della sua adozione, sicché il contenuto del provvedimento risulta determinato dal momento storico in cui è emanato.

Logica conseguenza è che, tanto più lunga sarà la durata del procedimento, tanto più vi sarà il rischio di un mutamento normativo, favorevole o meno al soggetto interessato⁷⁷. Vero è, infatti, che emendamenti normativi potrebbero intervenire anche entro il termine di conclusione del procedimento (in una situazione, per così dire, “fisiologica”), ma è altrettanto vero che, in caso di inosservanza del termine applicabile a quel dato procedimento, per un verso, non sarebbe possibile prevedere un limite temporale allo *ius superveniens*, per altro verso, si porrebbe il tema della liceità del comportamento dell’amministrazione⁷⁸.

Invero, l’applicazione di una nuova disciplina, più svantaggiosa per il privato, sarebbe probabilmente “accettata” ove intervenuta entro il termine di conclusione del procedimento, non altrettanto quando, a causa di una condotta potenzialmente colposa (volendo escludere la remota eventualità del dolo), si sia atteso

⁷⁶ Ai sensi dell’art. 31, co. 2, c.p.a., «L’azione può essere proposta fintanto che perdura l’inadempimento e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento».

⁷⁷ Secondo P.L. Portaluri, *La regola estrosa: note sul procedimento amministrativo e ius superveniens*, in *Foro amm. Tar*, 5, 2013, 1807, l’esigenza di stabilità sottesa all’avvio del procedimento collide con il trascorrere inarrestabile del tempo, rendendo incerto il quadro fino all’adozione del provvedimento conclusivo, per cui «in questo lasso di tempo l’esposizione al “rischio” dello *ius superveniens* è massima».

⁷⁸ Interessante, a tal proposito, Cons. Stato, sez. V, 10 ottobre 2018, n. 2171, che dopo avere confermato l’applicabilità al procedimento della disciplina sopravvenuta, ha dato evidenza al fatto che, nel caso di specie, «non si è avuta una situazione di inerzia del procedimento imputabile alla stessa Regione, tale che per condotta, dolosa o colposa, ascrivibile a quest’ultima la società richiedente sia incorsa nella più restrittiva disciplina sopravvenuta».

il provvedimento finale più del dovuto⁷⁹. Certo, i danni subiti a causa della mancata conclusione del procedimento entro i termini potrebbero essere fatti valere in sede risarcitoria, ma si è già avuto modo di accennare alle posizioni restrittive sostenute dalla giurisprudenza amministrativa maggioritaria, ancora restia a riconoscere il danno da mero ritardo, ossia a prescindere dalla “spettanza” del bene⁸⁰.

Occorrerebbe allora verificare se, al fine di evitare che eventuali riforme normative compromettano gli interessi coinvolti nel procedimento, siano ammesse applicazioni “attenuate” del principio del *tempus regit actum*. Sono evidenti, dunque, gli effetti dell’indagine sul principio di legalità e sulla sua interpretazione in termini maggiormente rigidi o flessibili.

Nel primo caso, vi sarebbe un maggiore rigore formale, nel secondo un’applicazione che tiene conto degli effetti sostanziali di un’eventuale modifica normativa sulle aspettative del soggetto interessato dall’azione amministrativa. A tal proposito, è stato osservato come ciò si traduca in un bilanciamento tra il principio di legalità e quello dell’affidamento del privato⁸¹ che, soprattutto quando il procedimento abbia inizio su sua iniziativa (quindi a istanza di parte), conforma la propria attività alla disciplina in vigore al momento dell’avvio del procedimento.

Ciò si verifica ancor di più nei procedimenti che prevedono una manifestazione d’interesse da parte del privato, nonostante la loro natura ufficiosa, come i procedimenti selettivi⁸², per i quali la *lex specialis* potrebbe “cristallizzare” la disci-

⁷⁹ La rilevanza del tema è confermata dalla recente sentenza non definitiva del Cons. giust. amm. Regione siciliana, 15 dicembre 2020, n. 1136, che ha rimesso all’Ad. plenaria, tra l’altro, le seguenti questioni: «1) “se si configuri o meno una interruzione del nesso di causalità della fattispecie risarcitoria ex art. 2043 cc di tipo omissivo se, successivamente all’inerzia dell’Amministrazione su istanza pretensiva del privato, di per sé foriera di ledere il solo bene tempo, si verifichi una sopravvenienza normativa che, impedendo al privato di realizzare il progetto al quale l’istanza era preordinata, determini la lesione dell’aspettativa sostanziale sottesa alla domanda presentata all’Amministrazione, che sarebbe stata comunque soddisfatta, nonostante l’intervenuta nuova disciplina, se l’Amministrazione avesse ottemperato per tempo”; 2) “se il paradigma normativo cui ancorare la responsabilità dell’Amministrazione da provvedimento (ovvero da inerzia e/o ritardo) sia costituito dalla responsabilità contrattuale piuttosto che da quella aquiliana”; 3) in caso di risposta al quesito 2) nel senso della natura contrattuale della responsabilità, “se la sopravvenienza normativa occorsa intervenga, all’interno della fattispecie risarcitoria, in punto di quantificazione del danno (1223 c.c.) o di prevedibilità del medesimo (1225 c.c.)”; [...] 5) in via subordinata, in caso di risposta al quesito 2) nel senso della natura extracontrattuale della responsabilità, “se in ipotesi di responsabilità colposa da lesione dell’interesse legittimo pretensivo integrata nel paradigma normativo di cui all’art. 2043 c.c. la pubblica amministrazione sia tenuta o meno a rispondere anche dei danni derivanti dalla preclusione al soddisfacimento del detto interesse a cagione dell’evento – per essa imprevedibile – rappresentato dalla sopravvenienza normativa primaria preclusiva e, in ipotesi di positiva risposta al detto quesito, se tale risposta non renda non manifestamente infondato un dubbio di compatibilità di tale ricostruzione con il precetto di cui all’art. 81 terzo comma Cost.”».

⁸⁰ S. Vernile, *La relatività del tempo (amministrativo)*, cit.

⁸¹ G. Portaluri, *Soprapvenienze normative e procedimenti autorizzatori: “tempus regit actum”?*, in *Foro amm. Tar*, 2008, fasc. 4, 952.

⁸² Secondo P. Lazzara, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte. Dalla disciplina generale sul procedimento (l. 241/90) alla direttiva “servizi” (2006/123/ce)*, Napoli, 2008, 190, quelli selettivi non sono propriamente procedimenti a istanza di parte, tuttavia, il privato manifesta la volontà di prendere parte al procedimento avviato dall’amministrazione, così dimostrando il suo interesse al provvedimento favorevole finale.

plina sostanziale applicabile al procedimento. Tuttavia, anche in relazione a tale tipologia di procedimenti l'impermeabilità alla normativa sopravvenuta parrebbe ammettersi limitatamente alle fasi procedurali già compiute, ferma restando l'incidenza dello *ius superveniens* sulle fasi ancora incompiute e autonome⁸³.

Non può tacersi, però, la sussistenza anche di orientamenti giurisprudenziali minoritari più garantisti, che attribuiscono al momento dell'avvio del procedimento selettivo valore determinante ai fini della individuazione della normativa applicabile all'intera procedura⁸⁴.

Del resto, la preclusione allo *ius superveniens* parrebbe più agevolmente sostenibile con riferimento ai procedimenti selettivi, cui partecipano una pluralità di concorrenti tra i quali l'amministrazione effettua una scelta, sulla base delle regole fissate all'interno di un bando, in cui rileva particolarmente la predetermi-

⁸³ Anche quando il potere debba essere riesercitato a seguito dell'annullamento giurisdizionale della precedente attività. Si v. in proposito Cons. Stato, sez. VI, 9 aprile 2018, n. 2155; 15 maggio 2015, n. 2470, per cui il principio del *tempus regit actum* impone di applicare la legge esistente al momento dell'azione dei singoli atti della procedura, compreso il caso di riesercizio del potere. Nel caso di specie tuttavia era la stessa norma a prevedere che la riforma dovesse trovare applicazione anche alle procedure di valutazione comparativa indette prima della data di entrata in vigore della nuova disciplina, purché in relazione a fasi della procedura ancora da svolgersi; Tar Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 10 maggio 2012, n. 324, con riguardo specifico all'individuazione della competenza.

⁸⁴ Cons. Stato, sez. III, 24 ottobre 2016, n. 4453, secondo cui «come affermato in più occasioni da questo Giudice di secondo grado in tema di procedure concorsuali con argomentazioni, che, comunque, il Collegio ritiene pertinenti anche a questa tipologia di procedimento [nella fattispecie si trattava di un procedimento per l'attribuzione di un contributo per le vittime di attività estorsive], il principio "*tempus regit actum*" attiene, come corollario indefettibile, alle sequenze procedurali composte di atti dotati di propria autonomia funzionale, ma non anche ad attività amministrative, che, pur essendo interamente disciplinate dalle norme vigenti al momento in cui essa ha inizio, comunque, in relazione alle esigenze endoprocedimentali, richiedono un congruo periodo di tempo per verificare l'esistenza dei presupposti necessari all'adozione del provvedimento conclusivo. Quindi, ad avviso del Collegio, nei procedimenti instaurati a seguito di istanza del singolo, per ampliare la propria sfera giuridica, per individuare la disciplina applicabile per l'adozione del provvedimento conclusivo, occorre riferirsi ai requisiti previsti dal quadro normativo vigente all'epoca della presentazione della domanda, escludendo, pertanto, l'applicabilità delle modifiche normative sopravvenute. [...] In tali sensi depone anche l'esigenza di tutela del principio di eguaglianza, in quanto, diversamente ragionando, potrebbe accadere che, in caso di *ius superveniens* che imponga ulteriori requisiti, l'Amministrazione, su domande analoghe e presentate nello stesso periodo, si determini diversamente, ove ne concluda l'esame prima o dopo la intervenuta modifica normativa. Pertanto, appare ragionevole affermare che l'applicazione a procedimenti in corso di uno *ius superveniens*, che comporti modifiche restrittive di norme sostanziali sarebbe in contrasto con i principi di eguaglianza e di certezza del diritto, mentre, come è noto, le modifiche delle norme processuali, invece, trovano immediata applicazione e le esigenze di eguaglianza trovano tutela, di norma, mediante la previsione di un adeguato regime transitorio per i giudizi già incardinati»; Cons. Stato, parere del 1° aprile 2015, n. 1027, relativo alla nomina di una commissione di concorso in conformità a quanto previsto dalla disciplina intervenuta nelle more del procedimento, anziché dal bando di gara. Il Supremo Consesso, dopo avere richiamato i precedenti secondo cui il principio del *tempus regit actum* trova un'attenuazione con riferimento alle procedure concorsuali, «in cui il bando costituisce la *lex specialis* delle medesime, perciò cristallizza le norme in atto vigenti e, conseguentemente, non può essere disapplicata nel corso del procedimento neppure a seguito di *ius superveniens*», chiarisce che nel caso di specie la sopravvenuta previsione normativa relativa alla commissione d'esame non potesse trovare applicazione (nonostante la fase procedurale fosse autonoma) perché con il bando l'amministrazione si era autovincolata nell'esercizio dei poteri connessi alla procedura, cristallizzando la normativa applicabile a quel procedimento.

nazione dei requisiti necessari e dei criteri di individuazione del migliore concorrente. La *lex specialis* di gara, infatti, sembra maggiormente idonea a delimitare la disciplina applicabile al procedimento, quantomeno dal punto di vista sostanziale, ingenerando in capo al privato un legittimo affidamento a che l'amministrazione si attenga alle regole in vigore al tempo della pubblicazione del bando.

Alla base di una simile interpretazione vi sono due argomenti: uno di tipo formale, l'altro di natura sostanziale. L'argomento formale richiama l'idoneità della normativa speciale a "resistere" alla normativa generale sopravvenuta⁸⁵, mentre quello sostanziale attiene alla necessità di dettare regole stabili, affinché i potenziali concorrenti possano conformare la propria attività in vista della partecipazione al concorso⁸⁶. A ciò si aggiunge che nei procedimenti selettivi vi è comunque un atto della pubblica amministrazione che autolimita il proprio operato, predeterminando i criteri che dovrà osservare nella scelta del migliore concorrente⁸⁷.

Diversa è la situazione con riguardo agli altri procedimenti, ancorché autorizzatori. In tale caso, l'atto cui dovrebbe riconoscersi l'idoneità a "cristallizzare" la disciplina applicabile riveste natura meramente privata. Ciò rende più complesso ritenere che l'amministrazione, anziché rispettare il principio del *tempus regit actum* (espressione del principio di legalità), debba applicare la legge in vigore al momento della presentazione dell'istanza del privato, sebbene occorra considerare altresì che, al fine di presentare l'istanza, nonché di partecipare al procedimento, il privato pone in essere una serie di atti volti a conformare la propria attività⁸⁸ a quanto prescritto dalla legge per ottenere il titolo abilitativo⁸⁹.

⁸⁵ Critico in questo senso, G. Portaluri, *Sopravvenienze normative e procedimenti autorizzatori*, cit., per il quale l'argomento formale risulta piuttosto debole. Di maggiore rilievo sarebbe, invece, il fatto che il privato è tenuto, in virtù del bando, a compiere una serie di attività che potrebbero anche essere considerevolmente onerose e la cui utilità non potrebbe venire meno a causa di una nuova disciplina normativa.

⁸⁶ Sull'inapplicabilità del principio del *tempus regit actum* ai procedimenti concorsuali, si v. R. Cicchese, *Procedure concorsuali, norme interpretative e jus superveniens*, in *Corriere merito*, 2011, 10, 1004, che richiama quella giurisprudenza per cui la regola in discorso imporrebbe un rigoroso rispetto solo in presenza di una sequenza procedimentale composta da atti dotati di una propria autonomia, mentre non troverebbe applicazione nel caso di attività che, pur svolgendosi in un dato arco temporale, avrebbe natura unitaria, con la conseguenza che l'intera azione resterebbe disciplinata dalla normativa in vigore nel momento in cui ha avuto inizio.

⁸⁷ E invero, come già osservato, non sono dei veri e propri procedimenti a istanza di parte, essendo comunque sempre avviati d'ufficio dall'amministrazione. Sul punto ancora P. Lazzara, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, cit.

⁸⁸ Quanto detto emerge ancora più chiaramente se si pensa che il potere autorizzatorio, comunque caratterizzato dalla prevalenza dell'interesse pubblico, spesso non consente semplicemente l'esercizio di quelle attività che non siano incompatibili con il fine generale perseguito, ma rende l'interesse privato "servente" rispetto a quello pubblico, «adrittura conformando l'azione dell'autorizzato in vista del conseguimento (anche) di finalità collettive». Così, F. Fracchia, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 1996, 248.

⁸⁹ Alcune aperture hanno riguardato il permesso di costruire. A ben guardare, tuttavia, la soluzione raggiunta dalla giurisprudenza non riguarda esattamente il caso in esame, perché non si fa riferimento alle modifiche intervenute nel corso del procedimento, bensì a quelle eventualmente sopravvenute a seguito del riconoscimento dell'illegittimità del diniego del permesso di costruire. Secondo il giudice amministrativo, infatti, se in sede di riesame dell'istanza, a seguito dell'annullamento del precedente diniego, l'amministrazione è tenuta

Invero, secondo parte della dottrina, la regola in esame avrebbe subito, a seguito dell'attribuzione di valore alla relazione tra amministrazione e privato nel corso del procedimento⁹⁰, una trasformazione tale che l'avvio del procedimento sarebbe idoneo a cristallizzare il diritto in relazione all'intero esercizio dell'azione, suggerendo che debba più propriamente parlarsi di *tempus regit actionem*⁹¹, perché l'inizio del procedimento sarebbe in grado di stabilire la disciplina ad esso applicabile, restando immune a un eventuale *ius novum*.

La tesi poggia sull'interpretazione del procedimento in senso "funzionale", non mera sequenza di atti, ma processo unitario volto alla composizione degli interessi in gioco⁹². Se l'essenza del procedimento è l'individuazione dell'assetto di interessi migliore, sulla base tanto dei fatti tanto delle norme che assumono rilievo nel singolo caso, è importante che sia assicurata la stabilità dei diversi elementi decisori per consentire una valutazione consapevole e certa. Un contesto normativo chiaro e definito, e, conseguentemente, un procedimento le cui regole siano prestabilite o comunque "cristallizzate" al momento dell'avvio del procedimento, garantirebbe ai

ad applicare la normativa sopravvenuta, anche ove risulti più sfavorevole per il privato vittorioso nel giudizio, le eventuali modifiche successive alla notificazione della sentenza con cui è stato accolto il ricorso non potrebbero trovare applicazione (cfr. Tar Lazio, Roma, sez. II, 19 marzo 2009, n. 2860, per cui l'annullamento di un diniego di concessione edilizia impone all'amministrazione di provvedere al riesame del progetto alla stregua della disciplina urbanistica vigente al momento della notificazione della sentenza). In tal caso, però, dovrebbero esserci almeno margini per la tutela risarcitoria. Si v. Cons. Stato, sez. IV, 24 dicembre 2008, n.6538, con commento di M. Trimarchi, *Responsabilità della p.a. per lesione di interessi "pretensivi" e vizi formali*, in *Foro amm. CdS*, 2009, I, 149. Sul punto, E. Follieri, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, Chieti, 1984, 146 ss. Inoltre, qualora la disciplina sopravvenuta sia sfavorevole rispetto a quella applicabile al momento dell'adozione del diniego poi annullato, la giurisprudenza riconosce al privato un interesse qualificato a chiedere una variante al piano urbanistico nel frattempo intervenuto, ravvisandosi in questo caso un vero e proprio dovere in capo all'amministrazione di riesaminare la pianificazione. In questo senso si è espressa l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 8 gennaio 1986, n. 4, che riconosce appunto al privato che abbia ottenuto l'annullamento del diniego di permesso di costruire adottato un interesse qualificato a chiedere all'amministrazione competente una variante del piano urbanistico entrato in vigore successivamente all'emanazione del provvedimento e nelle more del giudizio. Di recente, Tar Liguria, Genova, sez. II, 13 maggio 2009, n. 1041, che afferma che «se è vero che l'annullamento del diniego non obbliga l'amministrazione a riesaminare immediatamente l'istanza di concessione edilizia alla stregua della normativa vigente all'epoca del diniego medesimo, è altresì vero che l'amministrazione stessa ha il potere-dovere di riesaminare subito il piano sopravvenuto al fine di valutare se ad esso possa essere applicata una deroga o una modifica che recuperi, in tutto o in parte, compatibilmente con l'interesse pubblico, le previsioni urbanistiche sulle quali si fondava l'originaria domanda di concessione a torto respinta, con conseguente lesione della posizione dell'amministrato».

⁹⁰ In questo senso parrebbe muovere anche il nuovo comma 2-bis dell'art. 1, l. 241/1990, aggiunto dalla l. 120/2020 in sede di conversione del Decreto Semplificazioni, ai sensi del quale «i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede».

⁹¹ Il riferimento va a G.D. Comporti, *Tempus regit actum*, cit.

⁹² Così, G.D. Comporti, *op. cit.*, secondo il quale considerare inapplicabili le norme sopravvenute all'avvio del procedimento consente di «garantire l'autonomia della funzione amministrativa e la tutela della riserva alla medesima della valutazione e definizione degli interessi concretamente rilevanti nelle singole situazioni problematiche» (86).

privati coinvolti un esercizio effettivo delle facoltà partecipative, oltre che la tutela dell'affidamento generatosi al momento dell'avvio del procedimento⁹³.

Senonché, nell'ambito della giurisprudenza amministrativa, si registrano in misura maggioritaria posizioni contrarie a un'applicazione flessibile del principio del *tempus regit actum*⁹⁴. A ciò si aggiunga che in assenza di una disposizione espressa che, quantomeno nelle ipotesi a istanza di parte, riconosca all'avvio del procedimento efficacia preclusiva rispetto al *ius novum*, si frappongono diversi ostacoli all'interpretazione in favore dell'impermeabilità del procedimento alle modifiche normative sopravvenute.

Innanzitutto, sarebbe poco coerente prevedere conseguenze differenti a seconda che, nel corso del procedimento, sopravvengano nuovi elementi normativi o fattuali. Se il procedimento è il luogo in cui convergono tutti gli elementi di fatto e di diritto che devono essere valutati dall'amministrazione competente al fine di adottare il provvedimento finale, non potrebbe ammettersi un diverso regime delle sopravvenienze a seconda che si tratti di nuove disposizioni ovvero di nuovi fatti.

Inoltre, anche con riguardo ai provvedimenti autorizzatori, non ci si limita a consentire al privato l'esercizio di una situazione di vantaggio, ma si rende l'azione del privato "servente" rispetto all'interesse pubblico⁹⁵, ragione per cui appare ancora più importante che l'autorizzazione risulti conforme alla normativa in vigore al momento della sua adozione. Maggiori aperture, come anticipato, par-

⁹³ Si v. ancora G.D. Comporti, *op. cit.*, per il quale, peraltro, la necessità di applicare la disciplina vigente al momento dell'avvio del procedimento discende dal più generale obbligo di buona fede gravante sull'amministrazione procedente.

⁹⁴ *Ex multis*, Tar Puglia, Bari, sez. III, 6 agosto 2019, n. 1131; Cons. Stato, sez. III, 29 aprile 2019, n. 2768; sez. V, 10 aprile 2018, n. 2171, che chiarisce che «il principio di diritto, che si intende qui ribadire, è affermato nei seguenti termini: "la corretta applicazione del principio *tempus regit actum* comporta che la Pubblica amministrazione deve considerare anche le modifiche normative intervenute durante il procedimento, non potendo considerare l'assetto normativo cristallizzato in via definitiva alla data dell'atto che vi ha dato avvio, con la conseguenza che la legittimità del provvedimento adottato al termine di un procedimento avviato ad istanza di parte deve essere valutata con riferimento alla disciplina vigente al tempo in cui è stato adottato il provvedimento finale, e non al tempo della presentazione della domanda da parte del privato, dovendo ogni atto del procedimento amministrativo essere regolato dalla legge del tempo in cui è emanato in dipendenza della circostanza che lo *ius superveniens* reca sempre una diversa valutazione degli interessi pubblici". Il principio si completa con il presupposto di diritto, parimenti affermato da dottrina e giurisprudenza, secondo cui, fintantoché l'amministrazione non ha approvato il provvedimento definitivo, il privato richiedente non è titolare di una situazione sostanziale consolidata meritevole di tutela sotto il profilo del legittimo affidamento, ma di un'aspettativa (cfr. anche Corte Costituzionale, sentenza 1 aprile 2010, n. 124)»; Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 30 ottobre 2017, n. 1294; Tar Campania, Napoli, sez. I, 7 agosto 2017, n. 4039; Tar Lazio, Latina, sez. I, 10 aprile 2017, n. 235; Tar Campania, Napoli, sez. VII, 21 settembre 2016, n. 4358; Cons. Stato, sez. IV, 13 aprile 2016, n. 1450; Tar Puglia, Lecce, sez. I, 12 febbraio 2015, n. 556; Cons. Stato, sez. IV, 22 settembre 2014, n. 4727; Tar Basilicata, Potenza, 11 maggio 2011, n. 293; Tar Sardegna, sez. I, 21 aprile 2011, n. 423; Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2009, n. 1458; Tar Lazio, Roma, sez. III, 25 gennaio 2007, n. 563.

⁹⁵ F. Fracchia, *Autorizzazione amministrativa*, cit.

rebbero giustificarsi per i procedimenti concorsuali⁹⁶, sebbene eventuali riforme intervenute dopo la pubblicazione del bando dovrebbero applicarsi alle fasi non ancora iniziate e autonome rispetto a quelle già espletate⁹⁷.

D'altra parte, è lo stesso principio del *tempus regit actum* a comportare, da un lato, la necessità che si applichi la disciplina sopravvenuta all'atto ancora da adottare, dall'altro, che quello già perfezionato resti impermeabile alle eventuali successive modifiche normative⁹⁸: soltanto dal momento del consolidamento delle situazioni giuridiche e non dal mero avvio del procedimento, anche se di tipo concorsuale⁹⁹, potrebbe derivare un affidamento del privato meritevole di tutela.

Se non è possibile superare la regola del *tempus regit actum*, allora, è evidente che una durata eccessiva del procedimento aumenta il rischio di una riforma normativa nelle more dell'adozione del provvedimento finale. Ne consegue che, una volta spirato il termine di conclusione del procedimento, la "ragionevolezza" del tempo effettivamente impiegato per concludere il procedimento, al pari

⁹⁶ Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 2016, n. 2433, in cui si legge che «per costante orientamento di questo Consiglio di Stato, la procedura di affidamento di un contratto pubblico è soggetta alla normativa vigente alla data di pubblicazione del bando, in conformità al principio *tempus regit actum* ed alla natura del bando di gara, quale norma speciale della procedura che regola, cui non solo le imprese partecipanti, ma anche l'amministrazione non può sottrarsi (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9). Pertanto, anche per ragioni di tutela dell'affidamento delle prime, deve escludersi che il *ius superveniens* possa avere alcun effetto diretto sul procedimento di gara, altrimenti venendo sacrificati i "principi di certezza e buon andamento, con sconcerato delle stesse e assoluta imprevedibilità di esiti, ove si imponesse alle Amministrazioni di modificare in corso di procedimento le regole di gara per seguire le modificazioni normative o fattuali intervenute successivamente alla adozione del bando" (Cons. Stato, III, 1° settembre 2014 n. 4449; in termini anche: VI, 20 ottobre 2014, n. 5170); sez. III, 11 novembre 2014, n. 5539; sez. I, 10 maggio 2012, n. 3523.

⁹⁷ Tar Lazio, Roma, sez. I, 7 agosto 2002, n. 7047, che chiarisce che ciascuna fase procedimentale, salvo sia diversamente previsto dalla legge, è retta dalla normativa in vigore al momento del suo svolgimento, per cui nel caso in cui non sia stata ancora conclusa troverà immediata applicazione anche l'eventuale modifica intervenuta. Peraltro, secondo il collegio, il principio «dell'ordinaria applicabilità dello *ius superveniens* alle fasi procedimentali ancora *in itinere* vale di regola anche per i procedimenti concorsuali, non ravvisandosi ragioni che possano giustificare la loro sottrazione "in blocco" al suo impero». L'unico limite all'applicabilità dello *ius superveniens* è dato, infatti, dal consolidamento delle situazioni giuridiche, per cui restano insensibili alle modifiche normative le fasi procedimentali già portate a termine. Invece, «ove la procedura di concorso si divida in varie fasi coordinate, ma dotate di una certa autonomia, la nuova norma può trovare applicazione per le fasi che all'atto della sua entrata in vigore non siano state ancora realizzate». Nel caso di specie, dunque, il giudice amministrativo ha confermato l'applicabilità alla fase della formazione ed approvazione di una graduatoria della normativa sopravvenuta al bando, proprio in virtù della riconosciuta autonomia di questa fase rispetto a quelle precedenti già concluse.

⁹⁸ Tar Liguria, Genova, sez. II, 6 febbraio 2018, n. 131; Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 30 ottobre 2017, n. 1294.

⁹⁹ Tar Lazio, Roma, sez. I, 7 agosto 2002, n. 7047, per cui il richiamo alla natura di *lex specialis* del bando di gara non può valere al fine di evitare di applicare la disciplina sopravvenuta successivamente alla sua pubblicazione alle fasi del procedimento che non siano ancora state concluse. Secondo il giudice amministrativo, infatti, «il richiamo che un bando faccia, invero, alle norme vigenti in tema di titoli di precedenza e preferenza, deve intendersi compiuto, almeno di regola, per conoscenza (per memoria dei concorrenti), piuttosto che nell'esplicazione di un particolare potere di regolamentazione che sotto questo profilo all'amministrazione non compete. Il rinvio del bando alle norme in materia, quindi, deve essere ritenuto sempre di tipo dinamico, e non di tipo recettizio».

dell'attualità dell'interesse pubblico e del bilanciamento degli interessi coinvolti, secondo la soluzione proposta, dovrebbero essere valutati anche alla luce della disciplina applicabile all'atto¹⁰⁰ a causa dell'eccessiva durata del procedimento¹⁰¹, ferma restando, in ogni caso, la tutela risarcitoria¹⁰² e comunque tenendo conto dei rimedi eventualmente attivati¹⁰³.

6. Conclusioni. Il giudice amministrativo "signore" degli atti tardivi

Nei precedenti paragrafi, si è avuto modo di osservare come le disposizioni introdotte dal Decreto Semplificazioni, tanto con riguardo all'inefficacia degli atti adottati successivamente alla formazione del silenzio-assenso, tanto rispetto alla necessità di monitorare i tempi effettivi di durata dei procedimenti amministrativi (secondo il Decreto, almeno per quelli di maggiore impatto per le imprese e le persone), abbiano riportato in auge la questione della rilevanza di un'azione amministrativa tempestiva, esigenza invero avvertita soprattutto per i procedimenti amministrativi che devono essere conclusi necessariamente con un provvedimento espresso, poiché il silenzio serbato oltre il termine di conclusione del procedimento equivale a un mero fatto, ossia all'inadempimento del dovere di provvedere *ex art. 2, l. 241/1990*.

Prendendo le mosse dall'inadeguatezza del termine di conclusione applicabile a ciascun procedimento a registrarne l'effettiva durata, si è inteso riproporre la tesi secondo la quale le amministrazioni, scaduto infruttuosamente il termine finale, potrebbero adottare un provvedimento tardivo valido entro un "tempo

¹⁰⁰ Diversa la posizione di chi ritiene che l'amministrazione, ogni volta che sopravvenga una modifica normativa nel corso del procedimento, sia chiamata a verificare se, nel caso concreto, debba prevalere l'affidamento del privato ovvero la nuova composizione dell'interesse pubblico: cfr. P.L. Portaluri, *La regola estrosa*, cit. Si v. anche F. Merusi, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, cit., per il quale occorrerebbe distinguere il tempo della legge dal tempo della buona fede e della tutela dell'affidamento, un tempo "alieno" che trova il suo fondamento in un principio di diritto integrativo della codificazione legislativa che garantisce che le legittime aspettative del cittadino siano soddisfatte nonostante la diversa norma di legge vigente nel tempo naturale.

¹⁰¹ Ad avviso di chi scrive, la soluzione richiamata nella nota precedente, al più, potrebbe valere nelle ipotesi in cui, almeno, fosse spirato il termine di conclusione del procedimento. Nel senso di attribuire "peso" alle inadempienze e ai ritardi dell'amministrazione, al fine di valutare la permeabilità del procedimento al *ius novum*, potrebbe muovere, infatti, la previsione dell'art. 10-bis, che termina disponendo che «non possono essere addotti tra i motivi che ostano all'accoglimento della domanda inadempienze o ritardi attribuibili all'amministrazione», come suggerito dal Tar Lombardia, Milano, sez. II, 24 settembre 2015, n. 1987.

¹⁰² Sia consentito rinviare ancora a S. Vernile, *La relatività del tempo (amministrativo)*, cit.

¹⁰³ Tar Campania, Napoli, sez. I, 7 agosto 2017, n. 4039, dopo avere confermato l'applicabilità della disciplina sopravvenuta al procedimento, ha chiarito che «quanto alla tardiva definizione del procedimento ad opera dell'A.S.L. e alle conseguenze che ne sono derivate in ordine all'applicazione della disciplina vigente *ratione temporis*, è sufficiente rilevare che l'eventuale inerzia procedimentale andava ritualmente contrastata mediante l'esperimento dello specifico rimedio processuale disciplinato dagli artt. 31 e 117 c.p.a. che, nel caso specifico, non risulta che sia stato proposto ed utilmente coltivato».

ragionevole” (e motivando in merito all’attualità dell’interesse pubblico all’adozione del provvedimento tardivo e al bilanciamento degli interessi dei destinatari e dei controinteressati). A sostegno della tesi, sono state richiamate alcune pronunce della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo che consentono di ritenere che il principio di “ragionevole durata”, previsto espressamente soltanto per l’attività giudiziaria, debba invero essere esteso anche a quella amministrativa, per le conseguenze particolarmente gravose che la durata eccessiva dei procedimenti amministrativi potrebbe comportare a danno dei soggetti interessati, come dimostrato altresì dall’approfondimento specifico sui rischi connessi alla possibile “instabilità” del paradigma legale di riferimento in virtù della regola del *tempus regit actum*.

Le considerazioni svolte sull’importanza del fattore temporale per l’azione amministrativa, dunque, rendono più promettente superare l’esame del termine di conclusione del procedimento, per concentrarsi su un tempo diverso: il tempo ragionevole. Il criterio di riferimento pare dover essere quello del buon andamento, o meglio della congruità del tempo impiegato per adottare il provvedimento finale rispetto al caso specifico¹⁰⁴.

A prescindere dal termine di conclusione applicabile al procedimento, che resta “utile” ai fini dell’accesso ai mezzi di tutela avverso l’inerzia (giurisdizionali e non), il vero “tempo” dell’azione amministrativa sarà quello ritenuto ragionevole alla luce delle circostanze del singolo caso, secondo una valutazione di cui l’amministrazione è tenuta a dar conto ai fini dell’adozione di un provvedimento tardivo valido, che superi, cioè, l’eventuale sindacato del giudice amministrativo.

D’altro canto, non può essere trascurata la rilevanza del decorso del tempo sul consolidamento delle situazioni soggettive (dovendosi considerare, peraltro, sia quelle dei diretti interessati sia dei controinteressati), tanto che il limite del “tempo ragionevole” è stato impiegato dal legislatore proprio per temperare l’esigenza di tutelare l’interesse pubblico con la tutela del legittimo affidamento. Si pensi alla disciplina dettata dall’art. 21-*nonies*, l. 241/1990: la valutazione dell’elemento temporale, riservata alla sfera della discrezionalità amministrativa¹⁰⁵, è considerata centrale per l’esercizio del potere di autotutela¹⁰⁶.

Anzi, proprio a causa dell’esercizio improprio di tale potere sotto il profilo temporale, il legislatore ha ritenuto di dovere limitare tale discrezionalità rispetto

¹⁰⁴ Tar Campania, Napoli, sez. I, 9 ottobre 2013, n. 4529.

¹⁰⁵ Secondo A. Barone, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in *Dir. amm.*, 2002, 4, 689, «il tempo costituisce uno degli elementi sui quali deve portarsi l’attenzione dell’amministrazione nel momento in cui esercita il potere di autotutela; l’autorità cioè deve dedicare un segmento dell’iter logico, che la porta a decidere se annullare o revocare d’ufficio un determinato atto, all’elemento tempo, con una valutazione che acquista quindi autonomia non solo logica ma anche giuridica e della quale deve rimanere traccia nella motivazione della sua decisione».

¹⁰⁶ E. Giardino, *L’autotutela amministrativa e l’interpretazione della norma*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 4, 439.

ai provvedimenti per i quali si avverte particolarmente il tema dell'affidamento del privato e che richiedono, pertanto, una maggiore "stabilità". Come noto, l'art. 6, comma 4, lett. *d*), della l. n. 124/2015, modificando il richiamato art. 21-*nonies*, ha stabilito che il "tempo" dell'annullamento non può comunque essere superiore a diciotto mesi dalla loro adozione per i provvedimenti attributivi di vantaggi economici ovvero per le autorizzazioni¹⁰⁷, fermo restando che il "tempo ragionevole" dell'annullamento potrebbe "scadere" anche prima dei diciotto mesi¹⁰⁸.

La previsione conferma la rilevanza dell'elemento temporale per l'azione amministrativa e, anzi, nel caso dell'annullamento dei provvedimenti più idonei a ingenerare affidamento nei privati¹⁰⁹, quali le autorizzazioni e i provvedimenti attributivi di vantaggi economici, il tempo diviene uno degli elementi di esistenza (in concreto) del potere¹¹⁰: decorsi diciotto mesi, l'amministrazione decade dal potere di intervenire¹¹¹. Il fluire del tempo, in tal caso, come già osservato, si atteggia a "strumento" di garanzia della certezza e della stabilità delle situazioni giuridiche.

Tuttavia, anche al di là dell'ambito di applicazione del termine massimo dei diciotto mesi, l'amministrazione può intervenire su precedenti decisioni soltanto entro un "termine ragionevole". Se ciò vale per l'autotutela, non si intravedono ostacoli nel ritenere che debba valere anche per il provvedimento di primo grado, che, a prescindere dal termine acceleratorio previsto per ogni specifico procedimento, deve essere adottato entro un tempo ragionevole.

Il "tempo", come già osservato, ha acquisito un valore autonomo, specialmente in virtù delle sue implicazioni economiche¹¹², di guisa che la tempestività dell'azione amministrativa diviene un obiettivo da perseguire, oltre che un indice di

¹⁰⁷ La medesima esigenza di tutela dell'affidamento del privato rispetto a tale specifica categoria provvedimento è alla base dei limiti posti all'esercizio del potere di revoca. Il d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito in l. 11 novembre 2014, n. 164, modificando l'art. 21-*quinquies*, ha escluso, infatti, la revoca per *ius poenitendi* con riguardo ai provvedimenti di autorizzazione o attributivi di vantaggi economici.

¹⁰⁸ Tar Campania, Napoli, sez. IV, 5 aprile 2016, n. 1658; G. Manfredi, *Il tempo è tiranno: l'autotutela nella legge Madia*, in *Urb. e app.*, 1, 2016, 5; M. Ramajoli, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto d'equilibrio*, in *Giustamm.it*, 2016, 6.

¹⁰⁹ Ragion per cui il limite temporale non opera ove l'affidamento non possa essere tutelato perché il provvedimento è stato adottato sulla base di dichiarazioni mendaci del privato, nel qual caso, ai sensi del comma 2-*bis* dell'art. 21-*nonies*, l'amministrazione potrebbe intervenire anche una volta scaduti i diciotto mesi. La gravità del fatto giustifica l'estensione del potere amministrativo, che non può essere limitato quando il privato abbia intenzionalmente dichiarato il falso allo scopo di ottenere un vantaggio altrimenti non dovuto.

¹¹⁰ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 405.

¹¹¹ M. Macchia, *Sui poteri di autotutela: una riforma in senso giustiziale*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2015, 621, per il quale «si introduce in questo modo una decadenza automatica dal potere amministrativo di annullamento». Cfr. anche, tra tanti, M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, cit., 281; M. Allena, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2018, 118; P.L. Portaluri, *Il nuovo diritto procedimentale nella riforma della p.a.: l'autotutela (profili interni e comunitari)*, in *Federalismi.it*; F. Francario, *Riesercizio del potere e stabilità degli effetti giuridici*, ivi; G. Manfredi, *Il tempo è tiranno*, cit.; M. Ramajoli, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto d'equilibrio*, cit.; A. Gualdani, *Il tempo nell'autotutela*, in *Federalismi.it*.

¹¹² P. Quinto, *Il tempo, come bene della vita nel procedimento amministrativo*, cit.

efficienza del “mondo” pubblico, al pari di quello privato¹¹³. La certezza temporale, si è detto, costituisce un elemento indispensabile ai fini della programmazione delle attività umane¹¹⁴, pertanto, l'azione amministrativa deve essere quanto più rapida possibile per l'impatto sulle decisioni personali ed economiche di ciascuno¹¹⁵.

I procedimenti amministrativi, dunque, non possono superare la ragionevole durata, anche tenendo conto dell'attualità di tutti gli interessi coinvolti¹¹⁶. D'altro canto, se si considera meramente ordinatorio o acceleratorio il termine di conclusione del procedimento, l'amministrazione “riacquista” la discrezionalità nel *quando*¹¹⁷, che non può che essere esercitata nel rispetto dei principi di proporzionalità e, appunto, ragionevolezza.

Se così è, occorre tornare sulla “sorte” dell'atto tardivo, qui inteso come il provvedimento adottato successivamente alla scadenza del termine nelle ipotesi in cui occorra un atto espresso per concludere il procedimento. Sembra, infatti, che la sua legittimità possa essere confermata a condizione che, si ribadisce, sia stato rispettato almeno un tempo ragionevole, anche alla luce del bilanciamento dei diversi interessi, pubblici e privati, coinvolti. È, dunque, il giudice amministrativo, nell'ambito del giudizio di legittimità, a verificare la validità del provvedimento tardivo, che produce effetti almeno fino al suo annullamento. In questo senso, può guardarsi al giudice amministrativo come al “signore” dell'atto tardivo, poiché, accogliendo la tesi che si propone, è al giudice che spetta la valutazione circa la ragionevole durata del procedimento amministrativo.

Quanto ad altre “tipologie” di atti tardivi, dall'ordinamento provengono, invece, talvolta precise indicazioni, talaltra “indizi”, circa la loro inefficacia. Senonché, si deve procedere con cautela e chiarire dapprima che l'inefficacia non è una forma di invalidità, ma una sua conseguenza¹¹⁸. Ne deriva che l'“etichetta”

¹¹³ F. Merusi, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, cit.

¹¹⁴ S. Osella, *La centralità del “tempo” nella valutazione della correttezza della Pubblica amministrazione*, cit.

¹¹⁵ F. Patroni Griffi, *Procedimento amministrativo e responsabilizzazione dei poteri pubblici*, cit.

¹¹⁶ Sul punto, M.T. Onorato, *Considerazioni sul termine di conclusione del procedimento amministrativo*, in *Trib. amm. reg.*, 5-6, 1998, 221, secondo la quale nel lungo periodo il privato può anche perdere interesse per ciò che egli stesso ha richiesto in precedenza. Inoltre, una durata eccessiva può comportare un cambiamento negli interessi che devono essere soppesati e bilanciati nel provvedimento finale, nonché la possibilità di sopravvenienze che rendano non più necessario l'atto richiesto.

¹¹⁷ A. Angiuli, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, cit., *passim*.

¹¹⁸ Senza volere in questa sede approfondire il tema dei rapporti tra validità ed efficacia del provvedimento, si v. E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 363: «Il rispetto delle norme di relazione, che fanno parte dell'ordinamento generale, è condizione per la produzione degli effetti». Cfr. M. D'Orsogna, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano, 2004, secondo la quale l'efficacia del provvedimento è una conseguenza della rilevanza del profilo funzionale del provvedimento, di talché «l'introduzione della categoria della nullità nel diritto amministrativo risponde all'esigenza, per molti versi analoga, di controllare (ed impedire) che possano irragionevolmente essere collegati effetti “normativi” ad una “regola” che, rendendo evidente l'esistenza di un *vulnus* profondo dell'elemento funzionale del provvedimento, non può essere in alcun modo adeguatamente corretta (in funzione recuperativa e interinalmente conservativa) dalle ragioni che fondano e

dell'inefficacia, di recente utilizzata dal legislatore, non risolve i problemi di "certezza", per i quali sembra comunque necessario l'intervento di un giudice¹¹⁹.

Ciò vale innanzitutto per gli atti individuati dall'art. 2, co. 8-*bis*, l. 241/1990, per i quali è disposta l'inefficacia sul presupposto che intervengono a seguito della formazione di un silenzio cui l'ordinamento attribuisce valore e che determina, pertanto, l'esaurimento del potere amministrativo, con conseguente – si ritiene – nullità del provvedimento tardivo per carenza di potere¹²⁰.

Potrebbero sorgere, allora, dei dubbi rispetto al giudice (ordinario o amministrativo) munito di giurisdizione, posto che in caso di nullità per "carenza di potere" (essendo l'amministrazione decaduta dalla possibilità di pronunciarsi), la giurisdizione spetterebbe al giudice ordinario¹²¹.

Senonché, almeno con riguardo alla segnalazione certificata di inizio attività e alle ipotesi di silenzio assenso *ex* artt. 19 e 20, l. 241/1990, sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo che attrae a sé anche le controversie concernenti comportamenti comunque riconducibili all'esercizio della funzione amministrativa. Collegamento che, in tal caso, parrebbe sussistere.

spiegano il modo dell'equiparazione sul piano dell'ordinamento generale e, su questo piano, si riallacciano alla legittimazione stessa dell'amministrazione». Una diversa prospettiva è offerta da M. Trimarchi, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, 2013, per il quale «Il rapporto tra (in)validità ed (in)efficacia non è dunque assimilabile a quello che intercorre tra una causa e una conseguenza ma a quello che lega un problema ad una risposta: il primo segna i limiti della seconda, impone cioè che essa si muova nella direzione della privazione dell'efficacia, ma non la determina». Secondo l'A., dunque, «La tesi di Kelsen, secondo cui la norma sulla nullità (cioè la norma che indica le ipotesi in presenza delle quali l'atto è nullo e perciò inefficace) è superflua in quanto l'atto difettoso è per definizione difforme e quindi inefficace, è da rovesciare: la norma sulla nullità (come qualsiasi altra che indichi i casi in cui un atto viene, a vario titolo, privato di efficacia) è necessaria, perché, se manca, nessuna conseguenza dell'invalidità può essere tratta sul piano dell'efficacia» (114-115).

¹¹⁹ Che il legislatore ricorra spesso all'"etichetta" dell'inefficacia per superare la difficoltà di qualificare l'invalidità parrebbe confermato anche dalla disciplina della "sorte" dei contratti pubblici di cui agli artt. 121 e 122 c.p.a., rispetto alla quale pure resta fondamentale il ruolo svolto dal giudice.

¹²⁰ In questo senso anche M. Macchia, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge "Semplificazioni"*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2020, 3, 173, il quale, proprio partendo dal presupposto per cui «l'inefficacia non risulta essere una categoria dogmatica a sé stante, ma è configurabile come una conseguenza in termini di perdita della capacità di produrre effetti conseguente all'accertamento di una serie di cause di invalidità», chiarisce che «la tecnica dell'inefficacia nella sua operatività concreta potrebbe rivelarsi più uno strumento di complicazione che di semplificazione. La tecnica da impiegare, invece, potrebbe essere quella della sanzione della nullità». Ancora, secondo l'A., «ciò consentirebbe di ragionare anche in termini di caducazione automatica dell'atto, essendo il silenzio provvedimentale e l'atto successivamente adottato stretti da un regime di forte collegamento, nel senso che l'inverarsi del silenzio assenso determina, quale conseguenza necessaria e indefettibile, il travolgimento automatico come nullità derivata senza bisogno di alcuna pronuncia costitutiva del provvedimento tardivamente adottato». In termini anche M. Calabrò, *Il silenzio assenso nella disciplina del permesso di costruire. L'inefficacia della decisione tardiva nel d.l. n. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni)*, cit. Diversa la posizione di M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, cit., 289, il quale, pure ammettendo che il «rimedio della nullità appaia, in ragione del suo maggior rigore, astrattamente più acconcio ad un provvedimento espressione di un potere esaurito», preferisce ritenere operante il rimedio dell'annullabilità per la tassatività delle clausole di nullità indicate dall'art. 21-*septies*, l. 241/1990 e per la tendenza restrittiva della giurisprudenza amministrativa sul punto.

¹²¹ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 363.

Sarebbe più appropriato, infatti, parlare di carenza di potere in concreto, in quanto la norma attributiva del potere sarebbe stata osservata, mentre sarebbero state violate norme aggiuntive che ne impediscono l'esercizio in concreto (la scadenza del termine perentorio per l'adozione dei provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi ovvero l'intervenuta formazione del silenzio con valore significativo).

Quanto agli altri atti tardivi richiamati dal nuovo comma 8-*bis*, l. 241/1990, si tratta invero di atti che intervengono nell'ambito di un procedimento complesso e l'inefficacia è disposta per consentirne la prosecuzione in vista dell'adozione del provvedimento finale. Ad ogni modo, potrebbe ritenersi che, per le ragioni anzidette con riguardo all'inefficacia quale conseguenza dell'invalidità, il legislatore, nel prevedere espressamente l'inefficacia degli atti tardivi, abbia introdotto nuove fattispecie di nullità tipizzate¹²², il cui accertamento, ai sensi dell'art. 31, co. 4, c.p.a., è rimesso al giudice amministrativo¹²³.

Ciò parrebbe trovare conferma nelle altre ipotesi in cui il legislatore stabilisce espressamente l'inefficacia del provvedimento. Tra queste, merita un cenno la disciplina dell'atto adottato in violazione o elusione di pronunce non ancora passate in giudicato o di altri provvedimenti, che si ricava dall'art. 114, co. 4, lett. c), c.p.a., ai sensi del quale il giudice, in caso di accoglimento del ricorso, «nel caso di ottemperanza di sentenze non passate in giudicato o di altri provvedimenti, determina le modalità esecutive, considerando inefficaci gli atti emessi in violazione o elusione e provvede di conseguenza, tenendo conto degli effetti che ne derivano». Invero, dalla disposizione (come dal nuovo comma 8-*bis* dell'art. 2, l. 241/1990), pare forse emergere l'intenzione del legislatore di "superare" la difficoltà di "qualificare" l'invalidità del provvedimento, per occuparsi direttamente degli effetti dell'atto¹²⁴.

Qualifica, invece, espressamente come nulli gli atti adottati dagli organi decaduti il d.l. 16 maggio 1994, n. 293, convertito, con modificazioni, con la l. 15 luglio 1994, n. 444¹²⁵. La nullità, in tal caso, pare necessariamente implica-

¹²² M. Macchia, *Inefficacia del provvedimento amministrativo e oneri regolatori*, cit., 183.

¹²³ M. Occhiena, *Art. 31. Azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità*, in R. Garofoli, G. Ferrari (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Roma, II ed., 2012, 579.

¹²⁴ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 534: «la formula usata dal legislatore risente della preoccupazione di non voler qualificare come nulli atti in contrasto con pronunce che potrebbero poi essere riformate in appello (siamo, cioè, al cospetto di una invalidità che dipende dall'esito del giudizio; l'inefficacia potrà convertirsi in nullità ove la pronuncia sia confermata dal giudicato)».

¹²⁵ In particolare, ai sensi dell'art. 3, sono nulli gli atti adottati dagli organi prorogati che non siano di ordinaria amministrazione ovvero giustificati da ragioni di urgenza e indifferibilità, e, ai sensi del successivo art. 6, sono nulli gli atti adottati decorso il termine massimo di proroga senza che si sia proceduto alla ricostituzione dell'organo amministrativo. Sull'istituto, C. Barbati, *Proroga e prorogatio tra buon andamento e legalità della pubblica amministrazione*, in *Le Regioni*, 1993, 2, 355; G. Endrici, *La prorogatio nell'organizzazione amministrativa: la fine di un principio*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1994, 2, 383; M. Immordino, *La proroga degli organi amministrativi tra principi costituzionali e "principi fondamentali"*, in *Nuove autonomie*, 1995, 107.

re l'inefficacia dell'atto¹²⁶. Interessante notare come anche qui assumano rilievo atti per così dire "tardivi", sicché la nullità si pone come "sanzione" per l'inerzia dell'amministrazione nella ricostituzione degli organi¹²⁷.

A tali ipotesi si affiancano quelle in cui l'efficacia del provvedimento è (non già collegata al superamento di un termine, bensì) subordinata a un ulteriore adempimento, a un passaggio procedimentale con funzione integrativa¹²⁸. Si pensi, ad esempio, agli obblighi di pubblicazione imposti dal d.lgs. 33/2013 come condizione di efficacia degli atti concernenti i titolari di incarichi di collaborazione o consulenza o conferiti nelle società controllate, degli atti di concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi e attribuzione di vantaggi economici a persone fisiche ed enti pubblici e privati e, infine, degli atti di pianificazione e governo del territorio.

Con riguardo, invece, a una delle ipotesi più rilevanti di "atto tardivo", il già richiamato caso dell'annullamento d'ufficio adottato oltre diciotto mesi per i provvedimenti autorizzatori e attributivi di vantaggi economici, il termine si pone quale limite di esistenza del potere in concreto¹²⁹, con la conseguenza che, una volta scaduto, l'amministrazione non potrebbe più intervenire¹³⁰, salvo che non sussistano le condizioni previste dal comma 2-*bis* dell'art. 21-*nonies*¹³¹. Coerentemente con il riconoscimento della perentorietà del termine, il provvedimento di autotutela tardivo dovrebbe essere considerato nullo e comunque non produttivo dei suoi effetti tipici¹³².

Invero, anche in tal caso, mancherebbe un presupposto essenziale per il suo esercizio (il rispetto dei diciotto mesi), ma la norma attributiva del potere parreb-

¹²⁶ Per A. Bartolini, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002, 251, «le nullità in parola sono poste a presidio tanto dell'interesse pubblico, quanto di quello degli amministrati: l'ordinamento richiama al rispetto del principio generale volto a privare di effetti gli atti adottati dagli organi scaduti; e ciò allo scopo di assicurare, da un lato, l'imparzialità ed il buon andamento dell'azione amministrativa e, dall'altro, per tutelare la situazione soggettiva di quanti, eventualmente, dovessero subire un pregiudizio da detta attività».

¹²⁷ "Sanzione" cui si aggiunge la specifica ipotesi di responsabilità disciplinata dall'art. 6, co. 3, a mente del quale «I titolari della competenza alla ricostituzione e nei casi di cui all'articolo 4, comma 2, i presidenti degli organi collegiali sono responsabili dei danni conseguenti alla decadenza determinata dalla loro condotta, fatta in ogni caso salva la responsabilità penale individuale nella condotta omissiva».

¹²⁸ R. Villata, M. Ramajoli *Il provvedimento amministrativo*, ed. II, Torino, 2017, 320.

¹²⁹ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 405.

¹³⁰ *Ibid.*: «scaduto il termine (il cui rispetto implica l'emanazione dell'atto e non già il semplice avvio del procedimento: Cons. Stato, parere n. 839/2016), è da ritenersi consumato il potere, sicché l'amministrazione non può provvedere tardivamente» (559).

¹³¹ Ossia l'ipotesi in cui l'affidamento del privato non meriti tutela poiché il provvedimento è stato conseguito sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato.

¹³² E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 405 e 561. Per R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 650, si tratterebbe di un'ipotesi di illegittimità. Anche la giurisprudenza amministrativa, con riguardo alla fattispecie in esame, si riferisce all'illegittimità del provvedimento tardivo e pronuncia sentenze di annullamento: cfr. Tar Campania, Napoli, sez. IV, 11 marzo 2020, n. 1114; Salerno, sez. II, 28 gennaio 2019, n. 199; Tar Campania, Napoli, sez. VII, 1° giugno 2018, n. 3631.

be rispettata. Di conseguenza, il provvedimento manterrebbe quell'autoritatività necessaria per esplicare effetti, ancorché non tipici, ma inciderebbe su una situazione giuridica qualificabile in termini di diritto soggettivo, con conseguente attrazione delle eventuali controversie nell'ambito della giurisdizione del giudice ordinario.

In altri termini, il "comportamento" dell'amministrazione sarebbe comunque riconducibile all'esercizio della funzione pubblica, di guisa che, sul piano sostanziale, sarebbe più corretto parlare di illiceità, per la capacità dell'atto adottato in carenza di potere in concreto di produrre effetti, tanto da potere essere fonte di responsabilità dell'amministrazione per i danni causati. Tuttavia, resta il problema degli effetti prodotti, posto che l'atto non potrebbe essere annullato né dal giudice amministrativo, privo di giurisdizione in assenza di un interesse legittimo o di un'ipotesi espressa di giurisdizione esclusiva (come nel caso dell'occupazione acquisitiva, che pure è inquadrabile tra i comportamenti collegati all'esercizio della funzione amministrativa, riconducibile alla materia dell'espropriazione devoluta alla giurisdizione esclusiva, ovvero nei casi, prima richiamati, della s.c.i.a. e del silenzio assenso), né dal giudice ordinario, che non dispone del potere di annullamento. La soluzione potrebbe consistere nella disapplicazione dell'atto adottato in carenza di potere in concreto¹³³.

A meno di non considerare che la previsione di un termine perentorio configuri automaticamente (seppure implicitamente) un'ipotesi di nullità prevista dalla legge¹³⁴, con conseguente attribuzione del potere di accertarla al giudice amministrativo, *ex art. 31, c.p.a., co. 4*. In tal modo, sebbene dal punto di vista pratico le differenze tra il provvedimento nullo e quello annullabile tendano a ridursi, per la stabilità che, in entrambi i casi, il provvedimento acquisirebbe scaduti i relativi termini di decadenza dell'azione, ai fini della valutazione della ricevibilità del ricorso, bisognerebbe tener conto del termine di centottanta giorni.

Fermo restando che accogliendo tale tesi opererebbe, altresì, la previsione, sempre contenuta nell'*art. 31, co. 4, c.p.a.*, secondo la quale «la nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice». Ciò appare più in linea con la *ratio* della limitazione temporale introdotta con la l. 124/2015, di assicurare stabilità alle situazioni giuridiche dei privati in maniera speculare al termine decadenziale di impugnazione dei provvedimenti amministrativi previsto in favore dell'amministrazione¹³⁵.

¹³³ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 534.

¹³⁴ Del resto, nelle ipotesi di nullità testuale il potere, almeno in astratto, parrebbe esistere, sicché, con riguardo a tali fattispecie, «la nullità si configura soprattutto come una risposta estrema dell'ordinamento a una grave difformità dal paradigma normativo piuttosto che il risultato dell'assenza completa del potere»: *ibid.*, 535.

¹³⁵ Cons. Stato, Comm. speciale, parere 30 marzo 2016, n. 839, in cui si legge che «questo Consiglio di Stato ritiene che tale confine temporale introduca un 'nuovo paradigma' nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione: nel quadro di una regolamentazione attenta ai valori della trasparenza e della certezza, il legislatore del 2015 ha fissato termini decadenziali di valenza nuova, non più volti a determinare l'inopugnabilità

Tornando, invece, all'ipotesi del silenzio inadempimento, su cui si è scelto di concentrare principalmente il lavoro, la scadenza del termine di conclusione del procedimento, di natura, si è detto, ordinatoria o acceleratoria, non determina l'illegittimità del provvedimento che, invece, inficerebbe inevitabilmente il provvedimento ove fosse adottato dopo un tempo irragionevole, sindacabile dal giudice amministrativo nell'eventuale giudizio di annullamento.

Qualora fosse proposto un ricorso avverso il silenzio, invece, l'individuazione del termine ragionevole entro cui adottare il provvedimento spetterebbe al giudice del silenzio, pur sempre sulla base dell'indicazione legislativa¹³⁶, con la conseguenza che il provvedimento adottato dopo il termine fissato dal giudice dovrebbe essere illegittimo, perché intervenuto oltre il limite posto al potere in forza del rimedio giurisdizionale. Sennonché, in tal caso, il limite della "ragionevolezza" parrebbe necessariamente coincidere con il momento dell'insediamento del commissario *ad acta* che, ai sensi del comma 3 dell'art. 117, c.p.a., potrebbe essere nominato dal giudice con la sentenza con cui definisce il giudizio o successivamente su istanza della parte interessata; non si potrebbe considerare invalido, infatti, il provvedimento la cui adozione tardiva è espressamente consentita tramite il rimedio "sostitutivo" della nomina del commissario¹³⁷.

Ove, invece, il provvedimento tardivo fosse adottato successivamente all'insediamento del commissario, l'atto sarebbe addirittura nullo, in virtù del definitivo "trasferimento" del potere all'organo straordinario¹³⁸. L'accertamento della nullità spetterebbe, ancora una volta, al giudice amministrativo, riconducendosi

degli atti nell'interesse dell'amministrazione, ma a stabilire limiti al potere pubblico nell'interesse dei cittadini, al fine di consolidare le situazioni soggettive dei privati. In altri termini, ad avviso della Commissione Speciale, è possibile affermare che la legge n. 124, con la novella all'art. 21-*nonies* della legge n. 241, abbia introdotto una nuova 'regola generale' che sottende al rapporto tra il potere pubblico e i privati: una regola di certezza dei rapporti, che rende imm modificabile l'assetto (provvedimentale-documentale-fattuale) che si è consolidato nel tempo, che fa prevalere l'affidamento. Una regola speculare – nella *ratio* e negli effetti – a quella dell'inoppugnabilità, ma creata, a differenza di quest'ultima, in considerazione delle esigenze di certezza del cittadino (mentre l'inoppugnabilità considera, da decenni, quelle dell'amministrazione, con un termine nove volte più breve)».

¹³⁶ Ai sensi dell'art. 117, co. 2, c.p.a., «in caso di totale o parziale accoglimento il giudice ordina all'amministrazione di provvedere entro un termine non superiore, di norma, a trenta giorni».

¹³⁷ F. Fracchia, *Riti speciali a rilevanza endoprocedimentale*, Torino, 2003, 96.

¹³⁸ Secondo la giurisprudenza amministrativa, dalla data dell'insediamento del commissario, si determina il definitivo trasferimento del potere, con conseguente nullità dell'atto eventualmente adottato successivamente dall'amministrazione. *Ex multis*, Tar Campania, Salerno, sez. I, 18 marzo 2019, n. 411, chiarisce che «l'adozione del provvedimento da parte dell'amministrazione intimata oltre il termine assegnatole non si traduce nella nullità del provvedimento stesso, atteso che "in caso di nomina giudiziale del commissario *ad acta* nei giudizi avverso il silenzio inadempimento, l'Amministrazione rimane titolare del potere di provvedere anche tardivamente, dopo la scadenza del termine fissato dal giudice, essendo solo all'atto dell'insediamento del commissario *ad acta* che si verifica il definitivo trasferimento dei poteri che preclude all'Amministrazione ogni margine di ulteriore intervento, con conseguente nullità degli atti da essa compiuti oltre tale termine" (cfr. Tar Napoli, sez. II, 09 febbraio 2016, n. 693)»; Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 6 marzo 2018, n. 564.

la fattispecie data alle controversie in materia di silenzio *ex* art. 31, commi 1, 2 e 3, c.p.a. devolute alla giurisdizione esclusiva¹³⁹.

Ciò pare dimostrare ancora una volta che tutte le misure adottate dal legislatore per “compulsare” le amministrazioni e promuovere la tempestività dell’azione amministrativa non si rivelano efficaci, occorrendo sempre l’intervento del giudice per “stanare” l’amministrazione indolente e decidere delle “sorti” dell’atto tardivo.

¹³⁹ Cfr. Art. 133, co. 1, lett. a), n. 3), c.p.a.

Ragionevole durata del procedimento amministrativo e “sorte” dell’atto tardivo

Il contributo, prendendo le mosse dall’assoluta rilevanza della tempestività dell’azione amministrativa per la tutela degli interessi pubblici e privati e dalle modifiche all’art. 2, l. 241/1990, apportate dal Decreto Semplificazioni, specialmente con riferimento alla “sorte” degli atti tardivi, affronta il tema della durata dei procedimenti amministrativi e valuta l’opportunità di spostare l’attenzione dal termine di conclusione applicabile ai singoli procedimenti verso un’estensione del concetto di “ragionevole durata”, tipico del processo, al procedimento amministrativo, anche alla luce degli insegnamenti provenienti dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e tenendo conto, altresì, dell’incidenza di una durata eccessiva del procedimento sul paradigma legale di riferimento, in virtù della regola del *tempus regit actum*. Esaminati gli effetti del decorso del tempo sulle diverse “tipologie” di atto tardivo, il contributo valuta il diverso ruolo svolto del giudice amministrativo a seconda del regime applicabile all’atto.

The reasonable duration of administrative procedures and the ‘fate’ of late decisions

Starting from the absolute importance of the timeliness of administrative actions for the protection of public and private interests, and from the amendments to art. 2, l. 241/1990 – introduced by the ‘Simplification Decree’ – especially with reference to the ‘fate’ of late administrative decisions, the paper addresses the issue of the duration of administrative procedures and evaluates the expediency of shifting attention from the term of conclusion applicable to individual proceedings towards an extension of the concept of ‘reasonable time’ (typical of the court trial) to the administrative procedure, also in light of the case-law of the European Court of Human Rights and taking into account the impact of the excessive duration of the procedure on the legal paradigm applicable to the administrative decision, according to the rule of *tempus regit actum*. After examining the effects of the time deadline on the different ‘types’ of late administrative decisions, the paper assesses the various roles played by the administrative judge.

Il diritto dell'economia circolare tra programmazione, contratto e responsabilità. Profili teorici ed applicativi in dialogo tra Repubblica Popolare Cinese ed Unione Europea*

Gianmatteo Sabatino

SOMMARIO: 1. Il concetto di economia circolare nel diritto. Diversità di approcci e senso della comparazione. – 2. Economia circolare e dottrine dello sviluppo sostenibile in Cina e in Europa. – 3. Il Diritto dell'Economia Circolare in Cina e la primazia della programmazione. – 4. *Segue*. Economia circolare e rapporti negoziali. – 5. L'Economia Circolare nel Diritto dell'Unione Europea. L'incidenza dei piani. – 6. *Segue*. La circolarità del prodotto tra sostenibilità e durabilità. – 7. *Segue*: Economia Circolare, piani e contratti regolati: il caso dei Criteri Ambientali Minimi (CAM) e del costo del ciclo di vita. – 8. Conclusioni e spunti di analisi comparata.

1. *Il concetto di economia circolare nel diritto. Diversità di approcci e senso della comparazione*

Tra le declinazioni del macro-concetto di sviluppo sostenibile¹, quella della «economia circolare» ha vissuto, nell'ultima decina di anni, una stagione di particolare attenzione presso i *policy-makers*² ed i legislatori nazionali e sovranazionali, liberandosi dalla forse riduttiva affiliazione con la legislazione ambientale. Quella stessa legislazione aveva caratterizzato i primi interventi legislativi dotati di una certa organicità, quali la «Legge per la Promozione di un Utilizzo Effettivo del-

* L'autore desidera porgere i suoi ringraziamenti al Prof. Gian Antonio Benacchio, alla Prof.ssa Paola Iamiceli ed al Dott. Michele Cozzio per i suggerimenti e le riflessioni condivise durante la preparazione del presente articolo.

¹ R. Bermejo, *Handbook for a sustainable economy*, Dordrecht, 2014, 269-288.

² Ellen Macarthur foundation, *Towards the Circular Economy*, 2013, consultato online.

le Risorse» in Giappone³ (1991) o la «Legge sulla Gestione a Ciclo Chiuso dei Rifiuti» in Germania⁴ (1994).

Questo «debito» nei confronti degli studi ambientali deriva dalle riflessioni economiche sulla relazione tra sviluppo industriale e consumo delle risorse naturali⁵.

Sempre di matrice economica è la costruzione teorica dell'antitesi tra «economia aperta», fondata su di un infinito afflusso di risorse ed una infinita produzione, ed «economia chiusa», finalizzata a garantire un utilizzo delle risorse il più lungo possibile, promuovendo quindi altresì il riutilizzo delle stesse in diverse forme⁶. Negli studi più recenti⁷, alla «economia aperta» corrisponde la locuzione «economia lineare»⁸ ed alla «economia chiusa» quella di «economia circolare».

L'analisi economica evidenzia come l'implementazione dei meccanismi dell'economia circolare, e quindi del riuso e riciclo delle risorse, si traduca in un problema di bilanciamento tra costi ed incentivi. In assenza di interventi eteronomi, il prezzo di mercato delle materie prime e dei materiali da trasformarsi in manufatti non incorpora i «costi» d'impatto ambientale e di progressivo esaurimento delle risorse⁹. Riutilizzo e riciclo non rappresenterebbero un'opzione economicamente vantaggiosa rispetto al mero sfruttamento delle fonti di risorse. In queste condizioni, l'operatore economico razionale è spinto all'adozione di processi di produzione «circolari» solo in particolari condizioni¹⁰, come ad esempio quando la scarsità di materia prima sul territorio nazionale rispetto alla domanda ed i costi legati all'importazione rendano il riciclo del prodotto stesso un'alternativa appetibile. È quanto avviene nell'industria della carta¹¹.

Al di fuori di questi casi, il problema degli economisti diventa quindi spesso quello del «finanziamento» dell'economia circolare¹², ossia dell'attivazione di

³ «資源の有効な利用の促進に関する法律», Legge n. 48 del 1991.

⁴ «Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz», Legge 27 settembre 1994.

⁵ R. Bermejo, *op. cit.*; K. Mathis, *Sustainable Development, Economic Growth and Environmental Regulation*, in K. Mathis, B. Huber (a cura di), *Environmental Law and Economics*, Cham, 2017, 3-42.

⁶ K. Boulding, *The Economics of the Coming Spaceship Earth*, 1966; J. Alwood, *Squaring the Circular Economy: The Role of Recycling within a Hierarchy of Material Management Strategies*, in *Handbook of Recycling*, 2014, 445-477; M. Andersen, *An introductory note on the environmental economics of the circular economy*, in *Sustain. Sci.*, 2007, Vol. 2, 133-140.

⁷ Ellen Macarthur foundation, *op. cit.*; C. Bovino, *Verso un'economia circolare: la revisione delle direttive sui rifiuti*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2014, Vol. 10, 682 ss.

⁸ Definita in C. Bovino, *op. cit.*, quale modello economico che «consiste in uno schema in cui l'ottimizzazione delle risorse segue una direttrice verticale con processi di produzione/consumo/ smaltimento che si ripetono continuamente».

⁹ M. Andersen, *op. cit.*

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ M. Medugno, *La circolarità nell'industria della carta*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2018, Vol. 12, 829 ss.

¹² L. Goovaerts et al., *Financing Innovation and Circular Economy*, in E. Benetto et al. (a cura di), *Designing Sustainable Technologies, Products and Policies*, Cham, 2018, 427-432.

incentivi tali da rendere l'opzione «circolare» razionalmente vantaggiosa, così come di disincentivi tali da scoraggiare lo sfruttamento diretto di risorse e materiali.

La prospettiva economica, tuttavia, s'interseca inevitabilmente con una presa di coscienza politico-culturale volta proprio al superamento di un modello di sviluppo unicamente «*market-oriented*», proprio in vista dell'obbiettivo, tendenziale, di un'economia «climaticamente neutrale», funzionale alla preservazione delle risorse¹³. Un obbiettivo, questo, canalizzato dall'Agenda 2030 delle Nazioni Unite e dai suoi «obbiettivi di sviluppo sostenibile», divenuti paradigma programmatico per molte iniziative di *policy* avviate a livello nazionale e sovranazionale anche, ma non solo, in Europa¹⁴. Ancora, gli Accordi di Parigi del 2015 enfatizzano la promozione della «resilienza climatica»¹⁵ e dell'orientamento dei flussi finanziari verso gli obbiettivi di riduzione delle emissioni e di sviluppo della summenzionata resilienza¹⁶.

Viene quindi da chiedersi come, sul piano della regolazione, il diritto reagisca a questa molteplicità di stimoli e di prospettive. Fino ancora a non troppi anni fa l'economia circolare, definita in maniera forse suggestiva quale economia «pensata per potersi rigenerare da sola»¹⁷, era stata utilizzata come paradigma di riferimento da legislatori e *policy-makers* ad ispirazione della legislazione in tema di gestione delle risorse e, soprattutto, di smaltimento dei rifiuti¹⁸.

Una prospettiva, questa, riduttiva. Chi ha applicato il modello della curva di Kuznets¹⁹ – relativa alla relazione tra crescita economica e ineguaglianza – all'impatto ambientale dell'economia industriale, ha rilevato che, se in una prima fase lo sviluppo economico è proporzionale all'aggravamento dell'impatto ambientale, il flusso s'inverte allorché un'economia abbia raggiunto un grado sufficientemente elevato di sviluppo²⁰. In altri termini, economie altamente sviluppate progrediscono diminuendo il proprio impatto ambientale.

¹³ V. Commissione Europea, *Circular Economy Action Plan – For a cleaner and more competitive Europe*, 4-5.

¹⁴ V. A. Berg et al., *Circular Economy for Sustainable Development*, Report of the Finnish Environment Institute, n. 26/2018.

¹⁵ Sul concetto di «resilienza climatica» v. Center for Climate and Energy Solutions, *What is climate resilience and why does it matter?*, aprile 2019, disponibile al link <https://www.c2es.org/site/assets/uploads/2019/04/what-is-climate-resilience.pdf> (ultimo accesso 16 aprile 2020).

¹⁶ V. spec. Art. 2.

¹⁷ C. Bovino, *Verso un'economia circolare*, cit.

¹⁸ M. Medugno, *Un uso più efficiente delle risorse: Il contributo di una politica ambientale in materia di rifiuti*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2012, Vol. 10, 861 ss.; L. Couvillion, *Environmental Protection and Clean Energy Overlaps*, in G. Steier, K. Patel (a cura di), *International Farm Animal, Wildlife and Food Safety Law*, Cham, 2017, 697-753.

¹⁹ S. Kuznets, *Economic Growth and Income Inequality*, in *American Economic Review*, 1955, Vol. 45, 1-28.

²⁰ K. Mathis, *Sustainable Development, Economic Growth and Environmental Regulation*, cit.

Non è mancato, ovviamente, chi ha fatto notare come questo modello non tenga sufficientemente conto di alcune dinamiche della globalizzazione, quali ad esempio la tendenza dei paesi sviluppati a trasferire l'impatto ambientale negativo su altri paesi attraverso processi di delocalizzazione industriale²¹.

Purtuttavia, la succitata teoria ha il merito di analizzare il rapporto tra economia, ambiente e risorse in maniera comprensiva. La riduzione dell'impatto ambientale al progredire dello sviluppo economico può infatti fondarsi non solo e non tanto su un perfezionamento dei regimi di smaltimento dei rifiuti, ma sull'introduzione e promozione di tecnologie e processi produttivi che consentano *ab origine* di prolungare il ciclo di vita delle risorse, così come di un utilizzo consapevole delle stesse da parte del consumatore²².

Il paradigma dell'economia circolare guarda quindi alla produzione ed al consumo ancora più che allo smaltimento.

In prospettiva giuridica, il problema è stato giudicato di carattere eminentemente regolativo²³. Il ruolo del diritto, nel campo dell'economia circolare, non può però limitarsi a regolare ma deve assumere un carattere positivo e promozionale²⁴ al fine di indurre gli operatori del mercato – i.e. imprese e consumatori – a conformarsi ai criteri di quella «circularità».

Si potrebbe dunque sostenere una funzione «coordinatrice» della norma giuridica. In questo contributo si cercherà di analizzare questa precipua funzione del diritto dell'economia circolare con riferimento a tre specifiche declinazioni di esso: la programmazione, il contratto e le situazioni di garanzia/responsabilità. La scelta di queste tre prospettive in mezzo a tante altre dipende dall'incidenza che, sulle tre nozioni, ha l'integrazione fra i due piani di analisi prima descritti, quello economico e quello politico-culturale. Da una parte, infatti, la programmazione costituisce il *prius* logico della regolazione²⁵, delineando a un tempo gli interessi socialmente rilevante ai fini della promozione della circolarità dell'economia e gli strumenti di incentivo ad essa collegati. D'altro canto, contratto, garanzia e responsabilità veicolano interessi, incentivi e disincentivi nei rapporti negoziali verticali e orizzontali.

L'estensione e l'incidenza di questa «triade» concettuale nell'implementazione delle politiche per l'economia circolare non può, tuttavia, essere data per scontata. Va, invece, tutta verificata empiricamente specie con riferimento all'in-

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*; E. Maitre-Ekern, *The Choice of Regulatory Instruments for a Circular Economy*, in K. Mathis, B. Huber (a cura di), *Environmental Law and Economics*, cit., 305 ss.

²³ K. Mathis, B. Huber (a cura di), *Environmental Law and Economics*, cit., 305 ss.

²⁴ K. Mathis, B. Huber (a cura di), *Environmental Law and Economics*, cit., 313 ss.

²⁵ S. Amorosino, *Regolazione e Programmazione delle Infrastrutture*, in *Urbanistica e Appalti*, 2019, Vol. 1, 46 ss.

terazione tra i formanti, quali cartina di tornasole dei meccanismi di reciproca influenza tra i tre concetti. Rileva, pertanto, l'analisi comparata, al fine di illustrare come diversi modelli di «diritto dell'economia circolare» riservino, nel concreto, valore differente agli atti di programmazione, agli schemi di incentivo oppure allo strumento del contratto regolato o, ancora, ai regimi di responsabilità.

Come già ricordato, sino a poco più di una decade fa, il più avanzato esempio di legislazione organica in tema di economia circolare era quello giapponese. Oggi, anche in virtù di un mutato sentimento a livello globale, il quadro appare più complesso.

Ai fini del presente contributo, tuttavia, si sono volute selezionare due esperienze ritenute particolarmente significative: quella europea e quella cinese. L'interesse alla comparazione tra i due modelli sorge in prima battuta dal fatto che tanto in Europa quanto in Cina il paradigma dell'economia circolare sia stato integrato in una vera e propria «teoria dello sviluppo», corrispondente da un lato alle moderne evoluzioni del concetto di «Economia Sociale di Mercato» (Art. 3 TFUE); dall'altro, al «socialismo con caratteristiche cinesi» (中国特色社会主义 – *zhongguoteseshhehuizhuyi*) e alla «economia socialista di mercato» (社会主义市场经济 – *shehuizhuyishichangjingji*). Questa integrazione si è declinata nella predilezione per un approccio comprensivo al problema, come manifestato sia dalla Comunicazione della Commissione Europea del 2015 sulla definizione di un piano dell'Unione Europea per un'economia circolare sia dalle Opinioni del Consiglio di Stato della Repubblica Popolare Cinese sull'accelerazione dello Sviluppo di un'Economia Circolare del 2005²⁶.

Nella pratica, questo approccio comprensivo si traduce in una diversificazione delle aree e degli strumenti di intervento.

Prima di passare all'analisi specifica dei due modelli di promozione e regolazione dell'economia circolare, è opportuno però contestualizzarli, pur in sintesi, alla luce delle specificità geopolitiche ed economiche di ognuno.

2. *Economia circolare e dottrine dello sviluppo sostenibile in Cina e in Europa*

A partire dal 1978 (anno di avvio della stagione di riforme) e per almeno un trentennio, la Cina ha vissuto un progressivo e rapido peggioramento della qualità ambientale in concomitanza con un'arrembante crescita economica²⁷. La legislazione ambientale cinese risale alla fine degli anni ottanta del novecento, ma è

²⁶ *guowuyuanguanyujiaakuafazhanxunhuanjingjideruoganyijian*.

²⁷ Qi Jianguo et al., *Development of Circular Economy in China*, Cham, 2016, 10 ss.

partire dal nuovo millennio che quello dell'ambiente diventa un tema rilevante di analisi politica, oltre che un argomento di dibattito pubblico²⁸. Il momento storico corrisponde all'elezione a segretario del PCC di Hu Jintao, fautore e promotore della (ora costituzionalizzata) teoria dell'approccio scientifico allo sviluppo (科学发展观 – *kexuefazhanguan*)²⁹. Tra le implicazioni di questa nuova dottrina, la più rilevante è forse proprio il ripensamento della logica di base del diritto economico cinese. Essa stimola infatti una progressiva giuridicizzazione degli strumenti pubblici di controllo e coordinamento del mercato e dei rapporti economici, incorporando, tuttavia, non solo le «tradizionali» istanze di crescita economica, ma anche una pletera di nuovi «interessi» emersi dalla società³⁰. Sul piano della legittimazione politica, ai fini della presente analisi, questo ha voluto dire che la valutazione della *performance* dei funzionari pubblici e dei funzionari di partito si basa sempre più frequentemente su criteri che tengono conto dell'incidenza delle politiche ambientali. Parallelamente, i piani di sviluppo nazionali e locali includono quali obbiettivi vincolanti la riduzione di emissioni inquinanti³¹. Almeno in parte, quindi, il legislatore cinese ha voluto e vuole integrare il diritto dell'economia circolare nel sistema nazionale di pianificazione e programmazione dello sviluppo³².

A livello normativo, invece, nel 2008 è stata emanata la Legge per la Promozione dell'Economia Circolare (d'ora in poi anche «Legge sull'Economia Circolare»)³³. La legge, per la cui analisi si rimanda ai paragrafi successivi, ha voluto e vuole perfezionare la succitata integrazione. Si riconosce in essa uno stile legislativo evidentemente promozionale, pur non scevro da norme direttamente volte a regolare l'atteggiarsi dei rapporti tra operatori economici: la più impor-

²⁸ Si pensi solo al fatto che l'inquinamento ed il degrado ambientale sono argomenti di discussione quotidiana tra i cinesi, tradizionalmente invece ritrosi a toccare, nelle conversazioni quotidiane, argomenti sensibili politicamente.

²⁹ Sulle implicazioni politiche e giuridiche della teoria dell'Approccio Scientifico allo Sviluppo v. Wu Xiaoli, 科学发展观与经济法中政府的准确定位 (*Scientific Concept of Development and the Exact Positioning of Government Authority in Economic Law*), in *Journal of Nanjing University of Aeronautics & Astronautics (Social Sciences)*, Vol. 7(3), 2005, 35-39; Wang Yanchuan, 科学发展观与商法的价值构造 (*The idea of scientific development and the value construction of commercial law*), in *Hebei Law Science*, Vol. 28(7), 2010, 108-115; Song Bingwu, Zhao Jing, Yang Dong, 马克思主义法律思想研究 (*Research on Marxist Legal Theory*), Pechino, 2017, 523-543.

³⁰ Song Bingwu, Zhao Jing, Yang Dong, *op. cit.*, 523-543.

³¹ Sul punto, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, v. G. Sabatino, *Legal Features of Chinese Economic Planning*, in I. Castellucci, *Saggi di Diritto Economico e Commerciale Cinese*, Napoli, 2019, 33-78.

³² Li Dayong, Li Huayou, Li Wendong, 试析环境保护与竞争力和谐 (*Analysis of Environmental Protection and Competitive Harmony*), in *Environment and Sustainable Development*, 2006, Vol. 3, 57-58; Zheng Shiming, 政治周期·五年规划与环境污染 (*Political cycle, Five-Year Plan and Environmental Pollution*) in *政治学研究 (zhengzhifayanzhi)*, 2016, Vol. 2, 80-128.

³³ Il periodo storico è comunque fecondo di innovazioni legislative in materia ambientale. Sono infatti emanate o emendate la Legge sulla Conservazione dell'Energia, quella sulla Prevenzione ed il Controllo dell'inquinamento derivante da rifiuti solidi, quella per la Promozione di un Produzione pulita, quella sulle Energie Rinnovabili.

tante fra tutte, quella che vieta agli istituti di credito di concedere finanziamenti ad imprese che producano, distribuiscano o usino materiali e tecniche classificati come proibiti dalla legge stessa³⁴.

Più recentemente, il legislatore cinese ha incluso le istanze dell'economia circolare nel processo di codificazione del diritto civile, prevedendo, all'Art. 9 delle Disposizioni Generali di Diritto Civile (民法总则 – *minfazongze*) – ora Art. 9 del Codice Civile cinese³⁵ – il c.d. «principio verde» (绿色原则 – *luseyuanze*) secondo cui qualsiasi attività dei soggetti dell'ordinamento debba condurre al risparmio delle risorse ed alla protezione dell'ambiente³⁶. Questa disposizione fa transitare, con le applicazioni che si vedranno, due cardini della «circularità» economica (i.e. il risparmio delle risorse e la tutela ambientale) nel novero dei principi generali del diritto civile cinese, imponendo il loro rispetto, pertanto, a tutti i soggetti di diritto privato. Così facendo, l'Art. 9 introduce nel diritto civile l'aspirazione ad una civiltà ecologica quale parte integrante del «sogno cinese»³⁷.

Sul piano strutturale, tuttavia, la ricerca di disposizioni di collegamento tra disciplina pubblicistica dell'economia circolare e principi del diritto civile mette a nudo alcune criticità di un approccio puramente programmatico e promozionale. In particolare, la complessità della struttura amministrativa cinese³⁸, un pervasivo controllo pubblico dell'economia locale e la tendenza dei governi locali ad adottare politiche ambientali ancora molto dirigiste ostacolano il coordinamento centro-periferia. La definizione di un sistema di supervisione efficiente e la prevenzione di fenomeni di «protezionismo locale» sono quindi criticità lungo la strada del progresso ecologico³⁹.

Pertanto, la definizione di una programmazione organica (e già spesso riformata) in tema di economia circolare pone il socialismo cinese davanti ad una delle sue tradizionali sfide: il passaggio da una legislazione verticale e dirigista ad un modello orizzontale e «comunicativo», ritenuto più adatto ad un ambiente istituzionale multi-livello⁴⁰. L'analisi che segue tenterà di verificare se e come il diritto cinese dell'economia circolare stia affrontando questo passaggio.

³⁴ Art. 45 co. 3.

³⁵ Il codice civile della Repubblica Popolare Cinese (中华人民共和国民法典 – *zhonghuarenmingongheguominfazhuan*) è stato emanato il 28 maggio 2020 ed entrerà in vigore dal 1 gennaio 2021.

³⁶ V. § 4.

³⁷ La dottrina del «sogno cinese» rappresenta uno dei punti fondamentali del progetto politico dell'attuale segretario del PCC Xi Jinping, del quale molti discorsi enfatizzano la rilevanza programmatica della costruzione di una «Bella Cina» (美丽中国 – *meilizhongguo*), intesa come progetto comprensivo di uno sviluppo ecologico avanzato ed una tutela paesaggistica ed ambientale efficace. Sul punto v. Xi Jinping, *The governance of China I*, Pechino, 2014, 229-234; Id., *The governance of China II*, Pechino, 2017, 419-432.

³⁸ A. Rinella, I. Piccinini, *La costituzione economica cinese*, Bologna, 2010.

³⁹ Xi Jinping, *The governance of China II*, cit., 421-424.

⁴⁰ Peng He, *Chinese Lawmaking: From Non-communicative to Communicative*, Springer, Cham, 2014.

Peraltro, la dialettica tra approccio pubblicistico fondato sulla programmazione e approccio fondato sulla regolazione dei rapporti interprivati nel contesto di un sistema multilivello, è un elemento che caratterizza, *mutatis mutandis*, anche le recenti evoluzioni del diritto europeo dell'economia circolare.

L'attenzione verso le problematiche ambientali da parte delle istituzioni già comunitarie risale agli anni settanta del secolo scorso. È però nell'ultimo quindicennio, ed in particolare dopo il Trattato di Lisbona, che l'Unione si è posta il problema di quale modello di economia di mercato sia più funzionale alla circolarità. Soprattutto, il riferimento alla «economia sociale di mercato» di cui all'Art. 3 § 3 del TFUE ha stuzzicato l'attenzione degli interpreti i quali hanno incorporato in questa nozione una decisa carica «ecologica»⁴¹. Si è pertanto affermato che la dimensione ecologica sia uno dei pilastri del modello di sviluppo rappresentato dall'economia sociale di mercato⁴². L'affermazione è forte, soprattutto se si pensa che quello dell'economia sociale di mercato è un concetto che trae il suo contenuto dall'esperienza storica della Germania occidentale post-bellica, ove la sensibilità verso il valore sociale dell'ecologia non era certamente all'ordine del giorno⁴³. Ancora, si è detto come, nell'accezione prima tedesca e poi comunitaria, l'aggettivo «sociale» non indichi un *favor* verso interventi di riequilibrio del mercato a protezione di gruppi svantaggiati o di interessi extra-economici, ma sottolinei, più semplicemente, l'idea che il mercato sia un'istituzione sociale in quanto tale⁴⁴. Di conseguenza, l'attività di riequilibrio dovrebbe esaurirsi in quella, sussidiaria, del diritto della concorrenza. La stessa previsione di cui all'Art. 3 § 3 TFUE pare quasi essere un mero «appello» per un mercato che tenga in conto la dimensione sociale, senza introdurre una base giuridica per comandi o azioni specifiche dell'Unione⁴⁵.

⁴¹ S. Mureșan, *Social Market Economy*, Springer, Cham, 2014, 166. Sul tema v. anche il *paper* della Commissione Europea «Towards a Sustainable Europe by 2030», al link https://ec.europa.eu/commission/publications/reflection-paper-towards-sustainable-europe2030_en

⁴² *Ibid.*

⁴³ Sulle origini del concetto di economia sociale di mercato *ex multis*, v. A. Müller-Armack, *The Social Market Economy as an Economic and Social Order*, in *Rev. Soc. Ec.*, 1978, Vol. 36(3), 330. V. anche J. Van Hook, *Rebuilding Germany: the creation of the Social Market Economy*, Cambridge, 2004; C. Watrin, *The Principles of the Social Market Economy — its Origins and Early History*, in *J. Inst. Theor. Ec.*, 1979, Vol. 135(3), 405; H. Sautter, R. Schinke (a cura di), *Social Justice in a Market Economy*, Peter Lang AG, 2001; H. Zacher, *Social Market Economy, Social Policy, and the Law*, in *J. Inst. Theor. Ec.*, 1982, 138(3), 369.

⁴⁴ A. Somma, *Il diritto privato europeo e il suo quadro costituzionale di riferimento nel prisma dell'economia del debito*, in *Contratto e impr.*, 2016, 1, 124.

⁴⁵ V. Šmejkal, S. Šaroch, *EU As a Highly Competitive Social Market Economy – Goal, Options, and Reality*, in *Rev. Ec. Perspectives*, 2014, vol. 14(4), 393-410.

Sulla base di queste premesse, anche l'introduzione dell'Art. 37 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea è stata giudicata insufficiente a fondare una vera vocazione «ecologica» del mercato interno⁴⁶.

Comunque sia, l'ordinamento europeo post-Lisbona consente quantomeno di verificare l'esistenza di una «potenzialità» per una declinazione ecologica dell'economia sociale di mercato⁴⁷. Una specifica azione dell'Unione in materia ambientale prevede che il Consiglio, all'unanimità e dopo aver consultato il Parlamento, il Comitato Economico e Sociale ed il Comitato delle Regioni, possa adottare misure di natura fiscale, misure in materia di pianificazione urbana e rurale, gestione delle risorse idriche e della terra, oltre a misure più generali che indirizzino, a livello di stati membri, la scelta tra diverse fonti di energia⁴⁸.

Ancora, l'Art. 192 § 5 TFUE prevede che le misure adottate, ove impongano costi sproporzionati ai destinatari, possano prevedere sia clausole di deroga sia, soprattutto, l'accesso al Fondo di Coesione *ex* Art. 177. Al di là della lettera del trattato, l'utilizzo dei fondi strutturali europei a sostegno di progetti per la promozione dell'economia circolare costituisce un serbatoio di incentivi rilevante e connette la politica ambientale europea alla programmazione economica e sociale dell'Unione. La base teorica di tale connessione è rappresentata dal principio di coesione sociale⁴⁹, interpretato alla luce di un concetto di *welfare* fondato su criteri di misurazione ulteriori rispetto alla crescita, come sanità, istruzione e, appunto, ambiente⁵⁰.

L'economia sociale di mercato è stata quindi caricata di implicazioni attinenti alla promozione di un'economia circolare. Sul piano pratico la costruzione di un'economia di mercato sociale ed ecologica è stata associata alla modulazione, in termini di regolazione, di tre variabili fondamentali: i) l'influenza del potere pubblico sull'economia; ii) il ruolo della società civile; iii) la responsabilità dei soggetti dell'ordinamento⁵¹. Tra questi elementi, il secondo pare evocare un principio di «inclusività» delle procedure decisionali che, tuttavia, nell'ordinamento europeo deve rivolgersi non solo al rapporto istituzioni-corpi sociali ma anche alle relazioni inter-istituzionali tra i vari livelli – europeo, nazionale, regionale –

⁴⁶ A. Somma, *Il diritto privato europeo*, cit. L'autore, in vero, non prende in considerazione esclusivamente la prospettiva della tutela ambientale, ma intende, piuttosto, sottolineare come la tutela dei c.d. diritti sociali sia recessiva, nell'ordinamento europeo, rispetto alla preservazione della libertà del mercato.

⁴⁷ V. Šmejkal, S.Šaroch, *op. cit.*

⁴⁸ Art. 192 TFUE.

⁴⁹ Art. 174 TFUE.

⁵⁰ G. Vettori, *Diritti e Coesione Sociale*, in *Obbl. e Contr.*, 7, 2012.

⁵¹ D.W. Benecke, *Social and Ecological Market Economy. A General Overview*, in Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH (a cura di), *The Social and Ecological Market Economy – A Model for Asia?*, Eschborn, 2008, 23-52.

soprattutto in virtù delle ampie competenze che, a seconda degli stati membri, possono essere affidate agli enti locali in tema di economia circolare⁵².

Ciò rappresenta un ulteriore livello di complessità che se da un lato stimola l'implementazione di iniziative c.d. «cross-cutting» finanziate dai fondi europei a tradizionale *management* decentrato⁵³, dall'altro inficia il funzionamento delle strategie di programmazione dell'UE. Inoltre, va ricordato che, a differenza che in Cina, il diritto europeo non conosce una teorizzazione organica della pianificazione, che ancora si basa in gran parte su fonti di *soft law* ed affida la propria efficacia alla gestione dei fondi strutturali che dalle strategie di sviluppo è ispirata⁵⁴. Questi fondi rappresentano, tuttavia, solo una parte del bilancio dell'Unione e non hanno la stessa pervasività che raggiungono i piani cinesi.

Non deve pertanto stupire che in Europa maggiore attenzione sia stata sinora dedicata, anche nelle iniziative di *policy* delle istituzioni, alla definizione delle regole di responsabilità nel ciclo di utilizzo delle risorse, così come alla declinazione contrattuale dell'esigenza ecologica, specie nel settore dei contratti pubblici⁵⁵. Il problema che si pone il diritto europeo è, a ben vedere, quello del superamento dell'idea per cui il controllo sul ciclo di vita delle risorse sia soddisfatto dall'istituto della responsabilità del produttore del rifiuto, soluzione tipica delle c.d. «economie lineari»⁵⁶. L'obbiettivo del legislatore europeo è la realizzazione di una disciplina imperniata sul concetto di «prodotto sostenibile»⁵⁷, che quindi guardi in primo luogo alla responsabilità del fabbricante del prodotto così come alle scelte degli acquirenti, fra i quali, in primo luogo, le pubbliche amministrazioni, con conseguente regolazione della disciplina degli acquisti e degli appalti⁵⁸.

Tanto l'ordinamento europeo quanto quello cinese hanno maturato dottrine dello sviluppo socio-economico che integrano elementi di economia circolare, pubblicizzando ampiamente questa scelta sul piano politico. L'economia circolare necessita però di essere declinata a livello giuridico⁵⁹. Sul «come» di questa

⁵² Come ad esempio, le competenze in materia di politica dei rifiuti demandate alle regioni dal d.lgs 152/2006 in attuazione dell'art. 118 co. 1 cost (v. ad es. Artt. 196 e 208). Sul punto v. M. Magri, *Regioni ed "Economia Circolare"*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2018, 6, 706.

⁵³ Commissione Europea, *Circular Economy Action Plan*, 19-20.

⁵⁴ Sulla disciplina dei fondi strutturali europei v. L. Dellmuth, M. Stoffel, *Distributive politics and intergovernmental transfers: The local allocation of European Union structural funds*, in *European Union Politics*, 2012, Vol. 13(3), 413-433; W. Deffaa, *The New Generation of Structural and Investment Funds – More Than Financial Transfers?*, in *Intereconomics*, 2016, Vol. 3, 155-163; G. Sabatino, *I Fondi Strutturali e di Investimento Europei e la Giuridicizzazione della Programmazione per lo Sviluppo nell'UE*, in *Riv. Trim. App.*, 2020, Vol. 1, 455-480.

⁵⁵ S. Pagliantini, *Sul c.d. contratto ecologico*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2016, 2, 20337 ss.

⁵⁶ M. Magri, *op. cit.*

⁵⁷ È questo il filo rosso che emerge dall'analisi del *Circular Economy Action Plan* della Commissione Europea, il cui punto 2 è intitolato «*A sustainable product policy framework*».

⁵⁸ § 7.

⁵⁹ Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale ed al Comitato delle Regioni del 2.12.2015, 18; Sheng Yu-Hua, *论循环经济法的定位 (On the posi-*

declinazione si può sviluppare la comparazione fra modelli. Le «attività di riduzione, riutilizzo e riciclaggio delle risorse nei processi di produzione, circolazione e consumo»⁶⁰ costituiscono un oggetto comune di analisi ed il punto di partenza su cui applicare i tre «filtri» della pianificazione, del contratto e della responsabilità per verificare come le dottrine dello sviluppo si concretizzino nella pratica.

Si ipotizzi, dunque, un modello teorico, in cui i tre concetti chiave siano vertici di un triangolo in cui la programmazione, in quanto cinghia di trasmissione tra la volontà politica e l'implementazione giuridica, sia il vertice alto.

L'analisi che segue dovrà quindi verificare come i due ordinamenti qui in comparazione modulino i vertici del «triangolo dell'economia circolare», restituendo al lettore un'immagine della rilevanza che, a livello sia politico che applicativo, ciascuno di essi riveste nella determinazione degli incentivi e dei disincentivi alla promozione della circolarità.

3. *Il Diritto dell'Economia Circolare in Cina e la primazia della programmazione*

Il diritto cinese recepisce la dialettica tra intervento pubblico, società civile e responsabilità individuale. In ossequio al paradigma engelsiano per cui la Legge debba adattarsi alle condizioni economiche di riferimento⁶¹, l'Art. 3 della Legge sull'Economia Circolare cerca di armonizzare la diversità negli scopi applicativi della normativa definendo dei precisi compiti, per cui «il governo svolge un ruolo di promozione, il mercato di guida, le imprese di implementazione e l'opinione pubblica di partecipazione». Lo stesso principio emergeva nettamente dal Regolamento della Zona Economica Speciale di Shenzhen per la Promozione dell'Economia Circolare del 2006⁶², una sorta di «prova generale» della Legge nazionale del 2008. Entrambi i documenti sono poi strutturati sulla base delle Opinioni del Consiglio di Stato sul medesimo tema del 2005⁶³.

Al di là delle statuizioni di carattere generale, è però evidente che il legislatore cinese abbia impresso un marcato carattere organizzativo alla legislazione sull'economia circolare, con conseguente primazia dell'aspetto programmatico. Contestualmente all'emanazione della Legge sull'Economia Circolare, era strut-

tioning of «Circular Economy Law»), in 西部法学评论 (*xibufaxuepinglun*), Vol. 3, 2016, 115-122, 116; C. Backes, *Law for a Circular Economy*, Eleven International Publishing, 2017, 14.

⁶⁰ Art. 2 della Legge sull'Economia Circolare.

⁶¹ Li Yuqi, 论构建我国循环经济法律体系 (*On the construction of China's circulative economic legal framework*) in 法学杂志 (*faxuezhazhi*), 2011, Vol. 4, 37-41. L'autore, tuttavia, lamenta la carenza di effettività organica della normativa cinese.

⁶² *shenzhenjingjitequxunhuanjingjicujintiaoli*

⁶³ Qi Jianguo et al., *op. cit.*, 34 ss.

turato in seno al Consiglio di Stato un ministero per la protezione dell'ambiente (环境保护部 – *huanjingbaohubu*)⁶⁴.

Nel 2005, le Opinioni del Consiglio di Stato avevano lasciato intendere che la costruzione di un diritto dell'economia circolare avrebbe dovuto seguire i canoni della pianificazione economica e sociale⁶⁵.

Quegli stessi canoni costituiscono perciò l'ossatura della disciplina di promozione dell'economia circolare che si sviluppa quindi sulla base di tre gruppi normativi interconnessi:

- a) la riorganizzazione amministrativa funzionale alla promozione dell'economia circolare e la definizione di piani nazionali e locali per l'implementazione degli obiettivi⁶⁶;
- b) la definizione di obiettivi, di standard e di misure costrittive o sanzioni nei confronti degli operatori economici che non rispettino tali obiettivi e standard;
- c) la previsione di un sistema organico di incentivi e benefici per gli operatori che invece risultino virtuosi.

Una tale impostazione è stata giudicata da alcuni incompatibile con il ruolo fondamentale del mercato nell'allocazione delle risorse e nella determinazione del modello economico perseguito⁶⁷. La conseguenza naturale di una tale impostazione è quella di interpretare restrittivamente la nozione giuridica di economia circolare, riducendola alla regolamentazione dell'utilizzo, riutilizzo e riciclo delle risorse⁶⁸.

La tesi non convince. Essa pare ignorare le fondamenta teoriche dell'economia socialista di mercato, che vede sì nel mercato la principale forza nel determinare l'allocazione delle risorse, ma sotto il coordinamento ed il controllo dello Stato⁶⁹. Inoltre, la tutela ambientale, nei due decenni passati, è stata promossa ed implementata attraverso l'utilizzo di indicatori di piano vincolanti⁷⁰.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ V. spec. Punto 3 (*Development Objectives*), Punto 4 (*Major Indicators*), Punto 6 (*Key Links*), Punto 8 (*The evaluation indicators system of circular economy*) e Punto 9 (*The plan for boosting circular economy*). Sulla teoria e la pratica decisionale della pianificazione cinese v. Wang Shaoguang, Yan Yilong, *中国民主决策模式 – 以五年规划制定为例 (A democratic way of decision-making: five year plan process in China)*, Library of Marxism Studies, Vol. 1.

⁶⁶ V. in particolare gli Artt. 6-7 e 12-13-14 della Legge sull'Economia Circolare.

⁶⁷ Guo Yanjun, *立法是促进循环经济还是规范物质资源综合利用 (Whether the Legislative Aim Is Promoting Circular Economy or Regulating Comprehensive Utilization of Material Resources)* in *政治与法律*, 2017, Vol. 8, 130-141.

⁶⁸ Guo Yanjun, *op. cit.*

⁶⁹ Art. 15 della Costituzione della RPC.

⁷⁰ Zhang et al., *Air Pollution Reduction During China's 11th Five-Year Plan period*, in *Environmental Development*, 2012, Vol. 4, 36-53; Zheng Shiming, *Political cycle, Five-Year Plan and Environmental Pollution*, *cit.*

Nel testo della legge, l'*enforcement* dei piani predisposti (Artt. 6-7) dovrebbe essere assicurato dall'organizzazione, ad opera dei governi locali, di «un oggettivo sistema di responsabilità» (目标责任制 – *mubiaozerenzhi*). Nella prassi, un'espressione del genere si traduce nella determinazione di standard di valutazione dell'operato dei funzionari pubblici così come degli investimenti dei governi locali⁷¹. Sotto quest'ultimo profilo, l'*enforcement* si realizza in concreto mediante la procedura di previa approvazione dei progetti d'investimento locali o nazionali da parte del Consiglio di Stato. Si richiede infatti che l'operatore economico (pubblico o privato) incaricato della realizzazione del progetto presenti una previa valutazione dei costi energetici che ne attesti la compatibilità con gli obiettivi fissati dalla legge o dai regolamenti⁷².

Vengono poi introdotte due importanti previsioni organizzative: in primo luogo s'impone a ciascuna impresa di organizzare al proprio interno delle strutture di gestione che favoriscano la riduzione del consumo di risorse, della produzione e dello smaltimento dei rifiuti e che promuovano invece il riciclaggio e la riutilizzo dei rifiuti (Art. 9).

In secondo luogo, le associazioni industriali⁷³ e le altre organizzazioni sociali possono altresì essere incaricate dai governi di condurre iniziative volte alla promozione dell'economia circolare, oltre che di occuparsi di pubblicizzazione e di consulenza tecnica al riguardo (Art. 11)⁷⁴.

La partecipazione di corpi sociali quali associazioni, università o, più in generale, dell'opinione pubblica alle procedure di formazione e valutazione di iniziative economiche a potenziale impatto ambientale elevato risulta essere una costante nella legislazione cinese sul tema, come previsto ad esempio dall'Art. 16 delle Misure per l'Amministrazione della Conservazione di Energia delle Entità ad alto Consumo Energetico⁷⁵, o ancora dall'Art. 5 della Legge sulla Valutazione dell'Impatto Ambientale⁷⁶. L'Art. 11 di quest'ultima legge prevede poi che al momento di definire i programmi di valutazione dell'impatto ambientale le auto-

⁷¹ Lu Kai, Song Meilin, 我国农村实施《循环经济促进法》的问题及对策 (*Problems and Solutions of the Implementation of the Law for the Promotion of a Circular Economy in Chinese Countryside*), in *Tianjin Legal Science*, 2010, Vol. 104(2), 61-66.

⁷² Si vedano le «*Measures for the Energy Conservation Examination of Fixed-Asset Investment Projects*» (固定资产投资项目节能审查办法) del 2016.

⁷³ Sul ruolo delle associazioni industriali nella regolamentazione anche giuridica dell'economia cinese v. Yao Xu, Che Liuchang, 论行业协会组织的法律性质 (*On the Legal nature of Industrial Associations*), in *法学杂志 (faxuezhazhi)*, 2011, Vol. 5, 34-37; Wang Li, Xie Lulu, 行业协会自治权之程序规制 (*Procedural Regulation of Trade Association Autonomy*), in *行政法学研究 (xingzhengfaxueyanjiu)*, 2013, Vol. 2, 9-14.

⁷⁴ In senso conforme, v. anche l'Art. 7 delle Regolamento della Zona Economica Speciale di Shenzhen per la Promozione dell'Economia Circolare.

⁷⁵ La disposizione promuove la collaborazione tra gli operatori economici, le università ed i centri di ricerca allo scopo di innalzare il livello della ricerca sulle tecnologie di risparmio energetico.

⁷⁶ Si riporta la traduzione inglese della disposizione: «*The state encourages relevant entities, experts and the general public to participate in the appraisal of the environmental impacts in appropriate ways.*»

rità competenti (i.e. i dipartimenti per l'ambiente a livello nazionale e locale) debbano raccogliere le opinioni delle «autorità rilevanti, degli esperti e del pubblico». Si tratta, come è evidente, di una partecipazione della società civile mediata dall'intervento delle autorità e finalizzata, nella cultura del *decision-making* cinese, a consentire al potere pubblico di avere a disposizione quante più informazioni possibili per poi sintetizzare, nella definizione dei piani finali, la posizione più adatta a recepire le istanze di ciascun attore sociale⁷⁷.

A livello pratico, ciò si traduce nella determinazione di *target* ed obiettivi il cui soddisfacimento influisce sulla valutazione della *performance* dei funzionari pubblici e di partito competenti⁷⁸. In linea di principio, questo meccanismo è insito nell'incorporazione degli obiettivi di economia circolare nel sistema della pianificazione economica e sociale. In alcuni casi, tuttavia, il legislatore ha ritenuto di dover essere esplicito, come nella Legge sul Risparmio Energetico. Ivi si impone la predisposizione di *target* non solo allo Stato (Art. 6) e alle istituzioni pubbliche (Art. 49) ma anche ad alcuni operatori economici «chiave» selezionati sulla base del consumo annuo di tonnellate di carbone, a prescindere che si tratti di imprese a capitale pubblico o privato (Sez. 6)⁷⁹. La previsione è completata dall'Art. 16 § 2 delle Misure per l'Amministrazione della Conservazione di Energia delle Entità ad alto Consumo Energetico, il quale impone a quest'ultime entità di istituire fondi specifici per attività di sviluppo e ricerca in tema di tecnologie di conservazione energetica.

Rispetto alla normativa generale, le disposizioni in materia di risparmio energetico appaiono più attente a delineare specifici obblighi, oltre agli incentivi, per gli operatori economici pubblici e privati⁸⁰. Il grado di avanzamento della disciplina dipende dalla gravità del problema: in un paese in cui la maggior parte dell'attività industriale è ancora sostenuta dal carbone, la circolarità dell'economia dovrebbe partire, ragionevolmente, proprio dal settore energetico.

Il funzionamento del sistema dei *target* implica, in ogni caso, che le amministrazioni (specie quelle locali) siano stimolate, sul piano politico, a mettere in campo gli strumenti di incentivo previsti dalla legge, comuni, del resto, a tutte le

⁷⁷ Sul punto v., in generale, Wang Shaoguang, Yan Yilong, *op. cit.*

⁷⁸ V. ad es. Art. 6 della Legge sul Risparmio Energetico (中华人民共和国节约能源法).

⁷⁹ In particolare, l'Art. 52 definisce come «chiave» le imprese che consumino più di diecimila tonnellate di carbone all'anno; le imprese che consumino tra le cinquemila e le diecimila tonnellate di carbone possono invece essere designate quali «imprese chiave» da parte dei dipartimenti competenti per l'energia a livello nazionale e locale.

⁸⁰ La rilevanza della distinzione tra controllo pubblico e privato può sfumarsi in virtù del fatto che la maggior parte delle imprese ad alto consumo energetico sono imprese in mano pubblica, specialmente quelle di proprietà o controllate dai governi locali. In questo caso, l'implementazione delle disposizioni della Legge può usufruire del sistema di valutazione delle *performance* e di responsabilità politica normalmente attivato per monitorare l'operato di queste imprese.

fonti di settore già citate. La Legge sull'Economia Circolare ne traccia una panoramica efficace, come emerge in maniera lampante dall'analisi del Capitolo V:

- a) la costituzione – a livello centrale e provinciale – di fondi per lo sviluppo dell'economia circolare, per la ricerca, la promozione di nuove tecnologie, l'implementazione di progetti specifici e servizi di informazione (Art. 42);
- b) l'incorporazione dei progetti strategici per lo sviluppo dell'economia circolare nei piani di sviluppo scientifico e tecnologico emanati tanto dal governo di Pechino quanto da quelli provinciali, garantendo accesso a fondi e sussidi specifici (Art. 43)⁸¹;
- c) l'implementazione (Art. 44) di regimi fiscali favorevoli alle attività industriali che promuovano lo sviluppo di un'economia circolare, disposizione da mettere a sistema con quanto previsto all'Art. 27(3) della Legge sulla Tassazione del Reddito d'Impresa del 2008, che prevede l'applicazione di aliquote inferiori sui redditi derivanti da progetti per la tutela ambientale ed il risparmio dell'energia e dell'acqua⁸²;
- d) L'utilizzo di una regolamentazione dei prezzi funzionale allo sviluppo di un'economia circolare (Art. 46)⁸³;
- e) La determinazione di una politica degli appalti anch'essa funzionale allo sviluppo di un'economia circolare (Art. 47). Ne discende che, nella scelta della controparte contrattuale, le stazioni appaltanti dovrebbero considerare l'efficienza «ecologica» quale criterio di valutazione delle offerte. Si tratta però di un'implicazione che, a differenza del quadro normativo Europeo ove è codificata dalla direttiva n. 2014/24⁸⁴, in Cina è sinora deducibile solo a livello logico.

In relazione a queste misure di incentivo, l'Art. 45 prevede (3° comma) che nessun istituto di credito può concedere finanziamenti ad imprese che producano, distribuiscano od usino materiali e tecniche classificati come proibiti dalla Legge sull'Economia Circolare⁸⁵.

La disposizione è particolarmente significativa perché si integra con le peculiarità del sistema bancario cinese. Il sistema creditizio in Cina vede ancora un sostanziale monopolio delle banche a capitale pubblico, possedute o partecipate

⁸¹ Sulla relazione tra Piani di sviluppo ed accesso a finanziamenti e sussidi v. G. Sabatino, *Legal Features of Chinese Economic Planning*, cit.

⁸² Ulteriori benefici sono previsti agli Artt. 33 e 34 della medesima legge. Sul tema v. anche Zhang Chengsong, 财政补贴的税法评价：基于税法文本与法理的分析 (*Tax Law Evaluation of Financial Subsidies: an analysis on the basis of Tax Laws and Jurisprudence*), in *经济法论丛 (jingjifaluncong)*, 2017, Vol. 29(1), 277-298.

⁸³ Come confermato da una circolare del 19 aprile 2010 emanata congiuntamente dalla *National Development and Reform Commission*, dalla *People's Bank of China*, dalla *China Banking Regulatory Commission* e dalla *China Securities Regulatory Commission*. Sul tema si veda Qi Jianguo et al., *op. cit.*, 40.

⁸⁴ § 7.

⁸⁵ Il riferimento pare essere alla lista di cui all'Art. 18 della medesima Legge sull'Economia Circolare.

in maniera rilevante dai governi locali o da dipartimenti del governo centrale, primo fra tutti la *State Assets Supervision and Administration Commission (SASAC)*⁸⁶. L'istituto di credito, nel sistema giuridico cinese funge da strumento di diritto pubblico economico. Tutto ciò attraverso restrizioni od espansioni dell'accesso al credito in funzione di tali obiettivi⁸⁷. L'Art. 45 della Legge sull'Economia Circolare è una cartina di tornasole di questo meccanismo. Da un lato è esplicitato il divieto di concessione del credito a determinati operatori economici, ma dall'altro lato è implicito il *favor* del legislatore e quindi delle banche pubbliche nei confronti di quegli operatori che invece promuovano l'utilizzo di tecniche di produzione in linea con i principi dell'economia circolare.

Il sistema disegnato dalla Legge sull'Economia Circolare pare peraltro essere in linea anche con l'impianto della normativa *antitrust* cinese. In primo luogo perché il dato legislativo ammette restrizioni alla concorrenza per scopi di pubblico interesse quali il risparmio energetico o la protezione dell'ambiente⁸⁸. In secondo luogo perché, al di là della lettera della legge, la funzionalizzazione della regolazione del mercato a scopi sociali è pacifica tra i giuristi cinesi⁸⁹. Si consideri poi come nel 2016 le «*Opinions of the State Council on Establishing A Fair Competition Examination System in the Building of the Market System*»⁹⁰, legittimino pienamente l'implementazione di politiche restrittive della concorrenza allorché abbiano lo scopo di promuovere il risparmio energetico e la tutela ambientale⁹¹.

La programmazione dello sviluppo dell'economia circolare pare pertanto essere impostata dal legislatore tutta entro l'alveo del diritto pubblico dell'economia, investendo i governi (centrale e locali) del potere di organizzare l'allocazione di risorse in funzione di incentivo o disincentivo. Lo stesso ruolo della società civile, come visto, è attratto in orbita pubblicistica.

Alcune rilevanti indicazioni in merito vanno tratte dall'applicazione che della Legge sull'Economia Circolare è stata fatta dalle corti cinesi. Queste ultime sinora non hanno frapposto ostacoli logici all'applicazione della normativa sull'economia circolare nei confronti delle pubbliche amministrazioni, per le quali le

⁸⁶ Sul sistema di credito e finanziario cinese si veda Guan Bin, 论我国村镇银行公司治理的 制度变革 (*On the reform of the system of corporate governance of rural banks in China*), in 经济论丛 (*jingjiluncong*), 2017, Vol. 29(1),299-322; Pistor et al., *The Hybridization of China's Financial System*, in B.Liebman, C.Milhaupt, *Regulating the Visible Hand?: The Institutional Implications of Chinese State Capitalism*, Oxford, 2015.

⁸⁷ Shang-Jin Wei, Tao Wang, *The Stamese twins: do state-owned banks favor state-owned enterprises in China?*, in *China Economic Review*, 1997, Vol. 8(1),19-30.

⁸⁸ Art. 15 della *Anti-Monopoly Law* (反垄断法 - *fanlongduanfá*) della RPC.

⁸⁹ Jiao Haitao, 社会政策目标的反垄断法豁免标准 (*Anti-monopoly law exemption criteria for social policy objectives*), in 法学评论 (*faxuepinglun*), 2017, Vol. 4, 124-138.

⁹⁰ *guowuyuanguanyuzaishichangtixijianshezongjianligongpingjingzhengshenchezhidudeyijian*.

⁹¹ Punto 3 delle *Opinions*.

disposizioni della Legge sull'Economia Circolare implicano una vera e propria limitazione della discrezionalità⁹².

A titolo di esempio, si consideri il § 2 dell'Art. 25, che impone ai governi ed ai proprietari di edifici cittadini di adottare le misure necessarie ad una più lunga durata degli edifici stessi; impone altresì alle autorità competenti di non procedere alla demolizione od allo smantellamento di edifici che rispettino i requisiti dei piani edilizi urbani a meno che non sussista un pubblico interesse. Questa disposizione, in concreto, investe il giudice di una valutazione sulla sussistenza del pubblico interesse, senza il quale la normativa richiamata proibisce all'amministrazione di ordinare la demolizione dell'edificio.

Più sfumata è l'applicazione della Legge sull'Economia Circolare con riferimento ai rapporti tra privati. Per essi, la Corte Intermedia del Popolo di Harbin⁹³ ha escluso la possibilità di applicazione diretta della Legge. Nella decisione in esame, il giudice ha ritenuto che l'Art. 23 (3) della Legge, che proibisce la produzione, la vendita e l'uso di mattoni d'argilla entro delle aree individuate dal Consiglio di Stato o dai governi locali, non potesse costituire causa di nullità del contratto per violazione di legge ai sensi dell'Art. 52 (5) della Legge sui Contratti del 1999, in quanto non si tratta di disposizione imperativa come richiesto dall'Art. 52, bensì di una disposizione di carattere amministrativo che non può influire sull'efficacia del contratto stipulato dalle parti.

La dimensione programmatica del diritto cinese dell'economia circolare vive perciò in un livello intermedio tra la classica *rule by law*⁹⁴ ed una più decisa responsabilizzazione dell'azione amministrativa. La Legge sull'Economia Circolare è, evidentemente, una legge rivolta al potere pubblico ed al servizio del potere pubblico, ma vuole anche limitare, attraverso il sistema dei target e di valutazione delle *performance*, la discrezionalità dei governi locali. Questa limitazione è stata riconosciuta, come si è visto, anche da parte della giurisprudenza. L'equilibrio del sistema si sposta, a questo punto, sulla capacità di assicurare la cogenza delle direttive di piano trasmesse verticalmente dal centro alle periferie e, al contempo, di prevenire fenomeni di protezionismo giudiziario.

⁹² Corte Intermedia del Popolo di Wuhan (Hubei), decisione del 14.12.2017 n. 194; Corte Intermedia del Popolo di Changsha (Hunan), decisione del 12.09.2018 n. 144.

⁹³ Corte Intermedia del Popolo di Harbin (Heilongjiang), decisione del 1.02.2018 n. 63.

⁹⁴ Sulla nozione v. I. Castellucci, *Rule of Law and Legal Complexity in the People's Republic of China*, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Trento, Trento, 2012.

4. Segue. *Economia circolare e rapporti negoziali*

Nell'ideale schema perseguito dal legislatore cinese, il collante giuridico tra lo Stato ed il mercato è rappresentato dalla partecipazione della società civile e dei consociati all'implementazione di un sistema di economia circolare. Se pure questa dialettica, in concreto, è quasi del tutto assorbita dalle strutture della programmazione, ciò non esclude la rilevanza del diritto civile. Il dovere di conservazione delle risorse, di protezione dell'ambiente, di risparmio e ragionevole consumo delle risorse⁹⁵ viene concepito come una conseguenza logicamente necessaria del diritto, attribuito alla collettività, alla salubrità dell'ambiente e ad uno sviluppo sostenibile⁹⁶. A conferma di ciò, i cittadini hanno il diritto di denunciare atti di spreco delle risorse, di accedere alle informazioni a conoscenza della pubblica amministrazione che riguardino lo stato di sviluppo dell'economia circolare e proporre opinioni o suggerimenti⁹⁷.

Viene quindi codificata una direttrice etico-comportamentale nei rapporti tanto verticali quanto orizzontali. Questa generica «responsabilità» presuppone, nel contesto cinese, una componente pedagogica del diritto stesso⁹⁸, implementata non solo dalle autorità attraverso i loro documenti di *policy* e le loro azioni, ma altresì dai soggetti privati, in primo luogo dalle organizzazioni sociali, specie con campagne informative e promozionali⁹⁹.

La tendenza alla responsabilizzazione, eticamente orientata, dei rapporti sociali ha spinto un autore a caldeggiare la codificazione di una responsabilità del consumatore verso la società per il corretto utilizzo del prodotto, da affiancare alle già esistenti regole di responsabilità del produttore in merito, ad esempio, allo smaltimento dei rifiuti¹⁰⁰. La proposta si basa sull'idea che la promozione di un'economia circolare sia divenuta un fondamento costituzionale del sistema economico cinese e, in quanto tale, capace di orientare l'atto comportamentale di consumo analogamente a quanto avviene con le clausole generali di rispetto dell'ordine pubblico e del buon costume¹⁰¹.

⁹⁵ Art. 10 co. 1 della Legge sull'Economia Circolare.

⁹⁶ Li Yuqi, *op. cit.*

⁹⁷ Art. 10 co. 3 della Legge sull'Economia Circolare.

⁹⁸ Punto 23 delle Opinioni del Consiglio di Stato sull'accelerazione dello Sviluppo di un'Economia Circolare.

⁹⁹ Fang Shirong, Tan Binglin, 论促进公民低碳行动的行政指导 (*On Administrative Guide for Promoting Citizen's Low-Carbon Action*), in 法学 (*faxue*), 2014, Vol. 2, 20-29.

¹⁰⁰ Han Ziyang, 循环经济中消费者责任之规制解构 (*Deconstructing the Regulation of Consumer Responsibility in the Recycling Economy Law*), in *Hebei Law Science*, 2018, Vol. 36(11), 145-157.

¹⁰¹ *Ibid.*

Il diritto dei consumatori cinese, ad oggi, non accoglie una tale opzione. Sono però le *Minfazongze* a prevedere, caso peculiare nel panorama comparato¹⁰², una clausola generale che orienti le relazioni civilistiche al risparmio delle risorse ed alla protezione dell'ambiente. Si tratta dell'Art. 9, anche conosciuto come 绿色原则 (*luseyuanze*), ovvero «principio verde».

Tale principio, in virtù della sua collocazione e della sua portata, si presta a fungere da vero e proprio asse normativo di tutto l'impianto del diritto dell'economia circolare¹⁰³. Esso costituisce a un tempo un limite all'esercizio del diritto di proprietà e delle libertà contrattuali ed un criterio interpretativo di carattere generale per definire le relazioni civilistiche tra i soggetti dell'ordinamento¹⁰⁴. Da questo punto di vista, esso si comporta alla stregua della clausola di buona fede, che negli ordinamenti giuridici dell'Asia orientale è tradizionalmente intesa quale «valvola di sfogo» dei sistemi di diritto privato, atta ad affermare standard comportamentali valutati secondo le circostanze dei casi concreti¹⁰⁵. Per la dottrina, il «principio verde» ha una portata costituzionale, in quanto traspone nel sistema di diritto civile cinese l'aspirazione alla «civiltà ecologica» già insita negli sviluppi della teoria del socialismo di mercato¹⁰⁶.

Al di là delle affermazioni, talvolta retoriche, della dottrina¹⁰⁷, è però bene verificare come, in questi primi anni di vigenza, questa clausola sia stata applicata nella pratica giudiziale. Come ha rilevato un autore attento, in verità il «principio verde» ha funzionato sinora da vero e proprio «*jolly*» messo in campo dai giudici in situazioni molto diverse e a fini molto diversi tra loro¹⁰⁸.

¹⁰² Le Disposizioni Generali di Diritto Civile, nel contesto del processo di codificazione del diritto civile cinese, sono considerate quale parte generale (Libro I) del Codice Civile, come indicato dallo stesso termine 总则 (*zongze*) preferito a 通则 (*tongze*) che definisce invece un insieme di principi generali codificato in maniera autonoma e non pensato come parte di un codice. La presenza di tale disposizione in apertura del codice civile cinese rappresenta pertanto certamente un elemento di novità non riscontrabile in quei codici (francese, italiano e soprattutto tedesco) che hanno funto da modello per il legislatore cinese.

¹⁰³ Cai Shouqiu, Zhang Yi, 绿色原则之文义解释与体系解读 (*Cultural interpretation and systemic interpretation of the «Green Principle»*), in 甘肃政法学院学报 (*gansuzhengfaxueyuanxuebao*), 2018, Vol. 5, 1-8.

¹⁰⁴ Cai Shouqiu, Zhang Yi, *op. cit.*

¹⁰⁵ He Jian, 绿色原则与法经济学 (*The Green Principle and Law and Economics*), in 中国法学 (*zhongguofaxue*), 2019, Vol. 2.

¹⁰⁶ Zhang Zhen, Zhang Yiyun, «民法总则»中“绿色原则”的宪法依据及其展开 (*The constitutional basis and development of the green principle in the General Provisions of Civil Law*), in 法治现代化研究 (*fazhixiandaihuayuanjiu*), 2019, Vol. 4, 99-110.

¹⁰⁷ In *ibid.* si arriva persino a teorizzare una divisione tra «diritti verdi» e «obblighi verdi», i primi passibili di essere invocati di ciascun soggetto dell'ordinamento contro gli altri, ed i secondi che dei primi costituiscono il riflesso in termini di soggetto di ciascun associato a precisi doveri di conservazione delle risorse. Si tratta, insomma, di un ampliamento della portata dell'Art. 9 che sembra però essere più un auspicio degli autori che una tendenza del sistema verificata nella prassi.

¹⁰⁸ He Jian, *op. cit.*

Così, ad esempio, la Corte del Popolo della Contea di Guanyang (Guanxi)¹⁰⁹ si è trovata a dover decidere della compatibilità con l'ordinamento di una norma consuetudinaria¹¹⁰ che impone a tutti i fratelli di concorrere alle spese per la ricostruzione, trascorso un certo periodo di tempo dal funerale, della tomba dei genitori. La corte, nel valutare se da tale consuetudine potesse o no sorgere un'obbligazione per uno dei fratelli di pagare all'altro metà delle spese sostenute per tale ricostruzione, ha notato come, nonostante la sussistenza di un valore quale la pietà filiale¹¹¹, la ricostruzione successiva al funerale di una tomba di famiglia possa costituire uno spreco di risorse non conforme alla previsione di cui all'Art. 9 richiamato.

La corte quindi ha escluso che il convenuto – in questo caso il fratello che non pagò le spese di ricostruzione – fosse giuridicamente tenuto al pagamento. In questo caso, l'organo giudicante ha desunto dall'affermazione di una responsabilità generale prevista dall'Art. 9 la possibilità di utilizzare la disposizione stessa come criterio interpretativo per valutare la conformità all'ordinamento di una norma giuridica di rango inferiore (in questo caso, una consuetudine).

Altre corti di merito, forse più incisivamente, hanno però fatto leva sull'Art. 9 per intervenire sulla dinamica dei rapporti negoziali e, in particolare, sulle vicende del contratto. Così, la Corte Intermedia del Popolo di Zhengzhou (Henan) ha valutato anche sulla base del principio di cui all'Art. 9 la giustificabilità di un ritardo nell'adempimento contrattuale consistente nella sospensione dei lavori di costruzione di un immobile in un lasso temporale caratterizzato dal forte inquinamento della zona¹¹². Analogamente, la Corte Intermedia del Popolo di Wuxi (Jiangsu) ha determinato, sulla base dell'Art. 9, quali attività di manutenzione e rinnovamento siano esigibili dal locatore nei confronti del locatario alla scadenza del contratto¹¹³.

Da ultimo, anche quando non è stato utilizzato per la soluzione del caso concreto, il principio di cui all'Art. 9 ha trovato applicazione a livello «pedagogico». In una controversia di vicinato in cui l'attore lamentava che il convenuto accumulasse rifiuti in una sezione del complesso abitativo di sua proprietà, la Corte Intermedia del Popolo di Chongqing ha ritenuto non vi fossero prove sufficienti per accertare chi avesse accumulato i rifiuti. Tuttavia, ha comunque giudicato opportuno dilungarsi in una vera e propria «predica» circa l'indesiderabi-

¹⁰⁹ Corte del Popolo della Contea di Guanyang (Guanxi), decisione del 28.09.2018 n. 473.

¹¹⁰ Le consuetudini sono fonti del diritto in Cina sebbene il loro posizionamento nella gerarchia delle fonti ed il ruolo effettivo sia oggetto di ampia discussione. Per una panoramica, si veda Liang Huixing, *民法总论 (Introduction to Civil Law)*, Pechino, 2017, 27-28.

¹¹¹ La pietà filiale rappresenta un principio atavico innervato nella cultura cinese, sviluppato in maniera complessa dal pensiero confuciano (v. Confucio, *Dialoghi*, Libro IV, del Governo per mezzo della pietà filiale) ed afferente ad un vero e proprio sistema di regole giuridiche inerenti ad i rapporti tra i soggetti dell'ordinamento.

¹¹² Corte Intermedia del Popolo di Zhangzhou (Henan), decisione del 12.12.2018 n. 14963.

¹¹³ Corte Intermedia del Popolo di Wuxi (Jiangsu), decisione del 7.04.2020 n. 320.

lità etica e l'illegittimità giuridica di qualunque comportamento non rispettoso dell'ambiente e che provochi uno spreco di risorse¹¹⁴.

La varietà delle applicazioni pratiche dell'Art. 9 non risolve però il problema fondamentale e cioè se e come tale disposizione sia in grado di fondare un regime civilistico comprensivo di implementazione della Legge sull'Economia Circolare. L'impressione è piuttosto che l'Art. 9 sia una norma volutamente ampia, costruita per poter essere maneggiata dalla discrezionalità del giudice caso per caso.

Una posizione dottrinale, a ben vedere, ricollega il «principio verde» alle nozioni di interesse pubblico ed interesse sociale¹¹⁵. Se così fosse, una clausola contrattuale in violazione dell'Art. 9 esporrebbe il contratto alle (invero non precisamente specificate) sanzioni pubblicistiche di cui all'Art. 534 del Codice Civile, irrogate dalle autorità competenti per la regolazione del mercato¹¹⁶. Analogamente, il «Regolamento della Suprema Corte del Popolo su diverse questioni relative all'aggiudicazione delle controversie in materia di accordi amministrativi»¹¹⁷ disciplina la rescissione e la modifica unilaterali del contratto amministrativo ove ciò sia imposto da motivi di interesse pubblico, nazionale o sociale¹¹⁸.

Tuttavia, attrarre nell'orbita di queste norme l'*enforcement* dell'Art. 9 delle *Minfazongze* rischia di essere un'operazione ermeneutica affascinante ma azzardata e soprattutto non supportata dalla giurisprudenza.

La visione più lucida sembra pertanto essere quella di chi ha visto nell'Art. 9 un mezzo per veicolare nel diritto civile cinese considerazioni di efficienza legate ad un utilizzo razionale delle risorse¹¹⁹. In quanto tale, esso deve funzionare necessariamente «a geometrie variabili», quale valvola di apertura del sistema al servizio del giudice.

¹¹⁴ Corte Intermedia del Popolo di Chongqing (Quarta), decisione del 17.03.2020 n. 233. Si tratta di una funzione della norma giuridica tipica dell'ordinamento cinese, legata ad una concezione della virtù intesa (anche) come capacità del potere di esercitare persuasione nei confronti dei consociati al fine di stimolare, per quanto possibile, un'osservanza spontanea della regola giuridica. È evidentemente, un modello di *governance* sociale legato alla tradizione giuridica cinese e che in tempi più moderni trova sempre meno spazio; d'altro canto, tuttavia, è ancora ritenuto un importante strumento di governo specie al fine di far «assorbire» nel tessuto sociale valori nuovi e non ben radicati. La stessa logica è rinvenibile in altre disposizioni, come ad esempio l'Art. 9(10) della Legge sulla Pubblicità (广告法 – *guanggaofa*) che proibisce pubblicità che «impediscono la protezione dell'ambiente o delle risorse naturali».

¹¹⁵ Zhang Zhen, Zhang Yiyun, *op. cit.*

¹¹⁶ Sino al 31 dicembre 2020, in realtà, ai contratti in violazione del pubblico interesse andrà applicato l'Art. 52 della Legge sui Contratti del 1999, il quale prevede la sanzione della nullità. L'articolo, nella sua interesse, non è però stato recepito del nuovo Codice che ha invece optato, con l'Art. 534, per una disciplina più ambigua, che di fatto sposta l'asse dei rimedi sulla discrezionalità delle autorità competenti per la supervisione del mercato.

¹¹⁷ 最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定, emanato nel 2019.

¹¹⁸ V. spec. Artt. 16 e 17 del Regolamento.

¹¹⁹ He Jian, *op. cit.*

Se quanto detto vale con riferimento al contratto, vale ancor di più con riferimento ai regimi di responsabilità. Ipotizzare nell'ordinamento cinese un regime di responsabilità del produttore del bene o, addirittura, del consumatore, contrasterebbe, tra le altre cose, con una considerazione pratica: in Cina tra i maggiori produttori e utilizzatori di risorse «sensibili» (i.e. più soggette a recare danni ambientali all'atto della produzione, del consumo o dello smaltimento) vi sono imprese locali in mano pubblica o comunque strategiche allo sviluppo di determinate aree. Molte di queste unità economiche, che impiegano spesso intere comunità urbane e rurali, operano ancora con strutture vetuste non in grado di adattarsi rapidamente alla virtuosità ecologica richiesta dalla Legge sull'Economia Circolare così come dall'Art. 9 delle *Minfazongze*. Le stesse sanzioni pecuniarie previste dalla Legge sull'Economia Circolare per condotte particolarmente gravi sono di tenore fondamentalmente lieve¹²⁰.

In un contesto del genere, il rischio da evitare è anche quello di stimolare i già citati fenomeni di protezionismo locale. Utilizzare l'Art. 9 non tanto per colpire quanto per «orientare» quelle relazioni giuridiche non coperte dal sistema di programmazione è pertanto la soluzione più sostenibile a livello sistemico.

5. *L'Economia Circolare nel Diritto dell'Unione Europea. L'incidenza dei piani*

Le basi culturali del diritto dell'economia circolare in Europa marcano, rispetto all'esperienza cinese, due differenze di approccio con conseguenze sistemiche rilevanti. La prima, come già detto, è l'enfasi posta sul prodotto e sul suo ciclo di vita¹²¹. La seconda riguarda l'interpretazione dei rapporti economici funzionali alla circolarità in termini di scambi tra produttori e consumatori¹²². La dottrina dell'economia sociale di mercato lega la circolarità all'efficienza del mercato¹²³. È una presa di posizione politica, ma, rispetto a quanto accade in Cina, meno legata all'ideologia e soprattutto più attenta ad un'implementazione *bottom-up* del paradigma culturale della circolarità.

Ciò comporta almeno due conseguenze di primo rilievo. In primo luogo, un riequilibrio dei «tre poli» dell'economia circolare a sfavore dell'aspetto program-

¹²⁰ Sezione VI della Legge sull'Economia Circolare.

¹²¹ Comunicazione della Commissione 11 marzo 2020 – COM(2020) 98 final – *A new circular economy action plan. For a cleaner and more competitive Europe*.

¹²² A. Somma, *Private law as biopolitics: Ordoliberalism, Social Market Economy, and the public dimension of the contract*, in *Law and contemporary problems*, 2013, Vol. 76(2), 105-116.

¹²³ Lo stesso titolo della Comunicazione 11 marzo 2020 richiama l'idea della «competitività» legata a quella della circolarità.

matico. Come si vedrà, la legislazione europea dedica ampio spazio agli strumenti di programmazione ma la minore incidenza dell'allocazione pubblica di risorse sul mercato e l'assenza di una compiuta teoria della pianificazione semplicemente impediscono di fare della sola programmazione il *deus ex machina* della promozione dell'economia circolare. In secondo luogo, l'evoluzione del diritto europeo tende, secondo alcuni autori, al superamento del paradigma tradizionale civilistico che vede nel solo venditore il garante nel negozio di vendita al consumo¹²⁴.

Le implicazioni legislative di quanto affermato verranno esposte nei paragrafi che seguono. L'analisi, a fini di comparazione, deve però iniziare dalla verifica della funzione organizzativa del diritto dell'economia circolare in Europa. Così, il primo dato rilevante è l'assenza nel diritto europeo di una normativa organica «sull'economia circolare», nel senso che la nozione di circolarità non è trasfusa in una fonte «quadro», ma è piuttosto declinata in varie normative settoriali, alcune delle quali hanno ispirato le stesse innovazioni legislative cinesi¹²⁵.

Diverso è il caso dei numerosi documenti di *policy* che intervengono sul tema con approccio latamente programmatico. Ancor prima dell'*action plan* del 2020, la Comunicazione della Commissione del 2 dicembre 2015 riconosceva la relazione tra economia circolare ed efficienza nei processi di produzione e consumo delle risorse¹²⁶. Più risalente ancora è la Comunicazione 18 giugno 2003 sulla Politica Integrata dei Prodotti. Ivi si sviluppava il concetto di «ciclo di vita ambientale», connettendolo ad una serie di esigenze che sono state successivamente sviluppate nella legislazione europea e nazionale, quali l'integrazione delle esigenze ambientali negli appalti pubblici e nella politica degli acquisti delle imprese¹²⁷.

È stato però nelle normative di settore che il carattere organizzativo e programmatico delle regole europee ha preso corpo. Fra i primi settori di rilievo coinvolti, quello della gestione dei rifiuti, in particolare con la direttiva UE n. 2008/98 (relativa ai rifiuti) modificata dalla direttiva UE n. 2018/851. Il Capitolo V della Dir. 2008/98, impone agli stati membri l'adozione di piani di gestione¹²⁸ e prevenzione¹²⁹ dei rifiuti al preciso scopo di favorirne il riutilizzo ed il riciclo. La direttiva inoltre, al suo Art. 11, si spinge sino a porre due veri e pro-

¹²⁴ G.F. Simonini, *Verso una nozione allargata di difetto di conformità: sarà rilevante anche la «durabilità» del bene?*, in *Danno e Resp.*, 2019, 4, 471.

¹²⁵ § 9; v. anche Wu Dahua, *西方国家循环经济发展之借鉴 (Experiences of Circular Economy Development in Western Countries and reference for China)*, in *昆明理工大学学报 (kunmingligongdaxuexuebao)*, 2008, Vol. 8(7), 23-28; Peng Feng, Chen Siqi, *欧盟 «循环经济» 立法: 起源、概念与演进 (EU Legislation on Circular Economy: Origin, Concepts and Evolution)*, in *上海政法学院学报 (shanghaizhengfaxueyuanxuebao)*, 2017, Vol. 6, 21-28.

¹²⁶ Comunicazione della Commissione Europea su di un Piano d'azione europeo per l'economia circolare, 2.

¹²⁷ Punto 5.3 della Comunicazione.

¹²⁸ Art. 28 Dir. 2008/98.

¹²⁹ Art. 29 Dir. 2008/98.

pri indicatori numerici, a rappresentare gli obiettivi che gli Stati membri devono raggiungere entro il 2020¹³⁰: i) l'incremento, nella misura del 50%, del peso dell'insieme dei prodotti di utilizzo domestico preparati per il riutilizzo ed il riciclo; ii) l'incremento, nella misura del 70%, del peso dell'insieme di alcuni prodotti da costruzione e demolizione preparati per il riutilizzo ed il riciclo. La concreta efficacia di tali disposizioni è stata peraltro messa in dubbio allorché i piani nazionali (e regionali¹³¹) di implementazione delle generiche statuizioni della direttiva denotino spesso altrettanta genericità e vaghezza¹³².

Molto più strutturato della Dir. 2008/98 appare il Regolamento UE 2018/1999, presto soprannominato «legge europea sul clima». Nel Reg. 2018/1999 quello della programmazione è l'aspetto centrale della disciplina. Anzitutto, il regolamento fa ampio ed esplicito riferimento agli accordi e strategie internazionali ed europee sullo sviluppo sostenibile quali veri e propri principi «guida»¹³³. Inoltre, il regolamento impone agli Stati membri l'adozione di «Piani nazionali integrati per l'energia e il clima» con cadenza decennale¹³⁴. Ai fini della presente analisi va notato come il regolamento, nel definire tali piani, voglia intervenire sulle «cinque dimensioni dell'Unione dell'energia» comprendenti la «efficienza energetica» e la «decarbonizzazione»¹³⁵. Anche in questo caso sono fissati indicatori di risultato, in stretta connessione con gli obiettivi delineati e dagli accordi di Parigi e dalle strategie dell'Unione. Il Reg. 2018/1999, raffinando il modello proposto dalla Dir. 2008/98, disegna una procedura «inclusiva» di preparazione dei piani, la cui proposta è inviata dagli Stati membri alla Commissione che può quindi formulare specifiche raccomandazioni sia circa gli obiettivi posti sia circa gli strumenti di implementazione¹³⁶. È poi prevista una fase di consultazione pubblica¹³⁷ ed una di «dialogo multilivello» che coinvolga non solo le

¹³⁰ Il riferimento temporale è altresì coerente con il programma strategico «Orizzonte 2020» che, tra i settori coperti e quindi atti a ricevere finanziamenti dell'Unione, pur non contenendone uno esplicitamente denominato come azioni di promozione all'economia circolare, copre, tra gli altri, i settori dell'energia, dell'ambiente, dell'innovazione ecc. e soprattutto si muove secondo una logica di fondo che punta allo sviluppo di una crescita sostenibile, come espresso anche dalla Comunicazione della Commissione dd. 30 novembre 2011 sul Programma quadro di ricerca e innovazione «Orizzonte 2020».

¹³¹ Si tratta molto spesso di piani elaborati sulla base di Leggi Regionali che riprendono la struttura (e quindi la genericità) della legislazione nazionale di recepimento. La struttura e le priorità definite ricalcano la direttiva europea ed è quindi normale trovare indicatori numerici di scopo così come richiami ad iniziative promozionali e di informazione ai consumatori. Si veda ad esempio la Legge Reg. n. 14/2016 della Regione Campania.

¹³² A. Muratori, *Programma Nazionale Prevenzione Rifiuti: La montagna ha partorito il topolino?*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2013, Vol. 12 980 ss.

¹³³ I riferimenti all'interno del regolamento sono moltissimi. Fra i più rilevanti quelli agli Accordi di Parigi e al Quadro UE 2030 delle politiche per l'energia e il clima. V. i considerando nn. 1, 6, 7, 8, 9.

¹³⁴ Art. 3 del Regolamento.

¹³⁵ Art. 4.

¹³⁶ Art. 9.

¹³⁷ Art. 10.

autorità locali ma anche i «portatori d'interesse» (organizzazioni della società civile, organizzazioni imprenditoriali, ecc.)¹³⁸. L'implementazione dei piani è successivamente monitorata a livello europeo attraverso relazioni periodiche inviate dagli Stati membri¹³⁹.

Dall'analisi dei piani nazionali si possono altresì individuare gli strumenti specifici con cui gli obiettivi europei vengono implementati, vale a dire, in gran parte, incentivi di natura fiscale, misure di semplificazione amministrativa, misure di riorganizzazione ed istituzioni di fondi promozionali¹⁴⁰. Quest'ultimo strumento appare inoltre essere la scelta privilegiata del legislatore europeo, come dedotto dalla Proposta di Regolamento sul Fondo per una Transizione Giusta¹⁴¹. La proposta immagina un fondo basato su meccanismi analoghi a quelli dei fondi strutturali classici, quindi con una dinamica progettuale *bottom-up* e di supporto agli investimenti che favoriscano la transizione ad un'economia «climaticamente neutrale» per il 2050¹⁴².

Di rilievo è anche l'Art. 13 della direttiva UE n. 2009/125 (c.d. «direttiva *ecodesign*»), il quale specifica invece che «nell'ambito dei programmi (NdA, di incentivi) di cui possono beneficiare le piccole e medie imprese (PMI) e le microimprese, la Commissione tiene conto delle iniziative che aiutano le PMI e le microimprese ad integrare aspetti ambientali, tra cui l'efficienza energetica, in sede di progettazione dei propri prodotti»¹⁴³.

Si pone anche qui, incidentalmente, un problema di compatibilità con la disciplina della concorrenza e dell'antitrust¹⁴⁴. Problema in parte risolto dall'Art. 107 § 3 del TFUE. Inoltre, i fondi d'investimento europei potrebbero soddisfare già di per sé le finalità indicate dal Trattato ed escludere quindi a priori il conflitto tra le misure d'incentivo all'economia circolare e la tutela della concorrenza nel mercato interno.

I meccanismi di programmazione dello sviluppo dell'economia circolare in Europa sono a un tempo complessi ed ambiziosi. In una certa misura, tuttavia, tale ambizione stride con due problematiche essenziali: da un lato le difficoltà dell'implementazione a base decentrata già emerse con riferimento ai fondi strutturali. I sistemi di supervisione coordinati dalla Commissione si fondano, in ulti-

¹³⁸ Art. 11.

¹³⁹ Artt. 13-14 e Capo 4 Sez. 1.

¹⁴⁰ A titolo di esempio si faccia riferimento al Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima della Repubblica Italiana, emanato nel 2019.

¹⁴¹ COM (2020) 22 final – 2020/0006 (COD).

¹⁴² V. in particolare Art. 4 della Proposta.

¹⁴³ Art. 13 § 1 Dir. 2009/125.

¹⁴⁴ S. Kingston, *Integrating Environmental Protection and EU Competition Law: Why Competition Isn't Special*, in *European Law Journal*, 2010, Vol. 16(6),780-805. Sul rapporto tra fondi strutturali e disciplina degli aiuti di stato v. C. Hofmann, C. Michaeu (a cura di), *State Aid Law of the European Union*, Oxford, 2016, 187 ss.

ma analisi, su di una responsabilità politica dello Stato membro nei confronti dell'UE. Le stesse raccomandazioni formulate dalla Commissione in relazioni ai piani nazionali sono assimilabili ad atti di *soft law*, dal valore giuridico incerto¹⁴⁵. Dall'altro lato, la programmazione europea si fonda su interventi mirati e spesso settoriali. Il Reg. 2018/1999 predispone una normativa avanzata in tema di energia, ma la nozione di economia circolare è onnicomprensiva e necessiterebbe dunque di una legislazione altrettanto ampia. La stessa incidenza finanziaria degli interventi promozionali nazionali è molto lontana dalla mole di risorse allocate da sistemi di pianificazione più radicati come quello cinese e, inoltre, deve confrontarsi con i parametri di equilibrio relativi al deficit ed al debito pubblico.

6. Segue. *La circolarità del prodotto tra sostenibilità e durabilità*

Già nella Dir. 2008/98 il legislatore europeo implementava la nozione di sostenibilità del prodotto attraverso un allargamento della responsabilità del produttore, riadattando concetti giuridici inizialmente sviluppati a fini di tutela del consumatore o comunque del fruitore di prodotti difettosi¹⁴⁶.

L'Art. 8 della Dir. 2008/98 consente agli Stati Membri l'adozione di regimi estesi di responsabilità del produttore, che includano: a) collezione dei prodotti al termine del loro periodo di utilizzo e dello scarto avanzato; b) gestione – anche sotto il profilo dei costi – del materiale di scarto ricevuto; c) informazione al pubblico circa le possibilità ed i limiti di riutilizzo e riciclo del prodotto.

L'applicazione delle regole di responsabilità del produttore deve in ogni caso avvenire tenendo in considerazione gli impatti sociali ed ambientali delle attività connesse, ma anche la loro fattibilità tecnica e la convenienza economica, così come il possibile impatto sul funzionamento del mercato interno¹⁴⁷. S'impone, in altre parole, un bilanciamento. Il principio della responsabilità estesa del produttore va peraltro coordinato con quello della responsabilità condivisa¹⁴⁸ di tutti i soggetti – i.e. produttori e detentori di rifiuti – «implicati» nella gestione dei rifiuti (Art. 15).

Il legislatore italiano, nel recepire tale direttiva, ha introdotto all'Art. 188 del d.lgs 152/2006 (Testo Unico sull'Ambiente) una regola generale per cui «il produt-

¹⁴⁵ Sul valore giuridico della soft law nell'ordinamento europeo v. L. Senden, *Soft Law in European Community Law*, Portland, 2004.

¹⁴⁶ Sulla responsabilità del produttore in generale v. G. Benacchio, *Diritto Privato dell'Unione Europea*, Milano, 2016, 317 ss.

¹⁴⁷ Art. 8 § 3 Dir. 2008/98.

¹⁴⁸ D. Röttgen, *Rifiuti: tra corresponsabilità, responsabilità estesa del produttore e responsabilità condivisa*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2016, Vol. 6, 415 ss.

tore iniziale o altro detentore conserva la responsabilità per l'intera catena di trattamento». La definizione della responsabilità estesa del produttore è invece demandata dall'Art. 178-*bis* del medesimo T.U. ad «uno o più decreti del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare aventi natura regolamentare».

La modulazione dei regimi di responsabilità, pertanto, comporta un sensibile spostamento del *focus* della disciplina dal «rifiuto» al «prodotto», come successivamente confermato dalla Dir. 2009/125 sull'*ecodesign* di prodotti connessi all'energia, la quale introduce, tra le declinazioni della nozione di progettazione ecocompatibile funzionale al rilascio della dichiarazione CE di conformità, riferimenti non solo all'impatto ambientale del prodotto ma anche alle possibilità di riutilizzo e riciclo¹⁴⁹. Significativamente, ove il fabbricante del prodotto non sia stabilito entro la UE e in assenza di mandatario, la direttiva obbliga l'importatore a garantire che il prodotto rispetti le previsioni della normativa (Art. 4).

Requisiti specifici di marcatura e regimi di responsabilità estesa dei produttori sono altresì previsti dalla recente direttiva UE n. 2019/904 sulla riduzione dell'incidenza di determinati prodotti di plastica sull'ambiente che, oltre a richiamare il regime di cui alla Dir. 2008/98, sottopone il produttore alla responsabilità estesa alle caratteristiche costruttive dei prodotti in plastica monouso e, per alcuni prodotti, anche al *design* degli stessi¹⁵⁰.

La sostenibilità del prodotto, negli ultimi anni, è stata però declinata in un'altra importante dimensione, quella della «durabilità» del prodotto stesso nel contesto delle vendite al consumo¹⁵¹. La Direttiva UE n. 2019/771 relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni definisce la durabilità come «la capacità dei beni di mantenere le loro funzioni e prestazioni richieste attraverso un uso normale»¹⁵² e promuove il suo utilizzo tra i «criteri oggettivi della valutazione di conformità dei beni»¹⁵³. La cornice normativa di questa «durabilità», ossia la Dir. 2019/771, rappresenta l'eredità culturale del progetto di disciplina uniforme del contratto di vendita (CESL), abortito nel 2014 a seguito dell'opposizione di taluni Stati membri¹⁵⁴. La Dir. 2019/771 adotta un approccio oggettivamente più ristretto rispetto al CESL, ma si propone giocoforza quale punto di riferimento dell'armonizzazione del diritto privato europeo, nel cui dominio,

¹⁴⁹ V. in particolare Allegato I.

¹⁵⁰ Per una puntuale analisi della disciplina v. A. Muratori, *Prodotti in plastica monouso: dalla Dir. 2019/907/UE, regole «circolari» contro la dispersione nell'ambiente*, in *Ambiente e Sviluppo*, 7, 2019, 519.

¹⁵¹ G.F. Simonini, *op. cit.*; G. Alpa, *Aspetti della nuova disciplina delle vendite nell'Unione Europea*, in *Contratto e impr.*, 2019, 3, 825; S. Pagliantini, *Contratti di vendita di beni: armonizzazione massima, parziale e temperata della dir. UE 2019/771*, in *Giur. It.*, 2020, 1, 217; M. Faccioli, *La nuova disciplina europea della vendita di beni ai consumatori (Dir. UE 2019/771): Prospettive di attuazione delle disposizioni sui termini*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2020, 1, 250.

¹⁵² Art. 2 n. 13.

¹⁵³ Considerando n. 32.

¹⁵⁴ G. Alpa, *op. cit.*

quindi, il concetto di durabilità entra quale componente oggettiva della conformità dovuta al consumatore. Il punto è confermato dall'Art. 7 § 1 lett. d) della direttiva, secondo cui la durabilità va parametrata alle caratteristiche «normali in un bene del medesimo tipo e che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene e delle dichiarazioni pubbliche fatte dal o per conto del venditore, o da altre persone nell'ambito dei passaggi precedenti della catena di transazioni commerciali».

Da una parte vi è quindi la garanzia del venditore, in relazione alla quale operano i tradizionali rimedi del ripristino della conformità (i.e. riparazione o sostituzione), riduzione del prezzo e risoluzione del contratto¹⁵⁵. La direttiva, inoltre, appronta un regime di tutele particolarmente favorevole al consumatore in punto di onere della prova, addossando al venditore anche la prova della lieve entità del difetto, tale da non giustificare la risoluzione del contratto¹⁵⁶. Ove poi la durabilità del bene fosse stata dedotta a mezzo di dichiarazioni pubbliche fatte da altri soggetti della catena commerciale (su tutti, il fabbricante), il venditore, a fini di esonerazione dalla garanzia, deve dimostrare di non poter ragionevolmente conoscere tale dichiarazioni o che tali dichiarazioni siano state successivamente corrette o ancora che esse siano state ininfluenti per la scelta di acquistare il bene¹⁵⁷.

Dall'altra parte, la direttiva prevede il cumulo di garanzie tra venditore e produttore del bene laddove quest'ultimo rilasci «garanzia commerciale concernente la durabilità di determinati beni nell'arco di un certo periodo di tempo»¹⁵⁸. In tal caso il produttore risponde durante l'intera durata della garanzia per la riparazione e sostituzione dei beni¹⁵⁹.

Il doppio livello di tutela, laddove lega la posizione del fabbricante al rilascio della garanzia commerciale per una durata peraltro determinata dal fabbricante stesso, delude in parte le aspettative¹⁶⁰. Soprattutto, la normativa si scontra con la realtà dei fatti per cui le informazioni sulla durabilità del bene, che devono trovare necessariamente origine nel fabbricante, sono spesso manchevoli e incerte. In alcuni casi, come nei dispositivi che utilizzano *softwares* (ad es. *smartphones* e *laptops*), è politica dei produttori rilasciare frequentemente aggiornamenti che a lungo andare inficino il regolare e veloce funzionamento del dispositivo, così da incentivare il consumatore al riacquisto di nuove versioni del prodotto¹⁶¹. Una prassi, questa, evidentemente incompatibile con obiettivi di circolarità.

¹⁵⁵ Art. 13.

¹⁵⁶ Art. 13 § 5. Sul punto v. anche S.Pagliantini, *Contratto di vendita di beni*, cit.

¹⁵⁷ Art. 7 § 2.

¹⁵⁸ Art. 17 § 1.

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ G.F. Simonini, *op. cit.*

¹⁶¹ *Ibid.*

Qui emerge quindi l'opportunità di ripensare in via non-mediata la relazione negoziale tra produttore e consumatore¹⁶², anche in virtù dei rapporti di fiducia e diffidenza che possono crearsi in base alle informazioni diffuse sui *media*.

La direttiva sfiora soltanto il problema, disponendo che se la garanzia commerciale del produttore sia meno favorevole al consumatore rispetto a quanto comunicato con la relativa pubblicità, la garanzia vincola secondo le condizioni stabilite nella pubblicità¹⁶³.

Sul punto un certo margine di tutela può essere recuperato mediante l'applicazione della normativa in materia di pratiche commerciali scorrette. In merito al succitato esempio del rilascio di aggiornamenti su dispositivi elettronici, le autorità garanti in Italia e Francia hanno riscontrato la scorrettezza della pratica con cui *Apple* ometteva di informare i consumatori delle conseguenze dell'aggiornamento sulla rapidità di funzionamento degli *smartphones*¹⁶⁴.

Su di un piano più generale, le pratiche commerciali scorrette possono essere il canale per cui veicolare nel campo della tutela del consumatore considerazioni di c.d. *corporate social responsibility*, come ad esempio le politiche produttive «*environment-friendly*» delle imprese, pubblicizzate in dichiarazioni rivolte al pubblico o in codici etici¹⁶⁵. La scorrettezza risiede, nella fattispecie, nello scarto tra quanto dichiarato alla platea dei consumatori e quando effettivamente posto in essere. Sul piano civilistico, al di là della tutela risarcitoria, alcune interpretazioni coraggiose ipotizzano persino la possibilità di richiedere la nullità del contratto¹⁶⁶.

Il riferimento alle dimensioni documentali della *corporate social responsibility* (dichiarazioni rese pubbliche, codici etici, ecc.) reca con sé inevitabilmente una difficoltà, e cioè il fatto che l'impresa produttrice verrebbe vincolata solo nei limiti di ciò che essa stessa decide, discrezionalmente, di dichiarare. Saremmo così di fronte allo stesso problema che emerge dalla Dir. 2019/771, oggetto della critica di quell'autore che auspicherebbe invece l'affermazione legislativa di una garanzia legale del produttore giuridicamente equiparata a quella del venditore¹⁶⁷.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ Art. 17 § 1.

¹⁶⁴ AGCM, decisione del 25 settembre 2018; DGCCRF, Communiqué de presse, 7 febbraio 2020. Nel caso francese, *Apple* ha accettato di pagare un'ammenda in funzione transattiva chiudendo così anticipatamente il procedimento.

¹⁶⁵ Sulla nozione di *Corporate Social Responsibility* v. G. Conte, *Vincoli Giuridici, Principi Economici e Valori Etici nello Svolgimento dell'Attività d'Impresa*, in *Contratto e impr.*, 2009, 3, 679; Id., *Codici Etici e Attività d'Impresa nel Nuovo Spazio Globale di Mercato*, in *Contratto e impr.*, 2006, 1, 108. Sul rapporto tra CSR e pratiche commerciali scorrette v. F. Massimino, L. Prati, *La politica ambientale delle imprese tra globalizzazione e tutela dei consumatori*, in *Ambiente e sviluppo*, 1999, 11, 1063; C. Magli, *Pratiche Commerciali Scorrette e Rimedi Civilistici nel Contesto della Responsabilità Sociale d'Impresa*, in *Contratto e impr.*, 2019, 2, 716.

¹⁶⁶ A. Seminara, *La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette*, in *Contratti*, 2018, 6, 689.

¹⁶⁷ G.F. Simonini, *op. cit.*

Le conclusioni delle autorità garanti contro *Apple* dimostrano invece che l'*enforcement* pubblicistico del diritto della concorrenza, muovendo dalla nozione di scorrettezza e ragionando sull'alterazione della piena consapevolezza del consumatore, riesce a valorizzare, pur indirettamente, la durabilità del prodotto.

Il quadro è, invero, frammentario. Valorizzare in termini giuridici la relazione tra consumatore e produttore è una tendenza del diritto privato europeo ancora in balia di timidezze legislative. Analogamente, non pare chiarissimo il riferimento a un generico «diritto alla riparazione» che si è per ora esternato in una serie di regolamenti settoriali della Commissione ad implementazione della direttiva *ecodesign*, che quindi intervengono sulle specifiche delle componenti per la manifattura dei prodotti¹⁶⁸; in materia di sostenibilità dei prodotti invece, tale diritto parrebbe alludere a dei rimedi universali che vadano oltre quello della riparazione già previsto dalla Dir. 2019/771¹⁶⁹. Ma, su questo, il legislatore ancora tace.

7. *Segue: Economia Circolare e contratti regolati: il caso dei Criteri Ambientali Minimi (CAM) e del costo del ciclo di vita*

Nella prospettiva della circolarità dei prodotti e delle risorse, le nozioni di «consumatore» e «compratore» non possono escludere i più rilevanti acquirenti di prodotti sul mercato europeo, vale a dire le pubbliche amministrazioni, il cui potere d'acquisto rappresenta il quattordici per cento del PIL europeo¹⁷⁰. Di ciò è ben conscia la Commissione, che ha evidenziato come la definizione di nuovi criteri per gli acquisiti e gli appalti delle P.A. può rappresentare una spinta formidabile alla domanda di prodotti “sostenibili”¹⁷¹.

Tra le discipline coinvolte, quella degli appalti consente di cogliere l'incidenza che il diritto dell'economia circolare esercita sul terreno del contratto.

La valorizzazione di una dimensione ecologica degli appalti pubblici era stata carezzata dalle istituzioni europee sin da prima del Trattato di Amsterdam, il cui Art. 6 aveva riconosciuto e legato assieme le dimensioni dell'ecologia e del-

¹⁶⁸ C(2019) nn. 2120-2127, 5380, 6843.

¹⁶⁹ V. anche il Circular Economy Action Plan

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ *Ibid.* Sul punto v. anche M. Clarich, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. Pubbl.*, 2007, 1, 219-239; M. Cafagno, F. Fonderico, *Riflessione economica e modelli di azione amministrativa a tutela dell'ambiente*, in P. Dell'Anno, E. Picozza (diretto da), *Trattato di Diritto dell'Ambiente*, Vol. 1, Padova, 2012, 487 ss.; G. Crepaldi, *Gli acquisti eco-sostenibili nel nuovo codice dei contratti pubblici italiano: considerazioni sul life cycle costing*, in *Revista do direito*, 2018, Vol. 1, n. 54, 86-98.

la sostenibilità del mercato unico¹⁷². Il medesimo articolo sanciva peraltro il c.d. «principio di integrazione» secondo cui le istituzioni europee dovessero «ponderare e bilanciare gli interessi ambientali integrandoli all'interno di tutte le altre politiche da perseguire»¹⁷³.

I riferimenti legislativi sono rappresentati, oggi, dalle due direttive UE nn. 2014/24 e 2014/25. Le direttive rappresentano non solo un profondo rinnovamento delle regole in materia di contratti pubblici ma anche il fulcro di una nuova strategia europea sugli appalti¹⁷⁴. Del resto, la spinta verso il *green public procurement* è ora riconosciuta anche dall'ordinamento economico internazionale e l'Art. X dell'Accordo sugli Appalti Pubblici dell'OMC riconosce la possibilità di introdurre, fra le specifiche tecniche dei criteri di aggiudicazione, considerazioni ambientali.

Analogamente, le due direttive UE, nel rendere la disciplina degli appalti funzionale ad obiettivi di sviluppo sostenibile¹⁷⁵, integrano la nozione di offerta economicamente più vantaggiosa con criteri di carattere ambientale. Nel far ciò la direttiva si pone comunque in linea sia con quanto suggerito dalla precedente direttiva CE n. 2004/18 sia con la giurisprudenza della CGUE nella decisione *Concordia Bus Finland*¹⁷⁶.

Rispetto alla normativa precedente, le direttive del 2014 marcano con più enfasi il collegamento funzionale con le macro-strategie di sviluppo europee ed in particolare con Europa 2020¹⁷⁷. Se pure, quindi, diverse disposizioni sono tratte dalla «vecchia» direttiva, queste vanno ora lette in un contesto politico diverso, ove la conciliazione tra la creazione di un mercato degli appalti sostenibili e il mantenimento degli equilibri del mercato interno è non solo ritenuta possibile ma anche attivamente cercata¹⁷⁸.

Del resto, già vigente la Dir. 2004/18, alcuni Stati membri avevano implementato regimi abbastanza avanzati di tutela ambientale nel diritto degli appalti. Fra di essi, la Germania, i cui *länder* avevano deciso o di incorporare considerazioni ambientali nei criteri di aggiudicazione degli appalti o comunque di

¹⁷² R. Krämer-Hoppe, *Sustainable Public Procurement in Europe: Creating Markets or Distorting the Internal Market*, in M.P. Singh et al. (a cura di), *Open Markets, Free Trade and Sustainable Development*, Singapore, 2019, 137-153; M. Brocca, *Sollecitazioni comunitarie per appalti pubblici più «ecologici» e «sociali»*, in *Urbanistica e appalti*, 2002, 9, 997.

¹⁷³ G. Fidone, F. Mataluni, *Gli appalti verdi nel codice dei contratti pubblici*, in *Riv. Quad. Dir. Amb.*, 2016, 3, 4-64, 9.

¹⁷⁴ M. Cozzio, *La nuova strategia europea in materia di appalti pubblici*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2019, 1, 53.

¹⁷⁵ Considerando n. 2 Dir. 2014/24; v. anche S. Colombari, *Le considerazioni ambientali nell'aggiudicazione delle concessioni e degli appalti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2019, Vol. 1, 5.

¹⁷⁶ CGUE, *Concordia Bus Finland*, C-513/99. Sul punto G. Fidone, F. Mataluni, *op. cit.*

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ R. Krämer-Hoppe, *op. cit.*

dare indicazioni alle stazioni appaltanti in merito alle valutazioni ambientali nella gestione delle procedure di evidenza¹⁷⁹.

Vi erano pertanto le condizioni perché le direttive del 2014, pur nella disomogeneità della loro ricezione¹⁸⁰, ispirassero discipline nazionali in cui l'elemento ecologico fungesse da criterio di regolazione dei contratti pubblici. Tra queste discipline, quella italiana.

Il decreto del Ministero dell'Ambiente di data 11 ottobre 2017 ha introdotto i «Criteri ambientali minimi per l'affidamento di servizi di progettazione e lavori per la nuova costruzione, ristrutturazione e manutenzione di edifici pubblici».

Esso interviene dunque in materia di appalti e fa riferimento esplicito alle Dir. nn. 23,24 e 25 del 2014. Le tre direttive sono state recepite nell'ordinamento italiano per il tramite del d.lgs n. 50/2016.

L'Art. 67 della Dir. 24/2014, determina i criteri di aggiudicazione degli appalti¹⁸¹. Nel declinare il criterio principe della «offerta economicamente più vantaggiosa» l'articolo precisa che la valutazione può fondarsi anche sul «miglior rapporto qualità/prezzo, valutato sulla base di criteri, quali gli aspetti qualitativi, ambientali e/o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto pubblico in questione». Sebbene la direttiva si esprima nei termini della possibilità, è stato osservato¹⁸² che l'obbligo dell'adozione di misure «adeguate per garantire che gli operatori economici (...) rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale»¹⁸³ si declina, logicamente, nell'obbligo di includere criteri di valutazione delle offerte «ambientalmente orientati».

Integrando le discipline di derivazione europea, il decreto 11 ottobre 2017 introduce dei criteri ambientali minimi non vincolanti per le stazioni appaltanti, le quali però, ove volessero discostarsene, dovranno darne adeguata motivazione.

Quanto all'oggetto dei criteri, l'allegato al decreto introduce diverse categorie che possono fare diretto riferimento ad un complessivo disegno di promozio-

¹⁷⁹ E. Albrecht, F. Rückert, M. Schmidt, *Voluntary Standard Systems and Regulatory Processes for Timber Products: Analysis of Green Procurement in Germany*, in C. Schmitz-Hoffmann et al. (a cura di), *Voluntary Standard Systems*, Heidelberg, 2014, 195-209.

¹⁸⁰ M. Cozzio, *op. cit.*

¹⁸¹ L'Art. 4 della direttiva delimita il campo di applicazione della stessa individuando una serie di valori soglia, per cui gli appalti di importo pari o superiore a tali valori sono soggetti alla disciplina ivi dettata. Va tuttavia rilevato che, nella prassi, l'effetto conformativo della legislazione europea in questo caso può interessare – e ha in concreto interessato – anche appalti di importo inferiore alle soglie di cui all'Art. 4. Ciò è in parte già avvenuto con la normativa di recepimento, la quale, almeno nel caso italiano (d.lgs 50/2016), ha individuato soglie inferiori rispetto a quelle dell'Art. 4 della direttiva.

¹⁸² S. Colombari, *op. cit.*

¹⁸³ Art. 18 della direttiva 2014/24 ma anche Art. 36 della direttiva 2014/25 ed Art. 30 della direttiva 2014/23.

ne dell'economia circolare¹⁸⁴ in linea con gli atti legislativi e di *policy* delle istituzioni europee.

Merita di essere sottolineato in questa sede il disposto del punto 1.1. dell'allegato al decreto, ove enuncia che «Si demanda all'amministrazione aggiudicatrice l'esecuzione di adeguati controlli per verificare il rispetto delle prescrizioni del capitolato che riguardano l'esecuzione contrattuale e, qualora non fosse già propria prassi contrattuale, si suggerisce alla stazione appaltante di collegare l'inadempimento a sanzioni e/o se del caso, alla previsione di risoluzione del contratto». In altri termini, il decreto insiste su un rimedio contrattuale connesso al mancato rispetto dei criteri ambientali minimi fissati.

Il paradigma dei CAM trova inoltre, nella normativa italiana, un importante precedente nel «Piano d'Azione per la Sostenibilità Ambientale dei Consumi nel Settore della Pubblica Amministrazione», adottato con Decreto Interministeriale 11 aprile 2008 (G.U n. 107 dell'8 maggio 2008)¹⁸⁵.

Il piano intende recepire le indicazioni contenute nella Comunicazione della Commissione Europea del 18 giugno 2003 sulla Politica Integrata dei Prodotti. Il documento rappresenta, in effetti, un vero e proprio strumento di pianificazione. Alla definizione di obiettivi di medio-lungo termine circa il livello di acquisti «ambientalmente preferibili» da parte della P.A (punto 4.2), segue il rinvio ad una serie di decreti del Ministero dell'Ambiente per l'individuazione dei criteri ambientali che le pubbliche amministrazioni inseriranno nei bandi di gara relativi alle procedure di acquisto dei beni, divisi in undici categorie merceologiche (punto 3.6).

Il piano, pur ponendo taluni orizzonti temporali delimitati, si presenta, nel suo complesso, come un atto di carattere generale e che, di fatto, vincola la conclusione dei contratti per l'acquisto di beni da parte della P.A al rispetto dei CAM. L'impianto regolativo richiamato è stato successivamente integrato in discipline di rango superiore¹⁸⁶: il d.lgs 102/2014¹⁸⁷ impone (Art. 6 co. 1) alle pubbliche amministrazioni centrali il «rispetto di requisiti minimi di efficienza energetica (...) in occasione delle procedure per la stipula di contratti di acquisto o di nuova locazione di immobili ovvero di acquisto di prodotti e servizi». Successivamente (co. 2) considera assolto l'obbligo imposto ove «l'acquisto di prodotti, servizi ed immobili rispetti almeno le specifiche tecniche e le clausole contrattuali indicate nei criteri ambientali minimi per le pertinenti categorie di prodotti indicate al punto 3.6 del Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della Pubblica Amministrazione».

¹⁸⁴ Ad es. i punti 2.2.3 (Riduzione del consumo di suolo e mantenimento della permeabilità dei suoli), 2.2.8.2 (Raccolta, depurazione e riuso delle acque meteoriche), 2.4.1.2 (Materia recuperata o riciclata).

¹⁸⁵ Successivamente oggetto di Revisione nel 2013 con Decreto del Ministero dell'Ambiente.

¹⁸⁶ S. Pagliantini, *op. cit.*

¹⁸⁷ In attuazione della direttiva n. 2012/27 sull'efficienza energetica.

La cifra giuridica dei Criteri Ambientali Minimi si fonda sulla flessione degli equilibri negoziali verso scopi di tutela ambientale e promozione di un consumo ed utilizzo orientato dei prodotti. Si è di fronte ad un fenomeno di integrazione del contratto sulla base di obiettivi di sviluppo economico e sociale a medio-lungo termine determinati dal legislatore nazionale e sovranazionale. Non si tratta di un'indebita forzatura, bensì dell'armonizzazione tra il contratto ed i principi generali dell'ordinamento, tra cui la solidarietà¹⁸⁸ (Art. 2 Cost.) e la funzione sociale dell'attività economica pubblica e privata (Art. 41 Cost.)¹⁸⁹.

La normativa europea e la sua corrispettiva italiana riportano alla mente il paradigma contrattuale che qualche autore ha definito del «contratto ecologico»¹⁹⁰ e che si declina, nel concreto, da un lato nell'interpretazione «ambientalmente conforme» del dettato contrattuale¹⁹¹ e, dall'altro, nel richiamato adattamento del contratto a criteri di tutela e sviluppo ambientale orientato.

I dati applicativi riferiti ai contratti per gli acquisiti della P.A ed ai contratti per appalti pubblici già dimostrano che una percentuale non trascurabile dei bandi delle stazioni appaltanti accolga i CAM, predeterminando, di fatto, parte del contenuto del contratto che, a valle della gara, sarà stipulato¹⁹².

In ultimo luogo, la Dir. 2014/24 riflette una logica di promozione dell'economia circolare anche nella definizione normativa del concetto di «costo» quale termine del rapporto costo/efficacia¹⁹³. Nelle parole del legislatore europeo, la dimensione temporale cui rapportare il costo è quella dell'intero ciclo di vita del prodotto, servizio o lavoro (Art. 67)¹⁹⁴.

L'Art. 68 della direttiva, inoltre, pare trasporre i macro-concetti di riduzione, riutilizzo e riciclo nell'esplicitazione dei costi relativi al consumo d'energia o

¹⁸⁸ Sulla qualificazione come patti contrari alla legge, e perciò nulli, delle clausole contrattuali in violazione del principio di solidarietà, cfr. Cass. 19 giugno 2009, n. 14343 (estratta da banca dati *dejure*). Sul rapporto tra principio di solidarietà e tutela dell'ambiente v. F. Fracchia, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. ec.*, 2002, 215 ss.; P. Dell'Anno, *La tutela dell'ambiente come «materia» e come valore costituzionale di solidarietà e di elevata protezione*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2009, Vol. 7, 585 ss.

¹⁸⁹ S. Pagliantini, *op. cit.*

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ *Ibid.*; C. Castronovo, *Diritto privato generale e diritto secondi: la ripresa di un tema*, in *Scritti in onore di Marco Comporti*, Milano, 2008, I, 582 ss.

¹⁹² Per un'analisi accurata fondata sul campionamento di una serie di bandi di gara si rinvia a M. Cozzio, L. Gili (a cura di), Osservatorio di diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici, *Newsletter* novembre 2018, in cui si dà conto del fatto che «sulle gare per appalti di valore superiore a € 2.000.000,00 (...) l'attribuzione di punteggi per le soluzioni ambientali è risultata nel 65,52%, con punteggio superiore ai 3 punti nel 97,37% dei casi (...) l'attribuzione di punteggi per i CAM è stata riscontrata nel 24,14% dei casi».

¹⁹³ Sull'implementazione degli acquisiti «eco-sostenibili» nel diritto italiano dei contratti pubblici v. G. Crepaldi, *op. cit.*

¹⁹⁴ C. Lacava, *Il nuovo codice dei contratti pubblici – I criteri di aggiudicazione*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2016, 4, 436 ss.

risorse nell'utilizzo del bene o servizio¹⁹⁵, alla sua manutenzione¹⁹⁶, alla sua raccolta e riciclo¹⁹⁷.

Il vero punto critico diviene allora definire i metodi di valutazione e calcolo di tali costi. La criticità non è risolta né dalla direttiva né dall'Art. 96 del Codice dei Contratti che recepisce l'Art. 68. Entrambe le disposizioni si limitano a richiedere che il metodo elaborato dalle amministrazioni aggiudicatrici sia i) fondato su criteri oggettivi, verificabili e non discriminatori; ii) sia accessibile alle parti interessate; iii) i dati richiesti possano essere forniti con ragionevole sforzo dagli operatori economici con l'impiego della normale diligenza.

La Dir. 2014/24 si fa pertanto promotrice di una funzionalizzazione mirata del contratto ad esigenze di circolarità economica. Incidentalmente, questo assetto ha attirato le critiche di chi auspicava un superamento del principio di necessario collegamento dei criteri ambientali all'oggetto del contratto, consolidato nella giurisprudenza europea e ribadito dal considerando 97 della direttiva¹⁹⁸. La scelta, tuttavia, pare riflettere una certa diffidenza verso l'affermazione di regimi di responsabilità e di strumenti di responsabilizzazione «universali». Ancora una volta, la dimensione socio-culturale della circolarità viene filtrata attraverso il paradigma, tutto economico, dell'efficienza del mercato, in maniera quasi ostinata, come dimostrato anche dalla continua associazione tra circolarità, efficienza e competitività nei documenti di *policy* esaminati.

8. Conclusioni e spunti di analisi comparata

I giuristi cinesi ragionano volentieri sugli sviluppi del diritto dell'economia circolare negli ordinamenti democratico-liberali¹⁹⁹ e mettono a sistema soluzioni giuridiche sperimentate in contesti differenti al fine di individuarne le caratteristiche salienti.

In questa sede, si può tentare di replicare l'operazione. I tre poli del triangolo ipotizzato nel par. 1 vanno spostati in relazione all'incidenza che ciascuno dei tre elementi – programmazione, responsabilità e contratto – riveste nei modelli analizzati. Si tratta, evidentemente, di una semplificazione, la cui dimensione grafica può però chiarire non solo l'assetto esistente dei modelli ma anche le tendenze di sviluppo in corso.

¹⁹⁵ Art. 68 § 1, lett. a), n. ii) della direttiva 2014/24.

¹⁹⁶ Art. 68 § 1, lett. a), n. iii).

¹⁹⁷ Art. 68 § 1, lett. a), n. iv).

¹⁹⁸ CGUE, *Concordia Bus Finland*; C-448/01, *Wienstrom*; C-368/10, *Dutch Coffee*. V. anche G. Fidone, F. Mataluni, *op. cit.*; R. Krämer-Hoppe, *op. cit.*

¹⁹⁹ Wu Dahua, *op. cit.*

La prima conclusione che emerge dall'analisi è comunque il fatto che tutti e tre gli elementi siano considerati, tanto in Europa quanto in Cina, strumenti giuridici appropriati per la definizione di un diritto dell'economia circolare. Il dato non è lapalissiano. Infatti, idealmente, un modello giuridico socialista dovrebbe appiattirsi quasi tutto sulla programmazione, vincolare a quest'ultima il contratto e concepire la responsabilità degli operatori economici solo in funzione della corretta applicazione dei piani (fig. 1).

D'altro canto, un modello ordo-liberale vedrebbe nella diversificazione dei regimi di responsabilità e nella parziale regolazione di determinati contratti le uniche soluzioni valide per l'integrazione di efficienza del mercato e sostenibilità (fig. 2).

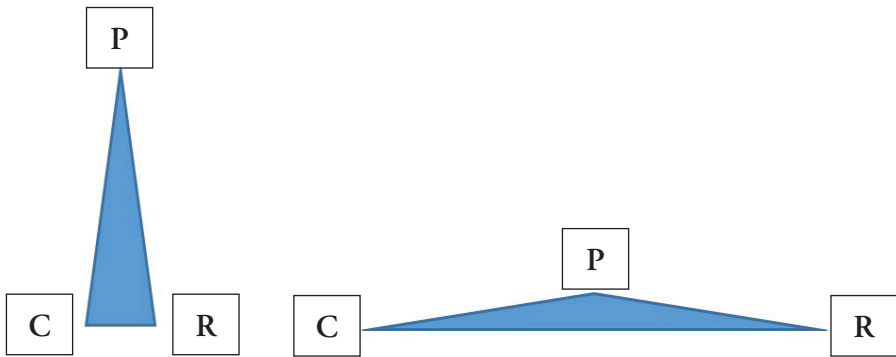


Fig. 1

Fig. 2

Queste idealizzazioni, tuttavia, se potevano avere senso quattro decenni fa, sono oggi molto lontane dalla realtà.

In primo luogo, la programmazione, nel diritto dell'economia circolare, si rafforza, non solo perché inizia ad includere istanze di sostenibilità e di circolarità, ma anche e soprattutto perché predispone strumenti di implementazione sempre più raffinati e diversificati, sia in termini di allocazione delle risorse (ad es. i fondi specifici) sia in termini di procedure di elaborazione e monitoraggio dei piani.

Il diritto cinese, ovviamente, conta su di una teorizzazione giuridica della pianificazione²⁰⁰ derivante dalla dottrina del socialismo di mercato e determi-

²⁰⁰ Sulla natura giuridica del piano v. Shi Jichun, 论规划的法治化 (*On the legalization of planning*), in *Journal of Lanzhou University*, 2006, Vol. 34(4), 1-7.

na così quasi necessariamente uno sbilanciamento delle gerarchie a favore dell'elemento programmatico. Dal canto suo, il diritto europeo vede una lenta ma costante crescita della rilevanza della programmazione per lo sviluppo dell'economia circolare. Tanto i piani (in tema di energia o di rifiuti) quanto i fondi traggono infatti esempio da soluzioni consolidate nel corso degli anni in merito ai fondi strutturali. Gli stessi principi di coesione e sussidiarietà, alla base del diritto dei fondi strutturali, costituiscono ora il nerbo della *multilevel governance* dell'economia circolare.

La maggiore incidenza degli strumenti della programmazione è complementare, nella logica dei *policy-makers* europei e cinesi, all'esplorazione di nuovi canali di coordinamento dei cicli produttivi. Anche in questo caso i punti di partenza sono molto distanti. È ovvio che il diritto privato europeo abbia disciplinato, settore per settore, responsabilità differenziate in capo al produttore molto più di quanto sia accaduto in Cina. Con queste premesse, può allora sorprendere la presenza di una clausola generale di responsabilità come l'Art. 9 delle *minfa-zongze*, dalla portata molto più ampia di qualsiasi legislazione settoriale europea. Le applicazioni giurisprudenziali rivelano però come l'Art. 9 sia una regola «multiforme», dai contorni molto più incerti. Solo in pochi casi esso viene utilizzato a supporto della responsabilità «ecologica» dei soggetti dell'ordinamento al di fuori di rapporti contrattuali. Più spesso, la norma funge da criterio interpretativo del contratto, per modellare le reciproche prestazioni sulla base di una equità economica che tenga conto della necessità di risparmio delle risorse.

L'ampiezza dell'Art. 9 finisce per rappresentare, in pratica, ciò che il riferimento all'interesse pubblico e all'interesse nazionale rappresenta per i contratti amministrativi secondo l'interpretazione della Suprema Corte del Popolo.

In altri termini, la canalizzazione delle istanze di circolarità nei rapporti inter-privati grazie all'affermazione di regimi di responsabilità e di interventi sul contratto avviene, molto gradualmente, grazie all'attivismo delle corti nell'interpretare la dimensione etica e pedagogica dell'Art. 9.

Dall'altro canto, il legislatore europeo ha approntato un complesso di norme che, pur rifiutando clausole generali di responsabilità «ecologica», interviene in maniera molto dettagliata su numerosissimi settori strategici. L'economia circolare registra una presenza incompleta ma pervasiva, il cui risultato di maggior rilievo è sicuramente quello di promuovere l'impostazione di regimi di responsabilità tarati sul ciclo di vita dei prodotti e sui suoi creatori ed utilizzatori primari, vale a dire il fabbricante ed il consumatore. Ancora, l'aggancio delle nozioni di sostenibilità e durabilità del prodotto alla disciplina di tutela consumeristica, come accaduto in materia di pratiche commerciali scorrette, apre nuovi margini d'azione, tanto con riferimento all'*enforcement* pubblicistico quanto, in pro-

spettiva futura, riguardo all'*enforcement* privatistico, ove l'asimmetria informativa tra produttore e consumatore potrà essere altresì bilanciata, in chiave processuale, attraverso il prisma dell'effettività del rimedio *ex Art. 47* della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea²⁰¹.

Sempre in ottica di potenziamento settoriale delle discipline, il diritto europeo enfatizza sempre più la dimensione ecologica degli appalti pubblici, predisponendo regole adatte ad essere trasposte in criteri di regolazione del contratto e della sua formazione. Le declinazioni nazionali della disciplina europea, come visto, hanno offerto, in concreto, esempi degni di nota, pur nella disomogeneità dei risultati empirici e tra paese e paese.

Nell'intervenire sulla modulazione dei regimi di responsabilità e sul contratto, il diritto europeo si muove al di fuori degli schemi della programmazione, facendo invece leva su apparati normativi preesistenti o comunque su discipline di per sé autonome dal diritto dell'economia circolare, come la vendita di beni al consumo o gli appalti. La frammentazione degli interventi e l'assenza, invece, di una legislazione organica, se da un lato preclude l'affermazione di regimi di responsabilità universale dall'altro fa convergere, passo dopo passo, plurimi plessi normativi verso medesime finalità.

La rappresentazione grafica dell'evoluzione dei due modelli analizzati potrebbe pertanto essere riassunta nelle fig. 3 (modello cinese) e 4 (modello europeo).

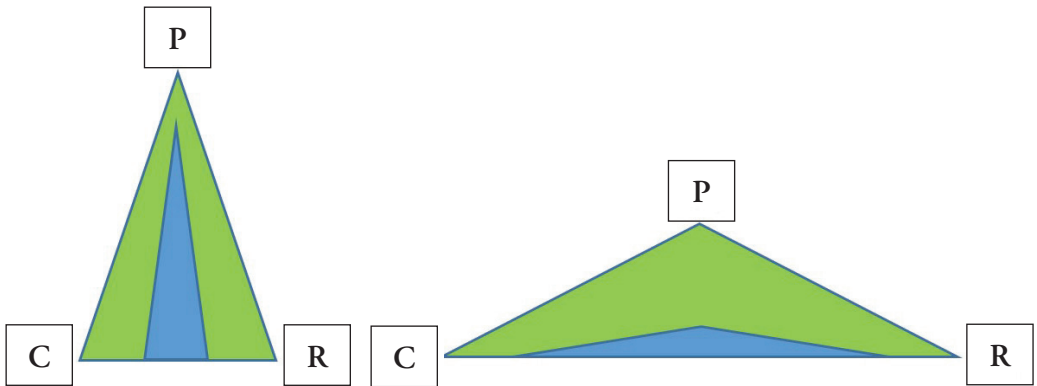


Fig. 3

Fig. 4

²⁰¹ Sull'applicazione dell'Art. 47 nei sistemi di diritto privato v. E. Navarretta, *Costituzione, Europa e Diritto Privato*, Torino, 2017.

Le gerarchie interne a ciascun modello rimangono coerenti con le premesse delle dottrine economiche di riferimento. Una certa convergenza è però palpabile, i due triangoli si «assomigliano» un poco di più. Se tutti e tre i poli registrano una maggiore incidenza, il ritmo di crescita è diverso. Nel diritto cinese è la progressiva integrazione dei valori dell'economia circolare nel diritto civile a spingere il riequilibrio. Nel diritto europeo è invece il progressivo perfezionamento degli strumenti di programmazione, in assenza, tuttavia, di un'interazione strutturata con le innovazioni sul piano civilistico.

Quanto deve sorprendere questa conclusione? Non troppo, se si tiene conto che, anche sull'onda del diritto internazionale, la «sostenibilità» è un concetto recepito dalle dottrine dello sviluppo di entrambi i contesti. Del resto, non si sta qui parlando di una convergenza assoluta dei modelli, che per ovvie divergenze strutturali non è plausibile immaginare a meno di imprevedibili rivoluzioni.

Ciò che quindi va registrato è che la comprensività dell'approccio richiesta dal problema della circolarità economica favorisce la diversificazione delle soluzioni pratiche le quali, opportunamente filtrate nel prisma delle ideologie di riferimento, vanno a costruire modelli che sfuggono alle tradizionali categorie della scienza giuridica.

In questa prospettiva, pertanto, le vicende dell'economia circolare sono anche un importante indice dei movimenti del moderno diritto dell'economia nel panorama globale.

Il diritto dell'economia circolare tra programmazione, contratto e responsabilità. Profili teorici ed applicativi in dialogo tra Repubblica Popolare Cinese ed Unione Europea

Quella cinese e quella europea rappresentano oggi due tra le più avanzate esperienze legislative nel settore dell'economia circolare. La comparazione tra di esse, attraverso il triplice prisma della programmazione per lo sviluppo, del diritto dei contratti – ed in particolare dei contratti amministrativi – e dei regimi di responsabilità, traccia confini parzialmente convergenti che sottendono, tuttavia, filosofie dello sviluppo ancora diverse. Questa diversità, misurata sulla diversa incidenza di principi generali e più o meno originali strumenti giuridici applicativi, lascia ampi margini per il confronto reciproco sotto l'egida del comune obiettivo dello sviluppo sostenibile.

Circular economy law between planning, contracts and liability. Theoretical and applicative profiles in dialogue between the People's Republic of China and the European Union

Today, the Chinese and the European Union represent two of the most advanced legislative experiences in the circular economy sector. The comparison between them, through the triple prism of development planning, contract law – in particular administrative contracts – and liability regimes traces partially converging boundaries that, however, are still based on differing philosophies of development. This diversity, measured by the different incidence of general principles and more or less original legal instruments of application, leaves ample room for mutual comparison under the aegis of the common goal of sustainable development.

Efficienza e legalità nel commissariamento delle opere pubbliche: il commissario come responsabile unico dei progetti più complessi*

Calogero Micciché

SOMMARIO: 1. Uno sguardo introduttivo al rapporto tra opere pubbliche e sovranità. – 2. Il commissariamento come strumento a cavallo tra necessità ed efficienza dell'azione pubblica. – 3. I due modelli di commissariamento: commissariamento “meramente procedimentale” e commissariamento “derogatorio”. – 4. Le condizioni per la legalità dei commissariamenti e il caso del dibattito pubblico. – 5. Una possibile rilettura dello strumento commissariale: un *project manager* per i progetti di maggior complessità. – 6. Osservazioni conclusive.

1. *Uno sguardo introduttivo al rapporto tra opere pubbliche e sovranità*

Il progettare, realizzare e mantenere opere pubbliche sono attività riconducibili al nucleo primigenio e tradizionale delle funzioni sovrane. Se si accoglie l'idea che lo Stato non potrebbe esistere senza una dotazione di beni che gli consenta di attuare le proprie politiche¹, allo stesso modo deve riconoscersi che la sovranità trae una parte della sua legittimazione proprio dalla realizzazione e dal mantenimento delle opere di cui abbisogna la collettività. Le opere pubbliche, infatti, sono uno dei risultati materiali dello stare uniti in comunità politica o, se si preferisce, una delle utilità collettive che dà senso alla pacifica accettazione del patto sociale. Non a caso molte delle “cose” individuate come beni necessariamente o accidentalmente demaniali sono opere pubbliche, come nel caso dei porti, del-

* Il presente contributo è frutto della rielaborazione della relazione presentata in occasione del XXIV Convegno annuale di studi di “Copanello”, svoltosi il 21-22 giugno 2019 e dedicato al tema “*Legalità ed efficienza nell'amministrazione commissariata*”. Il contributo è destinato agli atti di quel Convegno.

¹ Cfr. S. Cassese, *I beni pubblici, circolazione e tutela*, Milano, 1969, 287, per il quale i beni pubblici «sono strumenti attraverso il cui indirizzo la pubblica amministrazione è in grado di realizzare la sua funzione».

le opere destinate alla difesa nazionale, delle strade, delle autostrade e delle strade ferrate, degli aeroporti e degli acquedotti².

Questo rapporto intimo tra sovranità e infrastrutturazione, benché abbia origini antiche, nell'attuale ordinamento costituzionale è ancora più forte visto che quelle opere non sono più solo utili allo Stato inteso come istituzione o comunità, ma sono *anche* mezzo infungibile per l'attuazione dei diritti politici, sociali ed economici dei cittadini e quindi, in definitiva, per l'attuazione della stessa missione storica della Repubblica.

Tutto ciò va tenuto ben presente quando si affronta il tema dei commissariamenti disposti per curare la realizzazione di opere, giacché costituisce lo sfondo sul quale si stagliano i problemi di legittimità, anche costituzionale, posti da questo particolare modello organizzativo e procedimentale. Un modello che non è più descrivibile in termini di mera eccezione (quasi patologica) all'ordinario regime di riparto delle competenze amministrative e, perciò, al principio di legalità³, ponendosi piuttosto come strumento utile a fronteggiare i "fallimenti" dell'ordinaria disciplina organizzativa e sostanziale (c.d. *government e regulatory failures*) o comunque la sua inadeguatezza a governare processi particolarmente complessi. Da qui la possibilità di ripensare i commissariamenti disposti nel settore delle opere pubbliche (e non solo in quello) come una sorta di avanguardia organizzativa volta a garantire il governo dei processi più complessi secondo le logiche tipiche del *project management*.

2. *Il commissariamento come strumento a cavallo tra necessità ed efficienza dell'azione pubblica*

È ormai accolta l'idea che la legalità dell'azione amministrativa non possa distinguersi dalla sua idoneità a garantire il raggiungimento dei risultati preventivati con tempestività, efficienza ed efficacia⁴. Cionondimeno è un dato di fatto

² Opere che, peraltro, rimarrebbero in proprietà necessariamente pubblica anche nel caso in cui torresse d'attualità la riforma della disciplina dei beni pubblici delineata dalla commissione istituita con decreto del Ministro della Giustizia del 21 giugno 2007 per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici, che ha previsto di qualificare le opere elencate nel testo come beni ad appartenenza pubblica necessaria in quanto «soddisfano interessi generali fondamentali, la cui cura discende dalle prerogative dello Stato e degli enti pubblici territoriali».

³ Con riguardo al rapporto tra predeterminazione delle competenze e ricorso ai poteri sostitutivi si veda M.R. Spasiano, *Emergenza e poteri sostitutivi tra storia, attualità e prospettive*, in Aa.Vv., *Annuario Aipda 2016. Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme. Atti del convegno annuale, Roma 7-8 ottobre 2016*, Napoli, 2017, 125, secondo il quale «il ricorso al potere sostitutivo, per quanto non rientrante nelle auspicabili ordinarie modalità di amministrazione, non interseca più i canoni della lesività delle competenze, ormai a geometria variabile, ma assurge, piuttosto, a valvola necessaria per l'esercizio effettivo e responsabile di funzioni doverose, per l'espletamento di attività rispondenti a pubblico interesse» (138).

⁴ Sul punto cfr. V. Cerulli Irelli, F. Luciani, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2000, 3-4, 617, secondo i quali «[l]a stessa legittimità amministrativa, tradizionalmente retta sui precetti della

che – nel concreto – l'azione amministrativa non riesca a raggiungere sempre i propri obiettivi, il che può avvenire per molte ragioni.

Il fallimento, ad esempio, può discendere dalla complessità della normativa applicabile, la quale talvolta è costituita da combinati legislativi di difficile coordinamento e dai quali discendono incertezze e sovrapposizioni di competenze⁵. Sovrapposizioni che, d'altra parte, possono sorgere anche per via delle specificità degli interventi da attuare perché magari interessano il territorio di più regioni o perfino Stati (si pensi al caso TAV).

Inoltre a creare problemi può essere la qualità della singola disposizione, perché inadattabile alle specificità del caso o formulata in modo da imporre ai propri destinatari bilanciamenti tra obiettivi disomogenei⁶.

Sotto altro profilo il fallimento può discendere da aspetti organizzativi, talvolta imputabili alle amministrazioni, altre volte a fattori esterni, come le carenze di personale prodotte dal blocco del *turn over*.

Rilevante può essere anche la qualità della formazione impartita ai funzionari pubblici⁷, nonché l'incapacità o indisponibilità di alcuni di loro a sperimentare – innanzi a problemi nuovi o peculiari – interpretazioni normative innovative, arroccandosi piuttosto in forme di amministrazione difensiva più attente a

conformità alla legge e della ragionevolezza dell'agire, finisce per acquisire come termine di riferimento, anche quello della conformità dell'azione ai valori e ai precetti dell'efficacia; in altri termini, l'esigenza di produrre risultati in asse con gli obiettivi individuati, diventa ulteriore e più ricca articolazione del principio di ragionevolezza» (618). È il tema dell'amministrazione di risultato, per il quale si vedano *ex plurimis* A. Romano Tassone, *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in *Scritti in onore di E. Casetta*, II, Napoli, 2001, 813 ss.; L. Iannotta, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in V. Molaschi, C. Videtta (a cura di), *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, 741 ss.; F.G. Scoca, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.* (VI agg.), Milano, 2002, 10 ss.; G. Pastori, *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, 2002, in *astrid-online.it*; M. Cammelli, *Amministrazione di risultato*, in *Aa.Vv., Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, 107 ss. adesso in *Id., Amministrazioni pubbliche e nuovi mondi. Scritti scelti*, Bologna, 2019, 289 ss.; M.R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; *Id.*, *Il principio di buon andamento*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 117 ss. (spec. 124 ss.); M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004; R. Ursi, *La giuridificazione del canone dell'efficienza della pubblica amministrazione*, in B. Marchetti, M. Renna (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana - Studi - La giuridificazione*, Firenze, 2017, 445 ss.

⁵ Sul tema della qualità della normativa si veda B.G. Mattarella, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, 2011. Più in generale, sul tema dei fallimenti in cui può incorrere l'azione dell'amministrazione si veda l'interessante contributo di F. Fracchia, *L'amministrazione come ostacolo*, in *Dir. econ.*, 2013, 2, 357 ss.

⁶ Sul punto cfr. M.R. Spasiano, *Il principio di buon andamento*, cit., 125, secondo il quale è prevalente tra i giuspubblicisti l'idea che nel principio di buon andamento risieda anche «una nozione di efficienza intesa quale attribuzione alla pubblica amministrazione di mezzi giuridici elastici, atti a consentire il miglior proporzionamento della attività erogata rispetto al fine prestabilito».

⁷ Al riguardo cfr. G. Montedoro, *Profili di diritto amministrativo*, in *Il problema dell'inquinamento storico: alla ricerca dei rimedi giuridici nell'ordinamento italiano*, Milano, 2018, 85, il quale richiama quanto è accaduto in occasione dell'istituzione del Ministero dell'Ambiente (1986), quando fu immesso nei suoi ranghi personale proveniente dall'amministrazione postale, perciò privo di qualsiasi competenza tecnica per assolvere alle nuove funzioni.

evitare azioni penali o di responsabilità erariale che a garantire alla collettività il risultato utile⁸.

Né va taciuto che possono determinare effetti deleteri sul buon andamento dell'amministrazione anche le frizioni che dovessero sorgere per qualsiasi ragione tra le componenti burocratiche e gli organi politici.

Sono questi aspetti molto rilevanti, soprattutto se si considera che, a differenza delle imprese private, le amministrazioni non sono libere di determinare autonomamente e *a priori* i propri flussi di lavoro, dovendo piuttosto far fronte – nei tempi e modi previsti astrattamente dalla legge – tanto alle richieste provenienti dal legislatore, dagli organi sovraordinati e dagli utenti, quanto agli imprevisti. Ciò pone in costante tensione la programmazione, sia finanziaria sia del lavoro, di molti comparti pubblici e può diventare causa di inefficienze.

Il cattivo funzionamento del sistema, poi, può essere effetto indesiderato del policentrismo normativo e amministrativo che caratterizza l'ordinamento dopo la riforma del titolo V della Carta costituzionale. Il fatto di aver attribuito a più soggetti competenze normative e amministrative proprie, benché abbia consentito di dare attuazione al principio autonomistico già espresso dall'art. 5 Cost., ha finito⁹ per rendere più complesso l'amministrare garantendo quella unità che «corre sul tenue filo che congiunge organizzazione e funzione»¹⁰. La complessità istituzionale e funzionale tipica dell'odierno assetto repubblicano, infatti, ha reso meno immediata l'individuazione dell'interesse pubblico, che è divenuto, anche in astratto, il prodotto di ricomposizioni “negoziali” tra enti parimenti autonomi¹¹. Ricomposizioni che possono essere molto faticose quando debbano avveni-

⁸ Tanto che in dottrina si è pure evidenziato come in certi casi il ricorso ai poteri sostitutivi neppure è avvertito «come una sanzione ma come un beneficio» che consente al sostituto «di evitare di assumere determinazioni e conseguenti responsabilità», così M.R. Spasiano, *Emergenze e poteri sostitutivi*, cit. 142.

⁹ Anche per la mancanza di luoghi costituzionali in cui le autonomie possano giungere a scelte condivise. D'altra parte la “necessità” di unitarietà è rimasta forte nell'ordinamento, che ha reagito con il sistema delle conferenze ma anche ricorrendo a quelle interpretazioni della Carta costituzionale che hanno attribuito valenza trasversale a diverse materie, riportando in capo allo Stato scelte altrimenti di competenza regionale (al riguardo cfr. F. Manganaro, *Il principio di autonomia*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 259 ss. e in particolare 270).

¹⁰ G.D. Comporti, *Il principio di unità della funzione*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 307 ss. (311). Circa il rapporto tra organizzazione e funzione si veda anche M.R. Spasiano, *Il principio di buon andamento*, cit., ove richiama la più moderna consapevolezza del fatto che «un'azione efficace, tempestiva, proporzionata, non può che costituire il frutto di un'organizzazione (momento statico) ispirata a monte a tali criteri» (118).

¹¹ Al riguardo cfr. F. Manganaro, *Opere pubbliche tra governo del territorio ed autonomie territoriali*, in *Foro amm. - TAR*, 2009, 8-4, 1304. Si veda anche G.D. Comporti, *Il principio di unità della funzione*, cit., il quale, riflettendo sulla conferenza di servizi, ha evidenziato che l'istituto, nonostante sia sorto per favorire la composizione unitaria degli interessi affidati alle varie amministrazioni, ha finito per ricadere in «un assetto regolatorio pletorico e di difficile applicazione che, per un verso, ha irrigidito le relazioni intersoggettive, rendendone paradossalmente più complicato il governo di quanto non accadesse nel modello collegiale [...]; per altro verso, ha finito con il premiare il ricorso a irresponsabili atteggiamenti opportunistici, isolazionistici od attendisti, nella consapevolezza che vi sia comunque una sede ed una autorità di ultima istanza cui appellarsi per

re tra soggetti che, muovendo da presupposti e interessi divergenti, ben potrebbero agire in maniera poco leale, magari per lucrare ritorni di immagine per l'ente amministrato, consenso politico o anche benefici di tipo infrastrutturale; il tutto secondo quelle logiche di competizione localistica¹² che possono giustificare il ricorso a interventi sostitutivi¹³.

D'altra parte non può tacersi che anche un sistema amministrativo ordinariamente efficiente può riscoprirsi inadeguato a garantire una buona amministrazione quando debba governare eventi imprevedibili come certe catastrofi naturali o semplicemente fattuali. In tal senso basti pensare a quanto è avvenuto in occasione del crollo a Genova del cavalcavia "Morandi". Si tratta di situazioni eccezionali nelle quali le questioni da amministrare con urgente efficienza sono tanto numerose e rilevanti che sarebbe impossibile farlo con mezzi – (quantomeno) umani e finanziari – ordinari.

Ebbene, questi e altri simili fallimenti, mentre sono sempre causa di inefficienze che l'ordinamento può e deve amministrare con strumenti ordinari¹⁴, talvolta creano disagi tali da sollecitare – giustificandoli – interventi immediati e straordinari.

la conclusione del procedimento. Le nuove sedi dell'unità si sono così trovate rivestite dei vecchi emblemi organici» (314) sicché non si è riusciti a invertire la tendenza delle amministrazioni a far valere interessi propri, alimentati «da una componente giuridica (la competenza) ed una sociologica (l'orgoglio burocratico)» (*idem*). Con specifico riguardo all'incidenza di tali fenomeni sul ricorso al commissariamento si veda M.R. Spasiano, *Osservazioni sull'istituto del commissariamento nel decreto Sbocca-Italia*, in *Riv. giur. ed.*, 2014, 6, 61, secondo il quale «il commissariamento manifesta in molti casi il fallimento della politica di incentivazione delle autonomie locali. Soluzioni di stampo sostanzialmente centralista vengono poste in essere senza che venga formalmente mutata (per il momento) la distribuzione delle competenze tra i diversi livelli di governo» (62).

Sulla questione si veda anche C. Conti, Sez. Riun. contr., *Rapporto 2015 sul coordinamento della finanza pubblica*, in <https://banchedati.corteconti.it>, ove, proprio con riguardo alla realizzazione delle infrastrutture pubbliche, è rilevato che «[i]l rafforzamento delle autonomie territoriali avvenuto con la riforma del Titolo V della Costituzione ha reso più complesse le procedure in tema di infrastrutture [...]. È da ritenere che la previsione dell'intesa con regioni e province autonome sulla programmazione di infrastrutture strategiche, quale attività di "concertazione condizionante", abbia contribuito a determinare una grandissima espansione del Programma Infrastrutture Strategiche, che da un numero originario di 115 opere, previsto nel 2002, è passato a 239 nel 2014 e da un costo originario di circa 126 miliardi di euro, è salito a 235 miliardi di euro nel dodicesimo Allegato Infrastrutture di settembre 2014, con un dato probabilmente sottostimato. [...] Frammentazione delle scelte, incertezza sulla ripartizione delle competenze legislative, crescente sovraccarico per la Corte Costituzionale hanno creato le condizioni verso una rinnovata centralizzazione delle decisioni in materia di opere di interesse nazionale».

¹² Il che è in sé legittimo e sostiene certe azioni riconducibili al c.d. PIMBY (*Please In My Back Yard*) o anche al WIMBY (*Welcome In My Back Yard*), magari contrapposte alle contestuali azioni di contrasto ascrivibili al fenomeno del NIMBY (*Not In My Back Yard*).

¹³ Al riguardo si consideri che è di norma ricondotto ai poteri sostitutivi quel particolare commissariamento che sia disposto per «far fronte all'inerzia od al ritardo, da parte degli organi ordinari, al compimento di atti obbligatori per legge o, per il periodo di tempo strettamente necessario, qualora le amministrazioni non possano, per qualsiasi ragione, funzionare», così N. Paoloantonio, *Il principio di continuità dell'azione amministrativa*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 336.

¹⁴ Strumenti di carattere amministrativo come certi interventi di semplificazione procedimentale, oppure di carattere processuale come nel caso delle azioni per l'efficienza, o contro il silenzio e il ritardo.

La necessità si conferma così, ancora una volta¹⁵, un fattore in grado di legittimare la ricerca di soluzioni procedimentali, operative o normative ai margini del regime ordinario, rendendole ragionevoli e legittime. Ciò avviene per molti motivi, tra questi perché il fatto di rispondere adeguatamente ai bisogni più impellenti dei cittadini non è solo un modo per attuare (doverosamente) i loro diritti, ma anche condizione perché il potere pubblico possa confermare la propria legittimazione democratica¹⁶.

Questo bisogno di effettività e immediatezza, se talvolta si risolve nell'attribuzione di poteri ulteriori ed *extra ordinem* a soggetti preesistenti¹⁷, in altre situazioni rende necessari interventi che incidano più radicalmente anche sull'ordinario assetto delle competenze, magari per rompere il ganglio che genera l'inefficienza e garantire così alla collettività e agli altri enti un interlocutore unico, prossimo (anche fisicamente) al problema e alla collettività che ne è interessata e che possa relazionarsi a ciascun soggetto coinvolto (pubblico o privato che sia) da una posizione legalmente qualificata in quanto titolare di funzioni proprie.

Osservato da questa prospettiva, il commissariamento può descriversi allora come il punto in cui convergono per essere ricomposti – secondo logiche ispirate a sussidiarietà e leale collaborazione – due principi deontici potenti e irriducibili tra loro: quello di legalità dell'azione amministrativa e quello di necessità, che è poi anche necessità di un'azione che garantisca efficientemente il risultato atteso¹⁸.

¹⁵ Il valore giuridico della necessità e il suo rapporto con il principio di legalità sono temi tradizionalmente al centro delle riflessioni giuspubblicistiche. Fondamentali restano i lavori di S. Romano, *Sui decreti legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in *Riv. dir. pubbl. e della pubbl. amm. in Italia*, 1909, I, 251 ss.; F. Cammeo, *Lo stato d'assedio e la giurisdizione*, in *Giur. it.*, 1898, 369 ss.; G. Miele, *La situazione di necessità dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 425 ss. Che gli ordinamenti prevedano la possibilità di ricorrere a strumenti *extra ordinem* per l'amministrazione delle situazioni eccezionali, d'altra parte, neppure è un fatto recente. Dopo l'Unità d'Italia, ad esempio, si era soliti affrontare le emergenze proclamando lo "stato d'assedio", istituito a lungo usato nel silenzio della legge e positivizzato per la prima volta, peraltro assicurando ampi margini di atipicità, con il r.d. 6 novembre 1926, n. 1848 (ma sul punto v. L. Rossi, *L'ordinamento dello stato di assedio nelle ultime leggi italiane*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1936, 20). Anche gli ordinamenti dell'antichità hanno conosciuto istituti simili e in tal senso la dottrina è solita accostare l'istituto commissariale a quello romano del *dictator*, sul punto si rinvia a F. Salvia, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori interni all'amministrazione*, in *Il diritto amministrativo dell'emergenza. Annuario Aipda 2005*, Milano, 2006, 93, nonché pure G. Morbidelli, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Dir. amm.*, 2015, 33 ss. e in *Annuario Aipda 2015. Le fonti del diritto amministrativo. Atti del convegno di Padova 9-10 ottobre 2015*, Napoli, 2016, qui spec. 123 ss.

¹⁶ Cfr. già G. Falzone, *Il dovere di buona amministrazione*, Milano, 1953, per il quale non ogni atto amministrativo è utile alla collettività, ma solo quello che sia «un atto di buona amministrazione quale il diritto lo vuole».

¹⁷ Si pensi ai poteri di ordinanza attribuiti ai Sindaci e ai Prefetti o anche a quelli spettanti al Ministro dell'ambiente in materia di danno ambientale, per i quali si rinvia a M. Renna, *Le misure amministrative di enforcement del principio di precauzione per la tutela dell'ambiente*, in *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, Napoli, 2017, 2143 ss.

¹⁸ Sul punto, benché a partire dai problemi posti dalle ordinanze contingibili e urgenti, si veda M. Ramajoli, *Potere di ordinanza e Stato di diritto*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, 735 ss., la quale nota che «l'operare dell'eccezione nel diritto amministrativo non va compresa teoricamente mediante un'oppo-

L'efficienza dell'intervento straordinario, infatti, se non è sufficiente a fondare la legalità dell'azione sostitutiva ne è quanto meno un parametro di valutazione, ciò sia *ex ante* che *ex post*. *Ex ante*, perché potrebbe considerarsi illegittimo quel commissariamento che fosse disposto senza dotare l'organo dei necessari poteri e strumenti per intervenire, giacché allora finirebbe per essere solo uno strumento per alterare il regime ordinario di competenze e responsabilità. *Ex post*, perché la concreta inefficacia degli interventi commissariali potrebbe portare a sanzionare tanto l'operato del commissario quanto gli atti volti a rinnovare o prorogare misure rivelatisi a propria volta fallimentari.

D'altra parte deve riconoscersi che se in molte occasioni il ricorso all'istituto ha permesso di superare certe *impasse* e consegnare alla collettività le opere necessarie in tempi ragionevoli, ve ne sono altre in cui è lo stesso commissariamento a essersi rivelato inefficace oltre che inefficiente.

Invero il commissariamento è uno strumento utile se usato con prudenza e con la consapevolezza che la sua efficacia (o inefficacia) è direttamente proporzionale al livello di accettazione e, quindi, di collaborazione con cui sarà accolto dalle amministrazioni alle quali sottrae inevitabilmente sfere di competenza e, quindi, di potere. In altri termini, l'efficacia del commissariamento non è scontata né valutabile in astratto, ma dipende da quanto sia veritiera la necessità di farvi ricorso e, perciò, a quanto sia diffusa e condivisa l'idea che gli strumenti previsti dalla legislazione ordinaria siano inadeguati a risolvere il problema¹⁹.

Osservata da questa prospettiva, la necessità non solo legittima il ricorso al rimedio *extra ordinem*, ma funge da parametro per distinguere gli interventi improntati a riflessi centralistici o deresponsabilizzanti da quelli che sono espressione di una sincera attenzione solidale e responsabile per i bisogni delle collettività coinvolte. Ciò, si badi, a prescindere dalle ragioni che fondano la necessità e che potranno essere di fonte naturale (es. le calamità o le epidemie), artificiale (es. certi grandi eventi) o finanche burocratica (es. inadeguatezza dei rispettivi apparati) e normativa (es. frammentazione delle competenze, inadeguatezza delle disposizioni, ecc.).

sizione tra la sfera del principio di legalità e la sfera del provvedere *extra ordinem*, ma al contrario mediante il riconoscimento che l'eccezione opera all'interno della sfera stessa del principio di legalità».

¹⁹ Non a caso le maggiori critiche rivolte agli istituti commissariali e, più in generale, all'uso degli strumenti *extra ordinem* hanno a oggetto proprio quelle situazioni in cui in realtà non c'è alcuna emergenza a giustificare le deroghe, ma solo la volontà di sfuggire a certi limiti normativi. Sul tema si veda *ex plurimis* S. Casese, *I paradossi dell'emergenza*, in *Il diritto amministrativo dell'emergenza. Annuario Aipda 2005*, cit., spec. 223.

3. *I due modelli di commissariamento: commissariamento “meramente procedimentale” e commissariamento “derogatorio”*

Le ipotesi in cui negli anni scorsi si è fatto ricorso al commissariamento per le opere pubbliche sono tante e tutte riposano su normative settoriali o speciali che hanno consentito di individuare presupposti e soluzioni differenziate²⁰.

Nonostante questa frammentazione, scorrendo le disposizioni sui commissariamenti è possibile rinvenire delle costanti attorno alle quali aggregare in chiave sistematica le varie esperienze per trarne delle coordinate ermeneutiche. In tal senso le esperienze commissariali possono ricondursi a due modelli operativi, uno *debole* e l'altro *forte*²¹.

Appartengono al commissariamento “*debole*” o “*meramente procedimentale*” quelle ipotesi in cui la nomina del commissario non serve ad alterare il quadro normativo ordinario ma “solo” a sbloccare, semplificare o accelerare le altrui attività istituzionali, garantendo forme eccezionali di coordinamento secondo logiche di sussidiarietà collaborativa più che sostitutiva.

Sono riconducibili a questo primo modello quei commissariamenti che trovano il proprio archetipo nell'art. 11, comma 1, della legge 3 agosto 1988, n. 400, ai sensi del quale: «[a]l fine di realizzare specifici obiettivi determinati in relazione a programmi o indirizzi deliberati dal Parlamento o dal Consiglio dei ministri o per particolari e temporanee esigenze di coordinamento operativo tra amministrazioni statali, può procedersi alla nomina di commissari straordinari del Governo, ferme restando le attribuzioni dei Ministeri, fissate per legge».

Per quanto riguarda l'esecuzione delle opere pubbliche, sono forme di commissariamento debole quelle previste dall'art. 214 del vigente codice degli appalti (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) in quanto adottabili per «agevolare, sin dall'inizio della fase istruttoria, la realizzazione di infrastrutture e insediamenti prioritari». Come nell'ipotesi disciplinata dall'art. 11 della legge n. 400 del 1988, anche in questa seconda ipotesi, la nomina del commissario non priva gli organi ordinariamente competenti delle proprie funzioni, né muta la disciplina sostanziale applicabile alla vicenda, legittimando piuttosto il commissario a “seguire” l'andamento delle opere e a “provvedere” «alle opportune azioni di indirizzo e supporto promuovendo anche attività di prevenzione dell'insorgenza dei conflitti e dei contenziosi, anche con riferimento alle esigenze delle comunità locali, nonché le occorrenti intese tra i soggetti pubblici e privati interessati» (comma 4)²².

²⁰ Al riguardo cfr. C. Franchini, *La figura del commissario straordinario prevista dall'art. 20 del d.l. n. 185/2008*, in *Gior. dir. amm.*, 2009, 5, 561 ss.

²¹ Detti modelli hanno una valenza che travalica il confine delle opere pubbliche e possono applicarsi a tutte le ipotesi commissariali.

²² La disposizione ripropone quanto era stato inizialmente previsto dall'abrogato art. 2, comma 5, del d.lgs. 20 agosto 2002 n. 190 (in attuazione della legge obiettivo 21 dicembre 2001, n. 443) per «agevolare la

Quello debole è insomma un commissariamento che mira a incidere sul normale svolgimento dei procedimenti connessi, intervenendovi con funzioni di supporto operativo che sono assimilabili a quelle che all'interno delle singole amministrazioni sono svolte, ai sensi della legge n. 241 del 1990, dal responsabile del procedimento.

Diverso è il caso dei commissariamenti del secondo tipo, ossia del modello "forte" o "derogatorio", al quale sono riconducibili tutte le ipotesi in cui al commissario sia attribuito anche il potere di derogare sia all'ordinario assetto delle funzioni e delle conseguenti responsabilità, sia alla normativa che disciplina la realizzazione dell'opera o il regime di tutela dei terzi, attraverso atti che il più delle volte assumono la forma delle ordinanze.

Sono commissariamenti di questo tipo quelli ammessi dal vigente art. 13 del d.l. 25 marzo 1997, n. 67 (c.d. "primo decreto sblocca cantieri")²³, il quale attribuisce al Governo il potere di nominare con d.P.C.M. uno o più commissari governativi per affrontare inefficienze legate a opere e a lavori «di rilevante interesse nazionale per le implicazioni occupazionali ed i connessi riflessi sociali [...] la cui esecuzione, pur potendo iniziare o proseguire, non sia iniziata o, se iniziata, risulti anche in parte temporaneamente comunque sospesa». In queste ipotesi il Governo può autorizzare il commissario ad agire «in sostituzione degli organi ordinari o straordinari, avvalendosi delle relative strutture»²⁴, nonché a derogare²⁵ «ad ogni disposizione vigente e nel rispetto comunque della normativa comunitaria sull'affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture, della normativa in materia di tutela ambientale e paesaggistica, di tutela del patrimonio storico, artistico e monumentale, nonché dei principi generali dell'ordinamento» (comma 4-bis)²⁶.

realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi». Quella norma, infatti, consentiva di nominare dei commissari governativi per "seguire" «l'andamento delle opere» e "provvedere" «alle opportune azioni di indirizzo e supporto, promuovendo le occorrenti intese tra i soggetti pubblici e privati interessati [...]».

²³ Convertito, con modificazioni, dalla legge 23 maggio 1997, n. 135, e ulteriormente integrato negli anni successivi proprio con l'aggiunta dei maggiori poteri descritti nel testo.

²⁴ La disposizione precisa altresì che «[i]n caso di competenza regionale, provinciale o comunale, i provvedimenti necessari ad assicurare la tempestiva esecuzione sono comunicati dal commissario straordinario al presidente della regione della provincia, al sindaco della città metropolitana o del comune, nel cui ambito territoriale è prevista, od in corso, anche se in parte temporaneamente sospesa, la realizzazione delle opere e dei lavori, i quali, entro quindici giorni dalla ricezione, possono disporre la sospensione, anche provvedendo diversamente; trascorso tale termine e in assenza di sospensione, i provvedimenti del commissario sono esecutivi».

²⁵ Con riguardo a questo potere di deroga, con il comma 4-ter è stato previsto che «I provvedimenti emanati in deroga alle leggi vigenti devono contenere l'indicazione delle principali norme cui si intende derogare e devono essere motivati».

²⁶ Da notare che la disposizione disciplina anche il caso in cui sia necessario consentire il pronto avvio o la pronta ripresa dell'esecuzione dell'opera commissariata prevedendo che allora al commissario possa essere assegnato il potere di «assumere direttamente determinate funzioni di stazione appaltante [...] laddove ravvisi specifici impedimenti all'avvio o alla ripresa dei lavori». La disposizione limita altresì i diritti di difesa dell'appaltatore, impedendogli di opporre «eccezioni od azioni cautelari, anche possessorie, o di urgenza o comunque denominate che impediscano o ritardino lo sgombero e ripiegamento anzidetti» qualora gli sia stato ordinato di ripiegare i cantieri già allestiti o di sgomberare le aree di lavoro e le relative pertinenze.

Anche il commissariamento previsto dal già citato art. 214 del codice dei contratti pubblici può essere attratto tra quelli derogatori quando sia necessario realizzare infrastrutture e insediamenti prioritari. In quel caso, infatti, il sesto comma dell'art. 214²⁷ attribuisce al Presidente del Consiglio dei ministri²⁸ il potere facoltativo di "abilitare" «i commissari straordinari (nominati ai sensi del quarto comma, n.d.r.) ad adottare, con le modalità e i poteri di cui all'articolo 13 del decreto-legge 25 marzo 1997, n. 67, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 maggio 1997, n. 135, in sostituzione dei soggetti competenti, i provvedimenti e gli atti di qualsiasi natura necessari alla sollecita progettazione, istruttoria, affidamento e realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi»²⁹.

Allo stesso modo rientrano nel modello commissariale forte i commissariamenti disposti in occasione dei grandi eventi³⁰ e ciò proprio quando sia (stato) necessario realizzare opere pubbliche, come nel caso di EXPO Milano 2015, delle Olimpiadi invernali di Torino o di altri eventi che abbiano generato esigenze infrastrutturali. In quei casi, infatti, ai commissari sono (stati) attribuiti importanti poteri derogatori, e ciò – per un breve periodo – è avvenuto in forza del rinvio ai poteri di ordinanza di cui art. 5 della legge sulla protezione civile 24 febbraio 1992, n. 225³¹, più spesso – e comunque attualmente – sulla scorta di atti normativi specifici³², spesso ricorrendo alla decretazione d'urgenza del Governo³³.

²⁷ Riprendendo quanto inizialmente era previsto dall'art. 2, comma 7, del d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190.

²⁸ Su proposta del Ministro delle infrastrutture, sentiti i Ministri competenti nonché, per le infrastrutture di competenza dei soggetti aggiudicatori regionali, i presidenti delle regioni o province autonome interessate.

²⁹ Il successivo comma 7 disciplina le modalità operative alle quali devono attenersi quei commissari, stabilendo che essi «agiscono in autonomia e con l'obiettivo di garantire l'interesse pubblico e riferiscono al Presidente del Consiglio, al Ministro delle infrastrutture e al CIPE in ordine alle problematiche riscontrate e alle iniziative assunte e operano secondo le direttive dai medesimi impartite e con il supporto del Ministero, e, ove esistenti, della struttura tecnica di missione e degli *advisor*, acquisendo, per il tramite degli stessi, ogni occorrente studio e parere. Nei limiti dei costi autorizzati a norma del comma 9, i commissari straordinari e i sub-commissari si avvalgono della struttura di cui al comma 3, nonché delle competenti strutture regionali e possono avvalersi del supporto e della collaborazione dei soggetti terzi».

³⁰ Sulla nozione di grande evento si veda M. Allena, M. Capantini (a cura di), *I grandi eventi: la parola al giurista. Dentro e oltre l'esperienza di Expo 2015*, in www.mucchieditore.it.

³¹ La disciplina sulle ordinanze di protezione civile è stata applicabile ai grandi eventi ai sensi dell'art. 5 del d.l. 7 settembre 2001, n. 343 (convertito con modificazioni dalla legge 9 novembre 2001, n. 401), disposizione poi abrogata dall'art. 40-bis, comma 1, del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n. 27), anche in ragione delle questioni di legittimità costituzionale frattanto sollevate. Su questi poteri di ordinanza si veda diffusamente G. Morbidelli, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, cit.

³² Con riguardo al diverso assetto organizzativo e operativo che solitamente caratterizza i grandi eventi a seconda che prevedano o meno la realizzazione di opere sia consentito rinviare a C. Miccichè, *I grandi eventi tra complessità organizzativa e spending review: gli istituti di collaborazione strutturale tra enti pubblici*, in M. Allena, M. Capantini (a cura di), *I grandi eventi*, cit., 29 ss.

³³ Così anche di recente in occasione del crollo del ponte Morandi, per il quale si veda il d.l. 28 settembre 2018, n. 109, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, legge 16 novembre 2018, n. 130.

4. *Le condizioni per la legalità dei commissariamenti e il caso del dibattito pubblico*

La qualità, quantità e atipicità dei poteri attribuibili ai commissari spiegano le continue e mai sopite tensioni con il principio di legalità. Ciò soprattutto con riguardo ai commissariamenti forti.

Nel complesso, entrambi i modelli commissariali individuati (*i.e.* quello meramente procedimentale e quello derogatorio) sembrano rispettare il requisito della legalità formale. A meno che il commissario sia nominato senza alcuna copertura normativa, la legalità della misura è rispettata sia quando il potere di disporli venga autorizzato previamente dalla legge, come nel caso del citato art. 214 del codice dei contratti, sia quando il Governo lo introduca con decreto legge. Nel primo caso, la legalità riposa sulla previsione legislativa, benché astratta³⁴, nel secondo caso direttamente sulla Costituzione, la quale ha attribuito al Governo il potere di decretazione d'urgenza proprio perché potesse gestire efficacemente le situazioni di necessità e urgenza (art. 77 Cost.). Ne discende che in questo secondo caso la successiva conversione in legge del decreto è sufficiente a garantire la legalità sia del commissariamento in sé considerato, sia delle misure frattanto adottate, a condizione che esista davvero la situazione di necessità e di urgenza, che le misure siano proporzionate e adeguate alla situazione da gestire e non siano piuttosto dirette a produrre effetti inconciliabili con il potere del Parlamento di non convertire in legge il decreto³⁵.

³⁴ Sul punto cfr. C. Marzuoli, *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, in *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, cit., 5 ss., secondo il quale il rispetto per il principio di legalità nel caso dei commissariamenti non si pone neppure per quanto concerne la specie della tipicità. Secondo l'Autore «[n]aturalmente il problema non esiste se si ritiene che il significato costituzionale del principio di legalità consista solo nell'attribuzione del potere e che niente altro implichi. Senonché, per aderire – sul punto – all'orientamento della Corte, non è necessario condividere detto assunto ed abbandonare il tratto costituzionale della legalità-tipicità» (17). Ciò non sarebbe necessario perché «la tipicità (in relazione al contenuto) parrebbe non imporre uno schema identico ad ogni atto; si modella secondo un criterio di proporzionalità fra tipo di presupposto del potere e interessi da tutelare. In questo senso, gli stessi limiti che la Corte indica come aspetti non derogabili potrebbero essere considerati come l'esplicazione del parametro della tipicità in relazione a questo tipo di potere» (17-18). Il che equivale a dire, pare, che anche la legalità-tipicità della misura è garantita ove siano soddisfatti gli indici di legalità sostanziale, per cui si rimanda al testo.

³⁵ Si potrebbe anzi ritenere che i commissariamenti disposti con d.l., in ragione del successivo intervento parlamentare, assicurano un livello di garanzie perfino maggiore di quanto avvenga nel caso di autorizzazioni contenute in norme astratte. Sul tema cfr. S. Spuntarelli, *Normatività ed efficienza delle ordinanze emanate in occasione della sequenza sismica di Amatrice, Norcia e Visso*, in *costituzionalismo.it*, la quale, riflettendo sul rapporto tra ordinanze libere e decreto-legge, ha evidenziato che l'attribuzione di un generale potere di ordinanza nei casi di necessità e urgenza aveva «l'effetto paradossale di sopravanzare il decreto-legge proprio nelle ipotesi costituzionalmente indicate come presupposti del ricorso all'atto dotato di forza di legge, e con la conseguenza che il Parlamento risulta coinvolto solo nel momento iniziale della autorizzazione legislativa alla adozione delle ordinanze, in modo meno garantista di quanto accade attraverso il meccanismo della conversione in legge nelle ipotesi di decreto-legge».

Più complessa è la questione della legalità sostanziale dei commissariamenti, la quale corrisponde alla necessità di assicurare che i poteri attribuibili all'organo, per quanto elastici e atipici, siano non del tutto indeterminati e comunque rispettosi dei principi dell'ordinamento giuridico³⁶. Ciò avviene per mezzo di garanzie sostanziali e procedurali che in larga misura corrispondono a quelle elaborate dalla giurisprudenza e dalla dottrina per valutare la legalità sostanziale del potere di ordinanza (presente nei commissariamenti forti).

In tal senso, come il potere di ordinanza, anche il commissariamento è misura la cui efficacia deve essere limitata nel tempo per evitare di rendere surrettiziamente ordinaria una situazione essenzialmente straordinaria. Sia quando l'organo si affianchi alle amministrazioni pubbliche ordinariamente competenti sia quando più radicalmente si sostituisca a esse, l'alterazione apportata al sistema amministrativo può ritenersi legittima fintanto che sia diretta a risolvere il problema per il quale è stato autorizzato (cfr. C. Cost. 4 aprile 2011, n. 115). La previsione di un termine di efficacia, pertanto, è al contempo garanzia del ritorno all'ordinarietà e sprone perché si raggiunga il risultato affidato nel più breve tempo possibile. Per questo l'eventuale proroga della misura, mentre non può diventare occasione per ampliare nel silenzio della legge l'oggetto dell'intervento commissariale, segna il momento in cui verificare l'operato del commissario e la sua concreta capacità e idoneità a risolvere il problema rilevato.

Sotto altro aspetto il commissariamento neppure può essere uno strumento che consenta di disapplicare i principi generali dell'ordinamento giuridico, ai quali resta assoggettato senza alcuna possibilità di deroga³⁷. È questo un limite dai confini volutamente indefiniti e, proprio per tale ragione, adatto ad attuare un controllo diffuso sull'attività e sugli atti dei commissari.

In tal senso sono senz'altro principi non derogabili quelli ricavabili dalla prima parte della Costituzione, in quanto attinenti alla salvaguardia dei diritti fondamentali o coperti da riserva di legge assoluta³⁸. Allo stesso modo sono indero-

³⁶ Sul punto si vedano le osservazioni di G. Pastori, in *Principio di legalità e autonomie locali*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. Atti del LIII convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna 20-22 settembre 2007*, Milano, 2008, 267 ss., adesso in *Scritti scelti*, II, Napoli, 2010, 861 ss. Secondo l'Autore il principio di legalità «si è evoluto dal suo significato originario ed essenziale secondo cui ogni manifestazione di autorità deve trovare la sua base e il suo limite (formale e sostanziale) nella legge a presidio della libertà dei consociati e si è arricchito (e si va sempre arricchendo) di una più ampia gamma di principi e regole che investono nella sostanza e nel loro insieme in particolare il modo di essere e operare dell'amministrazione pubblica, quali che siano le istituzioni che vi sono preposte, nei suoi rapporti con la collettività e con i singoli» (862).

³⁷ Cfr. già C. Cost. 20 giugno 1956, n. 8, la quale, nel far salvi certi poteri d'ordinanza attribuiti ai Prefetti dal TULPS, ha individuato quali canoni di legittimità di tali provvedimenti i seguenti: «efficacia limitata nel tempo in relazione ai dettami della necessità e dell'urgenza; adeguata motivazione; efficace pubblicazione nei casi in cui il provvedimento non abbia carattere individuale; conformità del provvedimento stesso ai principi dell'ordinamento giuridico».

³⁸ Ad esempio in materia penale, come è adesso chiarito dagli stessi atti legislativi che prevedono la nomina di commissari. In tal senso cfr. l'art. 1, comma 5, del d.l. 28 settembre 2018, n. 109 (*Disposizioni urgenti*

gabili i principi discendenti dal diritto dell'Unione europea (ex art. 117, comma 1, Cost.), tra questi quelli in materia di evidenza pubblica³⁹.

Determinare con precisione quali siano le norme non derogabili dai commissari, tuttavia, è attività ardua e neppure possibile in astratto, giacché il richiamo ai principi anziché alle regole che ne definiscono più puntualmente l'attuazione⁴⁰ apre la strada a bilanciamenti casistici improntati a proporzionalità e ragionevolezza⁴¹.

Cionondimeno, a leggere le sentenze e le più recenti disposizioni adottate sui commissariamenti, delle costanti emergono a enucleare un gruppo di principi più soventemente minacciati dal ricorso al commissariamento e per questo sottoposti a espressa tutela normativa, oltre che giudiziaria. Ai già citati principi in materia di evidenza pubblica si aggiungono solitamente quelli riguardanti il contrasto alla criminalità mafiosa⁴², la tutela del paesaggio, dell'ambiente e del patrimonio culturale⁴³ e, più in generale, principi che spesso sorreggono corpi norma-

per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze) ai sensi del quale il commissario per la ricostruzione «opera in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea». Sul limite della riserva assoluta si veda anche C. Cost. sentt. 23 maggio 1961, n. 26 e 22 maggio 1987, n. 201.

³⁹ La necessità di rispettare i principi dell'evidenza pubblica è emersa e si è andata definendo a partire dalla procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea contro l'Italia sul presupposto che alcune ordinanze di protezione civile avrebbero violato le norme comunitarie in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici. Ciò ha spinto la Presidenza del Consiglio dei Ministri – con direttiva 22 ottobre 2004 – a esplicitare la necessità di rispettare, tra l'altro, le norme comunitarie in materia di appalti pubblici, servizi e forniture (per un esame del provvedimento si veda C. Marzuoli, *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, cit., 9 ss.). Da allora quel limite è stato ribadito in ogni disposizione normativa che abbia previsto il potere di nominare un commissario venendo declinato in vario modo e, da ultimo, con la previsione che i commissari «possono essere abilitati ad assumere direttamente le funzioni di stazione appaltante e operano in deroga alle disposizioni di legge in materia di contratti pubblici, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di sicurezza [...] nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea», così l'art. 4, comma 3, del d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito con modificazioni dalla legge 14 giugno 2019, n. 55 (sblocca cantieri). Vincoli derivanti dall'appartenenza all'Unione europea il cui contenuto sembra più puntualmente definito nella lettera del comma 6-bis dello stesso art. 4 citato, ove, a proposito del commissario da nominare per il completamento del sistema veneziano del MOSE, è detto che egli potrà operare «in deroga alle disposizioni di legge in materia di contratti pubblici, fatto salvo il rispetto dei principi generali posti dai Trattati dell'Unione europea e dalle disposizioni delle direttive di settore, anche come recepiti dall'ordinamento interno».

⁴⁰ Si veda in tal senso C. Cost. 26 marzo 1987, n. 100, che riconduce i principi *de quibus* ai profili essenziali degli istituti giuridici.

⁴¹ Cfr. C. Cost. sentt. 5 aprile 1995, n. 127.

⁴² Cfr. art. 1, comma 5, d.l. 28 settembre 2018, n. 109; art. 4, comma 3, d.l. 18 aprile 2019, n. 32.

⁴³ Si veda al riguardo l'art. 13, comma 4-bis, del d.l. 25 marzo 1997, n. 67 (primo decreto sblocca cantieri) il quale ammette deroghe «ad ogni disposizione vigente e nel rispetto comunque della normativa comunitaria sull'affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture, della normativa in materia di tutela ambientale e paesaggistica, di tutela del patrimonio storico, artistico e monumentale, nonché dei principi generali dell'ordinamento». Si veda altresì l'art. 4 del d.l. 18 aprile 2019, n. 32 (sblocca cantieri), il quale, nell'autorizzare la nomina di commissari per gli interventi infrastrutturali ritenuti prioritari (comma 1), ha consentito misure di semplificazione procedimentale prevedendo che l'approvazione dei progetti da parte dei commissari straordinari, purché avvenga «d'intesa con i Presidenti delle regioni territorialmente competenti, sostituisce, ad ogni effetto

tivi tanto imponenti e complessi da poter essere avvertiti come un ostacolo all'efficacia dell'intervento commissariale.

A venire in rilievo come limite ai poteri commissariali sono altresì quei principi sull'attività amministrativa più immediatamente funzionali a salvaguardare diritti civili, a partire da quelli in materia di motivazione, trasparenza e pubblicità dell'azione, tutti peraltro di rilevanza anche eurounitaria⁴⁴. Ciò trova conferme già nelle prime pronunce costituzionali dedicate ai poteri di ordinanza, dove la Corte ha individuato tra i canoni di legittimità proprio la "adeguata motivazione" e la "efficace pubblicazione" dei provvedimenti (C. Cost. 8/1956). Detti principi, infatti, non rinviano a un modo di procedere fungibile (quindi derogabile), ma conformano l'azione amministrativa ai canoni del giusto procedimento e del buon governo, rendendola compatibile con le sopravvenute esigenze della partecipazione⁴⁵.

La partecipazione è in tal senso un altro elemento che l'emergenza non può porre nel nulla, essendo necessario assicurare comunque occasioni adeguate di partecipazione e collaborazione a quanti siano rispettivamente portatori di funzioni (gli altri soggetti pubblici) e di interessi (i privati).

Con riguardo alla "partecipazione" delle altre amministrazioni pubbliche allo svolgimento delle funzioni commissariali, a venire in rilievo è quel principio di leale collaborazione che "permea" i rapporti tra lo Stato e il sistema delle autonomie (cfr. *ex plurimis* C. Cost., sentenze n. 251, n. 21 e n. 1 del 2016, n. 44 del 2014, n. 334 del 2010, n. 50 del 2008 e n. 50 del 2005). Ciò discende dal fatto che il commissariamento è il più delle volte strumento per concentrare in capo a

di legge, ogni autorizzazione, parere, visto e nulla osta occorrenti per l'avvio o la prosecuzione dei lavori, fatta eccezione per quelli relativi alla tutela ambientale, per i quali i termini dei relativi procedimenti sono dimezzati, e per quelli relativi alla tutela di beni culturali e paesaggistici, per i quali il termine di adozione dell'autorizzazione, parere, visto e nulla osta è fissato nella misura massima di sessanta giorni dalla data di ricezione della richiesta, decorso il quale, ove l'autorità competente non si sia pronunciata, detti atti si intendono rilasciati» (comma 2). Anche dinanzi ai poteri commissariali, quindi, gli interessi di rango prioritario (*i.e.* gli interessi sensibili) resistono quanto meno nel senso di imporre bilanciamenti che attuino soluzioni ragionevoli.

⁴⁴ Cfr. l'art. 42 del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 (*Obblighi di pubblicazione concernenti gli interventi straordinari e di emergenza che comportano deroghe alla legislazione vigente*), per il quale «1. Le pubbliche amministrazioni che adottano provvedimenti contingibili e urgenti e in generale provvedimenti di carattere straordinario in caso di calamità naturali o di altre emergenze, ivi comprese le amministrazioni commissariali e straordinarie costituite in base alla legge 24 febbraio 1992, n. 225, o a provvedimenti legislativi di urgenza, pubblicano: a) i provvedimenti adottati, con la indicazione espressa delle norme di legge eventualmente derogate e dei motivi della deroga, nonché l'indicazione di eventuali atti amministrativi o giurisdizionali intervenuti; b) i termini temporali eventualmente fissati per l'esercizio dei poteri di adozione dei provvedimenti straordinari; c) il costo previsto degli interventi e il costo effettivo sostenuto dall'amministrazione». Disposizioni analoghe si trovano anche in altre discipline concernenti i commissariamenti a partire dal vigente art. 13 del d.l. 25 marzo 1997, n. 67.

⁴⁵ Si veda adesso l'art. 15 del TFUE ai sensi del quale «[a] fine di promuovere il buon governo e garantire la partecipazione della società civile, le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione operano nel modo più trasparente possibile». Sul rapporto tra partecipazione e trasparenza cfr. anche l'art. 1, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi del quale la tutela della trasparenza è indirizzata «allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche».

un solo organo la responsabilità di procedimenti e/o di decisioni ordinariamente spettanti ad altri.

Questo bisogno di collaborazione è costante e viene in rilievo non solo a monte, quando sia necessario decidere se autorizzare o meno la misura, ma anche dopo, durante lo svolgimento dell'incarico commissariale, che deve svolgersi coinvolgendo le amministrazioni sostituite in maniera tale da assicurare forme adeguate, benché variabili, di cooperazione istituzionale (cfr. C. Cost. n. 126 del 2018).

È questa una necessità che ha trovato nella disciplina sulle opere pubbliche varie declinazioni. Per le opere di interesse nazionale, ad esempio, è previsto che i poteri commissariali acquistino efficacia al decorso infruttuoso di un termine mensile entro il quale le amministrazioni possono ancora adottare i provvedimenti, «anche di natura sostitutiva, necessari perché l'esecuzione dell'opera sia avviata o ripresa senza indugio» (art. 13, comma 2, d.l. 25 marzo 1997, n. 67). In presenza di commissariamenti introdotti con decreti *ad operam*, poi, la nomina del commissario avviene spesso previa intesa e comunque sentite le regioni e gli altri enti locali territorialmente interessati⁴⁶, e queste o altre forme di cooperazione sono assicurate anche nel corso del processo di progettazione e realizzazione dell'opera⁴⁷, e talvolta sono garantite dal fatto che commissari sono nominati gli stessi titolari degli organi politici coinvolti.

Inoltre, come anticipato, la leale collaborazione tra i vari livelli di governo sembra dirimente pure per quanto concerne l'efficacia dell'intervento commis-

⁴⁶ Cfr. d.l. 18 aprile 2019, n. 32 (sblocca cantieri), ove è previsto che il commissario incaricato di fronteggiare il degrado della rete viaria siciliana sia individuato «d'intesa con il Presidente della Giunta regionale Siciliana» (art. 4, comma 6). Lo stesso nel caso del commissario che dovrebbe sovrintendere alla prosecuzione dei lavori di realizzazione del MOSE per la cui nomina è previsto avvenga «d'intesa con la regione Veneto, sentiti [...] la città metropolitana di Venezia e il comune di Venezia» (art. 4, comma 6-bis). È invece avvenuta «sentito il Presidente della Regione Liguria» la nomina del commissario incaricato degli interventi successivi al crollo del ponte Morandi a Genova *ex art.* 1 del d.l. 8 settembre 2018, n. 109.

⁴⁷ Si veda ad esempio il citato d.l. 18 aprile 2019, n. 32, il quale prevede che anche l'approvazione dei progetti delle opere infrastrutturali prioritarie debba avvenire «d'intesa con i Presidenti delle regioni territorialmente competenti» (art. 4, comma 2). Sul tema cfr. anche C. Cost. 22 maggio 2018, n. 126, giacché, a fronte della censura di incostituzionalità rivolta all'art. 33, del d.l. 12 settembre 2014, n. 133 (convertito, con modificazioni, nella legge 11 novembre 2014, n. 164), per non aver previsto che l'approvazione del programma di rigenerazione urbana del comprensorio di Bagnoli-Coroglio fosse preceduta dall'intesa tra lo Stato e la Regione Campania e da una specifica valorizzazione del ruolo del Comune, la Corte ne ha preservato la legittimità sul presupposto che il legislatore statale aveva comunque garantito varie forme di coinvolgimento della Regione e del Comune. La Consulta ha rilevato in particolare che tali enti «partecipano alla cabina di regia, alla quale è demandata la definizione degli indirizzi strategici»; inoltre «[i]l superamento del dissenso delle amministrazioni coinvolte [...] non può avvenire in via unilaterale da parte dello Stato, ma è frutto di una complessa attività istruttoria, articolata secondo numerosi meccanismi di raccordo, i quali, pur disegnando un procedimento diverso dall'intesa, assicurano una costante e adeguata cooperazione istituzionale. Anzi, in caso di mancato accordo, il procedimento si conclude proprio con le stesse modalità previste per il superamento del dissenso in assenza d'intesa, ossia con una deliberazione del Consiglio dei ministri adottata in una seduta a cui deve necessariamente partecipare il Presidente della Regione interessata».

sariale, sollecitando dinamiche virtuose anziché condotte ostruzionistiche tese a riconquistare spazi dell'autonomia violata⁴⁸.

Al pari di quella tra le istituzioni pubbliche, anche la partecipazione dei cittadini è strumentale ad attuare valori costituzionali (cfr. art. 29, comma 2-bis, l. n. 241 del 1990)⁴⁹. Essa, infatti, concorre su un diverso piano a determinare forme di buona amministrazione, riducendo le occasioni di errore o corruzione, favorendo l'individuazione di soluzioni condivise⁵⁰ sino a porsi quale ulteriore parametro di legalità sostanziale dell'azione commissariale.

Il tema potrebbe essere declinato in molti modi e le stesse necessità su richiamate di motivare le scelte e garantire forme idonee di pubblicità e trasparenza ne sono un esempio.

Cionondimeno la questione delle garanzie minime da assicurare alla partecipazione orizzontale ora in esame può essere osservata da una prospettiva nuova, chiedendosi se possa considerarsi rispettosa del principio di legalità sostanziale una misura commissariale che negasse il ricorso a quel dibattito pubblico introdotto dall'art. 22 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50⁵¹ proprio per le opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale di maggiori dimensioni. Quando si parla di dibattito pubblico, infatti, si fa riferimento a quel particolare modello di democrazia deliberativa noto da tempo in altri ordinamenti⁵² e che consiste in un «processo di informazione, partecipazione e confronto pubblico sull'opportunità, sulle soluzioni progettuali di opere, su progetti o interventi»⁵³. Un processo decisionale partecipato e informato utile ad assumere decisioni che siano il più possi-

⁴⁸ Sulla necessità di ricercare la collaborazione tra gli enti si veda C. Cost. 19 dicembre 2003, n. 27.

⁴⁹ Sul punto sia consentito rimandare, anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici, a C. Micciché, *Brevi note sul valore giuridico della partecipazione dei cittadini all'organizzazione dei servizi sociali*, in *Giustamm.it*, 2019, 6.

⁵⁰ F. Benvenuti, *Disegno dell'Amministrazione Italiana. Linee positive e prospettive*, Padova 1996, 232.; più recentemente S. Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 13 ss. per il quale la partecipazione consente di «definire l'equilibrio che si stabilisce tra Stato e cittadino».

⁵¹ Successivamente attuato con il D.P.C.M. 10 maggio 2018, n. 76, *Regolamento recante modalità di svolgimento, tipologie e soglie dimensionali delle opere sottoposte a dibattito pubblico*. Al riguardo cfr. G. Manfredi, *Il regolamento sul dibattito pubblico: democrazia deliberativa e sindrome nimby*, in *Urb. app.*, 2018, 5, 608; U. Allegretti, *Un caso di attuazione del principio costituzionale di partecipazione: il regolamento del dibattito pubblico sulle grandi opere*, in *Riv. AIC*, 2018, 3, 13 ss.; A. Averardi, *La decisione amministrativa tra dissenso e partecipazione. Le ragioni del «dibattito pubblico»*, in *Munus*, 2018, 1, 136 ss.

⁵² È il caso della Francia, dove l'istituto del *débat public* è stato introdotto e disciplinato dapprima con la legge del 2 febbraio 1995, n. 101 (c.d. *Loi Barnier*) e poi perfezionato con la legge 27 febbraio 2002, n. 276, riguardante la *démocratie de proximité*. In dottrina si vedano U. Allegretti (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010; G.C. De Martin, D. Bolognino (a cura di), *Democrazia partecipativa e nuove prospettive della cittadinanza*, Padova, 2010 e qui soprattutto C. Bova, *Gli istituti del débat public e dell'enquête public nell'ordinamento giuridico francese*, 213 ss.; J.L. Autin, *Inchieste pubbliche e débat public nell'ordinamento francese*, in *Dir. gest. amb.*, 2011, 67 ss.; S. Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, cit., spec. 18 ss.

⁵³ Così l'art. 2 del regolamento attuativo approvato con D.P.C.M. 10 maggio 2018, n. 76.

bile condivise con le comunità interessate, così da scongiurare quei conflitti che si è soliti ascrivere al fenomeno del NIMBY. La questione non è di poco conto.

Se si considera che negli ultimi decenni la gran parte delle grandi infrastrutture è stata realizzata ricorrendo a gestioni commissariali, ipotizzare che i commissari possano omettere ogni forma di consultazione pubblica significherebbe svuotare di effettività una scelta legislativa che è attuativa di principi costituzionali fondamentali, quali sono quello democratico e di sussidiarietà orizzontale. È questa una circostanza significativa già sufficiente a escludere che il dibattito pubblico possa essere oggetto di deroghe generalizzate da parte dei commissari. Ciò che potrà ammettersi, allora, è tutt'al più che il commissario (se dotato di poteri derogatori) possa derogare a certi specifici adempimenti o prevederne di più adeguati alla situazione specifica laddove, per esigenze di celerità o per altre ragioni, fosse necessario semplificare gli adempimenti consultivi. In ogni caso, però, andrà salvaguardato il principio partecipativo sotteso alla disciplina e la conseguente possibilità per le comunità coinvolte di conoscere preventivamente il progetto e manifestare utilmente la propria opinione, evidenziandone gli aspetti negativi o le possibili migliorie.

D'altra parte, contro la possibilità di derogare in modo sostanziale alla disciplina sul dibattito pubblico depone pure il fatto che la normativa già ha definito in via generale i casi in cui è possibile omettere il dibattito, individuando tra questi «le opere realizzate con le procedure previste dagli articoli 159 e 163 del codice» dei contratti⁵⁴. Si tratta di disposizioni soggette a stretta interpretazione in quanto derogatorie della disciplina sull'evidenza pubblica.

In particolare l'art. 159 del codice dei contratti pubblici riguarda le opere riconducibili al sistema di difesa e sicurezza nazionale e consente di non applicare le usuali procedure del codice degli appalti «nella misura in cui la tutela degli interessi essenziali di sicurezza dello Stato non possa essere garantita mediante misure meno invasive, volte anche a proteggere la riservatezza delle informazioni». La disposizione, insomma, mentre indica come prioritario l'interesse a preservare la riservatezza dei segreti militari, non autorizza deroghe complessive al codice degli appalti, aprendo a soluzioni compromissorie improntate a ragionevolezza e proporzionalità.

Allo stesso modo neppure l'art. 163 del codice autorizza disapplicazioni generalizzate alla disciplina ordinaria. Al contrario, la disposizione consente di ricorrere alle procedure semplificate di aggiudicazione solo in caso di «somma urgenza» che non consenta «alcun indugio», come avviene in presenza di eventi

⁵⁴ Cfr. l'art. 3, comma 5, lett. a) del D.P.C.M. 10 maggio 2018, n. 76. Le altre ipotesi escluse dall'applicazione del decreto sono le opere «di difesa nazionale di cui all'articolo 233 del decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 66» (riguardante l'individuazione delle opere destinate alla difesa nazionale a fini determinati), gli «interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria, restauri, adeguamenti tecnologici e completamenti» e «le opere già sottoposte a procedure preliminari di consultazione pubblica sulla base del regolamento (UE) n. 347 del 17 aprile 2013, ovvero di altra norma europea».

rilevanti ai fini dell'adozione delle ordinanze di protezione civile, ossia di «eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari» (art. 7, comma 1, lett. c) del d.lgs. n. 1 del 2018 - Codice della protezione civile)⁵⁵. Il tenore letterale di questa disposizione sembra chiaro: non ogni ipotesi di necessità e urgenza legittima deroghe alla disciplina ordinaria, dovendo sussistere piuttosto il bisogno di intervenire con urgenza “somma” o addirittura con “immediatezza” a tutela di interessi prioritari come l'incolumità individuale e collettiva, sicché anche questa è una soluzione improntata a proporzionalità e ragionevolezza.

Ecco allora che fuori da queste fattispecie tipizzate, che peraltro difficilmente potranno venire in rilievo quando sia in gioco la realizzazione di grandi opere pubbliche, non sembra vi sia spazio per altre deroghe sostanziali alle procedure di consultazione pubblica che dovranno pertanto essere garantite anche in caso di commissariamento.

5. *Una possibile rilettura dello strumento commissariale: un project manager per i progetti di maggior complessità*

L'esame sin qui condotto ha consentito di evidenziare come alla base del frequente ricorso al commissariamento stia l'idea che la vigente normativa obiettiva e organizzativa possa rivelarsi inadeguata a raggiungere in tempi ragionevoli risultati infrastrutturali di particolare complessità.

Certo non si intende negare che a volte il ricorso al commissariamento sia stato (o possa essere) un modo per fuggire strumentalmente da certi lacci normativi o per nascondere sotto il manto della necessità la responsabilità di ritardi e inefficienze.

Cionondimeno, il fatto che la realizzazione della maggior parte delle opere di grandi dimensioni avvenga ricorrendo – quasi ordinariamente – a soluzioni commissariali (deboli o forti che siano), impone di verificare se nel vigente sistema questo strumento non abbia assunto una funzione nuova. Non più solo mezzo per la gestione delle emergenze, ma anche “processo” attraverso il quale conseguire quei risultati (infrastrutturali) dipendenti dalla buona collaborazione di più

⁵⁵ Al riguardo si consideri che ai sensi dell'art. 163, comma 6, del codice dei contratti «[c]ostituisce circostanza di somma urgenza, ai fini del presente articolo, anche il verificarsi degli eventi di cui all'articolo 2, comma 1, della legge 24 febbraio 1992, n. 225, ovvero la ragionevole previsione, ai sensi dell'articolo 3 della medesima legge, dell'imminente verificarsi di detti eventi [...]». La legge n. 225/1992 è adesso abrogata e con l'art. 47, comma 1, lett. b), del d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1 (*Codice della protezione civile*), è stato precisato che «gli articoli 2 e 5 della legge n. 225 del 1992, citati nei commi 6 e 8 dell'articolo 163 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, devono intendersi rispettivamente riferiti agli articoli 7 e 24 del presente decreto». Art. 24 che rinvia appunto all'art. 7, comma 1, lett. c) per l'individuazione degli eventi rilevanti.

soggetti pubblici (e a volte anche privati). In altri termini si tratta di capire se il ruolo del commissario non possa essere riletto come una sorta di responsabile del procedimento con compiti e poteri speciali.

Nel rispondere alla domanda è utile muovere da alcune considerazioni che furono fatte a proposito della figura del responsabile durante l'elaborazione della legge sul procedimento amministrativo. A tal proposito l'ideatore della figura – Giorgio Pastori – ebbe a dire che «ove si voglia rimuovere le lentezze dei procedimenti occorre con la semplificazione delle forme unificare anche la responsabilità dello svolgimento degli stessi. Si tratta di una misura che congiunge intervento organizzativo a quello procedurale, a dimostrazione che un modo di concepire l'attività non può che corrispondere a un dato modo di concepire l'organizzazione (nel suo funzionamento dinamico)»⁵⁶.

La citazione del compianto Maestro è interessante per almeno due ragioni.

In primo luogo perché ci ricorda che il responsabile del procedimento non è nato solo per abbandonare la precedente condizione di “spersonalizzazione” e “anonimato”⁵⁷ dell'agire amministrativo, ma anche per accrescerne l'efficienza, superando gli effetti negativi della frammentazione delle competenze e della conseguente possibile deresponsabilizzazione dei funzionari rispetto al risultato finale.

In secondo luogo è interessante perché chiarisce che il bisogno di ripensare l'organizzazione e il funzionamento dell'amministrazione è stata una conseguenza diretta del nuovo modo di concepire l'attività. Un'attività non più volta a raggiungere autonomi risultati sequenziali (*step by step*), bensì diretta a produrre risultati attraverso il rinnovato dinamismo procedimentale⁵⁸.

Ebbene, se il procedimento è lo strumento per raggiungere un risultato e il responsabile del procedimento il fattore di unificazione personale della procedura, pare che la vicenda del commissario straordinario incaricato di assicurare la realizzazione di questa o quella opera pubblica non sia granché diversa. Anche il commissario, infatti, al di là del fatto che abbia o meno poteri derogatori, una volta nominato diviene il punto di riferimento per tutti i soggetti coinvolti ed è tenuto a operare perché si raggiunga il risultato previsto dalla legge.

In tal senso può anzi affermarsi che, nell'ambito di un ordinamento pluri-soggettivo che tende a forme più marcate di regionalismo (addirittura) differenziato, il ricorso ai commissari straordinari esprima il bisogno di procurare al sistema forme nuove per garantire l'unificazione personale delle procedure più complesse.

⁵⁶ Così G. Pastori, *La disciplina generale del procedimento amministrativo (considerazioni introduttive)*, in Aa.Vv., *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Atti del XXXII convegno di scienza dell'amministrazione. Varenna 18-20 settembre 1986*, Milano, 1989, 29 ss., adesso in *Scritti scelti*, I, Napoli, 2008, 418.

⁵⁷ Cfr. G. Pastori, *ibidem*.

⁵⁸ Cfr. M. Renna, *Il responsabile del procedimento nell'organizzazione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1994, 13 ss.

La rilettura che si propone spiegherebbe sia la frequenza con cui si ricorre al commissariamento sia il perché esso goda solitamente del favore (*rectius* dell'intesa) di enti di governo diversi. Si tratta, inoltre, di una rilettura che ben si inserisce, mi pare, in una riflessione più ampia sui modelli organizzativi delle amministrazioni e sulla figura del responsabile del procedimento recentemente proposta da Stefano Battini in occasione di un altro incontro⁵⁹. La tesi avanzata in quella occasione, se la si è ben compresa, può essere così riassunta: in un sistema amministrativo adesso orientato complessivamente al risultato, il sistema avrebbe dovuto essere riorganizzato in modo da poter funzionare per progetti e quindi, appunto, per risultati⁶⁰. Ciò avrebbe richiesto di passare da un'organizzazione funzionale a un'organizzazione a matrice in cui all'individuo di volta in volta responsabile del progetto fosse consentito di organizzare e guidare il lavoro dei soggetti competenti verso l'obiettivo, secondo le logiche tipiche del *project management*. Nonostante il responsabile del procedimento abbia assolto anche a questo scopo, la sua capacità di garantire efficacemente i risultati, tuttavia, sarebbe stata ridimensionata dall'inadeguatezza organizzativa dell'apparato pubblico, specie nei processi decisionali più complessi⁶¹. Da qui il suggerimento di ripensare l'organizzazione dell'amministrazione secondo un modello "a matrice forte", lungo le cui linee il responsabile del procedimento – *project manager* possa muoversi con maggiore agilità ed efficacia.

La ricostruzione è di grande interesse ma difficile da attuare, soprattutto se si considera che la complessità dell'apparato pubblico non discende solo dal gran numero di soggetti che lo compongono e di interessi curati, ma anche dal pluralismo di sensibilità istituzionali e dal fatto che le amministrazioni rispondono a indirizzi provenienti da enti a carattere politico parimenti autonomi e costituzionalmente necessari.

Di queste difficoltà a riorganizzare l'apparato pubblico il commissariamento pare possa considerarsi il prodotto, giacché è un modo per ovviarvi senza dover rivedere le normative generali e settoriali. In tal senso l'istituto sembra l'espressio-

⁵⁹ Il riferimento è al seminario dal titolo "*Il responsabile del procedimento amministrativo. Ricordando Giorgio Pastori*" svoltosi presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore il 16 maggio 2019.

⁶⁰ Cfr. al riguardo R.D. Archibald, *Project management. La gestione di progetti e programmi*, Milano, 2004, 39, ove è detto che «[u]n progetto è un complesso coordinato di azioni finalizzate ad ottenere un risultato determinato, nel rispetto dei limiti stabiliti di tempo e di risorse».

⁶¹ Detta complessità è stata evidenziata in dottrina. Sul punto si veda M. Renna, *Il responsabile del procedimento a quasi dieci anni dall'entrata in vigore della legge n. 241*, in *Dir. amm.*, 2000, 3-4, 505 ss., il quale, dopo aver evidenziato che sussistono già le condizioni perché «le diverse amministrazioni coinvolte nei procedimenti plurisoggettivi, anziché dividersi in individuazioni autonome atte a frammentare la responsabilità di ciascuna procedura, si adoperino per un'individuazione consensuale di responsabilità unitarie in ordine alla conduzione degli stessi», ha poi segnalato che si potrebbe tentare di riportare un'unitarietà sin qui assente anche «nelle ipotesi di procedure connesse, dov'è l'autonomia di ciascun procedimento che in radice porterebbe a una legittima moltiplicazione di responsabilità» (532-533).

ne di un'avanguardia organizzativa volta ad accogliere, già adesso e con approccio casistico, quei modelli di gestione dei processi più complessi di cui si avverte la necessità e che sono modelli coerenti con il *project management*.

In quest'ottica il commissario non è più solo un incidente nell'ordinario svolgimento delle funzioni, né organo dotato di poteri più o meno ampi, ma è colui che più agilmente può operare lungo le linee della matrice, eventualmente – se è ritenuto necessario e, perciò, ammesso dalla legge – anche sostituendosi ai soggetti normalmente competenti e derogando alle disposizioni che fossero di intralcio.

Esso, inoltre, è un soggetto al quale è consentito operare sulla base di obiettivi chiari, previamente condivisi al massimo livello dagli organi di governo competenti e beneficiando degli stanziamenti finanziari e delle risorse umane e strumentali che siano di volta in volta giudicati adeguati, in linea con quanto avviene nei processi aziendali.

Quanto precede consente di comprendere più chiaramente perché si faccia un così ampio uso di questo istituto e perché, a volte, dietro la proclamata necessità e urgenza non v'è altro che l'inadeguatezza (reale o percepita) dell'ordinario sistema amministrativo a governare con efficacia ed efficienza i progetti complessi.

6. Osservazioni conclusive

La possibilità di guardare al commissario come una sorta di *project manager* è carica di interessanti conseguenze.

In primo luogo, il fatto di poter guardare al commissariamento non più solo come uno strumento utile a governare le emergenze o ad assicurare l'unità dell'ordinamento lo introduce in una dimensione nuova, meno straordinaria e quasi normalizzata. Esso resta certo uno strumento essenzialmente (e necessariamente) atipico, tanto nei presupposti quanto nelle soluzioni che consente di adottare, cionondimeno si offre come la soluzione pubblicistica⁶² attraverso cui assicurare, nella complessità e nel policentrismo dell'attuale ordinamento, forme di controllo, collaborazione e compartecipazione finanziaria orientate allo scopo.

Questa normalizzazione non attenua le tensioni con il principio di legalità sostanziale e, mentre esorta a cercare nuove soluzioni per semplificare il sistema ordinario, impone di guardare alla gestione straordinaria dei progetti complessi con rinnovata prudenza. Ciò vale non solo per l'individuazione delle situazioni

⁶² Una soluzione privatistica per garantire forme di collaborazione orientate al risultato è la costituzione di società di scopo, compartecipate e controllate dalle amministrazioni interessate. Lo strumento può essere a volte un'alternativa al commissariamento, altre volte una misura aggiuntiva per la gestione degli aspetti più operativi. In tal senso si pensi all'esperienza di EXPO Milano 2015, per la cui realizzazione è stata costituita tra l'altro la EXPO 2015 S.p.a.

gestibili ricorrendo al commissariamento (specie se derogatorio), ma anche per la determinazione dei poteri attribuibili di volta in volta all'organo e che devono essere adeguati e proporzionati all'obiettivo da raggiungere.

Sotto altro aspetto, la possibilità di ricondurre la figura del commissario a quella del *project manager* sollecita una riflessione più ampia sui requisiti curricolari che l'organo dovrebbe possedere.

Le funzioni che quello è chiamato a garantire, infatti, consiglierebbero di potenziarne il carattere professionale e la formazione manageriale, in modo da poter meglio guidare il processo affidatogli. Tale auspicio, tuttavia, deve fare i conti con la constatazione che commissario è spesso nominato chi già è titolare di funzioni politiche, come i presidenti di regione o i sindaci dei comuni interessati. È questo un aspetto delicato della vicenda, tanto più che finisce per introdurre delle deroghe a quel principio di distinzione tra politica e amministrazione che adesso permea l'organizzazione amministrativa, attenuando – almeno con riguardo alla singola vicenda commissariata – l'autonomia delle componenti burocratiche. A prescindere dal fatto che l'individuo sia nominato commissario in quanto titolare *pro tempore* dell'organo politico o in quanto persona fisica⁶³, una volta nominato egli assume proprie funzioni di amministrazione attiva con le quali altri dovranno relazionarsi necessariamente. Tale situazione meriterebbe di essere ponderata con maggiore attenzione.

Non si intende negare che, specie in presenza di commissariamenti che prevedano l'attribuzione di poteri “normativi”⁶⁴, possa essere ragionevole nominare chi abbia pure abilità e responsabilità politiche. Né si intende negare che questo possa in certi casi semplificare i rapporti istituzionali. Cionondimeno la deroga al principio di distinzione tra politica e amministrazione – anziché restare sullo sfondo – dovrebbe essere il frutto di una scelta consapevole e la sua legalità dovrebbe essere verificata di volta in volta in ragione della disposizione normativa che abbia legittimato la nomina del commissario. Solo così potrà garantirsi che la fuga dalla disciplina ordinaria risponda realmente al bisogno di coordinamento e di semplificazione, e non sia piuttosto un modo per restituire a quanti hanno funzioni politiche un protagonismo amministrativo che non gli appartiene più.

In conclusione pare che a guardare il commissariamento come una forma di *project management* si aprano prospettive di indagine interessanti, seguendo le quali si potrebbero delineare i contorni e la disciplina di uno strumento tipica-

⁶³ In tal senso si veda il D.P.C.M. 4 ottobre 2018 recante la nomina del commissario straordinario per la ricostruzione a Genova (*ex art. 1 del d.l. 28 settembre 2018, n. 109*). Qui, infatti, il commissario è individuato nella persona del dott. Bucci, ma non in quanto sindaco *pro tempore* e, anzi, vistone il *curriculum* «dal quale si evince l'adeguata professionalità a ricoprire l'incarico».

⁶⁴ Sul carattere normativo delle ordinanze adottate in occasione dei commissariamenti derogatori cfr. G. Morbidelli, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, cit.

mente utilizzabile per governare i processi di progettazione, esecuzione e collaudo di quelle opere pubbliche che richiedano forme di coordinamento forte e schemi di intervento più flessibili. Si tratta di un'operazione certamente non semplice, ma che avrebbe il merito di ricondurre il commissariamento entro una cornice di maggiore legalità in cui poter garantire anche l'autonomia del commissario dai condizionamenti di natura strettamente politica, con beneficio per l'imparzialità e il buon andamento della sua azione.

Efficienza e legalità nel commissariamento delle opere pubbliche

Il saggio affronta il tema dei commissariamenti disposti in materia di opere pubbliche al fine di ricostruirne i modelli operativi ed evidenziarne la funzione nell'attuale assetto amministrativo e costituzionale. Dopo aver ricondotto le varie fattispecie commissariali a due modelli (*meramente procedimentale* uno, *derogatorio* l'altro) a seconda che il legislatore attribuisca o meno all'organo poteri derogatori della vigente disciplina, lo scritto si sofferma a considerare i requisiti di legalità di tali soluzioni e le ragioni per cui negli ultimi anni il commissariamento è divenuto mezzo per ovviare alle inefficienze del vigente sistema amministrativo. In tal senso si esamina la tendenza dello strumento commissariale a diventare avanguardia organizzativa volta ad accogliere e sperimentare, nell'immediato e limitatamente alla singola iniziativa infrastrutturale, soluzioni nuove riconducibili al *project management* e per le quali il commissario va assumendo i tratti di un nuovo modello di responsabile unico dei procedimenti più complessi. Da qui la necessità di guardare ai commissariamenti con occhi nuovi e con rinnovata prudenza, per continuare a garantirne la legalità e accrescerne l'efficienza.

Efficiency and legality in the commissioning of public works: the commissioner as single manager of the most complex projects

The paper discusses the topic of commissioners provided for public works. In light of the legality of the measure and the two different models of commissioners identified (the former 'procedural', the latter 'derogatory'), the report figures out the most recent updates. Moving from the view of managing emergency measures, the commissioners become a new management tool useful for solving complex procedures and inefficiencies, or kind of project manager with special powers for extraordinary situations. This new role developed within the public sector led to explore such commissioners from a different prudential point of view, in order to guarantee the legality of the system and increase relative efficiency.

I principi dell'istruttoria nel procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale. Riflessi sul piano processuale

Laura Pergolizzi

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Istruttoria procedimentale e rilevanza del principio di cooperazione istruttoria. – 3. La valutazione dei fatti: dalla ricerca della certezza alla concessione del beneficio dubbio. – 4. Riflessi sul piano dell'istruttoria processuale. – 5. Conclusioni.

1. *Premessa*

L'istruttoria del procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale è caratterizzata da specialità rispetto alla disciplina generale dettata dalla l. 241/1990.

A determinare tale specialità è, probabilmente, l'esigenza di assolvere alla funzione di compensazione della accentuata asimmetria informativa causata dalla dimensione "emergenziale" nella quale il procedimento viene istruito, nell'ottica di tutela dei diritti fondamentali del cittadino straniero che formula domanda di protezione internazionale¹.

¹ Inoltre, tale specialità è determinata dalla crescente influenza del diritto dell'Unione europea sulla disciplina del procedimento in materia di asilo, che ha prodotto, tra i suoi risultati, quello di modulare, armonizzandoli, alcuni istituti giuridici dapprima operanti nell'ambito dell'ordinamento statale. L'attuale cornice normativa di riferimento consta di una pluralità di discipline prevalentemente di attuazione di direttive europee: il d.lgs. 251/2007, di attuazione della direttiva 2004/83/CE recante «norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica del rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta»; il d.lgs. 25/2008, di attuazione della direttiva 2005/85/CE recante «norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato»; il d.lgs. 142/2015, di attuazione della direttiva 2013/33/UE recante «norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale», la direttiva 2013/32/UE, recante «procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale»; gli interventi modificativi ad essi successivi, introdotti con lo strumento del decreto legge.

Come noto, sotto il profilo generale l'istruttoria del procedimento amministrativo è dominata dal principio inquisitorio, che risponde all'esigenza di delimitazione della «porzione di realtà nei confronti della quale l'amministrazione deve rivolgere la propria attenzione al fine di provvedere legittimamente»² ad esito di un procedimento amministrativo che si sviluppa «per stadi successivi di conoscenza»³.

A tale stregua, l'attività conoscitiva che logicamente precede⁴ l'emanazione del provvedimento amministrativo si sostanzia nella raccolta e ricostruzione, da parte della pubblica amministrazione, dei fatti e delle informazioni rilevanti⁵ e nell'inquadramento della fattispecie concreta nella fattispecie astratta, ponendosi come obiettivo la conoscenza della verità oppure, in subordine, il raggiungimento di un grado conoscitivo che si «accosti» al concetto di certezza, rientrando nell'alveo della presunzione o finzione di verità⁶.

Sotto un diverso profilo, l'acquisizione dei fatti da parte della pubblica amministrazione è favorita dalla partecipazione procedimentale⁷, che consente al partecipante di arricchire con le proprie prospettazioni la quantità e la qualità delle informazioni a disposizione della pubblica amministrazione⁸.

² E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F. Fracchia, Milano, 2019, 443.

³ F. Merloni, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2016, 268.

⁴ F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 2018, 8: «Sotto questo profilo, il procedimento appare come la collaborazione spontanea, interessata o coattiva di vari soggetti all'istruzione di un affare che si conclude con un atto amministrativo».

⁵ M.P. Guerra, *Funzione conoscitiva e pubblici poteri*, Milano, 1996.

⁶ M.S. Giannini, *Certezza pubblica*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, 769. Entro questa cornice, si inserisce la nozione di fatto dell'accertamento, che secondo la definizione di autorevole dottrina è il risultato che «da una situazione di incertezza, attraverso un'attività di chiarificazione della realtà, perviene a una dichiarazione di scienza munita di efficacia preclusiva». Cfr. A. Falzea, *Accertamento (Teoria generale)*, *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, 218. Inoltre, secondo la prospettiva funzionalista recentemente avvalorata da autorevole dottrina, in particolare A. Romano Tassone, *Amministrazione pubblica e produzione di "certezza": problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in *Dir. Amm.*, 4, 2005, 869, il multiforme insieme degli strumenti di trasmissione della conoscenza che compongono il nostro panorama giuridico impongono un superamento della tradizionale descrizione di fatto dell'accertamento in termini di effetti giuridici, in favore della più ampia distinzione tra la nozione di certezza stabilità e quella di certezza affidamento. La prima, che si aggancia alla tradizionale nozione di accertamento si concentra sulla struttura dell'atto concependo il valore della certezza come stabilità sociale di qualificazione e di rapporti giuridici. La seconda è intesa come affidamento sociale nelle qualità intrinseche di persone e/o beni della vita. Cfr. L. Donato, *Le Autocertificazioni tra "verità" e "certezza"*, Napoli, 2015, 60-61.

⁷ M. D'Alberti, *La "visione" e la "voce": le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1, 1; M. Nigro, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 225; A. Romano, *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, in *Aa.Vv., Il diritto amministrativo degli anni '80*, Atti del XXX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 1984, Milano, 1987, 155; M.C. Romano, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016.

⁸ A. Crosetti, F. Fracchia, *Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi prospettive ed esperienze. Raccolta di saggi sul tema della partecipazione amministrativa nelle sue diverse valenze*, Milano, 2002; M.A. Sandulli, *Il codice dell'azione amministrativa: il valore dei suoi principi e l'evoluzione delle sue regole*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 2 ss.

Tale prospettiva, avvalorata a partire dalla l. 241/1990, riflette una logica di tipo collaborativo⁹ che, assolvendo alle funzioni di difesa del cittadino, contribuisce in modo significativo all'ormai non più recente passaggio dalla concezione di pubblica amministrazione autoritaria a quella di pubblica amministrazione democratica¹⁰.

L'applicazione del modello appena delineato (indagine condotta d'ufficio dalla pubblica amministrazione/apporto della partecipazione procedimentale) all'istruttoria del procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale, è aggravata a causa della difficoltà in cui incorre la pubblica amministrazione laddove è chiamata a svolgere la ricognizione della "porzione di realtà" rilevante per l'adozione del provvedimento legittimo.

L'obiettivo di superamento di tale difficoltà giustifica, quindi, l'introduzione, ad opera del legislatore, di strumenti conoscitivi speciali e ulteriori rispetto a quelli comunemente apprestati.

Quanto affermato trova una conferma sia nella fase avente ad oggetto l'introduzione/allegazione dei fatti al procedimento, sia nella, successiva fase della valutazione del compendio fattuale, complessivamente ispirate da una logica di collaborazione "rinforzata" tra lo Stato e il cittadino straniero e la cui applicazione non è priva di riflessi problematici oltre che sul piano procedimentale, anche e (forse) soprattutto sul piano processuale.

2. *Istruttoria procedimentale e rilevanza del principio di cooperazione istruttoria*

Il principio che regge la fase istruttoria del procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale è la «cooperazione istruttoria»¹¹.

Il principio trova un fondamento nell'art. 3 della direttiva 2004/83/CE, recante «norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica del rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta», secondo cui lo Stato membro è tenuto, «in collaborazione» con il richiedente, a esaminare tutti gli elementi significativi della domanda al fine di determinare se, anche a fronte delle lacune probatorie che fisiologicamente potrebbero emergere all'esito dell'istruttoria, sussistano o meno i requisiti per l'accoglimento della domanda.

⁹ F. Saitta, *Garanzie partecipative ed ansia di provvedere*, in *Nuove autonomie*, 2002.

¹⁰ R. Ferrara, *La pubblica amministrazione fra autorità e consenso: dalla «specialità» amministrativa a un diritto amministrativo di garanzia*, in *Diritto amministrativo*, 1997, 2, 225 ss.

¹¹ C. Zanghì., *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2013; F.L. Gatta, *Legal avenues to access international protection in the European Union: past actions and future perspectives*, *Journal européen des droits de l'homme, European Journal of Human Rights (JEDH)*, 2018, 3.

L'ordinamento giuridico italiano ha accolto tale impostazione approvando il d.lgs. 251/2007, il cui articolo 3 dispone che:

a) il richiedente è tenuto a «presentare, unitamente alla domanda di protezione internazionale o comunque appena disponibili, tutti gli elementi e la documentazione necessari a motivare la richiesta»¹². L'oggetto delle informazioni e dei documenti che il richiedente è tenuto a produrre è piuttosto ampio: età, condizione sociale, anche dei congiunti, se rilevante ai fini del riconoscimento, identità, cittadinanza, paesi e luoghi in cui ha soggiornato in precedenza, domande d'asilo pregresse, itinerari di viaggio, documenti di identità e di viaggio, nonché i motivi della sua domanda di protezione internazionale¹³;

b) l'esame della domanda è svolto, «in cooperazione con il richiedente», in relazione a tutti i suoi «elementi significativi».

Così come appena delineata, la cooperazione istruttoria è ampiamente compatibile con la logica tradizionale su cui si basa il processo conoscitivo pubblico, i cui caratteri fondamentali sono l'informalità ed il metodo inquisitorio.

La rilevanza della cooperazione istruttoria è ancor più evidente se si consideri che, nella sede dell'istruttoria in esame, l'apporto collaborativo del cittadino straniero è affetto da alcune limitazioni che si esplicano sia sotto il profilo formale sia sotto il profilo sostanziale¹⁴.

Occorre, a tal proposito, ricordare che l'art. 2, comma 5, del d.lgs. 286/1998 (c.d. T.U. Immigrazione) dispone che «allo straniero è riconosciuta parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, nei rapporti con la pubblica amministrazione e nell'accesso ai pubblici servizi, nei limiti e nei modi previsti dalla legge»¹⁵.

La prospettiva del T.U. immigrazione è ulteriormente avvalorata dall'affermazione del diritto ad una buona amministrazione consacrato dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che si sostanzia nel diritto di

¹² Art. 3, comma 1, d.lgs. 251/2007.

¹³ Art. 3, comma 2, d.lgs. 251/2007.

¹⁴ Come noto, in passato, l'applicabilità degli istituti di partecipazione al procedimento amministrativo ai cittadini stranieri è stata al centro di un dibattito, il cui nucleo essenziale muoveva dal presupposto secondo il quale essa non contiene un'indicazione espressa di sua applicabilità anche ai soggetti non cittadini italiani. Nello specifico, l'art. 3 della l. 241/1990 fa riferimento al destinatario; negli articoli 7 e 10 si utilizza il termine «soggetti»; nell'art. 9 si fa riferimento a «qualunque soggetto». E ancora, nell'art. 11 si parla di interessati; nell'art. 22 di «chiunque vi abbia interesse per situazioni giuridicamente rilevanti». Il riferimento al cittadino viene riscontrato solo nell'art. 18, in tema di dichiarazioni sostitutive e per rinvio agli artt. 16 e 17, nella parte in cui rimanda ai pareri e alle valutazioni delle amministrazioni preposte alla salute dei cittadini. Successivamente, si è fatta strada l'opzione interpretativa che, al fine di giustificare l'applicabilità della previsione di partecipazione procedimentale pure agli stranieri, ha posto l'accento sulla *ratio* ispiratrice della l. 241/1990 e sulla natura della partecipazione «quale espressione di una più generale pretesa a un giusto procedimento, in senso lato, nuovo diritto fondamentale dell'individuo nell'ambito delle attuali società democratiche». Cfr. L. Gili, *Straniero e partecipazione*, in A. Crosetti, F. Fracchia (a cura di), *Procedimento amministrativo*, op. cit., 56 e ss.

¹⁵ L. Gili, *Straniero e partecipazione*, op. cit., 56 e ss.

ogni persona ad essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio e ad accedere ai documenti amministrativi; nell'obbligo, gravante sull'amministrazione, di motivare le proprie decisioni.

Si tratta di una impostazione che, ancor prima, rimanda alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei cittadini stranieri, emersa progressivamente a livello costituzionale¹⁶ e del diritto internazionale¹⁷ e fondata sui cardini dell'uguaglianza e della ragionevolezza¹⁸.

¹⁶ A. Ruggeri, *I diritti sociali al tempo delle migrazioni*, in F. Astone, A. Lupo, V. Prudente, A. Romeo (a cura di), *I diritti sociali al tempo delle migrazioni*, Napoli, 2019, 451 ss.

¹⁷ Cfr. D.U. Galetta, *Il diritto ad una buona amministrazione fra diritto UE e diritto nazionale e le novità dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in S. Civitaresse Matteucci, F. Guarriello, P. Puoti (a cura di), *Diritti fondamentali e politiche dell'Unione europea dopo Lisbona*, Santarcangelo di Romagna, 2013, 72 ss. e bibliografia ivi citata. È interessante, a tal proposito, porre mente alla ricostruzione offerta da una recente sentenza del Consiglio di Stato, che ha affrontato il tema del rapporto tra l'art. 10 *bis* e 21 *octies* della l. 241/1990 e il procedimento per il rilascio del permesso di soggiorno. In tale sede, il giudicante inquadra correttamente, in coerenza con l'articolo 2 del TU immigrazione, le garanzie dell'istante in sede di procedimento di rilascio del permesso di soggiorno, affermando che quelle sottese alla partecipazione procedimentale sono garanzie che vanno apprestate non soltanto nei confronti dei cittadini italiani, ma anche nei confronti dei cittadini stranieri. La spia sintomatica di tale ragionamento risiede nella posizione assunta dalla sentenza citata in relazione al rapporto tra gli artt. 10 *bis* e 21 *octies*, comma 2, della l. 241/1990: come noto, il secondo alinea del comma 2 dell'art. 21 *octies* introduce espressamente, nel proprio ambito di applicazione, l'ipotesi della mancata comunicazione di avvio del procedimento; parte della giurisprudenza attribuisce un'analogia configurazionale, sotto il profilo sostanziale, a tale comunicazione e al preavviso di rigetto (Cons. Stato, sez. III, sentenza del 7 agosto 2018, n. 4853; TAR Lazio, Roma, sez. III, sentenza del 15 aprile 2009, n. 3811), ma non mancano indirizzi in senso contrario, che ritengono che l'art. 21 *octies* sia da considerarsi norma eccezionale e, pertanto, non suscettibile di estensione analogica (TAR Liguria, Genova, sez. I, sentenza del 30 gennaio 2009, n. 138; TAR Toscana, Firenze, sez. II, sentenza del 24 gennaio 2012, n. 137). La sentenza in esame, aderendo al primo dei due orientamenti, lascia trasparire un atteggiamento ampiamente favorevole alla lettura, in chiave sostanzialistica, del preavviso di rigetto. Inoltre, e questo dato è particolarmente significativo, non manca di porre l'accento sulla posizione di "svantaggio" del cittadino straniero, suscettibile di emergere in sede procedurale. In un altro interessante passaggio, il giudicante, ai fini della massima garanzia dei diritti del cittadino straniero, si pronuncia a favore di una "prudente" applicazione delle regole procedurali, allorché l'interlocutore si trovi in una situazione rilevante di vulnerabilità, che, come emerge dall'interpretazione offerta dalla sentenza, può individuarsi anche nella difficoltà del cittadino straniero di muoversi agevolmente, e in poco tempo, nel quadro di una normativa in materia di immigrazione che lo stesso Consiglio di Stato riconosce essere complessa. Sotto questo profilo, la sentenza ha il merito di richiamare l'attenzione sull'esigenza di riconoscimento, nell'ambito del procedimento amministrativo in materia di immigrazione, delle garanzie dei diritti dei partecipanti al procedimento, e di "rafforzamento" di tali garanzie per il tramite di un'opera di bilanciamento tra interesse pubblico e situazioni giuridiche soggettive del cittadino straniero ampiamente compatibile con il diritto positivo e coerente con la moderna concezione dello Stato di diritto. Alla stregua di questa impostazione, la partecipazione emerge inequivocabilmente come terreno elettivo di garanzia del corretto esercizio della discrezionalità, ora attraverso la completa conoscenza, per la pubblica amministrazione, di tutti gli elementi che possono incidere sul contenuto dell'atto, ora per la tutela dell'interesse legittimo del richiedente a dimostrare il possesso dei requisiti per la legale permanenza nello Stato italiano. La disciplina della partecipazione nel procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale è prevalentemente, ma non integralmente, coerente con l'impostazione appena delineata.

¹⁸ Cfr. V. Berlingo, *L'humanitas e la fundamentalità del diritto: il 'trattamento' degli immigrati irregolari*, in *Diritto amministrativo*, 2017, 3.

La regolamentazione della partecipazione al procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale è prevalentemente, ma, come si vedrà, non integralmente, coerente con l'impostazione appena delineata¹⁹.

La disciplina speciale introduce l'istituto dell'audizione²⁰, che si sostanzia in un colloquio personale tra i membri della Commissione territoriale e il richiedente protezione internazionale in merito ai motivi che hanno spinto quest'ultimo a lasciare il paese di origine e ai motivi per i quali non gli è più possibile farvi rientro²¹.

La *ratio* dell'audizione risiede nell'esigenza di garantire una piena e effettiva tutela giuridica del richiedente protezione internazionale, anche e soprattutto nella sfera dei suoi diritti inviolabili e delle sue libertà fondamentali, che può essere realizzata in concreto soltanto attraverso l'effettiva garanzia del diritto di difesa e del contraddittorio.

Vero è che, a tale stregua, l'istituto possiede un buon potenziale, in termini di "capacità" di acquisizione delle informazioni utili e indispensabili alla rico-

¹⁹ Cfr. S. Agosta, *La disciplina in tema di protezione internazionale e contrasto all'immigrazione illegale. Osservazioni a prima lettura*, in F. Astone, R. Cavallo Perin, A. Romeo, M. Savino (a cura di) *Immigrazione e diritti fondamentali*, Atti dei Convegni Siracusa 4 maggio 2017, Torino 27 ottobre 2017, Torino, 2019, 330 ss.

²⁰ La disciplina originariamente introdotta dagli art. 12, 13 e 14 del d.lgs. 25/2008, si limitava a prevedere che il colloquio – soggetto a verbalizzazione – reso in forma orale e in seduta non pubblica, senza la presenza dei familiari, a meno che l'autorità decidente non ritenesse che un esame adeguato comporti la loro presenza. A seguito della riforma introdotta con il d.l. 13/2017, il colloquio si è conformato a una serie di formalità nuove: il comma 1, dell'art. 6 del d.l. afferma che: «L'articolo 14 è sostituito dal seguente: Art. 14 (Verbale del colloquio personale). 1. Il colloquio è videoregistrato con mezzi audiovisivi e trascritto in lingua italiana con l'ausilio di sistemi automatici di riconoscimento vocale. Della trascrizione del colloquio è data lettura al richiedente in una lingua a lui comprensibile e in ogni caso tramite interprete. Il componente della Commissione territoriale che ha condotto il colloquio, subito dopo la lettura e in cooperazione con il richiedente e l'interprete, verifica la correttezza della trascrizione e vi apporta le correzioni necessarie. In calce al verbale è in ogni caso dato atto di tutte le osservazioni del richiedente e dell'interprete, anche relative alla sussistenza di eventuali errori di trascrizione o traduzione, che non siano state direttamente recepite a correzione del testo della trascrizione). 2. Il verbale della trascrizione è sottoscritto dal presidente o dal componente della Commissione territoriale che ha condotto il colloquio e dall'interprete. Il richiedente sottoscrive eventuali osservazioni riportate in calce ai sensi del comma 1. 3. Copia informatica del file contenente la videoregistrazione e del verbale della trascrizione sono conservati, per almeno tre anni, in un apposito archivio informatico del Ministero dell'interno, con modalità che ne garantiscono l'integrità la non modificabilità e la certezza temporale del momento in cui sono stati formati. 4. Il richiedente riceve copia della trascrizione in lingua italiana. 5. In sede di ricorso giurisdizionale avverso la decisione della Commissione territoriale, la videoregistrazione e il verbale di trascrizione sono resi disponibili all'autorità giudiziaria in conformità alle specifiche tecniche di cui al comma 8 ed è consentito al richiedente l'accesso alla videoregistrazione. 6. La commissione territoriale adotta idonee misure per garantire la riservatezza dei dati che riguardano l'identità e le dichiarazioni dei richiedenti».

²¹ Si tratta di un istituto la cui applicazione rientra nella discrezionalità della Commissione territoriale, la quale può omettere l'audizione quando ritiene di aver già sufficienti motivi per accogliere la domanda di riconoscimento dello *status* di rifugiato. Una disciplina *ad hoc* viene riservata all'audizione del cittadino straniero minore non accompagnato, che deve essere sentito alla presenza della persona che esercita la potestà del minore. Per un approfondimento del tema si rinvia a F. Lenzerini, *La protezione dei minori stranieri non accompagnati nel diritto internazionale*, in R. Pisillo Mazzeschi, P. Pustorino, A. Viviani (a cura di), *Diritti umani degli immigrati: Tutela della famiglia e dei minori*, Napoli, 2010, 271 ss.

struzione del quadro fattuale sotteso alla procedura di protezione internazionale. Ciononostante, come noto, l'audizione fatica ad assolvere la funzione alla quale è preposta poiché il richiedente protezione internazionale riversa in una situazione di emergenza che, in alcuni casi, gli impedisce di sostenere il colloquio, ad esempio per motivi di salute²², oppure, come spesso accade, gli consente di sostenere il colloquio senza avere, però, la possibilità effettiva di allegare elementi idonei a completare tutti i tasselli che compongono la fattispecie, o meglio, le fattispecie alle quali viene riconosciuta protezione internazionale²³.

Ancora, con riferimento al rapporto tra la procedura per il riconoscimento della protezione internazionale e le regole della legge generale sul procedimento amministrativo, occorre richiamare il d.lgs. 25/2008, il cui art. 18, dedicato alla «applicazione della legge 7 agosto 1990, n. 241», dispone che: «Ai procedimenti per l'esame delle domande di protezione internazionale si applicano le disposizioni in materia di procedimento amministrativo e di accesso agli atti amministrativi, di cui ai capi I, ad esclusione dell'articolo 2, comma 2, II, IV-*bis* e V, nonché agli articoli 7, 8 e 10 del capo III della legge 7 agosto 1990, n. 241».

La norma omette di fare menzione dell'istituto del preavviso di rigetto e esclude espressamente l'applicazione di alcuni altri istituti, tra i quali la comunicazione di avvio del procedimento, e ciò, probabilmente, per ragioni di economia

²² In alcune ipotesi previste dalla legge, la Commissione territoriale può derogare all'obbligo di audizione: quest'ultima deve essere esclusa nei confronti del richiedente che per «ragioni sanitarie debitamente certificate da una struttura sanitaria pubblica o da un medico convenzionato con il servizio sanitario» non sia in grado di sostenere il colloquio (art.12, d.lgs. 25/2008). Tale specificazione è tutt'altro che scontata. Basti pensare che la disciplina relativa alla procedura di espulsione del cittadino straniero dal territorio dello stato contenuta nel d.lgs. 286/1998 contiene al suo art. 19, un elenco dei limiti all'espulsione tra i quali non figura alcun riferimento alle ragioni sanitarie. A tal proposito, si è reso necessario un intervento della Corte Costituzionale, 5 luglio 2001, n. 252, che ha avuto modo di affermare che, sulla base dell'applicazione dell'art. 32 Cost., l'accesso alla prestazione sanitaria costituisce un «nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possono appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto».

²³ La complessità di cui l'intervista con un richiedente asilo è connotata emerge con evidenza dalla ricostruzione offerta da M. Veglio, *Uomini tradotti. Prove di dialogo con richiedenti asilo*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2017, 2: «L'irriducibile individualità dell'essere umano rende la ricostruzione di qualunque narrazione personale un faticoso percorso ad ostacoli, che richiede tempo, esperienza e grande dedizione, oltre alle competenze tecniche. Se il tavolo di lavoro è il corpo di un'umanità vulnerata è reietta, il percorso si fa labirintico».

procedurale²⁴. Invece, appare «non di immediata comprensione»²⁵ l'esclusione dell'intervento nel procedimento di portatori di interessi pubblici o privati, «ove si voglia intendere la partecipazione secondo profili non esclusivamente difensivi – intervento di quanti possano derivare un pregiudizio dal provvedimento – ma piuttosto secondo una prospettiva anche collaborativa a opera di associazioni e comitati portatori di interessi esponenziali»²⁶.

²⁴ Quanto alla tempistica procedurale, questa è scandita dal termine di trenta giorni per la convocazione del richiedente protezione internazionale e dal termine di tre giorni feriali successivi per la decisione da parte della Commissione territoriale (art. 27, comma 2, d.lgs. 25/2008). Qualora la Commissione territoriale, per la sopravvenuta esigenza di acquisire nuovi elementi, non abbia potuto adottare la decisione entro tali termini, informa del ritardo il richiedente e la questura competente. In tal caso, la procedura di esame della domanda è conclusa entro sei mesi. Il termine è prorogato di ulteriori nove mesi quando: a) l'esame della domanda richiede la valutazione di questioni complesse in fatto o in diritto; b) in presenza di un numero elevato di domande presentate simultaneamente; c) il ritardo è da attribuire all'inosservanza da parte del richiedente degli obblighi di cooperazione di cui all'art. 11 (art. 27, comma 3, d.lgs. 25/2008). In casi eccezionali, debitamente motivati, il termine di nove mesi di cui al comma 3 può essere ulteriormente prorogato di tre mesi ove necessario per assicurare un esame adeguato e completo della domanda (art. 27, comma 3 bis, d.lgs. 25/2008). Si tratta di termini meramente ordinatori, ai quali, peraltro, fanno eccezione le c.d. procedure accelerate, caratterizzate dalla semplificazione e dalla riduzione dei termini procedurali (ordinatori): sette giorni per la convocazione del richiedente protezione internazionale ed un termine di due giorni per la decisione da parte della Commissione territoriale (art. 28 bis, comma 1, d.lgs. 25/2008). Tali termini possono essere superati ove necessario per assicurare un esame adeguato e completo della domanda, fatti salvi i termini massimi previsti dall'articolo 27, commi 3 e 3 bis. In tal caso, qualora la domanda sia stata presentata da un richiedente per il quale è stato disposto il trattenimento, i termini di cui all'articolo 27, commi 3 e 3 bis, sono ridotti ad un terzo (art. 28 bis, comma 3, d.lgs. 25/2008). In passato, la procedura accelerata aveva un campo di applicazione limitato, in particolare all'ipotesi di domanda presentata da un richiedente per il quale è disposto il trattenimento. Con il d.l. 113/2018, convertito in l. 132/2018, tale campo di applicazione è stato ampliato alla c.d. procedura accelerata c.d. di frontiera e alla procedura accelerata applicata per la valutazione della richiesta del cittadino straniero che provenga da un c.d. paese di origine sicuro. Sul rapporto tra garanzie procedurali e procedure accelerate, a seguito della riforma del 2018, S. Fachile, A. Massimi, L. Leo, *Le nuove procedure accelerate: lo svilimento del diritto di asilo*, in *www.questionegiustizia.it*, 2 novembre 2019: «In caso di procedure accelerate, l'esame della domanda di asilo viene svolto in tempi molto rapidi (di norma sette o quattordici giorni prorogabili alle condizioni di cui all'art. 28-bis comma 3 del d.lgs. 25/2008) e in molte circostanze ciò accade al momento dell'arrivo in Italia, ossia nei luoghi di frontiera e in condizioni di trattenimento. Il richiedente asilo, in questa fase, si trova presumibilmente in una situazione di isolamento sociale, non avendo contatti con le organizzazioni e con gli operatori che svolgono attività di informazione e preparazione all'intervista presso la Commissione territoriale. Eccezion fatta per la possibile presenza in zona di frontiera dell'UNHCR, che su incarico del Ministero dell'Interno fornisce informative generali al momento dell'arrivo, che in nessun modo possono considerarsi realmente propedeutiche alla preparazione del richiedente asilo all'intervista in Commissione».

²⁵ M. Consito, *I procedimenti amministrativi sul riconoscimento allo straniero degli status di protezione internazionale*, in *Diritto Amministrativo*, 2017, 2, 397.

²⁶ M. Consito, *I procedimenti amministrativi*, op. cit., 397.

3. *La valutazione dei fatti: dalla ricerca della certezza alla concessione del beneficio del dubbio*

Le questioni problematiche finora esaminate producono ricadute inevitabili sul piano della valutazione giuridica: ricorre, in altri termini, la concreta possibilità che, nonostante gli sforzi della pubblica amministrazione, in sede di esercizio dei poteri officiosi di indagine ai quali è preposta, e del cittadino straniero che partecipa al procedimento amministrativo, l'istruttoria procedimentale non soddisfi appieno l'esigenza di comporre la valutazione sui singoli elementi di prova raccolti entro un quadro unitario e coerente.

In tale contesto è interessante notare come, ai fini della valutazione positiva circa la fondatezza della domanda di protezione internazionale, si attribuisca un rilievo significativo ad alcuni elementi "indiziari", ad esempio al fatto che il richiedente abbia già subito persecuzioni o danni gravi o minacce dirette di persecuzioni o danni, che possano tradursi in un «serio indizio della fondatezza del timore del richiedente di subire persecuzioni o del rischio effettivo di subire danni gravi»²⁷.

Inoltre, qualora taluni elementi o aspetti delle dichiarazioni del richiedente la protezione internazionale non siano suffragati da prove, essi devono essere considerati «veritieri» se l'autorità competente a decidere sulla domanda ritenga che il richiedente abbia compiuto ogni ragionevole sforzo per circostanziare la domanda; ed ancora, che tutti gli elementi pertinenti in suo possesso siano stati prodotti e sia stata fornita una idonea motivazione dell'eventuale mancanza di altri elementi significativi; che le dichiarazioni del richiedente siano ritenute coerenti e plausibili e non siano in contraddizione con le informazioni generali e specifiche pertinenti al suo caso, di cui si dispone; che il richiedente abbia presentato la domanda di protezione internazionale il prima possibile, a meno che egli non dimostri di aver avuto un giustificato motivo per ritardarla; che dai riscontri effettuati il richiedente sia, in generale, attendibile²⁸.

In sede di pratica attuativa, sorgono alcuni problemi allorquando l'esame della Commissione territoriale abbia ad oggetto informazioni non suscettibili di essere verificate con un grado di certezza idonea a comprovarne la veridicità. Un esempio è costituito dalle informazioni relative all'orientamento sessuale, che non sono suscettibili di valutazione a mezzo test o perizia psicologica²⁹ neppure nell'ipotesi in cui la loro acquisizione si riveli determinate ai fini dell'adozione del

²⁷ Art. 3, comma 4, d.lgs. 251/2007.

²⁸ Art. 3, comma 5, d.lgs. 251/2007. Cfr. F. Gallo, *Commento all'art. 3 del d.lgs. 251/2007*, in D. Manzione (a cura), *Codice dell'immigrazione e asilo*, Milano, 2018, 542-549.

²⁹ Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza del 25 gennaio 2018, causa C- 473/16.

provvedimento, poiché idonei a comprovare l'unico motivo dell'asserita persecuzione nel paese di origine da parte del richiedente protezione internazionale³⁰.

Secondo la soluzione offerta dal diritto positivo, dunque, qualora taluni elementi o aspetti delle dichiarazioni del richiedente protezione internazionale non siano suffragati da prove, essi sono considerati veritieri se la Commissione territoriale riscontri che la richiesta di protezione internazionale sia il frutto di «ogni ragionevole sforzo» per circostanziare la domanda, oltre che tempestiva, a meno che l'istante non dimostri di aver avuto un giustificato motivo per ritardarla.

Elementi sintomatici della fondatezza della domanda di protezione internazionale sono, altresì, la completezza delle informazioni disponibili e l'assenza di strumentalità; la tendenziale plausibilità logica della domanda formulata dall'istante, valutabile non solo dal punto di vista della coerenza intrinseca ma anche sotto il profilo della corrispondenza della situazione descritta con quella oggettiva sussistente nel Paese di provenienza³¹.

Il giudizio di credibilità si snoda dunque attraverso «una fase “interna” (logicità e assenza di contraddizioni nel racconto) ed una “esterna”, vale a dire la verifica della coerenza della narrazione con le informazioni «precise e aggiornate circa la situazione generale esistente nel Paese di origine dei richiedenti asilo»³², le cd. *Country of Origin Information (COI)*»³³.

Entro questa cornice, lo *standard* probatorio è sostanzialmente degradato dalla sfera della “certezza”, giuridicamente intesa, alla sfera della “veridicità”, ossia della “conformità alla verità” che emerge ad esito della verifica della sussistenza degli elementi sintomatici tipizzati: così disponendo, il legislatore sembra rievocare la logica della valutazione circa la portata indiziaria del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* delle informazioni introdotte nei procedimenti aventi natura cautelare e, sotto un diverso aspetto, la logica – seppur applicata all'inverso – delle dichiarazioni sostitutive di certificazione, dal cui contenuto la pubblica amministrazione non può discostarsi senza averne provato la “non veridicità”.

³⁰ Il problema viene comunemente superato dalla giurisprudenza dell'Unione europea mediante l'affermazione secondo la quale le autorità nazionali che procedono in ordine alle istanze di protezione internazionale non possono considerare mancanti di credibilità i richiedenti asilo per il solo motivo che l'asserito orientamento sessuale non sia stato fatto valere alla prima occasione concessagli per esporre i motivi della persecuzione e che, in ogni caso, le dichiarazioni di un richiedente protezione internazionale relative al suo orientamento sessuale costituiscono, tenuto conto del contesto particolare in cui si inserisce la richiesta, soltanto “il punto di partenza” nel processo di esame dei fatti e delle circostanze previsto dalla disciplina positiva. Sul punto si rinvia, tra le altre sentenze, a Corte giustizia dell'Unione europea, sentenza del 25 gennaio 2018, causa C - 473/16. Nell'ambito della giurisprudenza interna, si segnala Cass. civ., sez. VI, 21 luglio 2017, n. 18128.

³¹ Art. 3, d.lgs. n. 251 del 2007.

³² M. Veglio, *Uomini tradotti*, op. cit.

³³ Quello delle *country of Origin Information (COI)* è stato descritto, in modo condivisibile, come un «multiforme universo», Cfr. M. Veglio, *Uomini tradotti*, op. cit., e la sitografia ivi indicata.

Merita, inoltre, attenzione, il contenuto delle Linee guida dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR), ove si afferma che lo *standard* probatorio richiesto ai fini dell'accoglimento della domanda di protezione internazionale, specie nelle ipotesi in cui quest'ultima sia formulata da una persona in fuga da un Paese d'origine che riversi in una situazione di conflitto armato e violenza che non consente il reperimento di informazioni e di documentazione da allegare al procedimento, è attenuato a tal punto da consentire la concessione del beneficio del dubbio³⁴.

La *ratio* del regime speciale risiede, secondo la soluzione offerta dall'UNHCR, nell'oggettiva complessità e gravosità delle operazioni connesse alla raccolta di informazioni idonee a giustificare la domanda e, in prospettiva dell'amministrazione pubblica, nelle difficoltà, legate alla valutazione della credibilità del richiedente, dovute alla distanza geografica e culturale tra il paese in cui si presume che i fatti prospettati abbiano avuto luogo e il paese in cui viene esaminata la domanda di protezione internazionale, alla quale si aggiunge il requisito della confidenzialità in merito alla raccolta di informazioni sui casi individuali³⁵.

Parte della giurisprudenza, favorevole all'ammissibilità del parametro del beneficio del dubbio, pone una duplice base giuridica di riferimento: le Linee Guida dell'UNHCR e l'art. 3, comma 5, del d.lgs. 251/2007, nella parte in cui prevede che qualora taluni elementi o aspetti delle dichiarazioni del richiedente protezione internazionale non siano suffragati da prove, essi sono "considerati veritieri" se è possibile riscontrare la sussistenza dei suoi elementi sintomatici³⁶.

Tale orientamento, lascia sullo sfondo (o meglio, mette da parte) sia la problematica relativa alla vincolatività, o meno, del contenuto delle linee guida, sia la differenza che sussiste tra la logica sottesa alla valutazione circa la corrispondenza al vero "di" un fatto e la logica sottesa alla concessione del beneficio del dubbio "su" un fatto.

Secondo un diverso orientamento, che valorizza la nozione di "veridicità", l'attenuazione dell'onere della prova concessa al richiedente protezione internazionale «non pone a carico dell'amministrazione alcuno speculare onere né di concedere il beneficio del dubbio, né di smentire con argomenti contrari le ragioni addotte dall'istante»³⁷.

Secondo altro orientamento, che non si sofferma sulla definizione formale dell'operato del giudice, ma predilige un approccio di tipo sostanziale, la Com-

³⁴ UNHCR, *Linee guida in materia di protezione internazionale*, 2 dicembre 2016.

³⁵ UNHCR, *Beyond Proof Credibility Assessment in EU Asylum Systems*, in www.unhcr.org.

³⁶ Cass. civ., sez. VI, 8 giugno 2016, n. 11754; Tribunale di Lecce, 25 novembre 2017, n. 14991: la sentenza ritiene ammissibile il beneficio del dubbio sulla base delle Linee Guida UNHCR del 2011.

³⁷ Cass. civ., sez. I, 23 agosto 2006, n. 18353; Cass. civ., sez. I, 2 dicembre 2012, n. 26278; Tribunale di Milano, 10 luglio 2017; Tribunale di Milano, 3 dicembre 2015; Tribunale di Milano 13 giugno 2013.

missione territoriale è chiamata a fare ricorso a «parametri normativi tipizzati e non sostituibili» aventi ad oggetto una «valutazione di insieme della credibilità del cittadino straniero, fondata su un insieme comparativo e complessivo degli elementi di affidabilità e di quelli critici»³⁸.

4. *Riflessi sul piano dell'istruttoria processuale*

Se complessa è l'analisi del rapporto tra i principi appena descritti e l'istruttoria del procedimento amministrativo celebrato innanzi alla Commissione territoriale, molto più complessa è l'individuazione dell'applicabilità, o meno, di tali principi all'istruttoria processuale relativa al giudizio di merito sulla protezione internazionale.

È utile ricordare che quello in commento è un giudizio che non ha per oggetto il provvedimento stesso, bensì il diritto soggettivo del ricorrente alla protezione invocata, e che, per tale ragione, non può concludersi con il mero annullamento del diniego amministrativo della protezione, ma deve pervenire comunque alla decisione sulla spettanza o meno del diritto alla protezione³⁹.

Ne consegue che la proposizione della domanda giudiziale determina l'automatica devoluzione della cognizione sullo *status* del richiedente al giudice ordinario, il quale ha, cioè, il potere di accertare la sussistenza delle condizioni fondanti il riconoscimento di ciascuna delle forme di tutela disciplinate dall'ordinamento⁴⁰, sicché deve pervenire alla decisione sulla spettanza, o meno, del diritto stesso e non può limitarsi al mero annullamento del diniego amministrativo⁴¹.

Tanto premesso, e tornando al tema dell'istruttoria, il problema che si pone è se, nell'ambito dell'ordinamento, vi sia uno spazio per l'applicazione del principio di cooperazione istruttoria ai giudizi in materia di protezione internazionale, sì da determinare, inevitabilmente l'attenuazione del principio dispositivo⁴², che

³⁸ Cass. civ., sez. IV, 4 aprile 2013, n. 8282.

³⁹ Cass. civ., sez. IV, 8 giugno 2016, n. 11754: «La nullità del provvedimento amministrativo di diniego della protezione internazionale non ha autonoma rilevanza nel giudizio introdotto con ricorso al Tribunale avverso il suddetto provvedimento in quanto tale giudizio non ha per oggetto il provvedimento stesso, ma il diritto soggettivo del ricorrente alla protezione invocata». Cfr. nota a cura di P. Alunni, *Diniego della protezione internazionale e nullità del provvedimento amministrativo*, in *www.dirittoegustizia.it*, 2016.

⁴⁰ Cass. civ., sez. VI, 10 aprile 2015, n. 7333; G. Ammassari, *Protezione internazionale - l'oggetto del giudizio di opposizione al riconoscimento della protezione internazionale*, nota a Trib. Roma, ord. 6 luglio 2017, in *Giur. It.*, 2017, 11, 2398.

⁴¹ Cass. civ., sez. IV, 3 settembre 2014, n. 18632.

⁴² Art. 115 c.p.c.

domina il processo civile⁴³, per cui, come regola generale⁴⁴, solo alle parti spetta l'indicazione dei mezzi di prova a sostegno dei fatti allegati in giudizio⁴⁵.

L'orientamento giurisprudenziale tradizionale ammette una simile operazione sulla base di una ricostruzione, in chiave interpretativa, della direttiva 83/2004: l'art. 3 di tale direttiva non si rivolge ad una specifica autorità, ma allo "Stato membro"; i principi ivi enunciati «influenzano l'interpretazione di tutto il diritto nazionale anche se non di diretta derivazione comunitaria»⁴⁶ e in considerazione del carattere incondizionato e della precisione del contenuto di queste disposizioni, ed in virtù del criterio dell'interpretazione.

Sulla base di questo ragionamento, sia la pubblica amministrazione, in sede di istruttoria procedimentale, sia l'organo giurisdizionale, in sede di istruttoria processuale, sono tenuti, in cooperazione con il richiedente protezione internazionale, ad esaminare tutti gli elementi significativi della domanda svolgendo «un ruolo attivo nell'istruzione della domanda, disancorato dal principio dispositivo proprio del giudizio civile ordinario e libero da preclusioni o impedimenti processuali, oltre che fondato sulla possibilità di assumere informazioni ed acquisire tutta la documentazione necessaria»⁴⁷.

Parte della giurisprudenza si preoccupa di conciliare il rapporto tra il principio di "cooperazione" e il principio dispositivo.

⁴³ E.T. Liebman, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1960, 551 ss.; E. F. Ricci, *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*, Padova, 1974; G. F. Ricci, *Principi di diritto processuale generale*, Torino, 2015.

⁴⁴ Art. 2697 c.c.

⁴⁵ Cfr. S. Patti, *Prove. Disposizioni generali*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca* (art. 2697-2698), Bologna-Roma, 1987; S. Patti, *Voce Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, 2007. A. De Caro, *Potere probatorio del giudice e diritto alla prova*, Napoli, 2003; L. P. Comoglio, *Le prove civili*, Torino, 2004; M. Conte, *Le prove civili*, Milano, 2009; C. Mandrioli, A. Carratta, *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 2019, 107.

⁴⁶ Cass. civ., sez. VI, 12 settembre 2016, n. 17929.

⁴⁷ Cass. civ., sez. VI, 13 dicembre 2016, n. 25534: «In tema di riconoscimento dello status di rifugiato politico o della protezione internazionale, in presenza di eccezioni di contestazione della conformità dei documenti prodotti dal richiedente agli originali e di sostanziale credibilità delle sue dichiarazioni, non opera il tradizionale principio dispositivo proprio del giudizio civile ordinario, ma il giudice – prescindendo da preclusioni o impedimenti processuali – ha il dovere di cooperare nell'accertamento dei fatti rilevanti, compiendo un'attività istruttoria ufficiosa, se del caso utilizzando canali diplomatici, rogatoriali ed amministrativi, essendo necessario temperare l'asimmetria derivante dalla posizione delle parti». Cass. civ., sez. IV, 20 dicembre 2013, n. 4230: «In caso di diniego di riconoscimento, da parte della Commissione competente, dello status di rifugiato, non impugnato dal richiedente, l'opposizione all'espulsione ex art. 19, comma 1, del d.lgs. n. 286 del 1998 deve fondarsi su ragioni umanitarie nuove o diverse da quelle che già oggetto del procedimento per il riconoscimento di protezione internazionale, dovendosi valutare la "novità" non solo in senso oggettivo ma anche – ove i fatti o i fattori di rischio siano state appresi medio tempore – in senso soggettivo, con la conseguenza che integrano il suddetto requisito non soltanto i fatti cronologicamente sopravvenuti alla decisione di rigetto non impugnata, ma anche quelli ignorati in sede di valutazione della Commissione territoriale perché non allegati dal richiedente e non accertati officiosamente dall'autorità decidente». A favore di una prospettiva analoga a quella appena citata, Tribunale di Roma, sez. I, 26 maggio 2016; Tribunale di Genova, sez. IV, 23 maggio 2016; Tribunale di Roma, sez. I, 29 gennaio 2014.

Secondo l'orientamento prevalente, il ricorrente ha l'onere comunque di indicare i fatti costitutivi del diritto azionato⁴⁸, seppur in via indiziaria, tenendo conto delle difficoltà connesse a volte ad un «allontanamento forzato e segreto», ma comunque a mezzo di elementi aventi carattere di precisione, gravità e concordanza, desumibili dai dati, anche documentali, offerti al bagaglio probatorio, pena l'impossibilità per il giudice di introdurli d'ufficio in giudizio⁴⁹.

È interessante la ricostruzione, recentemente offerta dalla Corte di Cassazione, secondo la quale l'attenuazione del principio dispositivo, che determina l'obbligo di cooperazione in capo al giudice ordinario, trova un fondamento in funzione del principio di tutela giurisdizionale effettiva, sancito dagli artt. 6 e 13 della CEDU e ribadito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

L'argomentazione ruota prevalentemente intorno all'art. 13 della CEDU, ai sensi del quale l'effettività di un ricorso richiede imperativamente un attento controllo da parte di un'autorità nazionale, un esame autonomo e rigoroso di ogni

⁴⁸ Ai fini della ricostruzione della linea di confine che segna il riparto dell'onere probatorio nella sede del processo della protezione internazionale, L. Minniti, *La valutazione di credibilità del richiedente asilo tra diritto internazionale, dell'UE e nazionale*, in www.questionegiustizia.it, 21 gennaio 2020.

⁴⁹ Cass. civ., sez. VI, 29 ottobre 2018, n. 27336: «La domanda diretta ad ottenere il riconoscimento della protezione internazionale non si sottrae all'applicazione del principio dispositivo, sicché il ricorrente ha l'onere di indicare i fatti costitutivi del diritto azionato, pena l'impossibilità per il giudice di introdurli d'ufficio nel giudizio». In senso analogo, Cass. civ., sez. VI, 28 settembre 2015, n. 19197: «La proposizione del ricorso al tribunale nella materia della protezione internazionale dello straniero non si sottrae all'applicazione del principio dispositivo, sicché il ricorrente ha l'onere di indicare i fatti costitutivi del diritto azionato, pena l'impossibilità per il giudice di introdurli d'ufficio nel giudizio». Tale pronuncia è espressamente citata da Cass. civ., sez. I, 14 giugno 2019, n. 16028, ove si afferma che, laddove l'art. 3 del d.lgs. 251/2007 stabilisce che il richiedente «è tenuto a presentare... tutti gli elementi e la documentazione necessari a motivare la medesima domanda», si riferisce, «tanto agli oneri di allegazione (per il che il richiedente deve presentare, ed in tal senso allegare, gli elementi dedotti a sostegno della domanda), quanto a quelli probatori (per il che il richiedente deve presentare, ed in tal senso produrre, la documentazione necessaria)». La Corte di Cassazione ritiene, pertanto, essere «manifesto come le ragioni fondanti la domanda di protezione, cosa del resto ovvia, debbano essere senz'altro anzitutto allegate dall'interessato. Sicché il richiedente ha il preciso onere di offrire agli organi del Paese al quale rivolge la domanda di protezione ogni elemento utile allo scrutinio di essa: e ciò egli deve fare in un'ottica di schietta collaborazione con tali organi, evidente essendo che la previsione normativa, laddove impone di procedere all'esame della domanda di protezione internazionale «in cooperazione con il richiedente», richiede un atteggiamento collaborativo reciproco, giacché, sul piano della logica prima ancora che su quello del diritto, non è pensabile che la Commissione territoriale, come pure il giudice, possa cooperare, e cioè operare insieme, ad un richiedente che, al contrario, non offra la collaborazione dovuta. Fin qui il richiedente non gode, e non vi è ragione perché debba godere, di alcuna agevolazione rispetto alle regole ordinarie del giudizio civile tale da giustificare un quadro assertivo non adeguatamente circostanziato, e tale da porre i menzionati organi in condizione di sottoporre la domanda al vaglio che merita». Per il tramite della pronuncia appena richiamata, come rilevato da M. Flaminio, N. Zorzella, *Rassegna della giurisprudenza italiana: Asilo e protezione internazionale*, in www.dirittoimmigrazione cittadinanza.it, la Suprema Corte afferma che l'attenuazione del principio dispositivo in cui la c.d. cooperazione istruttoria consiste si colloca «non dal versante dell'allegazione, ma esclusivamente da quello della prova; che il dovere di cooperazione istruttoria, collocato esclusivamente dal versante probatorio, trova per espressa previsione normativa un preciso limite tanto nella «reticenza del richiedente» e nella non credibilità delle circostanze che egli pone a sostegno della domanda».

censura secondo la quale vi è motivo di credere a un rischio di trattamento contrario all'art. 3⁵⁰.

Inoltre e, in effetti, come ricordato dal giudice, l'esigenza di assicurare al richiedente protezione internazionale o sussidiaria un rimedio effettivo dinanzi ad un giudice trova un fondamento specifico nell'art. 46 della direttiva 2013/32/UE, attraverso «l'esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto compreso, se del caso, l'esame delle esigenze di protezione internazionale ai sensi della direttiva 2011/95/UE, quanto meno nei procedimenti di impugnazione del giudice di primo grado»⁵¹.

Si tratta di una esigenza comune a tutte le sedi giurisdizionali, ma che emerge con ancora più evidenza nell'ipotesi in cui la parte sia un cittadino straniero che riversi in situazioni di emergenza⁵².

In ogni caso, la ricostruzione favorevole all'applicabilità, da parte del giudice della protezione internazionale, del principio dispositivo attenuato, pare aver ormai trovato accoglimento nella sede del diritto positivo.

A ben vedere, infatti, l'ammissione dell'attenuazione del principio dispositivo sembra essere stata definitivamente supportata dalle recenti riforme legislative che, al fine di accelerare i procedimenti giurisdizionali aventi ad oggetto la materia in questione, ne hanno modificato la struttura.

Ci si riferisce, ad esempio, all'applicazione, in sostituzione del rito sommario di cognizione di cui agli articoli 702 - *bis* e ss. c.p.c., del procedimento di cui agli articoli 737 ss. c.p.c. (cfr. art. 35 *bis* del d.lgs. 25/2008 introdotto dal d.l. 13/2017)⁵³.

La disciplina riformata restituisce un procedimento giurisdizionale che già di per sé si conforma a modelli istruttori emancipati rispetto al principio dispositivo in senso processuale, poiché prerogativa di tutta l'attività del giudice in sede di rito cautelare è la raccolta "deformalizzata" degli elementi di prova.

Quanto appena affermato mostra tutta la sua forza dirompente se si pensi che, paradossalmente, il giudice ordinario chiamato a conoscere della materia di protezione internazionale viene "calato" all'interno di un sistema che rievoca in modo piuttosto evidente quello processual-amministrativo tradizionale, oggetto

⁵⁰ CEDU, 21 gennaio 2011, M.S.S. c. Belgio e Grecia, par. 293.

⁵¹ Cass. civ., sez. I, 7 gennaio 2020, n. 86.

⁵² F. Astone, *Immigrazione e diritti fondamentali: aspetti problematici della effettività della tutela giurisdizionale*, in G. Moschella, L. Buscema (a cura di), *Immigrazione e condizione giuridica dello straniero*, Roma, 2016, 143 ss.

⁵³ A.D. De Santis, *L'impatto del c.d. «decreto sicurezza» al processo civile*, in www.dirittoimmigrazione-cittadinanza.it.

di applicazione del principio dispositivo con metodo acquisitivo come teorizzato in data anteriore all'avvento del codice del processo amministrativo⁵⁴.

Occorre, in ogni caso, individuare quali siano i criteri di valutazione del giudice della protezione internazionale e, in particolare, verificare se, come parte della giurisprudenza afferma, sia possibile “superare” i confini della regola della veridicità a favore del più ampio margine di manovra offerto dalla regola del dubbio.

Il risultato che attraverso l'affermazione dell'applicabilità, da parte del giudice della protezione internazionale, della “regola del dubbio”, si tenta di ottenere è probabilmente quello di creare una situazione di stabilità anche se ciò comporta l'attribuzione di un valore probatorio a informazioni del tutto inidonee a produrre certezza.

Tale prospettiva è potenzialmente compatibile con i principi costituzionali posti a tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, riflettendo altresì l'approccio globale sulla gestione dell'emergenza che la Commissione europea dichiara di voler promuovere quale pilastro principale della politica migratoria⁵⁵, nell'ambito di un approccio “di sistema”, che non si limita alla valutazione del singolo caso concreto, ma che assume la più ampia prospettiva sulle cause e sulle conseguenze dei flussi migratori verso l'Unione europea⁵⁶, nell'ottica della collaborazione con i Paesi terzi.

⁵⁴ F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953; M. Nigro, *Il giudice amministrativo “signore della prova”*, in *Foro it.*, 1976, V, c. 9; V. Spagnuolo Vigorita, *Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 7; P. Stella Richter, *La riforma del sistema delle prove nel processo amministrativo*, in *Giust. civ.*, 1984, II, 416; R. Villata, *Riflessioni introduttive allo studio del libero convincimento del giudice nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 217; C.E. Gallo, *L'istruttoria processuale*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di Diritto amministrativo*, Milano, 2003, 4391; C.E. Gallo, *Le prove nel processo amministrativo*, Milano, 1994. Sull'impatto della l. 205/2000 sull'assetto consolidato fondato sul principio dispositivo con metodo acquisitivo cfr. A. Grumetto, *Brevi osservazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo dopo la l. n. 205 del 2000*, in *Giust. civ.*, 2, 2001, 201; M. Lipari, *I principi generali dell'istruttoria nel processo amministrativo dopo la l. n. 205 del 2000. Le trasformazioni del giudizio e gli indirizzi della giurisprudenza*, in *Dir. proc. amm.* 1, 2003, 55. Sull'impatto del codice del processo amministrativo sull'assetto consolidato fondato sul principio dispositivo con metodo acquisitivo, A. Pajno, *Il codice del processo amministrativo ed il superamento del sistema della giustizia amministrativa. Una introduzione al Libro I*, in *Dir. proc. amm.* 1, 2011, 100 ss.; A. Auletta, *Il principio dispositivo nel processo amministrativo, tra (attuale) specialità del sistema e (presunte) spinte verso la “tribunalizzazione” del G.A.*, in *De iustitia*, 2015, 37 ss.; G. Tropea, *Le presunzioni nel processo amministrativo*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2019, 3-4, 707. L'Autore individua alcune disposizioni dalle quali pare emergere il rilievo del principio dispositivo puro, col metodo della trattazione. In particolare, sulla base dell'analisi degli artt. 63 e 64 c.p.a., alla luce dell'interpretazione offerta dalla dottrina, afferma che l'interpretazione del c.d. principio di prova finisce per essere «graduata», nel senso che sarà il giudice a valutare, caso per caso, se realmente la parte ha fatto «quanto nelle sue possibilità, e solo in ipotesi affermativa può supplire nell'acquisizione degli elementi necessari per giudicare fondata la pretesa attrice o l'eccezione di parte resistente».

⁵⁵ Commissione Europea, *Una strategia sulla dimensione esterna dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, COM (2005) 491 def., del 12 ottobre 2005; C. Favilli, *Immigrazione (diritto dell'Unione europea)*, V, 2012, che sul punto rinvia a B. Nascimbene, *L'approccio globale nella gestione dell'immigrazione: la politica della UE alla luce dell'attuazione del Programma dell'Aja*, in *Dir. un. eur.*, 2, 2008, 433 ss.

⁵⁶ C. Favilli, *Immigrazione, op. cit.*

Del resto, tale prospettiva implica l'introduzione di una ipotesi applicativa non del tutto isolata nel nostro ordinamento. Non è, infatti, il primo caso in cui si assiste ad un ingresso dirompente della "regola del dubbio" di matrice extranazionale nell'ambito degli schemi procedurali interni tradizionali. Basti pensare all'esperienza maturata in sede processualpenalistica, laddove la regola che pone quale presupposto per l'emanazione della sentenza dibattimentale di condanna il fatto che l'imputato risulti colpevole "al di là di ogni ragionevole dubbio" (art. 533, comma 1 c.p.p.) è frutto del trapianto nel nostro ordinamento della cosiddetta *beyond any reasonable doubt rule*, cardine del sistema processuale penale anglosassone⁵⁷.

La criticità che, nel nostro caso, si pone sta nel fatto che, a differenza di quanto avviene nella sede della disciplina processualpenalistica, l'applicabilità da parte della (Commissione territoriale e) del giudice della protezione internazionale della "regola del dubbio" non viene citata da alcuna disposizione avente forza di legge. In altri termini, il ricorso, ai fini dell'attenuazione del rigore probatorio, della "regola del dubbio", che trova fondamento in un atto avente natura non vincolante – quale è il documento delle Linee guida dell'UNHCR –, produce inevitabilmente il rischio di frammentazione del sistema e di disomogeneità delle modalità di applicazione dello stesso da parte delle Commissioni territoriali e del giudice.

Questa è, probabilmente, una tra le ragioni per cui la giurisprudenza faticosa a raggiungere un orientamento unitario circa l'ammissibilità, o meno, della regola del dubbio in materia di protezione internazionale. A ben vedere, la giurisprudenza dimostra una certa ritrosia ad affrontare il tema in modo diretto.

Ad esempio, in una recente sentenza il giudice di merito afferma che: «l'onere probatorio del richiedente asilo è "attenuato" poiché, da una parte si richiede la necessaria cooperazione dell'A.G. nel reperire le fonti di acquisizione dei fatti rilevanti per l'accertamento dei requisiti per il tipo di protezione richiesta e dall'altra, in caso di impossibilità oggettiva di provare la verità dei fatti narrati dal richiedente, il giudice, valutata la credibilità astratta del suo racconto dovrà concedendogli "il beneficio del dubbio", a meno di valide ragioni in contrario». Si afferma, ancora, che «l'attenuazione dell'onere probatorio accordata al richiedente asilo in considerazione dei limiti derivanti dalla sua personale condizione non lo esime tuttavia, «per poter godere del beneficio del dubbio» dall'onere di allegazione⁵⁸.

⁵⁷ Così F. Caprioli, *Condanna (dir. proc. pen.)*, 2008, II - 1.

⁵⁸ Tribunale di Firenze, 6 settembre 2019, in *dejure.it*. Sul tema dell'applicabilità del beneficio del dubbio ai fini della valutazione della credibilità soggettiva nei giudizi di protezione internazionale e dell'estensione del sindacato di legittimità, si è recentemente pronunciata in modo più esplicito, rispetto al passato, la Corte di Cassazione, sez. III, ordinanza 12 maggio 2020, n. 8819. In tale sede, la Corte di Cassazione mette preliminarmente in evidenza come, secondo la disciplina che regola la protezione internazionale, il processo di valu-

L'argomentazione del giudicante poggia su una ricostruzione logico giuridica estremamente sintetica e "opaca", specie nella parte in cui si spinge a elevare il beneficio del dubbio a causa giustificatrice dell'attenuazione dell'onere probatorio senza, tuttavia, dedicare un passaggio – necessario – alle ragioni che, a monte, legittimano l'ingresso del beneficio del dubbio nel sistema di tutela della protezione internazionale.

5. Conclusioni

Alla base della moderna concezione dell'istruttoria "della protezione internazionale" si collocano almeno due elementi: il "rafforzamento" della cooperazione istruttoria; la "attenuazione" dell'onere probatorio e del rigore probatorio.

Si tratta di due facce della stessa medaglia, il cui filo conduttore, che con sempre maggior chiarezza viene delineato dalla giurisprudenza, è la ricerca di soluzioni idonee a garantire che il diritto di asilo venga riconosciuto in capo a tutti coloro i quali validamente lo richiedano, anche se ciò implica la possibilità di riconoscerlo a chi non ne abbia i requisiti, piuttosto che correre il rischio di negarlo anche solo ad uno degli aventi diritto.

Diverso il loro modo di atteggiarsi nella sede del procedimento amministrativo e nella sede del processo ordinario.

Nel primo caso, l'applicazione delle regole enunciate al procedimento amministrativo è abbastanza fisiologica, poiché, per molti aspetti, riflette la logi-

tazione della credibilità soggettiva non passi attraverso la capillare e frazionata ricerca delle singole, eventuali contraddizioni, pur talvolta esistenti, insite nella narrazione della personale situazione del richiedente protezione internazionale. Esso si sostanzia, invece, in una «valutazione unitaria», svolta in relazione a tutti i criteri normati (tempestività della domanda, riscontri oggettivi sul paese di origine, collaborazione per circostanziare la vicenda, plausibilità della mancanza di documenti) ed in particolare con la lettera e) dell'art. 3 d.lgs 251/2007, secondo la quale, nella valutazione di credibilità, si deve verificare anche se il richiedente «è, in generale, attendibile». Secondo la prospettiva della Corte di Cassazione, «la norma, ponendo come condizione che il racconto sia "in generale, attendibile" non può che esser intesa nel senso di ritenere sufficiente che il racconto sia credibile "nell'insieme" – e dunque, attribuendo alle parole il loro esatto valore semantico, "complessivamente", "globalmente", appunto "in generale". Attribuire invece alla locuzione il significato opposto di "integralmente", "totalmente", "specificamente", "credibile in suo ogni particolare", significherebbe sovvertire il testo e il senso della norma». In questo contesto, che, secondo la ricostruzione della sentenza, si avvicina al contenuto della ricerca della verità processuale propria del giudizio penale, la Corte di Cassazione valorizza il criterio residuale del beneficio del dubbio. A sostegno di tale ricostruzione, la Corte di Cassazione richiama sia l'orientamento espresso dall'UNHCR con il rapporto *Beyond Proof Credibility Assessment in EU Asylum Systems*, sia l'orientamento espresso dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo per il tramite di alcune recenti sentenze volte a valorizzare il beneficio del dubbio nella valutazione della fondatezza della domanda di protezione internazionale (CEDU, R.C. v. Svezia, 2010, paragrafo 50; CEDU, N. v. Svezia, 2010, paragrafo 53; CEDU, A.A. v. Svizzera, 2014, paragrafo 59). Cfr., con riferimento alla pronuncia in esame, la nota intitolata *La Cassazione torna (con molte novità) sul delicato tema del bilanciamento tra valutazione di credibilità vs. dovere di cooperazione istruttoria*, in www.questionegiustizia.it, 5 maggio 2020.

ca tradizionale su cui si basa l'azione conoscitiva della pubblica amministrazione. In altri termini, la cooperazione istruttoria, lungi dal confliggere con la logica del principio inquisitorio, ben pare inquadrarsi come forma rafforzata di applicazione dello stesso, coerentemente con l'impostazione di fondo che a quest'ultimo è sottesa. Essa, tuttavia, dovrebbe essere coniugata con una forma parimenti "rafforzata" di partecipazione procedimentale, tramite il ricorso a strumenti più adeguati al raggiungimento dello scopo rispetto a quelli finora apprestati.

Un discorso a parte riguarda l'applicazione del modello di istruttoria della protezione internazionale al processo ordinario, che pone, a monte, il problema di individuarne la compatibilità con la tradizionale prospettiva processualciviltistica fondata sul metodo dispositivo e sul sistema delle preclusioni.

Con riferimento alla fase di allegazione dei fatti, sulla base dei dati emersi e delle considerazioni svolte in sede di analisi della disciplina vigente del processo della protezione internazionale, al quale il legislatore ha recentemente applicato il modello del rito cautelare, si ritiene che l'orientamento giurisprudenziale favorevole all'attenuazione del principio dispositivo si ponga in linea con la prospettiva individuata dal legislatore nella materia, laddove individua il principio dispositivo attenuato quale principio cardine di riferimento dei processi in materia di protezione internazionale.

La valutazione dei fatti deve, comunque, essere dominata da principi chiari ed univoci, enunciati nella sede del diritto positivo, al fine di garantire in radice l'effettività dei diritti dei cittadini stranieri richiedenti protezione internazionale la cui difesa è garantita dalla predisposizione di adeguati strumenti di tutela giurisdizionale. La diversità degli orientamenti giurisprudenziali emersi nel corso dell'indagine può incidere in senso negativo e disomogeneo sull'esercizio della funzione giurisdizionale e rappresentare un *vulnus* per un pieno e soddisfacente accesso alla giustizia.

Laura Pergolizzi - Abstract

I principi dell'istruttoria nel procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale. Riflessi sul piano processuale

Il lavoro esamina i principi dell'istruttoria del procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale, fondati sulla comune ratio della cooperazione istruttoria tra la Commissione territoriale e il cittadino straniero. Lo studio è prodromico ad una riflessione sull'impatto di tali principi sul piano dell'istruttoria processuale del giudizio di merito della protezione internazionale. Sotto questo profilo, la tematica affrontata pone il problema di individuazione della compatibilità tra la logica della cooperazione istruttoria e quella sottesa al principio dispositivo.

The principles of the preliminary investigation in the procedure for the recognition of international protection. Procedural implications

The work examines the principles of the preliminary investigation in the procedure for the recognition of international protection, based on the common ratio of the investigative cooperation between the Territorial Commission and the foreign citizen. The study is preparatory to a reflection on the impact of these principles on the procedural investigation of judgment on the merits of international protection. From this point of view, the issue poses the problem of identifying compatibility between the logic of cooperation in the investigation and that underlying the dispositional principle.

Alcune considerazioni a proposito del prestito vitalizio ipotecario*

Giuseppe Settanni, Manuela Ruggi

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. *Reverse mortgage, prêt viager hypothécaire e hipoteca inversa*: l'esperienza degli altri ordinamenti. – 3. Breve storia delle vicissitudini del prestito vitalizio ipotecario nell'ordinamento italiano. – 4. Prime analisi (e primi problemi) del prestito vitalizio ipotecario: oggetto, causa, forma, struttura. – 5. Figure affini: il mutuo, la rendita vitalizia, la nuda proprietà, la cessione del quinto. Somiglianze e differenze. – 6. Prestito vitalizio ipotecario, divieto di patto commissorio, patto marciano: nuove prospettive. – 7. Ulteriori problematiche connesse al prestito vitalizio ipotecario. – 8. La problematica delle trattative precontrattuali e del rimborso delle spese sostenute: una deroga ai principi generali dell'ordinamento. – 9. Aspetti peculiari relativi alla polizza assicurativa sull'immobile: tra obbligatorietà e libertà di scelta del cliente. – 10. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Soprattutto in tempi di crisi (come quelli che stiamo vivendo), la popolazione vede spesso come rifugio certo e unica ancora di salvezza il proprio patrimonio immobiliare. Per tale ragione, pur essendo stato quasi ignorato per molto tempo, il tema dell'utilizzo razionale della ricchezza immobilizzata nella propria abitazione in realtà ha una fondamentale rilevanza sia dal punto di vista sociale che da quello macroeconomico (e, di conseguenza, anche da quello giuridico).

Di fatto, per decenni non si è data importanza a quella domanda, in massima parte proveniente dalla parte più anziana della popolazione, di poter usufruire di strumenti utili a rendere liquida una parte (se non la totalità) della ricchezza accumulata nell'immobile di abitazione conservando tuttavia il diritto ad abitarvi fino al termine della vita. Non si è tenuto conto, in altre parole, che l'al-

* Il presente lavoro è frutto di una riflessione comune degli autori.

lungamento della durata media di vita si associa ad un rischio sempre più elevato di trascorrere una parte della vita (l'ultima, nello specifico) in condizioni di non autosufficienza, che l'eccessiva concentrazione della ricchezza sulla componente immobiliare può giustificare la volontà di diversificare maggiormente il proprio patrimonio, e così via.

Gli strumenti esistenti nel nostro ordinamento per ovviare alle suddette problematiche – come la vendita della nuda proprietà – sono risultati piuttosto antiquati e di fatto non sono riusciti a rispondere alle nuove esigenze della popolazione. Per tale ragione, il legislatore ha pensato di introdurre nel nostro ordinamento lo strumento del prestito vitalizio ipotecario, sulla base delle esperienze già testate in altri Paesi.

2. Reverse mortgage, prêt viager hypothécaire e hipoteca inversa: l'esperienza degli altri ordinamenti

Il prestito vitalizio ipotecario trae ispirazione da istituti già ampiamente conosciuti e utilizzati all'estero come il *reverse mortgage* negli ordinamenti di *common law* o il *prêt viager hypothécaire* in Francia¹.

Negli Stati Uniti, già da diversi decenni sono attivi alcuni programmi di *reverse mortgage*: in termini generali, il *reverse mortgage* – come utilizzato negli Stati Uniti – consente a un individuo anziano di convertire in liquidità tutta o una parte della propria ricchezza finanziaria accumulata nella casa di cui possiede la piena proprietà e che utilizza come residenza principale. Il pagamento può essere ottenuto in un'unica soluzione anticipata (*lump sum*), attraverso versamenti periodici regolari fino alla morte dell'individuo (*tenure*) o fino al raggiungimento di un termine concordato (*term*), con l'apertura di una linea di credito o utilizzando una combinazione delle precedenti modalità. Commissioni, spese e interessi maturati sono, infine, rimborsati al termine dell'operazione, ovvero alla morte del debitore o al momento del suo trasferimento. A garanzia degli eredi, il valore del debito non potrà comunque mai eccedere il valore di mercato dell'immobile.

Quanto al Regno Unito, invece, i cc.dd. *home equity release schemes* permettono di rendere liquida la ricchezza detenuta nella casa di abitazione. Ne esistono di due tipologie, ovvero i *lifetime mortgages* e i piani di *home reversion*. Il *lifetime mortgage* rappresenta l'equivalente del *reverse mortgage* americano; esso permette all'anziano proprietario di ricevere un corrispettivo monetario a fronte dell'accen-

¹ Per alcuni cenni comparatistici, si veda G. Settanni, *Equity Release, Reverse Mortgage and Home Equity Conversion: Perspectives in Different Law Systems and Questions for Harmonization at EU Level*, in *European Business Law Review*, 2017, 731 ss.

sione di una garanzia ipotecaria sull'immobile da parte di un'istituzione finanziaria. L'anziano conserva la proprietà dell'abitazione e la possibilità di continuare a viverci per tutta la durata della sua vita. Il prestito può essere erogato in un'unica soluzione anticipata, in forma di rendita vitalizia oppure attraverso prelievi di ammontare libero nei limiti di un tetto complessivo (*drawdown*). In ogni caso quota capitale e interessi maturati verranno rimborsati utilizzando quanto ricavato dalla vendita dell'immobile alla morte dell'anziano o al momento del suo trasferimento permanente in altra residenza.

I piani di *home reversion* consentono invece a un anziano la vendita di tutta oppure di parte dell'abitazione in cambio di un corrispettivo in contanti in un'unica soluzione oppure di pagamenti periodici regolari. In questo caso, non c'è emissione di debito ma un trasferimento di proprietà. Inoltre, l'anziano ottiene il diritto di rimanere nella propria casa fino alla morte senza dover pagare alcun affitto. Al termine del piano, ovvero alla morte del cliente o al suo trasferimento permanente presso una struttura di cura, l'immobile viene venduto e il ricavato della vendita è utilizzato per rimborsare all'istituzione finanziaria il valore della quota posseduta.

In Francia, il corrispondente del nostro prestito vitalizio ipotecario – ovvero il c.d. *prêt viager hypothécaire* – è disciplinato dagli artt. L314-1 - 314-20 del titolo I (*Crédit*) del libro III (*Endettement*) del *Code de la consommation*. Esso è il contratto con cui un istituto di credito o finanziario concede ad una persona fisica un mutuo sotto forma di un capitale o di versamenti periodici, garantiti da un'ipoteca costituita sull'immobile di proprietà del mutuatario e destinato all'esclusivo uso di abitazione di quest'ultimo, il cui rimborso – capitale e interessi – non potrà essere riscosso che al momento della morte del mutuatario o, prima del decesso, al momento dell'alienazione o della costituzione di diritto reale limitato a favore di terzi sull'immobile oggetto di garanzia.

Il *prêt viager hypothécaire*² può essere concesso solo per garantire il finanziamento delle esigenze di una persona fisica (resta quindi esclusa ogni finalità legata all'esercizio della propria attività professionale). Inoltre, il debitore ha l'obbligo legale di curare la manutenzione dell'immobile (secondo i canoni della ragionevolezza); egli può decadere dal beneficio del termine se con la sua condotta ha determinato una riduzione del valore della garanzia (ad esempio, qualora non consenta al creditore di accedere all'immobile per accertare il buono stato del bene oppure nel caso in cui ne alteri la sua destinazione).

² Per un inquadramento della disciplina francese dell'istituto, M. Grimaldi, *L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire*, in *Reccueil Dalloz*, 2006, 1294 ss.; J. Ogg, *Le prêt viager hypothécaire*, in *Retraite et société*, 2012, 167 ss.

L'*hipoteca inversa*, infine, è il corrispondente spagnolo del prestito vitalizio ipotecario; essa è stata introdotta con la *Ley* 7 dicembre 2007, n. 41³. Tale istituto può essere definito come un contratto di prestito garantito da ipoteca, in virtù del quale il proprietario dell'immobile oggetto di garanzia riceve da un istituto di credito una rendita (periodica o *una tantum*) determinata da vari fattori, e alla sua morte gli eredi faranno fronte al pagamento del debito o l'ente creditizio procederà ad escutere la garanzia.

In tale istituto, il credito deve essere garantito da ipoteca su un bene immobile che rappresenti la residenza abituale del richiedente. Inoltre, sono necessari ulteriori requisiti, ovvero che il richiedente (e i beneficiari che questi può designare) sia una persona di età uguale a (o maggiore di) 65 anni o sia affetto da grave dipendenza, e che disponga dell'importo del credito mediante erogazione periodica o unica. Ancora, il rimborso deve essere esigibile unicamente dal creditore e la garanzia può essere escussa solo nel momento in cui muore il mutuatario o, se così è convenuto nel contratto, quando morirà l'ultimo dei beneficiari. Infine, l'abitazione ipotecata deve essere un bene tassabile e assicurato contro i danni secondo i termini stabiliti dalla legge spagnola.

Come si può osservare da questo breve *excursus* comparatistico, gli esempi non mancano nel panorama internazionale. Ed è in questa situazione che si è mosso il legislatore italiano con il prestito vitalizio ipotecario.

3. *Breve storia delle vicissitudini del prestito vitalizio ipotecario nell'ordinamento italiano*

Il prestito vitalizio ipotecario, in realtà, è uno strumento di non recentissima introduzione nel nostro ordinamento, in quanto esistente fin dal 2005: esso ha infatti visto la luce nel sistema italiano con l'emanazione dell'art. 11-*quaterdecies*, comma 12, del decreto legge 30 settembre 2005, n. 203, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 dicembre 2005, n. 248. La normativa all'epoca emanata stabiliva che esso avesse ad oggetto la concessione di finanziamenti a medio e lungo termine (con capitalizzazione annuale di interessi e spese e rimborso integrale in uni-

³ In proposito, si può fare riferimento a H. Alvarez Alvarez, *La hipoteca inversa. Una alternativa económica en tiempos de crisis*, Valladolid, 2009, e a H.S. Moreno, *La hipoteca inversa en la Ley 41/2007 del mercat hipotecari*, in *Revista Catalana de Dret Privat*, 2009, Vol. 10, 45 ss.

ca soluzione alla scadenza) assistiti da ipoteca⁴ di primo grado su immobili residenziali, riservati a persone fisiche con età superiore ai sessantacinque anni compiuti⁵.

In circa dieci anni, tuttavia, questo strumento non ha trovato quel *favor* del mercato che il legislatore auspicava⁶. La normativa originaria non è stata quindi sufficiente a promuovere l'avvio e il regolare sviluppo dell'operatività bancaria su questa nuova tipologia di prodotto⁷. Nel 2015, pertanto, con l'emanazione

⁴ In tema di ipoteca: A. Ettore, *La pubblicità immobiliare e i servizi ipotecari. Norme, procedimenti e servizi*, Milano, 2011; A. Chianale, *I diritti reali. Vol. 6: l'ipoteca*, Torino, 2010; S. Cervelli, G. Capozzi, *Trascrizione ed ipoteca*, Milano, 2009; B. Cusato, *L'ipoteca*, Padova, 2007; A. Ravazzoni, *Le ipoteche*, Milano, 2006; S. Merz, P. Sguotti, *Manuale pratico dell'ipoteca, delle prelazioni e delle garanzie. Ipoteca, pegno, fideiussione*, Padova, 2005; A. Chianale, *L'ipoteca*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2005; V. Boero, *Le ipoteche*, Torino, 1999.

⁵ L'istituto delineato consisteva, nella sostanza, in una forma di finanziamento garantito da una proprietà immobiliare residenziale, che consentiva al proprietario di convertire parte del valore dell'immobile in contanti al fine di soddisfare esigenze di liquidità, senza che lo stesso fosse tenuto a lasciare l'abitazione ovvero a ripagare il capitale e gli interessi sul prestito fino alla scadenza del contratto. Questo prodotto è nato per dare aiuto a pensionati con pensioni modeste e quindi anche per evitare di ricorrere, per necessità, alla vendita della nuda proprietà che spoglia totalmente gli eredi del patrimonio della casa. Detto altrimenti, la principale ragione giustificatrice della norma era (e tale è rimasta anche a seguito della recente normativa) quella di agevolare il ricorso al credito da parte di persone anziane le quali, pur disponendo della casa di abitazione, sono sprovviste di sufficiente liquidità per far fronte alle proprie esigenze di vita, consentendo loro di contrarre un mutuo, garantito da ipoteca, offrendo uno strumento alternativo per procurarsi liquidità rispetto a quello, diffuso nella prassi, della vendita della nuda proprietà con riserva di usufrutto. Il prestito ipotecario vitalizio ha evidentemente la finalità di smobilizzare il valore della proprietà fondiaria e può rispondere al soddisfacimento di esigenze diverse da parte della clientela che, per semplicità di analisi, possono essere sintetizzate in tre macro-categorie: (a) la necessità di integrare il proprio reddito ovvero di avere immediate disponibilità economiche; (b) l'opportunità di migliorare il tenore di vita, attraverso il soddisfacimento di esigenze di consumo che comportano spese anche rilevanti; (c) l'esigenza di avere disponibilità liquide a supporto del nucleo familiare. Esso prendeva spunto da figure simili presenti in molti ordinamenti stranieri.

⁶ Ciò per molteplici ragioni. In primo luogo, si segnala la brevità e la lacunosità del dettato normativo, che ha fatto sorgere incertezze tanto sui potenziali erogatori dello strumento quanto sui possibili utilizzatori finali. La normativa originaria, infatti, più che disciplinare l'istituto del prestito vitalizio ipotecario, si limitava ad una sua mera descrizione, priva di alcuna disposizione operativa. Nel 2005, infatti, il legislatore si è limitato ad indicare che l'accezione "prestito ipotecario vitalizio" definisce un prestito che: (i) può essere concesso da banche o intermediari finanziari iscritti all'elenco generale ex art. 106 del Testo Unico Bancario, (ii) è riservato a persone fisiche con età superiore ai sessantacinque anni; (iii) consiste in un finanziamento a medio e lungo termine con capitalizzazione annuale degli interessi e spese, assistito da ipoteca di primo grado su immobili residenziali; (iv) prevede il rimborso integrale in unica soluzione alla scadenza (che dovrebbe coincidere, anche se la legge non lo precisa, con la data del decesso del mutuatario, considerata la sua natura di prestito vitalizio). Si veda in proposito ABI, A.S. n. 1564 – Modifica all'art. 11-*quaterdecies* del decreto legge 30 settembre 2005, n. 203, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 dicembre 2005, n. 248, in materia di disciplina del Prestito Ipotecario Vitalizio, 6 novembre 2014. Si veda in proposito C. Pacella, U. Filotto, *Il prestito vitalizio: funzionamento e caratteristiche del mutuo al contrario per over 60*, Milano, 2016, 20 ss.

⁷ Anche l'infelice collocazione della – peraltro scarna – normativa all'interno di una legge e di articoli dedicati a tutt'altro già preludeva a un insuccesso. Infatti, l'obiettivo di rendere disponibile agli anziani almeno una parte del capitale immobilizzato della propria casa senza perderne la proprietà (lasciando comunque agli eredi il cospite anche se gravato dal debito) non è stato centrato, nonostante fosse già allora facilmente intuibile che si sarebbe trattato di uno strumento rispondente ad una esigenza prospetticamente impellente. Il provvedimento non è stato sufficiente a promuovere l'avvio e il regolare sviluppo dell'operatività bancaria su questa nuova tipologia di prodotto in considerazione dell'incertezza e dell'assenza di alcune disposizioni operative quali ad esempio: (i) gli eventi di estinzione del finanziamento (ii); le procedure di vendita e/o valutazione

dell'art. 1, comma 1, della legge 2 aprile 2015, n. 44, il legislatore è intervenuto nuovamente in materia, chiarendo alcuni aspetti oscuri e fornendo ulteriori precisazioni sulla figura del prestito vitalizio ipotecario, nella speranza che esso potesse essere utile per il mercato⁸.

In sintesi, nella sua disciplina attuale, il prestito vitalizio ipotecario⁹ è una forma di finanziamento a medio e lungo termine erogabile da istituti di credito e intermediari finanziari che prevede la capitalizzazione annuale di interessi e spese e la concessione in garanzia di ipoteca di primo grado su un (solo) immobile residenziale. Esso è destinato alle persone fisiche che abbiano compiuto i sessanta anni di età. Il rimborso viene previsto dal legislatore in maniera integrale al verificarsi di un evento determinato (morte del soggetto finanziato, trasferimento della proprietà o di altri diritti reali di godimento sull'immobile, compimento di atti che riducano significativamente il valore dell'immobile) o, se concordato tra le parti, con una restituzione rateizzata anticipata di interessi e spese. Dal punto di vista fiscale, esso gode dell'imposta sostitutiva agevolata dello 0,25%¹⁰.

dell'immobile a garanzia del rimborso del prestito; (iii) il regime fiscale applicabile; (iv) le modalità di collocamento del prodotto.

⁸ Anche sulla base di quanto indicato nel Protocollo d'intesa siglato tra l'ABI - Associazione Bancaria Italiana e le Associazioni dei Consumatori e degli Utenti in data 27 giugno 2014, contenente i Principi per l'offerta del prestito ipotecario vitalizio.

⁹ In materia di prestito vitalizio ipotecario (come da ultimo riformato), la dottrina è già piuttosto cospicua. Si segnalano tra gli altri C. Dore, *Il prestito vitalizio ipotecario. Nell'orizzonte della nuova tutela del credito*, Cagliari, 2019; D. Russo, *I nuovi strumenti contrattuali contro la crisi economica: il prestito vitalizio ipotecario*, in *Studium iuris*, 2018, 297 ss.; V. Ivone, *Il prestito vitalizio ipotecario: luci e ombre del principale istituto della c.d. finanza della terza età*, in *Contr. impr.*, 2018, 383 ss.; G. Rocco, *Previdenza complementare: il prestito vitalizio ipotecario*, in *Dir. prat. lav.*, 2018, 2270 ss.; M. Lobbuono (a cura di), *Il prestito vitalizio ipotecario*, Torino, 2017; P. Murro, *Il ruolo del prestito ipotecario vitalizio nell'ambito della previdenza integrativa*, Bari, 2017; R. Lenzi, *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *Giur. it.*, 2017, 1736 ss.; M. Tatarano, *Prestito vitalizio ipotecario*, in *Trusts*, 2017, 252 ss.; A. Addante, *Prestito vitalizio ipotecario e schemi negoziali affini*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, I, 497 ss.; A. Fusaro, *Il prestito vitalizio ipotecario in funzione comparatistica*, in *Notariato*, 2017, 114 ss.; R. Lenzi, *Prestito vitalizio ipotecario, riforma del credito immobiliare e incerto destino del marciando di diritto comune*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2017, 319 ss.; C. Pacella, U. Filotto, *Il prestito vitalizio: funzionamento e caratteristiche del mutuo al contrario per over 60*, cit.; G.O. Mannella, G.C. Platania, *Il prestito vitalizio ipotecario*, Assago, 2016; A. Iuliani, *Il prestito vitalizio ipotecario nel nuovo "sistema" delle garanzie reali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 717 ss.; A. Chianale, *L'inutilità dell'ipoteca nel 'prestito vecchietti'*, in *Notariato*, 2016, 358 ss.; F. Stradini, *Considerazioni fiscali sul prestito vitalizio ipotecario*, in *Piccola impresa*, 2015, 119 ss.; T. Rumi, *La nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *Contratti*, 2015, 937 ss.; S. Cherti, *Prime note sulle modifiche alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *Corr. giur.*, 2015, 1099 ss. Sulla precedente normativa, si può fare riferimento a G. Gigliotti, *Il prestito vitalizio ipotecario: un reverse mortgage all'italiana?*, in *Corr. mer.*, 2011, 677 ss.; R. Rinaldi, A. Varrati, *Lo sviluppo del prestito ipotecario vitalizio in Italia: potenzialità e problemi normativi*, in *Bancaaria*, 2007; D. Cerini, *Il prestito vitalizio ipotecario: legal transplant in cerca di definizione*, in *Dir. econ. ass.*, 2006, 503 ss.

¹⁰ Con la nuova normativa si introduce infatti la possibilità di avvalersi della disciplina di cui agli art. 15 e seguenti D.P.R. 29 settembre 1973, n. 601, la quale prevede che le operazioni relative a finanziamenti di lungo e medio termine, per le quali sia stata esercitata l'opzione di cui all'art. 17 D.P.R. 601/1973, effettuate da aziende e da istituti di credito siano esenti dall'imposta di registro, dall'imposta di bollo, dalle imposte ipotecarie e catastali e dalle tasse sulle concessione governative. Al posto delle imposte c.d. d'atto, si può quindi pagare una imposta sostitutiva, la cui opzione è esercitata per iscritto nell'atto di finanziamento. L'imposta sostitutiva sui finanziamenti bancari a medio e lungo termine è un tributo avente natura agevolativa che esonera dai tri-

Quanto al rimborso del finanziamento (che potrebbe anche rimanere in capo agli eredi, a seconda dei casi – in questa fattispecie, si ricorrerebbe a una sorta di mandato *in rem propriam post mortem* ad alienare l'immobile, conferito *ex lege* al finanziatore¹¹), se esso non viene effettuato nei dodici mesi successivi al verificarsi di uno dei suddetti eventi, il legislatore prevede che l'istituto di credito possa procedere alla vendita dell'immobile ad un valore pari a quello di mercato, determinato mediante l'intervento di un perito indipendente incaricato dallo stesso istituto. Se nei dodici mesi successivi non si perfeziona la vendita al valore così determinato, il valore viene diminuito del quindici per cento. Il ricavato sarà utilizzato per estinguere il credito vantato dall'Istituto di credito; ogni somma che residuerà dovrà essere restituita al soggetto finanziato (o, a seconda dei casi, agli eredi). Gli eredi potranno eventualmente accordarsi con l'istituto di credito per provvedere autonomamente alla vendita dell'immobile a condizione che la stessa si perfezioni nel termine di dodici mesi. L'importo del debito residuo non potrà comunque mai superare il ricavato della vendita dell'immobile, al netto delle spese sostenute¹².

L'art. 1, comma 1, della legge 2 aprile 2015, n. 44, incarica poi il Ministero dello Sviluppo Economico di emanare un provvedimento che stabilisca le regole per l'offerta dei prestiti vitalizi ipotecari e individui i casi e le formalità che comportano una riduzione significativa del valore di mercato dell'immobile, tale da giustificare la richiesta di rimborso integrale del finanziamento, al fine di garantire trasparenza e certezza dell'importo oggetto del finanziamento, dei termini di paga-

buti indiretti che altrimenti graverebbero le operazioni secondo la disciplina ordinaria. L'applicazione dell'imposta è, subordinata al contestuale verificarsi di un presupposto soggettivo (operazioni di finanziamento poste in essere da aziende e da istituti di credito), di un presupposto oggettivo (operazioni a medio e lungo termine, intendendosi per tali i finanziamenti la cui durata contrattuale sia stabilita in più di diciotto mesi) e di uno territoriale (atti realizzati nel territorio italiano). L'imposta sostitutiva si applica soltanto per manifesta volontà delle parti, espressa mediante opzione nell'atto di finanziamento; opzione che deve essere esercitata per iscritto in tale atto mediante specifica clausola nella quale le parti dichiarino di optare per l'imposta sostitutiva. La natura opzionale dell'imposta sostitutiva non fa eccezione per il prestito vitalizio ipotecario. In tal caso in luogo delle imposte d'atto si rende applicabile un'unica imposta con aliquota pari allo 0,25% ovvero pari al 2% sul capitale erogato a seconda dei casi.

¹¹ Cfr. V. Roppo (a cura di), *Trattato del contratto*, VI – Interferenze, Milano, 2006, 526. In tema di mandato *post mortem*, si vedano tra gli altri N. Di Staso, *Il mandato 'post mortem exequendum'*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 685; F.A. Moncalvo, *Sul mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, I, 56; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, I, Milano, 1983, 37; A.A. Dolmetta, *Patti successori istitutivi. Mandato 'post mortem'*. *Contratto di mantenimento*, in *Vita notarile*, 2011, I.2, 453; A. Ansaldo, *In tema di mandato 'post mortem'*. Nota a Cass., sez. I civ., 23 maggio 2006, n. 12143, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 496; G. Bonilini, *Una valida ipotesi di mandato 'post mortem'*. Nota a Trib. Palermo sez. I civ. 16 marzo 2000, in *Contratti*, 2000, 1101; F. Gradassi, *Mandato 'post mortem'*, in *Contr. impr.*, 1990, 827.

¹² A tutela del cliente è difatti espressamente previsto che l'importo del debito residuo non possa comunque superare il ricavato della vendita dell'immobile al netto delle spese sostenute. Con la clausola *no negative equity guarantee* si stabilisce difatti, che gli eventuali *deficit* rimarranno a carico della banca o dell'intermediario finanziario. La normativa intende garantire in tal modo dal rischio del *cross-over* o sovraesposizione rispetto al valore del bene concesso in garanzia, evitando un aumento del debito finale complessivo, importo che può assumere un valore di gran lunga maggiore rispetto a quello dell'immobile, a causa della somma del capitale iniziale oltre ad interessi capitalizzati (tale fenomeno può verificarsi anche in caso di riduzione del valore dell'immobile).

mento, degli interessi e di ogni altra spesa dovuta. Il Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico 22 dicembre 2015, n. 226, precisa pertanto tali aspetti¹³.

In particolare, il suddetto decreto prevede alcuni specifici obblighi informativi a carico del finanziatore. Nel caso di finanziamenti regolati a tasso variabile, l'istituto di credito deve infatti predisporre due prospetti esemplificativi che rappresentino una simulazione del piano di ammortamento. Tali prospetti devono illustrare il possibile andamento del debito nel tempo (per un minimo di quindici anni): in particolare, il primo deve fare applicazione del tasso vigente all'atto della sottoscrizione del contratto, mentre il secondo deve operare una simulazione al terzo anno facendo riferimento ad un ipotetico rialzo dei tassi non inferiore a trecento punti base rispetto al momento della stipula del contratto (o, se inferiore a questa ipotesi, all'eventuale *cap* previsto contrattualmente). In presenza di prestito vitalizio ipotecario stipulato a tasso fisso, il prospetto può essere unico e deve in quel caso fare riferimento al tasso concordato contrattualmente.

Inoltre, il finanziatore deve consegnare al soggetto finanziato, almeno quindici giorni prima della stipula del contratto, un prospetto informativo che indichi almeno l'importo finanziato con l'indicazione della percentuale del valore di perizia dell'immobile concesso in garanzia e la somma che verrà erogata al netto di ogni imposta, costo e spesa. Il decreto chiarisce ancora che l'istituto di credito deve inviare annualmente al soggetto finanziato un resoconto che indichi nel dettaglio gli importi costituenti il capitale finanziato e quelli costituenti il capitale da restituire a scadenza. Il Ministero dello Sviluppo Economico ha poi precisato che l'istituto di credito non può esigere il pagamento delle spese sostenute nel caso in cui il soggetto finanziato decida di non sottoscrivere il contratto. Inoltre, viene espressamente stabilito che il finanziato ha diritto di acquistare la polizza assicurativa obbligatoria sull'immobile anche da un soggetto diverso dal finanziatore¹⁴.

Quanto al rimborso del finanziamento, l'art. 1, comma 1, della legge 2 aprile 2015, n. 44, prevedeva già che esso potesse essere integrale in un'unica soluzione (come detto, alla morte del soggetto finanziato o nel caso in cui fossero trasferiti la proprietà o altri diritti reali di godimento sull'immobile o al compimento di atti che ne riducessero significativamente il valore) oppure gradualmente, ma limitatamente alla quota degli interessi e delle spese. Ora il Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico fornisce alcune precisazioni con riferimento al

¹³ L'emanazione finale del decreto in oggetto da parte del Ministero dello Sviluppo Economico è stata preceduta dal Parere del Consiglio di Stato (n. 02791/2015), Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, Adunanza di Sezione del 8 ottobre 2015, Numero affare 01594/2015, che si è espresso in maniera sostanzialmente positiva sullo schema di provvedimento in questione.

¹⁴ Inoltre, si segnala che, ai sensi del decreto, qualora il soggetto finanziato fosse coniugato o convivente *more uxorio* da almeno cinque anni alla data di sottoscrizione del contratto, e nell'immobile posto a garanzia risiedano entrambi i coniugi o conviventi, il contratto deve essere sottoscritto da entrambi anche se l'immobile è di proprietà di uno solo di essi, purché sia rispettato il limite minimo di sessanta anni di età per entrambi.

rimborso integrale in un'unica soluzione. In particolare, qualora il finanziamento fosse cointestato, il rimborso potrà essere chiesto al momento della morte del soggetto più longevo¹⁵. Inoltre, è specificato che il rimborso integrale può essere domandato qualora fosse concesso un diritto di usufrutto, uso, abitazione, superficie (salvo se diversamente stabilito nel contratto) o fosse costituita una servitù o un diritto reale di garanzia a favore di terzi sull'immobile¹⁶.

4. *Prime analisi (e primi problemi) del prestito vitalizio ipotecario: oggetto, causa, forma, struttura*

Non dovrebbe esservi alcun dubbio nell'annoverare il prestito vitalizio rientra tra i contratti bancari¹⁷, e in particolare di quelli di finanziamento, in quanto può essere erogato solo da banche e intermediari finanziari, per espressa previsione legislativa¹⁸.

Più problematico appare invece comprendere quale sia la causa di tale tipologia contrattuale. Ad una prima rapida occhiata, il contratto di prestito vitalizio

¹⁵ Per alcuni interessanti approfondimenti sulla cointestazione nell'istituto *de quo* in merito alle nuove convivenze civili extra-matrimoniali, si veda D. Russo, *Il principio di cointestazione del prestito vitalizio ipotecario alla luce della legge sulla regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, in F. Romeo, *Nuovi modelli familiari e autonomia negoziale*. Atti del Convegno organizzato dalla Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali della Sicilia centrale e dalla Scuola Superiore della Magistratura – Struttura Didattica di Calanissetta, Università degli Studi di Enna Kore, 16 giugno 2017, Napoli, 2018, 149 ss.

¹⁶ Tra le ulteriori cause per cui è possibile richiedere il rimborso integrale del finanziamento, si segnalano: la revoca dell'abitabilità dell'immobile dato in garanzia a causa di comportamenti e/o omissioni addebitabili al finanziato; il trasferimento della residenza nell'immobile di soggetti che non siano familiari, conviventi *more uxorio* o assistenti personali del finanziato; l'attivazione sull'immobile di procedimenti conservativi o esecutivi di importo almeno corrispondente al venti per cento del valore dell'immobile stesso; l'effettuazione di modifiche all'immobile rispetto al suo stato originale, se non concordate con l'istituto di credito.

¹⁷ Sui contratti bancari in generale: U. Morera, *Contratti bancari (disciplina generale)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, I, 163 ss.; C. Brescia Morra, U. Morera, *L'impresa bancaria. L'organizzazione e il contratto*, in *Tratt. Perlingieri*, XI, Napoli 2006; G. Fauceglia, *I contratti bancari*, in *Tratt. Buonocore*, III, t. 2, Torino 2006; M. Rispoli Farina, *Le particolari operazioni di credito*, in C. Angelici, F. Belli, G.L. Greco, M. Porzio, M. Rispoli Farina, *I contratti delle banche*, Torino 2002, 243 ss.; C. Silveti, *I contratti bancari - parte generale*, in V. Calandra Buonauro, C. Silveti, M. Perassi, *La banca: l'impresa e i contratti*, in *Tratt. Cottino*, VI, Padova 2001, 433 ss. Sul piano della classificazione, i contratti bancari vengono usualmente distinti in due grandi categorie: le operazioni di banca, cioè i contratti in cui si concretizza l'attività creditizia in senso stretto – e quindi destinati alla raccolta del risparmio tra il pubblico ed alla erogazione del credito – e i servizi bancari, cioè i negozi che, pur non costituendo forme di intermediazione creditizia, sono connessi, come prestazioni accessorie a favore della clientela, all'impresa bancaria. A loro volta le operazioni bancarie sono ulteriormente suddivise in passive e attive: le prime attengono alla raccolta del risparmio tra il pubblico, mentre le seconde sono costituite dalle varie modalità di impiego del denaro raccolto. Tra le operazioni passive si segnala il deposito bancario. Tra le operazioni attive vanno ricordate l'apertura di credito bancario, l'anticipazione bancaria e lo sconto bancario. Una menzione a parte deve essere riservata al contratto di conto corrente bancario, il quale può costituire una modalità di realizzazione di operazioni tanto attive quanto passive. Nel nostro caso, saremmo quindi di fronte ad un'operazione di banca e più in particolare ad un contratto di erogazione del credito.

¹⁸ Una analisi molto interessante è svolta da S. Cherti, *Il prestito vitalizio ipotecario*, in F. Piraino, S. Cherti (a cura di), *I contratti bancari*, Torino, 2016, 245 ss., e in particolare modo 263 ss.

ipotecario sembrerebbe avere la sua causa principale nel finanziamento¹⁹. Tuttavia, ulteriori approfondimenti paiono necessari²⁰. Infatti, se analizziamo quali figure contrattuali possano essere ricomprese tra quelle aventi causa di finanziamento, vengono in primo luogo in mente mutui ed anticipazioni. La causa di finanziamento, nondimeno, è concetto ampio e atto ad includere (oltre mutui ed anticipazioni) anche figure quali – ad esempio – l’apertura di credito. Accanto alla causa di finanziamento, potrebbe farsi però un ragionamento più ampio ed individuare anche dei risvolti di natura assicurativa dello strumento in questione. Detto altrimenti, il contratto di prestito vitalizio ipotecario potrebbe avere una causa mista, di finanziamento e di assicurazione. La causa assicurativa si ritroverebbe nell’intento di garantire, vita natural durante del finanziato, una quantità determinata di denaro periodicamente erogata per una quantità di volte non determinabili non essendo determinabile la durata della vita di una persona. Tale soluzione sembra preferibile proprio per le peculiarità dello strumento e per le ragioni per le quali il legislatore ha deciso di intervenire nella materia.

Il contratto di prestito vitalizio dovrebbe poi essere inquadrato tra quelli a struttura variabile in quanto le modalità di erogazione del prestito non sono pre-stabilite dalla legge secondo uno specifico schema negoziale, essendo le parti libere di scegliere tra l’erogazione in unica soluzione oppure quella periodica con la previsione di singole rate o con la messa disposizione di una somma. Il contratto

¹⁹ Tra i contributi più recenti in materia di causa del contratto, si segnalano: M. Martino, *La causa in concreto nella giurisprudenza: recenti itinerari di un nuovo idolum fori*, in *Corr. giur.*, 2013, 1441 ss.; V. Roppo, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 957 ss.; M. Girolami, *L’artificio della causa contractus*, Padova, 2012; M. Martino, *L’expressio causae. Contributo allo studio dell’astrazione negoziale*, Torino, 2011; L. Viola, *Una nuova teoria: causa contrattuale come causalità*, in *Vita not.*, 2009, 1201 ss.; R. Rolli, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008; D. Carusi, *La disciplina della causa*, in E. Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, in P. Rescigno, E. Gabrielli (diretto da), *Trattato del contratto*, Torino, 2006, 625 ss.; G. Sicchiero, *Tramonto della causa del contratto?*, in Id. (a cura di), *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, Padova, 2005; R. Rascio, *I principi di diritto europeo e la causa del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 259 ss.; G.B. Ferri, *L’invisibile presenza della causa del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 897. Tradizionalmente, la causa del contratto è stata intesa come la sintesi degli effetti essenziali di un contratto, profondamente diversa dai motivi individuali alla base della negoziazione (per i quali una specifica tutela può esserci solo in presenza di specifiche pattuizioni in tal senso): si parlava in proposito di causa come funzione economico-sociale. Recentemente, però, la suddetta impostazione è stata superata nel senso di attribuire alla causa una funzione economico-individuale: essa costituirebbe in quest’ottica la ragione pratica dell’affare che viene concluso. In base a detta impostazione, la causa del contratto rappresenterebbe la composizione degli interessi contrapposti dei contraenti così come oggettivizzata nel regolamento contrattuale. In tal senso si esprime ad esempio Cass., 20 marzo 2012, n. 4372, in *Giudice di pace*, 2012, 4, 303, con nota di Palmieri: «La causa del contratto non può ulteriormente essere intesa, in senso del tutto astratto, come funzione economico-sociale del negozio, svincolata tout court dalla singola fattispecie contrattuale, bensì come funzione economico-individuale del singolo, specifico negozio, da valutarsi in tali termini sotto il profilo tanto genetico, quanto funzionale; onde la obbiettivazione... di un motivo di cui la controparte sia resa espressamente partecipe è destinata ad integrare l’elemento causale della convenzione negoziale nella misura in cui esso risulta determinante della formazione del consenso».

²⁰ Utili considerazioni sono svolte da M. Lobbuono (a cura di), *Il prestito vitalizio ipotecario*, cit., 57.

di prestito vitalizio, inoltre, dovrebbe essere da inquadrare tra i contratti aleatori, considerata la scadenza naturale del prestito alla morte del finanziato e con essa il relativo obbligo di rimborso (circostanza questa che, aggiunta alla capitalizzazione annua degli interessi, non permette di conoscere in anticipo l'importo del debito finale). L'alea di tale tipologia di prestito è connessa all'incertezza della sua durata commisurata alla vita dell'anziano.

Trattandosi di contratto bancario, dovrà rivestire la forma scritta a pena di nullità, secondo quanto previsto dall'art. 117 del Testo Unico Bancario²¹, ed in particolare quella dell'atto pubblico o scrittura privata autenticata per procedere all'iscrizione dell'ipoteca. Infine, non si tratterebbe di un finanziamento di scopo: la legge non fissa alcun scopo nella destinazione della somma ottenuta, trattandosi quindi di un finanziamento di pura liquidità (le parti restano peraltro libere di individuare una precisa destinazione delle somme dando luogo così ad un finanziamento di scopo volontario).

5. *Figure affini: il mutuo, la rendita vitalizia, la nuda proprietà, la cessione del quinto. Somiglianze e differenze*

Una ulteriore questione da affrontare riguarda la possibilità che il prestito vitalizio ipotecario condivida con altre figure alcuni dei suoi tratti tipici e, proprio a questo scopo, pare necessario in primo luogo chiarire quali siano gli elementi distintivi che lo caratterizzano rispetto ad altri istituti affini²².

Il prestito vitalizio ipotecario, infatti, condividerebbe alcune peculiarità con molte altre figure del panorama civilistico e bancario, in particolare con la fattispecie del mutuo²³, contratto ai sensi del quale una parte consegna all'altra una determinata quantità di danaro o di altre cose fungibili, mentre l'altra si obbliga a restituire altrettante cose (c.d. *tantundem*) della stessa specie e qualità²⁴. A differenza di

²¹ Decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia.

²² Cfr. M. Lobbuono (a cura di), *Il prestito vitalizio ipotecario*, cit., 67 ss.

²³ Sul mutuo: N. Graziano (a cura di), *Il mutuo bancario*, Padova, 2013; M. Tatarano, *Il mutuo bancario tra sistema e prassi*, Napoli, 2012; A.I. Natali, *Il contratto di mutuo. Guida pratico-operativa*, Milano, 2012; R. Cafaro, P. Pagliaro, *Il contratto di mutuo*, Milano, 2011; G. Cassano (a cura di), *Il mutuo. Il sistema delle tutele*, Padova, 2009; G. Cascardo, *I mutui: ammortamento, garanzie, rinegoziazione*, Milano, 2008; V. Cuffaro (a cura di), *Il mutuo e le altre operazioni di finanziamento*, Bologna, 2005; R. Invrea, M. Longo, *Il contratto di mutuo, l'usura: casi pratici, legislazione, dottrina, giurisprudenza*, Milano, 2001; G.W. Romagno, L. Nivarra, *Il mutuo*, Milano, 2000.

²⁴ Art. 1813 c.c. Il mutuo è risultato proveniente da dettami moderni e da insegnamenti millenari. Sia sufficiente ricordare la sua presenza sin dall'epoca del diritto romano, tanto che lo si ricorda anche nelle *Institutiones* di Gaio che descrive il concetto di mutuo in questo modo: «L'obbligazione si contrae mediante cosa come nel caso del mutuo. La dazione a mutuo concerne propriamente quelle cose che valgono per peso, numero o misura, quali il denaro contante, il vino, l'olio, il frumento, il rame, l'argento e l'oro. Diamo queste cose, a

quanto avviene in un normale contratto di mutuo, però, in cui un soggetto accede a un credito per acquistare tendenzialmente (anche se non esclusivamente) un'abitazione e si obbliga a restituire il prestito con rate periodiche, nel prestito vitalizio ipotecario il debitore, finché è in vita, non è tenuto né alla restituzione del prestito né al pagamento degli interessi. Per il resto, tuttavia, non sembrano ravvisarsi particolari differenze con il contratto di mutuo (a parte le peculiarità di disciplina stabilite dal legislatore) al cui tipo andrebbe allora assimilato.

La figura in esame potrebbe poi essere associata per alcuni aspetti anche alla rendita vitalizia²⁵, che consiste in una prestazione periodica da corrispondersi ad uno o più soggetti (beneficiari) per tutta la durata della vita di una certa persona (che può essere uno dei beneficiari oppure un terzo)²⁶. La somiglianza della ren-

numero, peso o misura, affinché diventino di chi le riceve, e ci vengano successivamente restituite, non le stesse, ma altre della stessa natura. Per questo è chiamato mutuo, perché quel che ti è dato in questo modo da me, diventa da mio tuo». Il codice civile costruisce il contratto di mutuo come contratto di natura reale, affermazione del tutto pacifica anche in giurisprudenza. Il suo effetto essenziale è quello di trasferire la proprietà delle cose al mutuatario. La liberazione dell'obbligo di quest'ultimo si avrà con il trasferimento, alla scadenza stabilita, al mutuante delle stesse cose ricevute e della stessa quantità della medesima specie. Si tratta di un contratto traslativo in quanto trasferisce la proprietà della cosa e, secondo la dottrina prevalente, reale perché la consegna della cosa rappresenta un elemento costitutivo della formazione del negozio. Una parte minoritaria della dottrina ritiene che il mutuo sia contratto consensuale in quanto con la consegna della cosa non si avrebbe la perfezione del contratto stesso, ma soltanto un suo adempimento. Sulla realtà del mutuo si è osservato che essa rappresenta il frutto di una precisa scelta legislativa, giustificata non soltanto da ragioni di ossequio alla tradizione, ma anche e preminentemente dall'intento di approntare un congegno negoziale in cui la funzione creditizia venisse attuata secondo modalità procedurali strutturali e procedurali specifiche. Il mutuo è oneroso in quanto, di regola (ma non sempre), obbligo del mutuatario è la corresponsione degli interessi sulla somma di denaro ricevuta. È senz'altro contratto a prestazioni corrispettive, in quanto gli interessi costituiscono controprestazione del diritto reale sul capitale acquistato dal mutuatario. Quanto alla struttura del contratto, secondo parte della dottrina, l'accordo sul dare e sul ricevere, costituisce elemento costitutivo ed importa che le parti ne abbiano concordato la durata, poiché il mutuo è un contratto di durata, laddove la durata è essenziale ed è concepita in funzione di un certo affare o ciclo di affari che il mutuo è destinato a finanziare, mentre il termine è solo un elemento naturale. L'art. 1815 c.c. stabilisce che, salvo diversa volontà delle parti, il mutuatario deve corrispondere gli interessi al mutuante, con rinvio all'art. 1824 c.c. per l'applicazione delle disposizioni relative alla loro determinazione. In particolare gli interessi sono ritenuti dalla dottrina prevalente come controprestazione del diritto reale sul capitale acquistato dal mutuatario.

²⁵ Tra i tanti, in tema di rendita vitalizia, A.M. Garofalo, *Aleatorietà e causa nella rendita vitalizia e nell'interest rate swap*, Napoli, 2018; A. Spatuzzi, *Sul contratto oneroso di rendita vitalizia e sul ruolo dell'alea*, in *Riv. not.*, 2016, 477 ss.; G. Perlingieri, *La scelta della disciplina applicabile ai c.d. 'vitalizi impropri'. Riflessioni in tema di aleatorietà della rendita vitalizia e di tipicità e atipicità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 529 ss.; R. Quadri, *Rendita vitalizia e tipicità del contratto*, Napoli, 2012; Id., *Rendita vitalizia e vitalizi impropri*, Napoli, 2010; A. Zaccaria, *L'alea nel contratto di rendita vitalizia*, in *Studium iuris*, 2009, 775 ss.

²⁶ Nel diritto italiano, per rendita si intende qualsiasi prestazione periodica avente per oggetto denaro o una certa quantità di cose fungibili (grano, vino, ecc.). Il codice civile distingue due tipi di rendita: quella perpetua e quella vitalizia. La rendita perpetua è un contratto con cui una parte conferisce ad un'altra (e ai suoi eredi) il diritto di esigere in perpetuo una prestazione, quale corrispettivo dell'alienazione di un bene immobile (cosiddetta rendita fondiaria) o della cessione di un capitale (rendita semplice), oppure quale onere conseguente alla cessione gratuita di un immobile o della cessione di un capitale (art. 1861 c.c.). La rendita semplice deve necessariamente essere garantita mediante un'ipoteca su un immobile. In caso contrario, si può chiedere la restituzione del capitale ceduto. La rendita vitalizia si costituisce mediante alienazione di un bene mobile o immobile o cessione di un capitale, e consiste in una prestazione periodica da corrispondersi ad uno o più sog-

dità vitalizia col prestito vitalizio ipotecario è d'evidenza lampante. Nondimeno, vi è una profonda differenza tra il prestito vitalizio ipotecario e la rendita vitalizia. In quest'ultima, infatti, è coinvolta la cessione di un bene immobile, mentre nella prima non si ha cessione di un bene bensì la costituzione di una garanzia ipotecaria. Questo aspetto non è di secondaria importanza: infatti uno dei punti che caratterizza la figura in esame è proprio il fatto che il debitore rimane proprietario del bene offerto in garanzia.

Altre assonanze sarebbero ravvisabili con la vendita della nuda proprietà²⁷, la quale rappresenta un caso di proprietà privata alla quale non si accompagna

getti (beneficiari) per tutta la durata della vita di una certa persona (che può essere uno dei beneficiari oppure un terzo). Tale rendita può costituirsi, oltre che per contratto, anche tramite donazione o testamento, nel rispetto delle specifiche regole dettate per tali istituti. A differenza della rendita perpetua, la rendita vitalizia ha quindi natura tipicamente aleatoria. L'alea è un requisito essenziale, senza il quale il contratto è nullo (ad esempio è stata dichiarata la nullità del contratto con cui si era costituito un usufrutto su un fondo in corrispettivo di una rendita inferiore al valore dei frutti del fondo). Salvo patto contrario, il debitore non può liberarsi dall'obbligo del pagamento della rendita offrendo il rimborso del capitale, ed è tenuto a pagare per tutto il tempo stabilito, per quanto gravosa possa divenire con il tempo la prestazione da lui assunta (art. 1879 c.c.). Se il debitore non paga le rate di rendita scadute, il creditore non può domandare la risoluzione del contratto, ma può solo chiedere il sequestro e la vendita dei beni del debitore. La risoluzione può essere tuttavia chiesta quando il debitore non presta o diminuisce le garanzie (art. 1877 c.c.). Se è a titolo gratuito, la rendita non è pignorabile nei limiti dei bisogni alimentari del creditore (art. 1881 c.c.). La rendita vitalizia è fattispecie formale e necessariamente aleatoria: il rischio grava su chi deve corrispondere la rendita e deriva dall'incertezza circa la durata della vita dell'avente diritto. Come nella rendita perpetua, anche in quella vitalizia il diritto del soggetto è un diritto di credito. Se viene costituita per contratto esso è consensuale, di durata e con prestazioni periodiche corrispettive anche se indipendenti tra di loro.

²⁷ Con la cessione della nuda proprietà si separa il diritto a usufruire del bene immobile (che resta in capo all'usufruttuario o agli usufruttuari) dalla proprietà del bene stesso. La persona che cede la nuda proprietà di un immobile conserva il diritto a godere del bene (abitandoci o anche affittandolo) per l'intera durata della vita (sua ed eventualmente del coniuge) oppure per una durata prefissata. L'usufruttuario rinuncia alla possibilità di negoziare o lasciare in eredità il bene in cambio di una somma in denaro. Al tempo stesso, la persona che cede la nuda proprietà si libera dell'alea relativa alle spese di amministrazione straordinaria. In proposito, si faccia riferimento da ultimo a G. Musolino, *La nuda proprietà*, in *Riv. not.*, 2016, 641 ss. Sebbene il caso più noto si riferisca a immobili adibiti a uso di abitazione, può aversi nuda proprietà in tutti i tipi di beni sui quali siano possibili accensioni di gravame d'uso. Al cessare del gravame che menoma la piena proprietà, ad esempio all'estinzione dell'usufrutto, la nuda proprietà si riunisce ipso facto ai diritti complementari, ricostituendo la pienezza potestativa. È da taluni contestato il riconoscimento di nuda proprietà alle unità immobiliari la cui proprietà sia ridotta dalla correnza di un diritto di abitazione. La disciplina giuridica della nuda proprietà si ricava avuta considerazione alla disciplina della proprietà, per differenza da quella emanata per la regolazione dell'usufrutto. *Ex art. 832 c.c.* il titolare del diritto di proprietà ha facoltà di disporre e di godere del proprio bene in modo pieno ed esclusivo, potendo pertanto decidere di ricavare attraverso lo stesso un reddito (c.d. valore di scambio) alienandolo o costituendo sul medesimo dei diritti reali minori (c.d. diritti reali di godimento) a favore di altri. Quando il diritto di proprietà risulta compresso dalla presenza di altri diritti reali, come l'usufrutto, il proprietario conserva soltanto la "nuda proprietà", ovvero rimane titolare del proprio diritto pur non potendo esercitare le facoltà di utilizzazione sino all'estinzione degli stessi. (Vedi anche la guida legale: la donazione con riserva d'usufrutto). In altri termini, nell'ipotesi di usufrutto (*ex artt. 978 ss. c.c.*), il titolare (usufruttuario) ha il potere di godere della cosa e di trarne ogni utilità che la stessa può dare, per tutta la durata della sua vita, ma non oltre, potendo anche cedere il proprio diritto per un certo tempo o per tutta la sua durata, se ciò non è vietato dal titolo costitutivo, ma rispettandone la destinazione economica. Viceversa, la nuda proprietà, di cui è titolare il proprietario corrisponde alla proprietà spogliata del diritto di usufrutto per tutta la durata dello stesso, a favore del suo titolare.

un diritto reale di godimento del bene cui è relativa: tipicamente si riferisce a un immobile del quale si acquisisce la proprietà ma non il diritto di usufrutto. Sebbene i due istituti possano sembrare *prima facie* molto simili, in realtà pare che questo accostamento non sia corretto, non riscontrandosi qualsivoglia collegamento con l'istituto della vendita del diritto reale parziario della nuda proprietà. La causa della vendita della nuda proprietà sarebbe infatti un trasferimento di una cosa contro prezzo, che nel prestito vitalizio mancherebbe assolutamente. L'oggetto della vendita della nuda proprietà è quello di un trasferimento, definitivo, e irrevocabile, a favore di un terzo del diritto reale parziario di un immobile, che nell'istituto *de quo* non esisterebbe.

In realtà, le differenze tra il prestito vitalizio ipotecario e la vendita della nuda proprietà sembrano molteplici. Si pensi infatti al fatto che quest'ultima è irreversibile e totale, mentre l'istituto *de quo* è reversibile e graduabile. Inoltre, la vendita della nuda proprietà è negoziabile con qualsiasi persona fisica o giuridica, mentre il prestito vitalizio ipotecario solamente con banche e intermediari finanziari abilitati. Ancora, si pensi che la vendita della nuda proprietà priva *in toto* gli eredi del bene (e, per l'acquirente, implica una "scommessa" sulla durata della vita dell'usufruttuario che può porre complesse questioni di ordine etico), laddove il prestito vitalizio ipotecario ne riduce il valore, non per forza totalmente. Pertanto, prestito vitalizio ipotecario e vendita della nuda proprietà sono profondamente diversi l'uno dall'altro.

Ulteriori punti di contatto sarebbero ravvisabili anche nella cessione del quinto²⁸, che è un contratto di finanziamento a lungo termine, a tasso fisso, che permette di ottenere una somma in prestito da rimborsare con una trattenuta alla fonte sulla pensione, tipicamente pari a un quinto della pensione²⁹. Le principali

²⁸ Sulla cessione del quinto, senza alcuna pretesa di completezza: G. Rocco, *Cessione del quinto: aggiornate le Linee guida*, in *Dir. prat. lav.*, 2018, 2018 ss.; A. Napolitano, *La cessione del quinto nell'ambito del piano del consumatore*, nota a Trib. Livorno, 18 gennaio 2018; Trib. di Monza, sez. fall., 20 novembre 2017, in *Fall.*, 2018, 467 ss.; G. Rajani, *I costi della cessione del quinto tra regole di trasparenza ed esigenze di mercato*, nota a Collegio di Torino, 8 novembre 2017, n. 14161, in *Contratti*, 2018, 665 ss.; M. Frati, E. Pollino, *Conoscere la nuova cessione del V per avere successo*, Milano, 2017; G. Burrattini, *La cessione del quinto dello stipendio. Leggi, circolari e sentenze in materia di pignorabilità degli stipendi*, Napoli, 2016; G. Rocco, *Cessione del quinto e previdenza complementare*, in *Dir. prat. lav.*, 2015, 1592 ss.; U. Malvagna, *Nel focus del credito al consumo: gli oneri economici della "cessione del quinto"*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1532 ss.; A. Costa, F. Caparra, *Cessione del quinto: l'omesso versamento non è reato*, in *Dir. prat. lav.*, 2012, 438 ss.; C. Giuro, *Cessione del quinto e previdenza complementare*, in *Dir. prat. lav.*, 2007, 2399 ss.; C. Belloni, M. Mammarella, *La nuova cessione del quinto: normativa giurisprudenza prassi*, Roma, 2005.

²⁹ Della trattenuta si occupa direttamente l'Inps. Le rate non potranno comunque superare il quinto di quanto viene percepito con la pensione. Questa tipologia di finanziamento prevede che il sottoscrittore percepisca un finanziamento il cui importo è calcolato in base alla sua età e all'importo della sua pensione (calcolo della quota cedibile). L'importo cedibile è calcolato al netto delle tasse, in modo da non intaccare l'importo della pensione minima. Il rimborso dell'importo finanziato avverrà con un normale piano di ammortamento: la caratteristica sostanziale è costituita dal fatto che la rata di rimborso è parametrata all'importo della pensione mensile, nella misura appunto di un quinto. Pertanto, una volta stipulato il prestito, una quota pari a un quin-

differenze con il prestito vitalizio sarebbero però dovute al fatto che la cessione del quinto della pensione prevede limitazioni di età, ma anche e soprattutto che essa rappresenta una forma di anticipazione di liquidità che il sottoscrittore si ritrova a scontare da subito, con minori flussi di cassa dal mese successivo. Una differenza positiva a favore della cessione del quinto è che tale strumento non richiederebbe la garanzia ipotecaria, che è invece alla base del prestito vitalizio.

Sulla base di quanto detto, pertanto, pare potersi concludere che il prestito vitalizio ipotecario, pur avendo in comune molti tratti con altri istituti, debba essere effettivamente considerato come una figura autonoma nel nostro ordinamento, con tratti peculiari che lo distinguono da ogni altra fattispecie.

6. *Prestito vitalizio ipotecario, divieto di patto commissorio, patto marciano: nuove prospettive*

Il problema teorico più importante in relazione al prestito vitalizio ipotecario si pone in stretta connessione con il divieto di patto commissorio e con il patto marciano.

Com'è noto, il patto commissorio è un accordo con il quale il debitore, a garanzia della soddisfazione di un proprio debito, mette a disposizione un proprio bene, con l'intesa che, verificatosi l'inadempimento, detto bene passerà in proprietà del creditore. Nel nostro ordinamento, il patto commissorio è disciplinato dall'art. 2744 c.c., ai sensi del quale si prevede la nullità (e quindi il relativo divieto³⁰) del patto con il quale il debitore e creditore convengono che, in mancanza di pagamento del debito nel termine stabilito, la cosa ipotecata o data in pegno diventi di proprietà del debitore³¹.

to della pensione verrà trattenuta direttamente dall'ente erogatore per essere girata alla banca o società finanziaria creditrice.

³⁰ Il patto commissorio risultava vietato già nel diritto romano. Il codice civile del 1865 ne sancì la nullità nelle sole ipotesi di dazione in pegno ed anticresi. Il codice vigente, invece, estende la nullità anche al patto commissorio accessorio alla costituzione di ipoteca. Il divieto di patto commissorio suole essere giustificato sulla base di varie ragioni. In primo luogo, si mira infatti a tutelare gli interessi del debitore bisognoso di danaro, che può subire un pregiudizio sia dalla coartazione del creditore, sia per una possibile sproporzione tra l'ammontare del debito e il valore del bene. Ancora, il divieto di patto commissorio tutelerebbe la *par condicio creditorum*, dal momento che – se ammesso dall'ordinamento – il patto creerebbe una causa di prelazione non prevista dalla legge. Infine, il fondamento del divieto potrebbe risiedere anche nell'interesse dello Stato di non creare forme convenzionali di soddisfacimento del credito.

³¹ In realtà, un altro esempio di patto commissorio (e di relativo divieto) è contenuto nell'art. 1963 c.c., il quale sancisce la nullità di qualunque patto, concepito anteriormente o posteriormente al contratto di anticresi, con il quale le parti concordano che, in caso di mancato pagamento del debito, la proprietà dell'immobile passi al creditore.

Il “patto marciano”, invece, è un diritto reale di garanzia che permette al creditore insoddisfatto di appropriarsi della cosa ricevuta in garanzia (pegno o ipoteca) purché stimata al giusto prezzo. Il creditore quindi è costretto a versare al debitore l’eventuale differenza tra il valore del proprio credito e quello del bene (che andrà di conseguenza stimato). In sostanza, con il patto marciano le parti possono garantire un credito mediante la stipula di un contratto di cessione di un bene di proprietà del debitore, che diviene efficace esclusivamente in caso di inadempimento di quest’ultimo. Tale istituto non è stato codificato nel codice civile, ma – negli ultimi tempi – il legislatore è intervenuto più volte nella materia. E proprio tali interventi di fatto potrebbero contribuire a eliminare un primo problema – come detto poc’anzi, di natura essenzialmente teorica – legato al prestito vitalizio ipotecario.

Sulla base di quanto indicato nei paragrafi precedenti, la disciplina dell’istituto *de quo* prevista dal legislatore indica che, in caso di mancato rimborso del finanziamento, l’istituto di credito può procedere direttamente alla vendita dell’immobile ad un valore pari a quello di mercato, determinato mediante l’intervento di un perito indipendente incaricato dallo stesso istituto (con la possibilità poi di reiterare l’operazione a un prezzo ridotto, nel caso la vendita non sia andata a buon fine). Il risultato di questa operazione mira a far sì che il ricavato della vendita sia utilizzato per estinguere il credito vantato dalla banca. Ma vi è una specifica fondamentale da tenere presente, ovvero che ogni somma che resiederà dovrà essere restituita al soggetto finanziato (o agli eredi).

Tramite la suddetta disciplina, come si può facilmente osservare, potrebbe pensarsi che il legislatore non si sia ricordato del divieto di patto commissorio presente nel nostro ordinamento. Tuttavia, le cose non stanno esattamente così.

Il divieto di patto commissorio – di per sé un principio apparentemente generale – in realtà nel corso degli anni ha visto pian piano erodere la sua sfera di applicazione a vantaggio di ipotesi di patto marciano introdotte nell’ordinamento. Ad esempio, il Decreto Legge 3 maggio 2016, n. 59 (convertito nella Legge 30 giugno 2016, n. 119), che ha inserito l’art. 48 *bis* al Testo Unico Bancario, ha introdotto la possibilità per le imprese di garantire i finanziamenti tramite il trasferimento sospensivamente condizionato di un bene immobile. Nello specifico, si è consentito alle banche e agli altri soggetti autorizzati di ottenere, in caso di inadempimento, il trasferimento in proprio favore dell’immobile del debitore mutuatario (o del terzo) concesso a garanzia del finanziamento³².

³² In particolare, nel momento in cui viene prevista la restituzione tramite rimborso rateale, l’inadempimento scatta quando il mancato pagamento si protrae per oltre nove mesi dalla scadenza anche di una sola rata, mentre, nel caso in cui non è prevista la restituzione rateale, l’inadempimento si manifesta decorsi nove mesi dalla scadenza del rimborso previsto nel contratto di finanziamento. Il valore di cessione, in caso di efficacia del patto, viene determinato da un perito indipendente: se il valore del bene al momento della cessione è superiore al debito residuo, il creditore corrisponde al debitore la differenza tra i due valori; se, invece, il valore del

Non molto diversa è ora la situazione anche nei riguardi del credito al consumo. Il nuovo art. 120 *quinquiesdecies* del Testo Unico Bancario prevede infatti che le parti possano convenire, con clausola espressa, al momento della conclusione del contratto di credito, che in caso di inadempimento del consumatore la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del bene medesimo comporti l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore derivante dal contratto di credito anche se il valore del bene immobile restituito o trasferito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è inferiore al debito residuo³³.

Stando così le cose, non si vede allora una reale problematica nel caso del prestito vitalizio ipotecario e delle peculiarità della possibilità di trasferimento del bene con un patto marciano. La nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario, infatti, si inserisce nel recentissimo filone normativo che, attraverso discipline di settore³⁴, ha, di fatto, comportato, a livello legislativo, una progressiva indiretta elusione del divieto di patto commissorio *ex art. 2744 c.c.* in favore di una rinnovata attenzione per il patto marciano, ossia l'accordo in base al quale il creditore è legittimato a vendere direttamente un bene del debitore soddisfacendosi sul prezzo ricavato, previa corresponsione a quest'ultimo della eventuale differenza tra l'importo del credito e il valore del bene dato in garanzia³⁵.

7. *Ulteriori problematiche connesse al prestito vitalizio ipotecario*

Si è visto finora che il problema del possibile trasferimento diretto in capo al creditore dell'immobile dato in garanzia non dovrebbe costituire più un problema per il nostro ordinamento. Infatti, la possibilità concessa alla banca di poter recuperare il proprio credito senza dover ricorrere alla ordinaria procedura esecutiva immobiliare da un lato comporta una notevole riduzione dei tempi giudiziari e dall'altro non priverebbe il debitore delle tutele che tale procedura esecutiva garantisce, in quanto comunque rimane la necessità che la vendita avvenga secon-

bene è inferiore al debito residuo, il debitore non dovrà corrispondere nulla al creditore ma la banca stessa potrà comunque rivalersi su altri beni della debitrice. Il Decreto prevede che le parti possano introdurre il "patto marciano" in fase di rinegoziazione del finanziamento e quindi anche sui finanziamenti già in essere

³³ Se il valore dell'immobile come stimato dal perito è superiore al debito residuo, il consumatore ha diritto all'eccedenza. In ogni caso il finanziatore si adopera con ogni diligenza per conseguire dalla vendita il miglior prezzo di realizzo.

³⁴ È possibile – come detto *supra* – fare riferimento alle recenti figure del "Contratto di credito ai consumatori correlato ad immobili residenziali" (art. 120 *quinquiesdecies* T.U.B.) e del "Trasferimento di immobile sospensivamente condizionato all'inadempimento" (art. 48 bis T.U.B.), nonché del "Pegno mobiliare non possessorio" (art. 1, D.L. 3 maggio 2016, n. 59; conv. in L. 30 giugno 2016, n. 119).

³⁵ Cfr. T. Rumi, *Il prestito vitalizio ipotecario tra nuove soluzioni "marciane" a garanzia del credito immobiliare*, in G. D'Amico, S. Pagliantini, F. Piraino, T. Rumi, *I nuovi marciani*, Torino, 2017, 130 ss.

do determinate modalità, che ogni eventuale residuo torni al debitore, che la vendita avvenga a un prezzo determinato, ecc.

Un secondo aspetto delicato, strettamente connesso al primo, attiene alla disposizione prevista dall'art. 3 lettera h) del decreto attuativo, che disciplina la decadenza dal beneficio del termine nel caso in cui l'immobile oggetto di garanzia sia assoggettato a procedimenti esecutivi di importo pari o superiore al 20% del valore dell'immobile concesso in garanzia; in tale ipotesi all'istituto di credito finanziatore viene affidata non solo la fase di restituzione dell'ecedenza al finanziato prestatore della garanzia ma anche la fase ulteriore di eventuale distribuzione e ripartizione dell'ecedenza a favore degli altri creditori procedenti inseriti nell'esecuzione ovvero dotati di garanzia reale.

Potrebbe qui porsi il problema di individuare le regole di comportamento cui il creditore, una volta soddisfatto, deve attenersi nella gestione del supero e nella sua distribuzione. In questo senso, varrebbe in primo luogo il generale principio di comportarsi secondo buona fede, cui il creditore non può sottrarsi. Inoltre, lo stesso art. 48-*bis* del Testo Unico Bancario – precedentemente citato – potrebbe fornire indici per analogia utilizzabili anche al caso di specie, soprattutto con riferimento alle disposizioni concernenti i doveri informativi e di trasparenza dell'attività svolta e la necessità di separazione delle somme costituenti il supero. Ancora, non si vede perché il creditore non debba poi rispettare le norme del codice di procedura civile in tema di esecuzione, nei limiti di compatibilità con il procedimento di esecuzione privato di cui il finanziatore è investito: ad esempio, le disposizioni che stabiliscono i doveri dei delegati (art. 591-*bis* c.p.c.) e la possibilità di rivolgersi al giudice in situazioni perplesse, ai sensi dell'art. 534-*ter* c.p.c.³⁶. Anche questa questione, pertanto, non pare porre particolari problematiche alla figura del prestito vitalizio ipotecario.

Altro aspetto solo apparentemente problematico è quello legato all'impossibilità per il soggetto finanziato di procedere ad alcune forme di limitazione previste per il proprio diritto di proprietà sull'immobile. Si pensi ad esempio al fatto che l'immobile oggetto di ipoteca non è vendibile, non è ulteriormente ipote-

³⁶ In attesa della distribuzione il finanziatore diventa quindi non mero debitore del supero bensì custode della somma relativa, da mantenere separata, mediante l'adozione di strumenti idonei, dal proprio patrimonio generale, anche affidandone a sua volta la custodia a soggetto terzo, affidabile ed indipendente (tra i vari strumenti, anche il deposito presso il notaio rogante l'atto di alienazione), come indice di correttezza nell'attuazione del rapporto, nei casi in cui la distribuzione del supero non possa essere immediata per l'insorgenza di particolari difficoltà nella definizione del progetto di distribuzione. Bisogna poi tenere conto che, nel profilarsi di situazioni complesse, il finanziatore può decidere di optare, per la soddisfazione del proprio credito, per l'ordinario procedimento di esecuzione immobiliare anziché far valere il meccanismo semplificato dell'alienazione diretta, affidando così alle valutazioni del giudice la definizione di un piano di riparto particolarmente complicato e che potrebbe quindi esporlo ad eventuali contestazioni.

cabile e non può essere concesso in locazione a terzi, situazioni al verificarsi delle quali la banca può procedere alla risoluzione del contratto.

Nondimeno, queste limitazioni – che di per sé potrebbero sembrare tendenzialmente non giustificabili – hanno una *ratio* che ne attenua di molto (se non addirittura ne elimina) ogni criticità. Si pensi ad esempio al caso di un bene – oggetto di prestito vitalizio ipotecario – che il soggetto finanziato vorrebbe dare in locazione: in tale caso, l'evento di una locazione sul bene suddetto può incidere enormemente sulla valutazione dello stesso bene che l'istituto di credito ha fatto in sede di concessione del credito (in quel momento, infatti, la stima si basava su un immobile libero). Pertanto, anche tale criticità risulta solo apparente.

Rappresenta invece un problema di non facile soluzione quello relativo alla previsione della capitalizzazione annuale degli interessi sulla somma erogata, che può produrre una crescita esponenziale del debito nei confronti del soggetto finanziatore, in particolare quando l'aspettativa di vita del soggetto finanziato sia sufficientemente lunga, arrivando ad eguagliare o anche a superare il valore dell'immobile garantito, nel giro di pochi anni. La possibilità per il soggetto finanziato di procedere (nel corso del finanziamento) al rimborso totale o parziale della quota interessi e delle spese è una pattuizione soltanto facoltativa e, in sua assenza, si verificherebbe quasi certamente la perdita dell'intero valore dell'immobile offerto in garanzia.

Siamo di fronte in questo caso a un esempio di anatocismo, che consiste nel sommare gli interessi già maturati al capitale e calcolare sulla somma così ottenuta ulteriori interessi in virtù del principio dell'autonoma esigibilità degli interessi rispetto alla somma capitale. In ossequio a un generale principio che vieta l'anatocismo bancario, l'art. 120 del Testo Unico bancario prevede che il CICR stabilisca modalità e criteri per la produzione di interessi nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, prevedendo in ogni caso che a) nelle operazioni in conto corrente sia assicurata, nei confronti della clientela, la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori; b) gli interessi periodicamente capitalizzati non possano produrre interessi ulteriori che, nelle successive operazioni di capitalizzazione, sono calcolati esclusivamente sulla sorte capitale. Tale norma ha di fatto reso inoperante il principio dell'anatocismo bancario.

Ed è qui che la disciplina del prestito vitalizio ipotecario cozza vistosamente con la normativa attualmente vigente in tema di anatocismo bancario. Si è osservato che il ragionamento che sembra aver guidato il legislatore dovrebbe essersi basato sul fatto che, data la possibilità concessa alle parti di prevedere convenzionalmente il rimborso rateale degli interessi e delle spese, la scelta di non avvalersi di tale facoltà equivale alla volontà, implicita, di escludere il pagamento alla scadenza degli interessi e di autorizzare che venga prorogata l'esigibilità di tale obbligazione e che, come contropartita, essa produca a sua volta interessi.

Tuttavia, tale ragionamento non convince del tutto perché capovolge il sistema attualmente vigente e non tiene conto degli effetti che questa situazione potrebbe creare sul soggetto finanziato e sui suoi eredi. In questo caso, pertanto, il prestito vitalizio ipotecario rappresenta davvero un problema di non poco conto.

8. *La problematica delle trattative precontrattuali e del rimborso delle spese sostenute: una deroga ai principi generali dell'ordinamento*

Uno degli aspetti più interessanti, e forse problematici, della nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario è quello che riguarda la disciplina delle trattative precontrattuali. Ai sensi del Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico 22 dicembre 2015, n. 226, viene infatti stabilito un assoluto divieto per il finanziatore di esigere il pagamento delle spese sostenute in sede precontrattuale, qualora non si addivenga alla sottoscrizione definitiva del contratto di prestito vitalizio ipotecario. Su tale disposizione è necessario soffermarsi per capire se vi siano particolari specificità rispetto ai principi cardine stabiliti in materia di responsabilità precontrattuale, così come interpretati dalla dottrina e dalla giurisprudenza³⁷.

Il principio generale che regola la materia precontrattuale prevede che le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, debbano comportarsi secondo buona fede³⁸. E' la cosiddetta buona fede oggettiva,

³⁷ La responsabilità precontrattuale (o *culpa in contrahendo*), secondo la nozione accolta da autorevole dottrina civilistica, indica la responsabilità per lesione dell'altrui libertà negoziale, realizzata mediante un comportamento non conforme ai canoni di lealtà, correttezza e serietà in sede di trattative e formazione del contratto. Sul punto, F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007, 873 ss.; C.M. Bianca, *Diritto civile*, vol. III, *Il contratto*, Milano, 2000, 157 ss.; F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, vol. II, *Le obbligazioni e i contratti*, I, *Obbligazioni in genere. Contratti in genere*, Padova, 1999, 552 ss.; A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1999, 484 ss.; U. Di Benedetto, *Diritto civile: giurisprudenza e casi pratici*, Rimini, 1997, 508 ss. Le basi teoriche dell'istituto in esame sono state poste, nella seconda metà dell'Ottocento, dalla dottrina civilistica tedesca che, al fine di colmare una lacuna dell'ordinamento, ha elaborato una prima formulazione della *culpa in contrahendo* quale istituto preordinato a garantire una tutela risarcitoria per i pregiudizi che uno dei contraenti potesse subire in conseguenza del comportamento scorretto dell'altra parte in sede di trattative e formazione del contratto: V.R. Jhering, *Culpa in contrahendo oder schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur perfektion gelangten vertragen*, in *Jahrbucher fur die dogmatik des heutigen romischen und deutschen privatrechts*, IV, 1861, 1 ss.

³⁸ Art. 1337 c.c. In materia di buona fede, tra i tanti Y. Adar, P. Sirena, *La dialettica di principi e regole nel diritto comune dei contratti*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2013, 2, 227 ss.; M. Barcellona, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Il contratto e le tutele*, Torino, 2002, 308 ss.; Id., *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, 211 ss.; C. M. Bianca, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 205 ss.; L. Bigliazzi Geri, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, 169 ss.; U. Breccia, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, 3 ss.; A. De Vita, *Buona fede e common law. Attrazione non fatale nella storia del contratto*, in L. Garofalo (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, 2003, 459 ss.; M. L. Loi, F. Tessitori, *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1975, 19 ss.; E. Navarretta, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e*

ovvero quel comportamento coerente con i principi di solidarietà e salvaguardia dell'altrui interesse negoziale, che si oggettiva nel rispetto di obblighi di informazione, lealtà e chiarezza³⁹: eventuali inadempimenti agli obblighi di buona fede così definiti nella fase che precede la stipulazione di un contratto rappresentano la responsabilità precontrattuale. Tale figura include quelle forme di responsabilità che sorgono a carico di un soggetto verso un altro soggetto, per il danno arrecato nella fase di formazione di un qualsiasi contratto.

L'elemento più importante della responsabilità precontrattuale è la violazione della buona fede che fa sorgere precisi obblighi di protezione reciproca fra le parti⁴⁰: esisterebbe infatti un dovere gravante sulle parti di svolgere una trattativa in modo da preservare gli interessi dell'altra⁴¹. In tale ottica, il recesso nelle trattative può essere causa di responsabilità precontrattuale quando sia privo di giustificato motivo, dovendo tenere presente alcuni punti fondamentali, ovvero che le trattative siano arrivate a uno stadio idoneo a far sorgere nella parte che invoca la responsabilità il ragionevole affidamento nella conclusione del contratto e che non vi sia alcun motivo giustificante per l'interruzione delle trattative⁴².

Cosa succede però se, una volta che le trattative siano giunte allo stadio finale e le parti siano entrambe ragionevolmente sicure della conclusione dell'affare, una delle stesse decidesse di venire meno all'accordo? Il problema riguarderebbe sia le spese inutilmente sostenute durante la trattativa, sia le perdite per non aver usufruito nel corso delle trattative delle occasioni di stipulare un diverso contratto⁴³.

Con riguardo all'aspetto delle spese, è bene chiarire che, in sede di trattative, le parti possono accordarsi in merito agli esborsi che le stesse possono sostenere in questa fase: in presenza di tale accordo, le spese andranno corrisposte (e ripartite) di conseguenza. Quanto al caso in cui un accordo tra i contraenti non vi sia stato, ciascuna parte dovrebbe essere chiamata a sopportare le spese incorse durante le trattative, senza poter pretendere dall'altra parte, nel caso di interru-

diritto europeo, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 508 ss.; O. Troiano, *Buona fede e contratti standard: riflessioni sull'impiego della clausola generale nel diritto privato comunitario*, in *Contratti*, 2006, 191 ss.; G. Vettori, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, ivi, 2002, 915 ss.

³⁹ Cass., 17 novembre 1997, n. 11394. La giurisprudenza utilizza il concetto di buona fede oggettiva nelle trattative anche per sindacare – caso per caso – la legittimità del recesso che una parte eventualmente pone in essere prima della conclusione del contratto. Se il comportamento di ogni parte, in fase di trattativa, deve essere improntato ai criteri di buona fede e salvaguardia della sfera giuridica di controparte, anche il recesso dovrà essere, necessariamente, corretto e leale.

⁴⁰ Cass., 12 luglio 2016, n. 14188.

⁴¹ Cass., 6 agosto 2008, n. 21250; Cass., 22 gennaio 2009, n. 1618; Cass., 10 novembre 2010, n. 22819.

⁴² Cass., 29 marzo 2007, n. 7768; Cass., 18 giugno 2004, n. 11438; Cass., 14 febbraio 2000, n. 1632.

⁴³ Cass., 10 marzo 2016, n. 4718.

zione della trattativa, alcuna somma a titolo di rimborso spese per il caso di recesso dalla trattativa stessa⁴⁴.

Il Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico sembra però escludere espressamente la possibilità che un tale accordo possa essere stipulato dalle parti. Viene infatti chiaramente e inequivocabilmente previsto un assoluto divieto per l'istituto di credito di esigere il pagamento delle spese sostenute per le attività svolte dallo stesso istituto in sede di trattative nell'ipotesi in cui il soggetto richiedente decidesse di non sottoscrivere il finanziamento.

Rispetto alla regola generale di cui all'art. 1337 c.c., così come interpretata costantemente dalla dottrina e dalla giurisprudenza, sembra esserci pertanto una deroga non di poco conto. Qualora il recesso dalle trattative effettuato dal cliente sia stato del tutto ingiustificato o qualora lo stesso abbia fatto sorgere un legittimo affidamento sull'istituto di credito in merito alla positiva conclusione dell'affare, infatti, il tenore letterale della norma del Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico non sembra lasciare alcuna possibilità di addebitare al cliente qualsivoglia spesa relativa alla fase delle negoziazioni, pur in presenza di un suo comportamento palesemente scorretto o di una situazione in cui l'istituto di credito abbia fatto ragionevolmente affidamento sulla positiva conclusione dell'affare.

Tale aspetto rappresenta indubbiamente un'eccezione ai principi generali dell'ordinamento in materia di responsabilità precontrattuale. Su tale fattispecie, il Decreto in oggetto sembra però peccare di equità, andando anche contro (in maniera apparentemente illogica) affermati e più che condivisibili principi generali del nostro sistema giuridico, e limitando di fatto – senza apparente motivo – la libertà contrattuale dei contraenti.

9. *Aspetti peculiari relativi alla polizza assicurativa sull'immobile: tra obbligatorietà e libertà di scelta del cliente*

Ultimo aspetto che si vuole analizzare con il presente lavoro è quello connesso alla polizza assicurativa sull'immobile ipotecato, di cui si trova una particolare disciplina all'interno della nuova normativa introdotta dal legislatore. In particolare, il Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico sopra citato statuisce che deve sempre essere garantito il diritto per il cliente di acquistare liberamente

⁴⁴ Arbitro Bancario Finanziario, Decisione n. 2315 del 27 ottobre 2011, per la quale nella fase precontrattuale in assenza di un diverso esplicito accordo tra le parti, come talvolta accade in occasione della stipulazione di una convenzione negoziale destinata a disciplinare le trattative in fase di avvio, ciascuna parte è chiamata a sopportare le relative spese, senza poter in alcun modo pretendere dall'altra parte, nel caso di interruzione della trattativa, alcuna somma a titolo di rimborso spese e/o di penale per il caso di (legittimo) recesso dalla trattativa medesima.

l'obbligatoria polizza assicurativa sull'immobile anche da un soggetto diverso dal finanziatore. Due sono gli aspetti che, a parere di chi scrive, meritano una particolare attenzione, ovvero l'obbligatorietà della polizza in oggetto e il diritto del cliente di sottoscrivere una polizza anche con un soggetto diverso dal finanziatore.

Quanto al primo, si evidenzia che il Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico fa espresso riferimento ad un concetto di obbligatorietà della polizza assicurativa sull'immobile, che rappresenta una peculiarità della materia bancaria. Da più parti, infatti, si sottolinea l'obbligatorietà per legge di polizze siffatte – ad esempio, ma non solo – nel contratto di mutuo, che andrebbero a garantire tanto il mutuatario (che potrebbe rischiare – in caso di perimento dell'immobile – di dover continuare a pagare rate di un finanziamento per un immobile non più esistente) quanto il mutuante (che – nel caso di perimento dell'immobile – si troverebbe ad avere una garanzia ipotecaria inesistente).

Ciononostante, vi è di fatto incertezza su tale carattere di obbligatorietà. La dottrina infatti osserva, a proposito delle polizze incendio e scoppio abbinate ai contratti di mutuo, che si tratterebbe solamente di una prassi – e non di un vincolo normativo – l'erogazione del mutuo solo se coperto da tale assicurazione⁴⁵. Anche l'Arbitro Bancario Finanziario non si discosta molto dalle suddette tesi, in quanto afferma che sarebbe più una pratica consolidata che il rispetto di un requisito di legge quello di far stipulare ai mutuatari una polizza assicurativa a copertura dei rischi riguardanti l'immobile⁴⁶. Sembra quindi trattarsi di una prassi piuttosto che di un vincolo di legge, come detto.

In materia di prestito vitalizio ipotecario, il legislatore è intervenuto invece per la prima volta in termini espliciti a chiarire che, in tale fattispecie, la sottoscrizione della polizza assicurativa sull'immobile è obbligatoria. Questo aspetto rappresenta sicuramente una novità (nonché un chiarimento espresso) che dovrebbe fugare vari dubbi al riguardo e non lascerebbe spazio a interpretazioni dottrinali né a necessità di interventi giurisprudenziali. Tuttavia, viste la particolarità e la specificità della materia in esame, non si ritiene che sia possibile estendere tale ragionamento anche alle altre fattispecie dei mutui bancari garantiti da ipoteca (nonché ad altre figure simili), per i quali quindi l'obbligatorietà della sottoscrizione della polizza sull'immobile non sarebbe una richiesta normativa, bensì più un'esigenza degli istituti di credito. In quest'ambito, sarebbe allora necessario un

⁴⁵ V. Lops, *Il mutuo perfetto. Come abbattere costi e interessi e trasformare il tuo prestito casa in un grande investimento*, Milano, 2011, 33: «quanto alla polizza incendio e scoppio sull'immobile, è prassi della banca erogare il mutuo solo se coperto da questa assicurazione».

⁴⁶ Arbitro Bancario Finanziario, Decisione n. 4029 del 25 luglio 2013, secondo la quale – ai sensi di una pratica consolidata – gli intermediari richiedono alla clientela di stipulare, contestualmente alla concessione di un mutuo, una polizza assicurativa a copertura dei rischi riguardanti l'immobile (incendio, scoppio).

chiarimento normativo che precisi una volta per tutte tale aspetto anche per le altre fattispecie (qualora questa fosse l'intenzione del legislatore).

Quanto, invece, al secondo dei due punti sopra citati (regolamentati dal Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico), ovvero il diritto del cliente di poter acquistare liberamente la polizza assicurativa sull'immobile anche da un soggetto diverso dal finanziatore, è da ritenere che tale norma vada sicuramente nella giusta direzione per una tutela della libertà contrattuale del cliente di poter scegliere la polizza che meglio si addica alle sue esigenze, anche in termini di costo, senza che il finanziatore possa opporsi o possa costringere il medesimo a stipulare una polizza offerta dal finanziatore stesso.

Tuttavia, tale norma sembra una ripetizione rispetto a quanto già previsto dal Codice del Consumo⁴⁷, laddove viene precisato che è scorretta quella pratica commerciale di una banca, di un istituto di credito o di un intermediario finanziario che, ai fini della stipula di un contratto di mutuo, obbliga il cliente alla sottoscrizione di una polizza assicurativa erogata dalla medesima banca, istituto o intermediario ovvero all'apertura di un conto corrente presso la medesima banca, istituto o intermediario⁴⁸. Rimane pertanto piuttosto dubbio il motivo per cui sia stata inserita all'interno del Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico una norma siffatta, di fatto ultronea a qualsivoglia fine.

10. Conclusioni

Sono passati ormai circa quindici anni dalla prima introduzione del prestito vitalizio ipotecario in Italia, e più di cinque anni dalla relativa novella introdotta dal legislatore. Gli studi in materia si sono susseguiti in maniera numerosa, e l'istituto può essere considerato ormai entrato nel nostro ordinamento in maniera definitiva e completa.

Molte criticità che erano state sollevate in seguito al primo (e lacunoso) intervento normativo sono state risolte con le novità del 2015. Tuttavia, anche l'ultima soluzione legislativa non ha fugato tutti i dubbi – e anzi ha aperto nuove criticità – che di fatto stanno immobilizzando lo sviluppo del prestito vitalizio ipotecario in Italia.

Ci si riferisce soprattutto al problema della capitalizzazione degli interessi, la quale – di fatto – ha fatto rientrare nel nostro sistema giuridico l'anatocismo. Tale previsione, come indicato nel corso del presente lavoro, ha di fatto l'effetto di sco-

⁴⁷ Decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, in materia di diritti del consumatore.

⁴⁸ Art. 21 c. cons.

raggiare l'utilizzo dello strumento da parte degli anziani, e soprattutto si pone in netto contrasto con quanto previsto negli ultimi anni in tema anatocistico.

Non crea invece seri problemi la tematica relativa al patto marciano, concetto che di fatto è insito nel prestito vitalizio. L'intenzione del legislatore di questi ultimi anni è chiara: con figure come quella in oggetto (ma non solo) si sta cercando di superare il divieto di patto commissorio attingendo a piene mani al patto marciano.

Alcune considerazioni a proposito del prestito vitalizio ipotecario

Il presente lavoro analizza la figura del prestito vitalizio ipotecario – istituto introdotto dal legislatore circa 15 anni fa, poi recentemente riformato e aggiornato con alcune norme di dettaglio – per verificarne i principali aspetti problematici che lo (hanno reso e) rendono uno strumento di difficile utilizzo da parte dei consumatori. Dopo alcuni cenni comparatistici agli istituti che hanno ispirato il legislatore italiano (il *reverse mortgage* degli ordinamenti anglosassoni, il *prêt viager* in Francia e la spagnola *hipoteca inversa*), il saggio prova dapprima a delinearne i caratteri essenziali (causa, oggetto, forma e struttura), per poi passare ad analizzare le figure affini già esistenti nell'ordinamento (il mutuo, la rendita vitalizia, la nuda proprietà, la cessione del quinto) e le peculiarità che lo contraddistinguono. Infine, il lavoro si sposta sugli aspetti più problematici dell'istituto *de quo*, quali i rapporti dello stesso con il patto commissorio e il patto marciano, le specificità relative alle trattative precontrattuali e al rimborso delle spese sostenute per il contratto in oggetto, alcuni dubbi in merito alla polizza assicurativa sull'immobile oggetto di ipoteca del prestito vitalizio, e così via, ipotizzando scenari e soluzioni in linea con l'ordinamento.

Some considerations regarding the prestito vitalizio ipotecario

This work analyses the Italian prestito vitalizio ipotecario – a legal arrangement introduced by the legislator about 15 years ago, and then recently reformed and updated with various implementation rules – to verify the main problematic aspects that (made and) make it a difficult tool to use by consumers. After some comparative references to the legal arrangements that inspired the Italian legislator (the reverse mortgage of the Anglo-Saxon systems, the *prêt viager* in France and the Spanish *hipoteca inversa*), the essay first outlines the essentials of *prestito vitalizio ipotecario* (cause, object, form and structure), only to then move on to analyse similar arrangements already existing in the legal system (loans, life trusts, bare ownership, payday loans) and the peculiarities that distinguish it. Finally, the work shifts to the most problematic aspects of *prestito vitalizio ipotecario*, such as the relationship with the *patto commissorio* and the *patto marciano*, the specificities relating to pre-contractual negotiations and the reimbursement of expenses incurred for the contract, some doubts with regard to insurance policies on property subject to mortgage of the *prestito vitalizio ipotecario*, and so on, hypothesising scenarios and solutions in line with the law.

La disciplina italiana dell'*equity crowdfunding*: varianti tipologiche, responsabilità e valore dell'informazione tra problema e sistema

Pasquale Cuzzola

SOMMARIO: 1. Il fenomeno *equity crowdfunding* e la scelta del legislatore italiano. – 2. Procedimento e struttura della fattispecie nella disciplina vigente. – 3. Possibili criticità assiologiche e “varianti” tipologiche. – 4. Obblighi del gestore: una base comune. – 5. (*Segue*): Obblighi specifici per singola “variante” e fase contrattuale. – 6. Per una qualificazione del servizio del gestore. – 7. Valore dell'informazione e responsabilità del gestore. – 8. (*Segue*): Fornitore (terzo) dell'algoritmo per il funzionamento del portale. – 9. La tutela rimediale dell'investitore. – 10. Limiti della responsabilità e casi incerti; informazione e interesse fondamentale della fattispecie. – 11. Un ultimo *quid*: gestore del portale come *gatekeeper*?

1. Il fenomeno *equity crowdfunding* e la scelta del legislatore italiano

Da qualche anno il legislatore italiano, precedendo le altre realtà europee¹, è intervenuto per disciplinare l'*equity crowdfunding*, una fattispecie di investimento che si realizza con la raccolta di capitali di rischio per mezzo di portali *online*².

¹ L'Italia è stata in Europa il primo Paese (per diversi anni rimasto anche l'unico) ad aver adottato una disciplina esplicita in materia, laddove nella maggior parte degli altri Stati il fenomeno era piuttosto fatto rientrare nell'alveo di istituti già esistenti. Tra i 28 Paesi dell'Unione, solo 11 si sono dotati di una regolamentazione specifica (cfr. il seguente link: <https://www.crowd-funding.cloud/it/normativa-europea-403.asp>). V'è un recente rapporto in merito alla regolamentazione generale sul *crowdfunding* all'interno dell'Unione Europea: EUROPEAN CROWDFUNDING NETWORK, ECN Review of Crowdfunding Regulation 2017, ECN, 2017. V. altresì E. Macchiavello, *La travagliata evoluzione normativa dell'equity crowdfunding in Italia, il nuovo regolamento Consob e la prospettiva di regolazione del crowdfunding a livello europeo: una disciplina destinata a breve vita?*, in *Riv. Dir. Banc.*, 2018, I, 133 ss. Per una visione d'insieme, invero assai critica, estesa ad altri Paesi del mondo, anche al di fuori dell'Europa, cfr. G.A. Gabison, *Equity crowdfunding: All regulated but not equal*, in *DePaul Business Commercial Law Journal*, 2015, 13(3), 359-410.

² Il *crowdfunding* rappresenta un effetto delle opportunità offerte dall'estensione della rete. La possibilità di un maggiore e più facilitato incontro tra soggetti (e tra gli interessi degli stessi), anche distanti tra loro e appartenenti a Paesi diversi, è alla base della genesi “dal basso” del fenomeno. Si tratta di un settore non “generato” dall'ordinamento per scelta di diritto positivo, ma in cui l'intervento del diritto è (solo) successivo ad un

Si tratta di una *species* del *crowdfunding*, quale raccolta di risparmio³ presso una pluralità di soggetti – che si “incontrano” sul *web* grazie a “piattaforme” o “portali”⁴ – finalizzato alla realizzazione di progetti e interessi di vario genere: imprenditoriali o personali, filantropici, patrimoniali e non patrimoniali⁵.

Ne sono tratti caratteristici: l'importo spesso non elevato dei contributi ripetuti a fronte della presenza di una moltitudine di sostenitori di un'iniziativa o di un progetto; la presenza di una piattaforma *on line* quale luogo in cui si sviluppano richieste e adesioni ai progetti di raccolta e che elimina la necessità di intermediari⁶.

Il *crowdfunding*, sviluppatosi in maniera esponenziale negli ultimi anni⁷, si inserisce nell'alveo del *FinTech*, macrofenomeno di sviluppo sempre più articolato

primo sviluppo e volto a sussumerne le molteplici varietà nell'alveo di istituti giuridici già vigenti o a regolarne gli aspetti più incerti.

³ Quasi sempre sotto forma di finanziamento pecuniario, anche di modesta entità.

⁴ La presenza di un soggetto estraneo al rapporto fondamentale che si instaura tra i richiedenti le somme (a vario titolo) e la folla dei “finanziatori”, che scelgono di “investire” nel progetto, è un elemento costante: l'incontro tra domanda “alla folla” e offerta di fondi da parte di quest'ultima avviene per il tramite di un soggetto terzo, che veicola e soddisfa l'esigenza di un corretto incontro tra l'una e l'altra. Ciò grazie alle *online platforms*, il cui sviluppo è una precisa tendenza attuale nel campo dei servizi prestati via *internet*: A. De Franceschi, *Le piattaforme online nel mercato unico digitale: il caso Uber*, in Seminari di Diritto Privato promossi e diretti da Pietro Sirena, Università Bocconi, 22 giugno 2016, reperibile al seguente *link*: https://agenda.unibocconi.it/eventi/attach/7_De_Franceschi20171106125305.pdf, 1, parla in proposito di «motori di innovazione»; cfr. sul punto anche M. Colangelo, V. Zeno-Zencovich, *Online Platforms, Competition Rules and Consumer Protection in Travel Industry*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2016, 75 ss.

⁵ Il termine è il risultato di una parola composta: *crowd* (folla) – *funding* (finanziamento). Diversi aspetti della definizione proposta si rinvergono nel documento CONSOB, *Equity crowdfunding: cosa devi assolutamente sapere prima di investire in una “start up innovativa” tramite portali on-line* (rinvenibile nella sezione di *investor education* del sito dell'Autorità al seguente *link*: <http://www.consob.it/web/investor-education/crowdfunding>), 2, che identifica il *crowdfunding* come «il processo con cui più persone (“folla” o *crowd*) conferiscono somme di denaro (*funding*), anche di modesta entità, per finanziare un progetto imprenditoriale o iniziative di diverso genere utilizzando siti *internet* (“piattaforme” o “portali”) e ricevendo talvolta in cambio una ricompensa». Si riscontrano il *lending-based*, il *donation-based*, il *reward-based*, l'*equity-based crowdfunding* (ogni tipologia può svilupparsi in commistione con le altre). Il *lending-based crowdfunding* rappresenta l'ipotesi classica di versamento a titolo di mutuo di una somma di denaro da parte di una pluralità di prestatori ad un soggetto finanziato, per la realizzazione di molteplici e variegati obiettivi; si tratta di un finanziamento di debito che avviene in modalità *peer-to-peer*. Nel *donation-based crowdfunding* vi è un versamento gratuito di somme, così realizzandosi un'ipotesi di liberalità per il perseguimento di finalità caritatevoli, filantropiche, o di altro genere. Nel *reward-based* il finanziamento pecuniario scaturisce dall'adesione ad un progetto e viene ricambiato con una forma di ricompensa (materiale o immateriale) talvolta commisurata all'entità dell'offerta. Cfr. per una descrizione generale P. Piantavigna, *Start-up innovative e nuove fonti di finanziamento*, in *Riv. Dir. Fin. e scienza delle finanze*, 2014, 2, 264 ss.; P. Lucantoni, *La raccolta di capitali tramite portali: l'equity-crowdfunding*, in *Aa.Vv., I diversi settori del Fintech. Problemi e prospettive*, a cura di E. Corapi, R. Lener, Padova, 2019, 133 ss.

⁶ L'importanza del ruolo della piattaforma per facilitare la raccolta è evidenziata da IOSCO, *Research Report on Financial Technologies (Fintech)*, febbraio 2017 (reperibile al seguente *link*: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD554.pdf>), 11.

⁷ Tra i fattori del richiamato sviluppo (forse non della vera e propria genesi: le prime manifestazioni del *crowdfunding* si erano registrate, infatti, già nel 2005: cfr. A. Schwienbacher, B. Larralde, *Crowdfunding of small entrepreneurial venues*, in *The Oxford handbook of entrepreneurial finance*, New York, 2012, 371) vi sono la crisi economica esplosa poco più di dieci anni fa, nonché i balzi in avanti compiuti da *internet* e comunicazioni digitali, che hanno generato un aumento di “prossimità” (cfr. A. Laudonio, *La folla e l'impresa: prime*

to e complesso del settore finanziario in quanto favorito dalle applicazioni tecnologiche⁸. L'Unione Europea ne intravede le potenzialità di veicolo per il perseguimento e lo sviluppo del mercato unico dei capitali tra gli Stati membri⁹.

Anche a motivo di ciò, la Commissione Europea dal 2018 ha avviato un procedimento legislativo finalizzato all'adozione di un regolamento europeo sul *crowdfunding*¹⁰.

riflessioni sul crowdfunding, in *Orizzonti Dir. Comm.*, 2014, 2, 13) e, quindi, di possibilità di incontro tra interessi complementari.

⁸ Il termine *FinTech* scaturisce dalla crasi dell'espressione *Financial Technology*. Se ne occupano da tempo le Istituzioni europee: cfr. Commissione Europea, *Staff working Document Crowdfunding in the EU Capital Markets Union*, Bruxelles, 2016, 12; il Parlamento europeo ha invitato l'*European Supervisory Authority* a monitorare gli sviluppi tecnologici, analizzando rischi e benefici per investitori e consumatori (cfr. Parlamento Europeo, *Committee on Economic and Monetary Affairs, Draft report on Fintech. The influence of technology on the Future of Financial Sector*, 2016/2243(INI), 27 gennaio 2017, disponibile al seguente link: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0176_EN.html?redirect=7), nonché la Commissione Europea a «elaborare un piano d'azione globale in materia di *FinTech* nel quadro delle sue strategie per l'Unione dei mercati dei capitali e per il Mercato unico digitale». Anche l'Organizzazione internazionale delle commissioni dei valori mobiliari se n'è interessata: v. IOSCO, *Research Report on Financial Technologies (Fintech)*, cit.; per un tentativo di inquadramento sistematico del fenomeno *FinTech* e per altri riferimenti bibliografici, cfr. M.T. Paracampo, *FinTech e il mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, in Id. (a cura di), *FinTech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, a cura di Giappichelli, 2017, 1 ss.; C. Schena, A. Tanda, C. Arlotta, G. Potenza (a cura di), *Lo sviluppo del FinTech. Opportunità e rischi per l'industria finanziaria nell'era digitale*, Quaderni FinTech, CONSOB, 2018, 1. Sottolinea la crescente velocità dell'evoluzione del settore in questione, cui fa da contraltare la fatica del legislatore di stare al passo, G. Alpa, *Fintech: un laboratorio per i giuristi*, in *Contratto e impresa*, 2019, 2, 378.

⁹ La Commissione, nella Comunicazione del 08.03.2018, *Completare l'Unione dei mercati dei capitali entro il 2019 - È tempo di accelerare la realizzazione*, ha esplicitamente indicato il conseguimento di un marchio europeo per piattaforme di *crowdfunding* basato sugli investimenti e sui prestiti quale misura di progresso e finalizzata all'integrazione dei mercati dei capitali. Con altra Comunicazione di pari data, *Piano d'azione per le tecnologie finanziarie: per un settore finanziario europeo più competitivo e innovativo*, 6, la Commissione ha evidenziato che l'assenza di un quadro UE comune ostacolerebbe «la capacità dei fornitori di servizi di *crowdfunding* di crescere nel mercato unico, soprattutto a causa di approcci nazionali divergenti». Ancor più recentemente, sempre la Commissione, nella Comunicazione del 15.03.2019, *Unione dei mercati dei capitali: progressi nella creazione del mercato unico dei capitali per un'Unione economica e monetaria forte*, ha qualificato la proposta di regolamento come misura legislativa di «sostegno alle imprese e agli investitori» grazie a «regole più chiare e più semplici». Essa potrebbe così rafforzare la competitività dell'Eurozona: cfr. D. Siclari, *European capital markets union e ordinamento nazionale*, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 2016, 4, 481.

¹⁰ *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai fornitori europei di servizi di crowdfunding per le imprese*, com(2018) 113 final 2018/0048, 8 marzo 2018, (qui rinvenibile: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A52018PC0113>), trasmessa al Parlamento europeo, in seno al quale (a seguito delle integrazioni e verifiche della Commissione per i problemi economici e monetari) è stato approvato un testo modificato in data 27.03.2019: *Relazione sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai fornitori europei di servizi di crowdfunding per le imprese*, COM(2018)0113 – C8-0103/2018 – 2018/0048(COD), 9 novembre 2018, con acclusa una Risoluzione legislativa sulla Proposta di Regolamento (il testo è disponibile al seguente link: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0364_IT.html#title), 1) trasmessa al Consiglio, alla Commissione e ai Parlamenti nazionali. La procedura legislativa è ancora *in itinere* (fase di prima lettura della procedura ordinaria), ma recentemente le Istituzioni hanno annunciato un'imminente conclusione, grazie anche al contributo dell'*European Crowdfunding Network*, un'associazione che ha pubblicato (in data 2.10.19) un *Position Paper, Proposed Regulation on European Crowdfunding Service Providers (ESCP) for Business* (disponibile sul sito www.eurocrowd.org), formulando una serie di proposte per intervenire sul testo. Al momento in cui si consegna il presente scritto

Con specifico riguardo all'*equity crowdfunding*, unica tipologia esplicitamente disciplinata dal legislatore italiano, le operazioni si sostanziano in sottoscrizioni, da parte dei finanziatori, di quote sociali offerte dai richiedenti. Il ritorno economico auspicato dalla folla dei finanziatori consiste nell'incremento degli utili che la società finanziata sarà in grado di ottenere.

Peraltro, in virtù delle modifiche intervenute con la Legge di Bilancio per il 2019, che ha incisivamente innovato la disciplina, è possibile ormai per gli offerenti collocare anche strumenti finanziari di debito, sebbene la possibilità sia limitata solo ad alcune tipologie di investitori¹¹.

Estraneo al rapporto che si instaura tra i richiedenti le somme (a vario titolo) e la folla dei "finanziatori" che scelgono di "investire" nel progetto¹², ma nondimeno parte fondamentale nella fattispecie di *equity crowdfunding*, è il gestore della piattaforma, che può essere o meno l'intermediario finanziario autorizzato al perfezionamento dell'investimento.

Il rapporto giuridico del gestore con la folla dei finanziatori e dei richiedenti-offerenti non è di agevole inquadramento. La sua attività, in ogni caso, produce un effetto moltiplicatore dei rapporti tra soggetto richiedente e finanziatori: ciò che astrattamente potrebbe non essere indispensabile, diviene elemento caratterizzante del fenomeno, tanto spontaneamente nella prassi, quanto per esplicito intervento normativo¹³.

Elementi di incertezza e complessità riguardano altri aspetti della fattispecie, non sempre oggetto di espressa disciplina positiva, riflettendosi anche nelle ipotesi di responsabilità in caso di lesione degli interessi coinvolti nei rapporti¹⁴.

dopo la revisione definitiva, dopo la risposta della Banca centrale europea alla richiesta di parere del Consiglio del febbraio 2020, risulta confermata una formulazione finale della proposta di Regolamento datata 17 aprile 2020: *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on European Crowdfunding Service Providers (ECSP) for Business*, da sottoporre ad approvazione, dunque in vista dell'accordo definitivo ("*final compromise text with a view to agreement*").

¹¹ Questo aspetto – su cui si dirà meglio *infra* – costituisce la più importante novità della richiamata Legge di Bilancio, n. 145/2018. La nuova previsione è stata acquisita anche nella legislazione secondaria: il Regolamento è stato infatti all'uopo modificato con la Delibera Consob n. 21110 del 10 ottobre 2019 (pubblicata in G.U. n. 251 del 25.10.2019). Per una tesi a sostegno dell'opportunità di un intervento del legislatore europeo, con l'auspicio di un'armonizzazione delle differenti discipline degli Stati membri dell'Unione, cfr. E. D'Ippolito, M. Musitelli, A. Sciarone Alibrandi, *Protecting Crowdfunders: Is a MiFID-Mimicking Approach Appropriate?*, in *European Company Law*, 2016, vol 13, 1, 27 e 36.

¹² Il virgolettato evidenzia l'accezione atecnica con cui si intendono i termini riportati, in quanto sintesi di diverse tipologie di fattispecie possibili.

¹³ La stessa European Banking Authority, definendo il *crowdfunding*, evidenzia come la richiesta al pubblico di finanziamenti avvenga tipicamente per mezzo di una piattaforma *online*, che consente ed agevola l'incontro tra richiedenti e soggetti disposti a finanziare i progetti. Cfr., con specifico riferimento al *lending-based crowdfunding*, M. Bofondi, *Il lending-based crowdfunding: opportunità e rischi*, in *Questioni di Economia e Finanza* (Occasional papers) – Banca d'Italia, 2017, 7.

¹⁴ L'incertezza non contribuisce a promuovere la confidenza e stimolare il ricorso a questi strumenti da parte dei potenziali fruitori. A ciò si aggiungano i rischi legati più in generale all'andamento dei mercati e alla

2. Procedimento e struttura della fattispecie nella disciplina vigente

La disciplina vigente in materia di *equity crowdfunding* consta di un doppio livello normativo: alle fonti di rango primario si affiancano quelle regolamentari provenienti dall'Autorità di Vigilanza.

All'interno del T.U.F.¹⁵ si rinvencono due articoli, introdotti dal legislatore nel 2012¹⁶ e, successivamente, a più riprese modificati.

Collocato nel titolo sulla gestione collettiva del risparmio, l'art. 50-*quinques* prevede la fattispecie di «gestione di portali per la raccolta di capitali per le piccole e medie imprese e per le imprese sociali»¹⁷.

L'art. 100-*ter*, rubricato «Offerte attraverso portali per la raccolta di capitali», descrive in sintesi le caratteristiche dell'oggetto dell'offerta, nonché le categorie di soggetti offerenti e le deroghe ad alcune regole di diritto societario.

La disciplina di dettaglio si rinviene nel Regolamento Consob adottato con Delibera n. 18592 del 26 giugno 2013¹⁸ (al quale ci si riferirà segnatamente nel prosieguo del presente lavoro ogni qualvolta si indicherà per *brevitas* solo Reg. Consob, senza ulteriore specificazione), cui le stesse richiamate disposizioni di fonte primaria fanno rinvio.

protezione dei consumatori da eventuali frodi, o comunque da impiego di risorse senza adeguate tutele giuridico-economiche.

¹⁵ La stessa collocazione della fattispecie all'interno del Decreto legislativo n. 58 del 24 febbraio 1998 ne evidenzia la natura finanziaria. Con riguardo alla predetta qualifica, sebbene tanto il Testo Unico Bancario (all'art. 10, comma 3) quanto il Testo Unico della Finanza (all'art. 18) facciano riferimento alla nozione di "attività finanziaria", nessuna delle disposizioni richiamate ne definisce il perimetro (lo stesso elenco delle attività finanziarie formulato dall'art. 106 T.U.B. non può ritenersi esaustivo). Tentando di ricostruire il significato di attività finanziaria, la dottrina ha ricostruito due approcci, l'uno alternativo all'altro. Secondo una prospettiva ampia, rientrerebbero nel novero di attività finanziaria «tutte le attività che hanno attinenza con il mercato dei capitali» e anche al di fuori di quelle che «si traducono in una vera e propria attività di *intermediazione* di ricchezza, di denaro, o di prodotti finanziari»; diversamente, stando ad un approccio più selettivo, solo queste ultime (quelle cioè che «danno luogo ad una vera e propria attività di intermediazione di capitali, o dei relativi strumenti») «dovranno intendersi come attività finanziarie». Così sintetizza le due posizioni F. Annunziata, *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2017, 3, che aderisce alla prospettiva più elastica.

¹⁶ Specificamente con l'art. 30 del D.L. n. 179 del 18.10.2012 (c.d. «Crescita bis»), convertito con L. 17 dicembre 2012, n. 221.

¹⁷ Tale denominazione, con le relative conseguenze, è frutto in realtà di diversi interventi normativi che hanno esteso l'ambito soggettivo di applicabilità della raccolta di capitali, originariamente consentita solo a *start-up* innovative, PMI innovative e altri soggetti (OICR e società di capitali) che investivano prevalentemente in *start-up* e PMI innovative. Le modifiche intervenute si devono, in ordine cronologico, all'art. 4 del D.L. n. 3 del 24.1.2015, convertito con modificazioni dalla L. n. 33 del 24.3.2015; alla L. n. 232 dell'11.12.2016; all'art. 18 del d.lgs. n. 112 del 3.7.2017; all'art. 2 del d.lgs. n. 129 del 3.8.2017.

¹⁸ Tale regolamentazione secondaria è stata adottata dopo un'articolata fase di consultazione. Per E. Fregonara, *Il crowdfunding: un nuovo strumento di finanziamento per le start up innovative*, in *Orizzonti Dir. Comm.*, 2014, 8, l'Autorità di vigilanza ha «operato, da un lato, seguendo in modo rigoroso ed ordinato la delega contenuta nel Decreto crescita bis, dall'altro accogliendo nel testo del provvedimento i suggerimenti pervenuti dai protagonisti del settore che hanno partecipato ad un questionario conoscitivo.»

L'intero impianto normativo è stato interessato da diversi interventi di modifica¹⁹; esso individua un procedimento formalizzato per la raccolta di capitali di rischio tramite portali *online*. Prende avvio dalla decisione di una società²⁰ di offrire i propri titoli azionari e così finanziare un progetto, un'idea imprenditoriale. Essa, in tal modo, trasferisce le proprie quote sociali (a seguito della delibera di un aumento di capitale), acquisendo nuovi soci, ossia gli investitori-finanziatori. Dopo il già richiamato intervento del legislatore nella Legge di Bilancio 2019, sarà possibile anche offrire obbligazioni o titoli di debito²¹.

¹⁹ Alle norme così delineate hanno fatto séguito, a distanza di pochi anni, diversi interventi di modifica, sia delle norme di rango primario che della regolamentazione Consob. Dopo la prima previsione esplicita della fattispecie si sono susseguiti poi: l'art. 4 del D.L. n. 3 del 24.01.2015 (c.d. «Crescita 3.0» o «Investment Compact», conv. con L. 33/2015, che ha incluso nel novero dei potenziali offerenti PMI innovative, OICR e SICAV che investono prevalentemente in *start-up* innovative ed in PMI innovative); l'art. 1, comma 70, della legge di bilancio 2017 (n. 232 dell'11.12.2016), meglio specificato dall'art. 57 del D.L. n. 50 del 24.04.2017 (c.d. «Correttivo», che ha esteso la categoria di possibili emittenti a tutte le PMI); il D. Lgs. n. 112 del 03.07.2017 (che ha esteso la disciplina alle imprese sociali a particolari condizioni); il D. Lgs. n. 129 del 03.08.2017, che ha recepito la Direttiva 2014/65/UE, c.d. MiFID II, adottando la disciplina alle previsioni in essa contenute; il d.gs. n. 165 del 25.11.2019 (c.d. «correttivo MiFID»), che è intervenuto sull'art. 50-*quinquies* del T.U.F. Gli interventi regolatori della Consob successivi al Regolamento adottato con Delibera n. 18592 del 26.06.2013 sono le delibere di modifica: n. 19520 del 24.02.2016; n. 20204 del 29.11.2017; n. 20264 del 17.01.2018. I predetti interventi derivano dall'adeguamento alle novità introdotte dalla MiFID II (cfr., in proposito, E. Macchiavello, *La travagliata evoluzione*, cit., 140) e dal costante monitoraggio successivo. Più di recente, v'è stato un intervento di adeguamento del Regolamento alle novità previste dalla Legge di Bilancio 2019 (art. 1, comma 238, L. 30.01.2018, n. 145, intervenuto sull'art. 100-*ter* del T.U.F.). Il regolamento è stato modificato con Delibera n. 21110 del 10.10.2019, dopo una fase di consultazione pubblica (i dettagli della procedura sono disponibili sul sito Consob). Tra le novità di maggior rilievo (su cui v. *infra*) si annoverano l'apertura al mercato secondario, ma soprattutto la possibilità di collocare strumenti finanziari di debito. Da ultimo, la più recente Delibera n. 21259 del 6.2.2020 è intervenuta per adeguare il Regolamento alle novità derivanti dalle modifiche apportate all'articolo 50-*quinquies* T.U.F. dal d.lgs. n. 165 del 25 novembre 2019 (c.d. «correttivo MiFID») sotto il profilo della responsabilità del gestore, eliminando l'alternativa dell'adesione ad un sistema di indennizzo in luogo della copertura assicurativa.

²⁰ Per poter ricorrere al finanziamento mediante portali è necessario rientrare in una delle ipotesi elencate dall'art. 2, comma 1, lett. c, Reg. Consob. La possibilità era prima riconosciuta solo a *start-up* innovative e PMI innovative (di cui all'art. 25, commi 2 e 4, del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179), nonché a chi avesse investito in esse, in quanto Organismi di investimento collettivo del risparmio o altre società di capitali, rispettivamente definiti alle lettere e) ed f) dell'articolo 1, comma 2, del decreto del Ministero dell'economia e delle finanze 30 gennaio 2014. Detta possibilità è stata poi estesa anche alle PMI c.d. «semplici»: si veda l'art. 4 del D. Lgs. n. 129 del 3.8.2017. Secondo E. Macchiavello, *La travagliata evoluzione*, cit., 160, il «superamento del divieto di offerta al pubblico e circolazione delle quote di s.r.l. [è] così ampio da far sospettare un parziale transito delle quote di s.r.l. PMI nella categoria degli strumenti finanziari». L'iniziale mancata previsione, tra i possibili offerenti, delle tipologie societarie più diffuse nel nostro Paese era stata oggetto di aspre critiche: cfr., su tutti, A. Laudonio, *op. cit.*, 17; M. Cian, *Società start-up innovative e pmi innovative*, in *Giur. Comm.*, 2015, 6, 972; Anche il *1° Report Italiano sul CrowdInvesting*, pubblicato dal Politecnico di Milano - Osservatorio CrowdFunding, <http://www.osservatoriocrowdfunding.it/>, giugno 2016, 46, auspicava tale estensione. Ed invero, se la promozione di questo nuovo fenomeno aveva tra gli obiettivi espliciti il reperimento di nuove forme di finanziamento in favore di soggetti non sempre in grado di ottenere dalle forme classiche le risorse per realizzare i propri progetti, non v'era ragione per una simile restrizione (al netto dell'esigenza di «promozionale» di peculiari e nuove forme societarie).

²¹ Cfr. nota 19, nonché *infra* alla fine del presente paragrafo.

Domanda e offerta di finanziamento possono incontrarsi in un portale: qui la campagna di raccolta viene lanciata a seguito della presentazione del progetto da parte dell'offerente e della relativa ammissione da parte del soggetto gestore del predetto portale, che per questo motivo è sottoposto ad una serie di autorizzazioni e controlli.

I gestori sono stati inquadrati dal legislatore distinguendo due tipologie.

La prima riguarda intermediari professionali già in possesso di abilitazione alla prestazione di servizi finanziari, come banche o imprese di investimento, in quanto precedentemente autorizzati²².

Proprio per questo, i requisiti di serietà e professionalità, onorabilità, terzietà, capacità di far fronte ai "costi" (*lato sensu* intesi) dell'attività, anche in termini di responsabilità, sono considerati intrinsecamente presunti di talché, al fine di avviare l'attività di gestione di portali per la raccolta di capitali, agli intermediari in questione sarà sufficiente comunicarne lo svolgimento²³ (il gestore sarà così inserito nella sezione speciale del registro istituito dalla Consob ai sensi dell'art. 4 Reg. Consob)²⁴; tale dichiarazione ha efficacia di pubblicità-notizia²⁵.

Alla presente tipologia di gestore, così detto "di diritto", sarà consentito non solo raccogliere l'adesione all'offerta degli investitori, ma altresì procedere al perfezionamento dei relativi ordini.

La seconda tipologia di gestori riguarda operatori che devono essere sottoposti a verifiche e autorizzazioni prima di ottenere l'iscrizione al registro nella sezione ordinaria²⁶.

I diversi requisiti all'uopo necessari – in parte individuati dall'art. 50-*quinquies*, comma 3, T.U.F., in parte demandati, dalla predetta disposizione, ad una specificazione ulteriore ad opera della regolamentazione Consob – riguardano la forma e l'organizzazione societaria, l'onorabilità e la professionalità dei profili professionali coinvolti, le garanzie in caso di responsabilità²⁷.

²² Si tratta di «Sim, alle imprese di investimento UE, alle imprese di paesi terzi diverse dalle banche autorizzate in Italia, ai gestori di cui all'articolo 1, comma 1, lettera q-bis), limitatamente all'offerta di quote o azioni di Oicr che investono prevalentemente in piccole e medie imprese e alle banche, autorizzati ai relativi servizi di investimento»: così sono identificati dall'art. 50-*quinquies*, comma 2, T.U.F. novellato.

²³ Purché precedentemente all'avvio dell'attività stessa, secondo quanto previsto dall'Allegato 1, lett. B, del Regolamento Consob.

²⁴ Pubblicato nella sezione «Albi ed elenchi» del Bollettino elettronico Consob (cfr. art. 6, Reg. Consob), i dati in esso contenuti e riguardanti ciascun gestore iscritto sono analiticamente individuati all'art. 5 Reg. Consob.

²⁵ Cfr. M.L. Vitali, *Equity crowdfunding: la nuova frontiera della raccolta del capitale di rischio*, in *Riv. Soc.*, 2014, 2-3, 376.

²⁶ Ciò è quanto si ricava, innanzitutto, dall'apodittica definizione di gestore contenuta nell'art. 50-*quinquies*, comma 1, T.U.F., novellato.

²⁷ I presupposti, i principi, le condizioni, le cause di incompatibilità, nonché le fasi del complesso procedimento autorizzatorio finalizzato all'iscrizione nel registro, secondo la previsione del legislatore primario (art. 50-*quinquies*, commi 5 e 6, T.U.F.), sono determinate nel Regolamento.

L'esito positivo delle verifiche comporta l'iscrizione del gestore nel registro istituito presso la Consob: essa ha natura di pubblicità costitutiva²⁸.

Ottenuta l'autorizzazione ad operare nella seconda categoria appena descritta, il gestore del portale potrà solo svolgere le attività connesse alla campagna di raccolta degli investitori disposti a sottoscrivere le offerte, ma non potrà perfezionare gli ordini: dovrà trasmettere solo agli intermediari autorizzati²⁹ «gli ordini riguardanti la sottoscrizione e la compravendita di strumenti finanziari rappresentativi di capitale esclusivamente» (art. 50-*quinquies*, comma 2, T.U.F.) e non potrà «detenere somme di denaro o strumenti finanziari di pertinenza di terzi» (art. 50-*quinquies*, comma 4, T.U.F.).

Anche attraverso i requisiti e le garanzie richieste agli operatori professionali, la normativa in analisi è volta ad accrescere la familiarità e la confidenza degli investitori con questi nuovi strumenti finanziari.

A seguito della richiesta di pubblicazione di un'offerta, il gestore del portale (a qualunque categoria appartenga) dovrà procedere a due verifiche preliminari (cfr. art. 24, comma 1, Reg. Consob): una sulla garanzia del diritto di recesso in favore degli investitori, l'altra sulla comunicazione e pubblicazione dei patti parasociali sul sito internet dell'aspirante offerente.

Dopo l'ammissione della singola offerta, il medesimo gestore pubblicherà sul portale tutte le informazioni che la riguardino, per come fornite dall'offerente, mettendole così a disposizione degli investitori «in maniera dettagliata, corretta, chiara, non fuorviante e senza omissioni»³⁰. Il dettaglio delle informazioni, pubblicato ai sensi dell'art. 16, comma 1 lett. a), Reg. Consob, è preceduto dall'avvertenza generale secondo cui le informazioni non sono singolarmente approvate dalla Consob e l'offerente rimane responsabile della completezza e della veridicità dei dati e delle informazioni fornite.

Il «cumulo informativo» che si genera sul portale è così pronto ad essere sottoposto alla folla dei potenziali sottoscrittori.

²⁸ L'iscrizione perdura fintantoché non intervengono cause di cancellazione, tra cui la decadenza dall'autorizzazione per mancato avvio dell'attività entro 6 mesi dalla stessa (art. 11-bis, comma 1, Reg. Consob). Le altre cause di cancellazione dal registro sono indicate dall'art. 12 Reg. Consob.

²⁹ Quali banche, Sim, imprese di investimento UE e imprese di Paesi terzi diverse dalle banche. Gli ordini riguardanti azioni o quote degli Oicr andranno invece inoltrati ai relativi gestori.

³⁰ Così recita l'art. 13, comma 2, Reg. Consob. Sulla singola offerta, si indicheranno: i rischi specifici; la descrizione dell'offerente; le condizioni generali e particolari dell'offerta, i costi a carico degli investitori, il trattamento fiscale, i soggetti perfezionatori degli ordini, le informazioni sul conto indisponibile acceso per il trasferimento dei fondi. Il gestore, inoltre, è tenuto a pubblicare le altre informazioni di cui all'art. 16 Reg. Consob, tra le quali gli elementi identificativi dei soggetti che perfezionano gli ordini, le modalità di esercizio del diritto di revoca, le modalità e i tempi delle ulteriori, successive informazioni sulla situazione dell'offerta.

L'investitore potrà così scegliere un progetto, acquisendo quote rappresentative del capitale dell'offerente³¹ in base all'idea maturata di realizzabilità e remuneratività del progetto. L'adesione a un'offerta piuttosto che a un'altra può scaturire da una disamina approfondita dei documenti a disposizione, ma anche dal convincimento dettato da un'intuizione, da un'ondata emotiva (derivante dalla visione di immagini, *slides*, video pubblicati promozionalmente dall'offerente) o ancora dal livello di competenza ed esperienza dell'investitore³². A tale ultimo proposito, la prassi ha evidenziato che l'*equity crowdfunding* non intercetta nuovi investitori, "analfabeti" nel campo dei mercati finanziari, ma esperti internauti, sebbene non sia da escludere che proprio queste categorie fossero tra i destinatari principali dell'intervento legislativo, al fine di favorire la crescita del mercato attraverso strumenti di finanza alternativa.

In ogni caso, indipendentemente dal grado di competenza, l'investitore arriverà a sottoscrivere definitivamente le quote dopo un *iter* immaginato dal legislatore per rendere consapevole lo stesso investitore, o quantomeno per garantirne formalmente la possibilità³³. Qualora il sottoscrittore rientri tra gli investitori professionali³⁴, riceverà un trattamento con minori garanzie³⁵.

Condizione di accesso alle sezioni del portale in cui è possibile aderire alle offerte è la presa visione delle informazioni generali sull'investimento in strumenti finanziari tramite portali, nonché di quelle di *investor education* sul sito Consob (art. 14 Reg. Consob). Una volta effettuato l'accesso nella relativa sezione del portale, l'investitore dovrà (non più ricevere, bensì) fornire informazioni³⁶ «in merito alla propria conoscenza ed esperienza per comprendere le caratteri-

³¹ O sottoscrivendo titoli di debito, se appartenente ad una delle categorie soggettive individuate dal legislatore dopo il recente intervento al T.U.F. e al Regolamento Consob.

³² Alcune recenti ricerche condotte sull'impatto sociale dell'*equity crowdfunding* hanno consentito di delineare il profilo dell'investitore medio: soggetto maschile, di età media (45 anni), con qualche conoscenza dei mercati finanziari, dotato di un adeguato patrimonio e solitamente di un portafoglio diversificato di investimenti. Per maggiori dettagli, anche con riferimento alla distribuzione geografica rispetto alle campagne finanziate, v. il documento del Politecnico di Milano, Osservatorio crowdfunding, *1° Report italiano sul Crowdfunding*, cit., 41 ss.; il successivo *4° Report italiano sul Crowdfunding*, cit., che fotografa la situazione al 30.06.2019, confermando «la distribuzione 'a campana'»: gli adulti con età compresa fra 36 e 50 anni rappresentano il 47% dei *backers*.

³³ L'Autorità di vigilanza, nel documento *Equity crowdfunding: cosa devi assolutamente sapere prima di investire in una "start-up innovativa" tramite portali on-line*, cit., 8, si riferisce a un «percorso consapevole» che gli investitori *retail* sono tenuti a «completare per poter aderire alle offerte on-line».

³⁴ Tale categoria è definita dall'art. 2, comma 1, lett. j), Reg. Consob con un richiamo, per quanto riguarda i clienti professionali privati "di diritto" e "su richiesta", all'Allegato 3, rispettivamente ai punti I e II, del Regolamento Consob in materia di intermediari, n. 16190 del 29 ottobre 2007 e ss. mm. e ii. Per i clienti professionali pubblici, sempre "di diritto" o "su richiesta", si fa invece riferimento agli articoli 2 e 3 del decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze 11 novembre 2011, n. 236.

³⁵ Anche per il dettaglio delle «regole di condotta che i gestori di portali devono rispettare nel rapporto con gli investitori, prevedendo un regime semplificato per i clienti professionali» (così l'art. 50-*quinques*, comma 5, T.U.F.), il legislatore ordinario ha demandato al potere regolamentare dell'Autorità di vigilanza.

³⁶ In dottrina c'è chi, per qualificare il questionario, usa ironicamente l'espressione di «percorso ad ostacoli»: così E. Fregonara, *op. cit.*, 10.

stiche essenziali e i rischi che gli strumenti finanziari oggetto di offerta comportano», oltre a dichiarare «di essere in grado di sostenere economicamente l'eventuale intera perdita dell'investimento che intend[e] effettuare» (art. 15, comma 2, lett. c, Reg. Consob).

La fase di verifica in esame non avviene sempre con gli stessi tempi e modalità.

Gli adempimenti del singolo gestore, diversificati sulla base della sua categoria, ma anche dalle sue scelte imprenditoriali, generano una serie di opzioni procedurali, idonee a far emergere la presenza di diverse "sottotipologie" di (fattispecie dell') *equity crowdfunding* astrattamente configurabili. La "variabile" determinante è individuabile nella tipologia di gestore del portale e negli obblighi di cui lo stesso è titolare; essi consentono di ricostruire la fattispecie, qualificando il servizio ma anche evidenziando i profili di responsabilità.

La verifica del livello di conoscenza ed esperienza dell'investitore è effettuata senz'altro dal gestore, ove iscritto nella sezione speciale del registro e, pertanto, abilitato quale intermediario finanziario³⁷. Qualora invece il gestore sia iscritto nella sezione ordinaria del registro, egli avrà la mera facoltà di operare la predetta verifica, dal momento che sarà obbligo dell'intermediario perfezionatore degli ordini, in seguito, procedere con le informazioni e le necessarie valutazioni previste nella Parte II del T.U.F., come la profilatura della clientela; obbligo, quest'ultimo, operante solo qualora gli ordini degli investitori siano superiori ad una soglia ben determinata³⁸.

In pratica, mentre la verifica effettuata direttamente dal gestore dovrebbe rilevare "a monte", quale condizione di accesso al portale (o meglio, alla sezione relativa alle offerte), diversamente, la verifica rimandata alla fase di contatto tra investitore e intermediario che riceve (ed è tenuto a perfezionare) gli ordini, ove

³⁷ In tal senso si è espressa anche la Comunicazione Consob n. 0066128 del 01.08.2013. Non trovando applicazione, per questi soggetti, le regole più restrittive previste per i gestori iscritti alla sezione ordinaria del registro (divieto di detenere somme di denaro e obbligo di trasmissione degli ordini a banche e SIM), essi potranno gestire integralmente il processo della raccolta di capitali, senza poter tuttavia andare esenti dalla disciplina MiFID per gli ordini sotto-soglia.

³⁸ In presenza di un ordine di investimento inferiore alle soglie indicate (singolarmente o in cumulo con altri nell'arco di un anno), risultante da un'attestazione di non superamento delle stesse fornita dall'investitore al gestore (si veda l'art. 17, comma 5, Reg. Consob), l'intermediario non sarà tenuto agli obblighi previsti dal T.U.F. poc'anzi richiamati. Il superamento della soglia indicata dal legislatore si ha con un controvalore superiore: a cinquecento euro per singolo ordine o a mille euro considerando gli ordini complessivi annuali, per le persone fisiche; a cinquemila euro per singolo ordine o a diecimila euro considerando gli ordini complessivi annuali, per le persone giuridiche (cfr. art. 17, comma 3, Reg. Consob). Non esistono dunque limitazioni di natura quantitativa per gli investitori individuali: osserva U. Minneci, *Equity crowdfunding: gli strumenti a tutela dell'investitore*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2019, 2, 520, come ciò comporti un allontanamento della disciplina «da quell'idea di "richiedere poco a tanti", che si presenta, almeno nelle narrazioni tradizionali sul *crowdfunding*, un elemento consustanziale del fenomeno» (laddove la previsione di «un ammontare massimo dell'offerta complessiva rivolta al c.d. mercato primario» è un vincolo che «trova ragione nella esigenza di tenere la relativa sollecitazione al di fuori del territorio dominato dall'obbligo di pubblicazione del prospetto»).

questi sia un soggetto diverso dal gestore del portale, diviene una condizione “a valle” di perfezionamento dell’offerta cui l’investitore abbia già aderito³⁹.

Superando le predette fasi, l’investitore avrà accesso al portale e potrà vedere perfezionata la sottoscrizione; solo a quel punto si potrà procedere al momento effettivo di raccolta del capitale di rischio.

L’*iter* che conduce al definitivo finanziamento del progetto dell’offerente si potrà concludere solo se, al momento della chiusura dell’offerta, almeno il 5%⁴⁰ degli strumenti finanziari offerti sia stato sottoscritto da investitori professionali. Si tratta di una condizione di perfezionamento dell’offerta⁴¹, che desta numerosi interrogativi: la previsione – quale requisito indefettibile – dell’intervento degli investitori professionali potrebbe contrastare con la tendenza alla raccolta “dal basso”, che dovrebbe rappresentare il *proprium* del *crowdfunding*; d’altra parte, esso è in grado di conferire una certa credibilità all’offerta, rassicurando gli investitori meno esperti⁴². Seconda condizione è il mancato esercizio del diritto di recesso⁴³.

³⁹ In realtà, neanche questa schematizzazione può considerarsi pacifica, attesi i dubbi che desta – ancora una volta – la contraddittorietà tra alcune disposizioni, scarsamente coordinate tra loro. Dal tenore testuale dell’art. 13, comma 5-bis, Reg. Consob («il gestore verifica per ogni ordine di adesione alle offerte *ricevute*»; corsivo nostro, n.d.r.), sembrerebbe che la verifica debba essere effettuata dopo che l’investitore ha aderito a un’offerta e prima di “mandarla ad esecuzione”. Sennonché, la lettera del successivo art. 15, comma 2, Reg. Consob, lascerebbe immaginare che la verifica debba essere effettuata addirittura prima che l’investitore possa già solo «accedere alle sezioni del portale in cui è possibile aderire alle singole offerte».

⁴⁰ Ma con le modifiche del Regolamento apportate nel 2018 è stato aggiunto all’art. 24 il comma 2-ter, che ha ridotto le soglie «al 3% per le offerte effettuate da piccole e medie imprese in possesso della certificazione del bilancio e dell’eventuale bilancio consolidato, relativi agli ultimi due esercizi precedenti l’offerta, redatti da un revisore contabile o da una società di revisione iscritta nel registro dei revisori contabili.»

⁴¹ L’offerta già presentata sul portale potrà così essere oggetto di sottoscrizioni da parte degli investitori “in attesa” che arrivi l’adesione di investitori professionali nella percentuale indicata. In origine, si era immaginata la prescrizione della percentuale minima di sottoscrizioni di investitori professionali come condizione di ammissione dell’offerta al portale. La scelta in senso inverso si deve ai riscontri ottenuti dagli operatori pratici (gestori, intermediari e investitori, potenziali e/o attuali) nella fase di indagine conoscitiva e consultazione promossa dalla Consob: cfr. il *Documento di consultazione - Regolamento in materia di “raccolta di capitali di rischio da parte di start-up innovative tramite portali on-line*, 29 marzo 2013, ma soprattutto la *Relazione sull’attività di analisi d’impatto della regolamentazione (AIR) e sugli esiti della procedura di consultazione* (entrambi disponibili online, insieme agli altri documenti di corredo, al seguente link: <http://www.consob.it/web/investor-education/consultazioni-sul-crowdfunding-2013>).

⁴² Sul punto E. Fregonara, *op. cit.*, 17, osserva come sia «curioso il fatto che in un sistema di raccolta di capitali, che si propone alternativo ai canali istituzionali di finanziamento, sia previsto l’obbligo di partecipazione, anche, tra gli altri, di un investitore professionale esponente del mondo bancario». In una simile operazione, l’A. intravede il pericolo di una consistente riduzione delle «caratteristiche di democraticità del *crowdfunding*, che rischia, viceversa, di diventare uno strumento alternativo per le banche.» U. Piattelli, *Il crowdfunding in Italia*, Torino, 2013, 88, rileva la mortificazione dello “spirito” che permea il fenomeno, destinato a degenerare in «crowdbanking».

⁴³ Consentito «senza alcuna spesa, tramite comunicazione rivolta al gestore [...], entro sette giorni decorrenti dalla data dell’ordine» (art. 13, comma 5, Reg. Consob). I medesimi effetti sono previsti nella diversa ipotesi di esercizio del diritto di revoca, possibile per gli investitori non professionali nel termine di sette giorni allorquando, «tra il momento dell’adesione all’offerta e quello in cui la stessa è definitivamente chiusa, sopravvenga un fatto nuovo o sia rilevato un errore materiale concernenti le informazioni esposte sul portale, che siano atti a influire sulla decisione dell’investimento.»

Configurando la raccolta di capitali tramite *equity crowdfunding* come investimento finanziario⁴⁴, ne discende l'ineludibilità del perfezionamento della sottoscrizione dell'offerta a cura di un intermediario autorizzato⁴⁵.

L'investitore, acquisendo le azioni dell'offerente, diventerà titolare del complesso di diritti patrimoniali e amministrativi che derivano dalla partecipazione all'impresa⁴⁶, con l'auspicio di crescita del progetto e, conseguentemente, delle prospettive di utile in proprio favore; in ciò si condensa la finalità dell'investimento.

È possibile ad oggi offrire le proprie quote da parte di PMI costituite nella forma della Società a responsabilità limitata⁴⁷. Questa previsione rappresenta una novità del panorama normativo introdotto dalla disciplina sull'*equity crowdfunding*⁴⁸: si supera così il divieto di offerta al pubblico e circolazione di quote di s.r.l. – in ciò rinvenendosi una deroga al diritto societario comune⁴⁹ – e si potrebbe corroborare la tesi del "transito" nell'alveo degli strumenti finanziari anche delle quote di s.r.l. fatte oggetto di offerta tramite i portali⁵⁰.

⁴⁴ Non è escluso che, insieme a un'ottica promozionale del fenomeno, proprio la caratterizzazione delle operazioni di *equity crowdfunding* come investimenti nei mercati finanziari abbia fatto optare per l'intervento del legislatore in questo campo, assoggettandolo a regole precise, anche di vigilanza. Tuttavia, anche lasciando alla prassi e all'autonomia degli operatori il ricorso a questa modalità di raccolta di capitali tramite portali, non v'era dubbio che qualunque operazione finanziaria avrebbe potuto – *rectius*, dovuto – essere compiuta necessariamente per mezzo di intermediari abilitati.

⁴⁵ Banche o imprese di investimento, munite delle autorizzazioni ai sensi della normativa T.U.F. e MiFid, che raccoglieranno le somme in un conto indisponibile a favore dell'emittente.

⁴⁶ Cfr. CONSOB, *Equity crowdfunding*, cit., 2. I primi hanno ad oggetto la partecipazione agli utili, in caso di deliberazione di distribuzione degli stessi da parte dell'assemblea, nonché la possibilità di ricevere quanto residua dall'attivo societario in caso di liquidazione della società (e dopo il pagamento dei debiti); i secondi concernono la partecipazione alle assemblee della società e la possibilità di esprimere il voto nel predetto consenso, nonché di impugnare le delibere assembleari. La portata dei suddetti diritti è in genere direttamente proporzionale all'entità dell'investimento. Nel caso dell'*equity crowdfunding* vi sono maggiori probabilità di un'attribuzione delle situazioni giuridiche richiamate appositamente pensata per venire incontro agli interessi delle parti coinvolte: all'investitore *retail* (che ha l'obiettivo precipuo di massimizzare i profitti) può non dispiacere che si preveda una compressione dei diritti amministrativi a fronte di un maggiore riconoscimento di quelli patrimoniali, se parametrato all'apporto economico derivante dall'investimento.

⁴⁷ E a prescindere dalla circostanza per cui le stesse posseggano i requisiti dell'innovatività e/o della *start-up*.

⁴⁸ In particolare dal Decreto Crescita-bis, D. L. n. 179/2012, che costituisce la cornice normativa di riferimento in cui ha trovato spazio la prima introduzione di tale forma di investimento tramite portali, con la previsione dei nuovi articoli del T.U.F. (art. 50-*quinquies* e 100-*ter*). Non si dimentichi, infatti, che l'*equity crowdfunding* – cui oggi possono ricorrere tutte le PMI – è stato originariamente pensato come forma di finanziamento per *start-up* innovative: ciò per rimediare al «forte limite» allo sviluppo di dette società, «che non dispongono, nella loro fase iniziale, di una dotazione di capitale sufficiente per costituirsi in forma di S.p.A. [...] o che intendono crescere senza doversi necessariamente trasformare in S.p.A.» (così si legge nella relazione al d.d.l. del Senato n. 3533, 51).

⁴⁹ Sull'esigenza di rivedere diversi aspetti di diritto societario, in particolare ripensando la disciplina delle società a responsabilità limitata, quale «tipo originariamente concepito per realtà imprenditoriali a compagine sociale ristretta» e che invece allo stato attuale sconta una tendenza (favorita dallo stesso diritto positivo) verso altre forme organizzative e gestionali, cfr. U. Minneci, *op. cit.*, 522.

⁵⁰ E. Macchiavello, *La travagliata evoluzione*, cit., 160 considera realizzato il "transito" delle quote di s.r.l. PMI nella categoria degli strumenti finanziari proprio a motivo del superamento del divieto di offerta al

Un'altra novità è stata introdotta dalla già richiamata Legge di Bilancio per il 2019 (L. 30.12.2018, n. 145), che con la disposizione di cui all'art. 1, comma 238, ha inserito il nuovo comma 1-ter all'art. 100-ter del T.U.F., aprendo alla possibilità di sottoscrivere anche obbligazioni o titoli di debito, sia pure in una sezione del portale diversa da quella in cui si svolge la raccolta del capitale di rischio e con limitazione ai soli investitori professionali e a particolari categorie di investitori individuate dalla Consob e, in ogni caso, nel rispetto dei limiti imposti dal Codice Civile⁵¹. La nuova previsione è stata acquisita anche nel Regolamento Consob⁵².

3. Possibili criticità assiologiche e “varianti” tipologiche

La tipologia di investimento cui dà luogo l'*equity crowdfunding*, vista la particolarità dell'oggetto, adombra una serie di rischi⁵³, come l'illiquidità⁵⁴: vengono infatti negoziate azioni e quote rappresentative del capitale sociale o degli

pubblico e circolazione delle predette quote.

⁵¹ La citata Legge di Bilancio è anche intervenuta sulla disciplina degli incentivi fiscali agli investimenti nell'*equity crowdfunding*, rendendo permanenti agevolazioni precedentemente previste “a tempo”. Per il 2019, la detrazione IRPEF e la deduzione IRES per gli investimenti in *start-up* innovative è aumentata dal 30 al 40%; vi è poi una deduzione del 50% in caso di acquisizioni dell'intero capitale sociale di *start-up* innovative da parte di soggetti IRES (a condizione che il capitale sociale sia mantenuto per almeno 3 anni dopo l'acquisizione). Tutti gli incentivi sono stati autorizzati nel 2018 dalla Commissione Europea (ai sensi dell'art. 108, par. 3, TFUE) e poi attuati con Decreto interministeriale (di concerto tra MEF e MISE) del 7 maggio 2019, pubblicato in G.U. n. 156 del 5 luglio 2019.

⁵² Detto Regolamento è stato infatti all'uopo modificato con la Delibera Consob n. 21110 del 10 ottobre 2019 (pubblicata in G.U. n. 251 del 25.10.2019). Le previsioni hanno innovato con una tale incisività da aver condotto a rinominare l'impianto regolamentare in «Regolamento sulla raccolta di capitali tramite portali on-line» (ossia con l'eliminazione della specificazione «di rischio» relativamente ai capitali).

⁵³ La maggior parte dei quali dovuti non solo alla perdita di capitale, ma anche alla mancanza di dividendi e all'aumento delle possibilità di incorrere in frodi e iniziative illecite, dal momento che le transazioni commerciali concluse avvengono attraverso i canali maggiormente incerti di *internet*.

⁵⁴ Ciò per un paio di motivi: da un lato, i titoli acquistati non possono essere scambiati su mercati organizzati per un periodo iniziale; dall'altro, non esiste un “mercato secondario” cui rivolgersi per scambiare gli strumenti dopo averli sottoscritti. V'era già chi auspicava l'intervento del legislatore «volto a prevedere un metodo *ad hoc* [...] per l'alienazione delle quote acquisite» mediante l'intervento dello stesso intermediario finanziario che si occupa di gestire gli ordini (fungendo da «stanza di compensazione»): così P. Alvisi, *Equity crowdfunding: uno sguardo comparatistico*, in *Riv. Dir. Bancario*, 2014, 3, 6 (nota 8); o ancora, che la stessa società offerente si facesse promotrice di mercato dei propri strumenti finanziari: E. Fregonara, *op. cit.*, 28. Successivamente, è stato avviato lo sviluppo di un mercato secondario gestito dagli offerenti stessi, quali *market makers*: in tal modo «gli emittenti creano piazze di compravendita che consentono di assicurare adeguata liquidità al mercato dei propri strumenti finanziari, altrimenti difficilmente liquidabili tramite i mercati tradizionali.» Così N. De Luca, S.L. Furnari, A. Gentile, *Equity crowdfunding*, in *Digesto*, VIII Agg., *Disc. priv., sez. comm.*, Torino, 2017, 162. Un auspicio in tal senso era contenuto anche da M. Bofondi, *op. cit.*, 14, mentre nel 1° *Report Italiano sul CrowdInvesting*, cit., 26, si vedeva una premessa per lo sviluppo di un mercato secondario delle quote sottoscritte mediante il ricorso all'*equity crowdfunding* nell'introduzione (ad opera del D.L. 3/2015) del possibile regime di dematerializzazione di quote e azioni per PMI e *start-up* innovative. Sull'opportunità della creazione di un mercato secondario, cfr. U. Minneci, *op. cit.*, 524.

OICR⁵⁵, che il Regolamento Consob, all'art. 2, comma 1, lett. h), qualifica come «strumenti finanziari»⁵⁶.

Invero, il rischio dell'illiquidità dovrebbe essere ad oggi quantomeno ridotto: dopo la più recente modifica al Regolamento Consob (Delibera n. 21110 del 10.10.2019), quest'ultimo prevede ora la possibilità che i gestori aprano bacheche elettroniche, dove gli investitori possono pubblicare annunci e vendere i titoli acquisiti, sia pure con una serie di limitazioni che rendono il pericolo in questione non completamente superato⁵⁷.

Non può sottacersi, inoltre, che la disciplina attualmente vigente – anche a séguito di interventi successivi frutto del “monitoraggio normativo” – genera una serie di dubbi e criticità, che emergono anche solo limitandosi ad una semplice parafrasi della stessa e rimanendo a livello di *policy* normativa⁵⁸.

In generale, permane un generale problema di eccessiva complessità delle disposizioni e delle procedure istituite, non sempre di agevole comprensione per il potenziale sottoscrittore, soprattutto ove si consideri che la *mens legis* era (ed è) orientata a coinvolgere nei mercati finanziari una fetta nuova di investitori, tra cui quelli tipicamente sguarniti di (o con scarse) esperienze e competenze in materia⁵⁹.

⁵⁵ La possibilità di negoziazione tramite *equity crowdfunding* di obbligazioni o titoli di debito, introdotta dalla Legge di Bilancio per il 2019 (L. 30.12.2018, n. 145), incontra le limitazioni già richiamate *supra*.

⁵⁶ Detta espressione dovrebbe forse essere intesa in senso atecnico, non cioè secondo la definizione dell'art. 1, comma 1, lett. t, T.U.F., dal momento che «tali partecipazioni difetterebbero del requisito essenziale degli strumenti finanziari, ovvero della negoziabilità sul mercato dei capitali.» (così S. Rizzo, *Intermediari Finanziari ed Equity Crowdfunding: profili di compliance*, in *Riv. della Regolazione dei mercati*, 2014, 2, 310, richiamandosi alla Comunicazione Consob 18 giugno 2001, n. DEM/1043775). La dottrina maggioritaria, non ritenendo sussumibili le quote neanche nell'alveo (ancora più ristretto rispetto a quello degli strumenti finanziari) dei valori mobiliari di cui all'art. 1, comma 1-bis, T.U.F. (cfr. A. Guacero, *La start-up innovativa in forma di società a responsabilità limitata: raccolta del capitale di rischio ed equity crowdfunding*, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 6, 2014, 699), tende a far rientrare quelle oggetto di offerta tramite portali nel più ampio novero dei prodotti finanziari di cui all'art. 1, comma 1, lett. u, T.U.F. Si tratta infatti di una «forma di investimento di natura finanziaria» (art. 1, comma 1^o, lett. u, T.U.F.), per tale intendendosi quella caratterizzata dalla presenza del denaro quale momento iniziale e finale, ma anche quale obiettivo, dell'operazione conclusa dai soggetti coinvolti. Cfr. S. Rizzo, *op. cit.*, 309; A. Guacero, *op. cit.*, 705; R. Costi, L. Enriques, *Il mercato mobiliare*, in (a cura di) G. Cottino, *Trattato di diritto commerciale*, Padova, 2004, 46. Per A. Guacero, *loc. ult. cit.*: «Con la sottoscrizione della quota di partecipazione al capitale della società a responsabilità limitata si persegue infatti, soggettivamente per l'investitore, l'obiettivo della percezione di dividendi (art. 2247 c.c.) e/o quello di incremento del valore della partecipazione.» L'A. fa riferimento ad altra dottrina conforme sul punto. Anche la comunicazione Consob del 12 aprile 2001, n. DEM/1027182, si inserisce in questo filone interpretativo.

⁵⁷ La possibilità di procedere ad una simile operazione è infatti subordinata al possesso di stringenti requisiti: è consentito creare le “bacheche” per gli scambi in questione solo ai gestori autorizzati; inoltre, possono essere pubblicati annunci che riguardino esclusivamente offerenti che abbiano condotto la loro campagna di raccolta con il gestore titolare della bacheca. A quest'ultimo, viepiù, non è consentita l'utilizzazione di tecnologie che rendano possibile (mediante calcoli algoritmici) la convergenza tra domanda e offerta.

⁵⁸ Anche senza approfondire aspetti tecnici di diritto societario, per i quali, in ogni caso, si rimanda a M. Cossu, *Nuovi modelli di s.r.l. nella legislazione italiana recente*, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 2015, 4, 458.

⁵⁹ Tale discrasia potrebbe essere ritenuta effetto collaterale dello scontro inevitabile tra un approccio liberale e uno paternalistico di cui è stata evidenziata la coesistenza nello stesso apparato normativo: cfr. C.A.

La complessità evidenziata si riverbera anche su altri aspetti, come il rischio di rendere troppo articolato e complesso il ruolo dei gestori, soprattutto se parametrato alle prospettive di profitto⁶⁰.

L'incentivazione che si prospetta per questi rischia di essere alla lunga sostenibile solo per chi è già intermediario⁶¹, laddove invece potrebbe risultare inadeguata allo sviluppo di nuove categorie professionali, quale quella del gestore così detto "puro".

Non è detto che la disciplina più leggera⁶² prevista in favore di quest'ultimo⁶³ – sia pure al "prezzo" del divieto di detenere somme di denaro degli investitori e di eseguire direttamente gli ordini di sottoscrizione – non porti ad un aumento di diffidenza dei potenziali investitori⁶⁴.

Peraltro, gli obblighi del gestore presentano un peculiare elemento di complessità: la tipologia *equity*, pur essendo già di per sé una specificazione del macrofenomeno *crowdfunding*, a sua volta si può manifestare in una serie di "varianti" di fattispecie, ognuna delle quali è connessa alla tipologia di soggetto gestore e alle sue scelte imprenditoriali, così riverberandosi sulle situazioni di dovere, sulla qualificazione dell'attività svolta e, in definitiva, anche sulle ipotesi di responsabilità. Commisurando queste ultime sugli obblighi e sulla tipologia di attività, si mantiene una certa simmetria del e nel binomio costi-responsabilità rispetto all'utile auspicato nella prestazione del servizio.

Alcune delle varianti, o "sotto-tipi", possono dirsi un *novum* nel panorama ordinamentale interno, attesa la loro natura ibrida: esse sono in grado di sovrapporsi parzialmente a settori normativi già interessati da un generale ripensamento del sistema dovuto all'avvento delle nuove tecnologie⁶⁵.

Punto prospettico privilegiato per l'osservazione del fenomeno può essere considerato il ruolo del gestore: pur essendo soggetto archetipicamente non necessario ai fini del perfezionamento (e dell'attuazione definitiva) della sottoscri-

Nigro, V. Santoro, *The Quest for Innovative Entrepreneurship and the Italian Regime for Equity Crowdfunding*, in *European Company Law*, 2014, vol. 11, 5, 230.

⁶⁰ E. D'Ippolito, M. Musitelli, A. Sciarrone Alibrandi, *op. cit.*, 37, estendono la non giustificata onerosità delle norme anche alla posizione di emittenti.

⁶¹ Sostenendo i relativi costi strutturali, complessi e diversificati tra loro.

⁶² Così la definisce la CONSOB, *Equity crowdfunding*, cit., 7.

⁶³ Rispetto a quella dettata per gli intermediari tradizionali presso cui abitualmente i risparmiatori effettuano i propri investimenti.

⁶⁴ Il pubblico dei quali, a ben vedere, potrebbe non avere gli strumenti adatti a comprendere l'effettivo funzionamento della fattispecie. Secondo E. Macchiavello, *La travagliata evoluzione*, cit., 156, il ricercato temperamento «tra l'esigenza di apprestare tutele equivalenti [a quelle previste per i servizi di investimento] per gli investitori e non soffocare lo sviluppo del settore, nel rispetto delle normative europee, non appare sempre realizzato», per lo più a motivo dei rilevanti obblighi cui vengono sottoposti i gestori.

⁶⁵ Collocarne *ratio* e struttura in istituti già noti costituisce già di per sé una sfida per il giurista, poiché il legislatore continuamente insegue – per formalizzarlo in *ius positum* – il tipo di vita verso cui la prassi dei consociati tende a indirizzarsi.

zione di offerte per la raccolta capitali di rischio, la sua presenza è divenuta necessaria per scelta di diritto positivo⁶⁶. Ne deriva la considerazione dello stesso come fulcro delle singole varianti.

4. *Obblighi del gestore: una base comune*

Tutte le ipotesi di *equity crowdfunding*, nondimeno, presentano una base comune, un minimo comun denominatore degli obblighi del gestore. Quelli rilevanti nel rapporto con gli investitori si rinvergono per lo più nel Titolo III⁶⁷ del Regolamento Consob.

L'art. 13 Reg. Consob è rubricato «Obblighi del gestore»; nella disposizione in questione, titolari della situazione giuridica attiva sono sempre gli investitori. Ciò denota l'intenzione del legislatore di prevedere una figura professionale orientata ad affiancare l'investitore – consentendogli di acquisire competenze e confidenza e con un approccio graduale – nel processo finalizzato alla sottoscrizione delle quote. Il comma 2 individua un obbligo di comunicazione agli investitori⁶⁸ delle informazioni fornite dall'offerente⁶⁹ in maniera trasparente e «dettagliata, corretta, chiara, non fuorviante e senza omissioni».

La situazione giuridica di cui è titolare il gestore configura il suo ruolo come *trait d'union* tra offerente e potenziali sottoscrittori⁷⁰, quasi una “sentinella” delle operazioni degli investitori non professionali, dovendo richiamare la loro attenzione sull'opportunità di investire conformemente «alle proprie disponibilità finanziarie» (art. 13, comma 3, Reg. Consob) e assicurare il perfezionamento del recesso, qualora esercitato dall'investitore nei termini di legge (art. 13, comma 5, Reg. Consob).

⁶⁶ Le piattaforme per la facilitazione di domanda e offerta, generate come strumento di agevolazione, divengono condizione ineludibile di sviluppo del mercato anche in questo settore. Tale progresso si giustifica alla luce di una maggiore realizzazione degli interessi dei soggetti coinvolti: gli offerenti hanno la possibilità di estendere il campo di ricerca sul mercato dei potenziali investitori, sfruttando le possibilità di contatti grazie alle *online platforms*; queste, a loro volta, rappresentano un nuovo settore in cui tentare di implementare attività e proventi per le imprese già operanti nel campo della raccolta del risparmio. Ancora, il pubblico dei potenziali investitori è destinato ad aumentare grazie al potenziale effetto moltiplicatore della rete di contatti generato dal fenomeno delle piattaforme *online*. Dalla semplificazione dell'attività così determinata è difficile desumere che il portale si sostanzi in una mera “vetrina”, diversamente da quanto da alcuni ritenuto: cfr. A. Laudonio, *op. cit.*, p. 23; F. Accetella, N. Ciocca, *Emittente e portale nell'equity-based crowdfunding*, in *Giur. Comm.*, 2017, II, 241.

⁶⁷ Denominato per l'appunto «Regole di condotta».

⁶⁸ Il fine dichiarato è che gli stessi «possano ragionevolmente e compiutamente comprendere la natura dell'investimento, il tipo di strumenti finanziari offerti e i rischi ad essi connessi e prendere le decisioni in materia di investimenti in modo consapevole» (art. 13, comma 2, seconda parte, Reg. Consob).

⁶⁹ Successivamente, l'art. 16 Reg. Consob si occupa di dettagliare in cosa si debbano sostanziare le informazioni sulle singole offerte.

⁷⁰ Il gestore assume una posizione di terzo, tenuto a garantire un incontro trasparente tra gli interessati, rendendo informazioni aggiornate, accessibili e sempre disponibili (così l'art. 13, comma 4, Reg. Consob).

Le predette attività possono essere autorevolmente e credibilmente espletate in assenza – o comunque, con una corretta gestione – dei conflitti di interesse: in proposito, il legislatore ha modificato il comma 1 e ha previsto i nuovi⁷¹ commi 1-bis, 1-ter e 1-quater all'art. 13 Reg. Consob, che prevedono l'obbligo del gestore di elaborare e mantenere un'efficace politica «formulata per iscritto» sul punto⁷². Le misure adottate devono essere periodicamente riesaminate (almeno una volta l'anno). È inoltre prevista la possibilità che il gestore conduca «sul proprio portale offerte aventi ad oggetto strumenti finanziari di propria emissione o emessi da soggetti controllanti, controllati o sottoposti a comune controllo». Si risolve così la questione sulla titolarità delle quote offerte mediante portali; ma in tal caso è fatto obbligo al soggetto contestualmente gestore e offerente di adottare «misure idonee per l'efficace gestione del conflitto che insorge in relazione a questo tipo di attività», fino ad arrivare all'obbligo di astenersi «dal condurre tali offerte, laddove i conflitti di interesse non possano essere gestiti adeguatamente, in modo da evitare effetti negativi per gli investitori»⁷³. Evidentemente, nelle ipotesi descritte di sovrapposizione soggettiva, l'investitore dovrà essere adeguatamente informato dell'esistenza dei conflitti⁷⁴.

Vi sono ulteriori informazioni che il gestore deve sottoporre all'investitore.

Alcune devono riguardare il portale e la gestione dello stesso⁷⁵. Ulteriore oggetto d'informativa è la fattispecie di investimento in strumenti finanziari tramite portali, che deve essere reso agli investitori «in forma sintetica e facilmente comprensibile» (art. 15 Reg. Consob). La medesima disposizione, al comma 2, prevede un obbligo diverso da un comportamento dichiarativo in capo al gestore: questi potrà consentire il passaggio alle fasi successive dell'investimento solo dopo che l'investitore abbia ricevuto ulteriori informazioni sul sito Consob (lett. a) e dichiararsi di poter sostenere economicamente l'eventuale perdita (lett. c).

⁷¹ Ad opera della delibera Consob n. 20264 del 17 gennaio 2018.

⁷² Segnatamente, detta politica dovrà consentire di individuare, prevenire e gestire le fonti di potenziale conflitto di interessi; come *extrema ratio*, qualora una situazione di conflitto permanga, senza che il gestore riesca ad evitare «il rischio di nuocere agli interessi degli investitori», egli è tenuto a comunicare «chiaramente agli stessi la natura generale e/o le fonti di tali conflitti e le misure adottate per mitigare i relativi rischi.»

⁷³ Così il comma 1-bis dell'art. 13 Reg. Consob.

⁷⁴ Cfr. D. Maffei, *Il conflitto di interessi e la tutela degli investitori*, in AA.VV., *I contratti per l'impresa*, II. *Banca, mercati, società, Parte prima: I contratti bancari e di finanziamento*, (a cura di) G. Gitti, M. Maugeri, M. Notari, Bologna, 2013, 227-228 sulla natura giuridica del conflitto di interessi.

⁷⁵ In proposito, l'art. 14 Reg. Consob prevede che le informazioni siano pubblicate «in forma sintetica e facilmente comprensibile, anche attraverso l'utilizzo di tecniche multimediali». L'allegato 2 contiene l'elenco degli ulteriori elementi da indicare e descrivere, tra cui merita di essere segnalata la previsione (n. 2 della lett. A) della necessaria indicazione dell'eventuale «attività di consulenza [...] prestata [dal gestore] in favore dell'offerente». Essa implicitamente riconosce la possibilità al gestore di prestare un servizio che invece è precluso nei confronti degli investitori, con conseguente inapplicabilità della stringente disciplina (soprattutto in termini di esenzione dalla verifica di adeguatezza) di derivazione MiFID.

Le disposizioni successive manifestano ancor più la complessità delle operazioni riguardanti l'*equity crowdfunding*.

Ai sensi dell'art. 17 Reg. Consob, i gestori devono adottare «misure volte ad assicurare» l'adeguatezza del trattamento, della registrazione e della trasmissione (nel rispetto dell'ordine temporale di ricezione) degli ordini di adesione. L'art. 18 Reg. Consob prescrive al gestore di assicurare l'integrità del complesso delle «informazioni ricevute e pubblicate», servendosi di sistemi operativi affidabili e di procedure di controllo volti ad individuare e gestire «le fonti di rischio operativo»; il successivo art. 19 Reg. Consob obbliga il gestore alla riservatezza.

La base comune di obblighi efficaci in tutte le varianti di *equity crowdfunding* è implementata da una serie di comportamenti che i gestori devono adottare al di fuori del rapporto con l'investitore⁷⁶: vi sono sottese esigenze di controllo di un'attività esercitata da professionisti chiamati ad operare nel delicato campo degli investimenti finanziari.

5. (Segue): *Obblighi specifici per singola "variante" e fase contrattuale*

Gli obblighi poc'anzi descritti dovrebbero essere collocati nella fase precontrattuale del rapporto⁷⁷.

Quella contrattuale trova invece il suo momento costitutivo solo in seguito, allorquando, superato il momento informativo, venga finalmente attribuita all'investitore la possibilità di accedere alla sezione del portale che riguarda le offerte e di aderirvi⁷⁸.

⁷⁶ È fatto obbligo: di «conservare ordinatamente copia della corrispondenza e della documentazione contrattuale connessa alla gestione del portale» per almeno cinque anni, in formato elettronico ovvero cartaceo (art. 20 Reg. Consob); di trasmettere e comunicare alla Consob tutte le informazioni riguardanti le variazioni societarie che interessano la persona giuridica del gestore e le vicende dell'attività di gestione dei portali, nonché una relazione sulle stesse attività svolte e sulla struttura organizzativa. Ai sensi dell'art. 21 Reg. Consob, il gestore trasmette alla Consob le informazioni relative alle variazioni societarie, nonché la relazione sulle attività svolte e sulla struttura organizzativa; comunica alla medesima Autorità di vigilanza le date di inizio, interruzione e riavvio dell'attività. Sugli obblighi di controllo finale in caso di offerte sul portale (art. 24 Reg. Consob) si veda quanto già evidenziato al par. 2.

⁷⁷ Tranne in alcuni casi, come l'obbligo di assicurare il recesso dall'ordine di adesione ai sensi dell'art. 13, comma 5, Reg. Consob.

⁷⁸ Il richiamato accesso generico, infatti, si riduce ad un primo, superficiale contatto con il gestore. A quel punto, divengono efficaci gli effetti obbligatori (solo) precontrattuali per il gestore, che sarà tenuto ad informare il «cliente» su tutti gli aspetti dell'*equity crowdfunding*, senza che tra i due possa dirsi ancora concluso un negozio giuridico. Solo con la scelta dell'investitore di accedere specificamente alla parte relativa alle offerte può considerarsi costituito il peculiare negozio giuridico con il gestore. Fatto costitutivo degli effetti contrattuali gestore-investitore è individuabile nella manifestazione di volontà di investimento nell'*equity crowdfunding*, che si desume *per facta concludentia* dalla scelta di fruire del servizio accedendo nel portale alle fasi successive a quelle di un mero scambio informativo.

In questa fase il gestore è titolare, innanzitutto, di obblighi di verifica del livello di conoscenza ed esperienza dell'investitore. Diversamente da quanto osservato in precedenza, si rinviene qui una disciplina differenziata per ogni singola variante, che proprio a questo punto dell'indagine può essere identificata, grazie a un meccanismo di "specificazione per aggiunta" delle regole di fattispecie; esso è riconducibile, secondo i canoni della teoria generale del diritto, ad un fenomeno di adattamento dell'effetto al fatto in base alle caratteristiche del gestore⁷⁹.

Il grado di professionalità che si esige dal gestore aumenta gradualmente da una variante all'altra, forse secondo una *ratio* di diretta proporzionalità tra potenziali profitti e costi dell'attività, tra cui quelli per eventuali responsabilità⁸⁰.

La prima e la seconda variante individuano l'ipotesi del gestore iscritto nella sezione ordinaria del registro, dunque non autorizzato a procedere al perfezionamento delle offerte. Tra loro divergono con riferimento alla fase di verifica del potenziale investitore.

Nella prima rileva il solo combinato disposto degli artt. 13, comma 5-ter, e 17, comma 5, Reg. Consob: il gestore potrà, facoltativamente⁸¹, verificare in proprio il livello di esperienza e conoscenza dell'investitore; ove scelga di non procedervi, acquisirà soltanto un'attestazione di non superamento delle soglie d'investimento di cui all'art. 17, comma 3, Reg. Consob⁸². È legittimo dubitare che tale attività possa essere autonomamente annoverata tra i servizi finanziari⁸³.

⁷⁹ Si verificherebbe, allora, una sorta di esplicitazione formale di un fenomeno riconducibile al meccanismo dell'adattamento dell'effetto giuridico ai fatti rilevanti, quale sviluppo del principio di «convenienza» dell'effetto al fatto, su cui si veda A. Falzea, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Vol. II, Dogmatica giuridica, Milano, III ed., 1997, 62-64: l'effetto giuridico previsto da una norma in presenza di determinati fatti risulta «da una vera e propria integrazione della lettera dei testi nello spirito del sistema» e così, allorquando si verifichi una variazione del concorso degli elementi richiesti dalla fattispecie formale, anche l'effetto, fintantoché sia possibile, vi si adatterà. Si preserva in tal modo la «tendenza generale» alla «massima conservazione possibile dell'efficacia, adattata naturalmente alle deviazioni o variazioni caso per caso diverse.» L'impostazione dogmatica sottesa alle considerazioni in questione (su cui si veda A. Falzea, *op. cit.*, 96 ss., spec. 121) inquadra la norma giuridica come una proposizione condizionale in cui si distinguono: a) una proposizione condizionante, quale antecedente fattuale di rilevanza e che condiziona un valore giuridico; b) una proposizione condizionata, ovvero sia l'effetto inteso quale «valore giuridico [...] attribuito al fatto» (e orientato alternativamente nella dimensione assiologica del potere o del dovere) e in ogni caso caratterizzato da una doppia componente, «di fatto» e «di valore»; c) un «rapporto di condizionalità» tra le predette componenti (evidenziato da un «connettivo interproposizionale»: «se-allora»).

⁸⁰ Cfr. D. Siclari, *op. cit.*, p. 9.

⁸¹ La verifica di appropriatezza non costituisce dunque un obbligo del gestore: cfr. N. De Luca, S.L. Furnari, A. Gentile, *op. cit.*, 5, nota 67.

⁸² Per l'investitore persona fisica, controvalore degli ordini non «superiore a cinquecento euro per singolo ordine e a mille euro considerando gli ordini complessivi annuali»; per l'investitore persona giuridica, controvalore degli ordini non «superiore a cinquemila euro per singolo ordine e a diecimila euro considerando gli ordini complessivi annuali.»

⁸³ Si veda comunque *infra*, par. 6. Rimane peraltro difficile individuare con certezza il passaggio dalla fase precontrattuale a quella contrattuale.

La seconda variante riguarda un gestore iscritto nella sezione ordinaria del registro il quale intenda invece verificare in proprio il livello di esperienza e conoscenza dell'investitore rispetto alla tipologia di sottoscrizione che andrà ad effettuare: in tal caso, verrà esercitata l'attività prevista dal comma 5-bis dell'art. 13 Reg. Consob.

L'aumento del livello di complessità dell'attività del gestore, in questa seconda ipotesi, emerge dall'architettura normativa come frutto di una sua libera scelta professionale, che si configura quasi come una facoltà *cum onere*⁸⁴.

Quali siano i margini di valutazione e i criteri professionali sottesi alla verifica di appropriatezza *de qua* non appare certo; in particolare, si pone la questione se alla stessa siano da riconoscere le medesime caratteristiche di quella prevista agli artt. 41 e 42 del Regolamento Intermediari⁸⁵ per i servizi finanziari diversi dalla consulenza e dalla gestione di portafogli o se la stessa abbia requisiti meno stringenti, essendo il gestore del portale un operatore professionale diverso dai soggetti che si occuperanno, in seguito, del perfezionamento degli ordini. Dal momento che l'operatività degli obblighi di adeguata verifica, previsti⁸⁶ dall'art. 17, comma 3, Reg. Consob in capo ai soggetti perfezionatori degli ordini, è esclusa (dal comma successivo) «quando il gestore effettua direttamente la verifica prevista dall'articolo 13, comma 5-bis», dovrebbe allora desumersi che la verifica effettuata dal gestore, sia pur iscritto nella sezione ordinaria del registro, deve intendersi dotata di tutti i crismi professionali idonei a garantire i medesimi effetti del test di appropriatezza previsto dal Regolamento Intermediari.

Essa si configura quale *condicio sine qua non* «di accesso alle sezioni del portale in cui è possibile aderire alle singole offerte»; vi potrà procedere in via esclusiva chi abbia «fornito informazioni in merito alla propria conoscenza ed esperienza per comprendere le caratteristiche essenziali e i rischi che gli strumenti finan-

⁸⁴ Invero, la struttura dei rapporti tra le parti sembrerebbe presentare una tipica figura di obbligazione alternativa: il gestore è obbligato, alternativamente, ad effettuare in proprio la verifica o a demandare tale compito ai soggetti perfezionatori. Senonché, la *littera legis* potrebbe anche essere interpretata come costitutiva di un'obbligazione facoltativa: l'ipotesi della verifica in proprio è presentata dal legislatore come effetto obbligante in qualche modo naturale e automatico del rapporto tra gestore e investitore; la verifica "rimandata" alla fase del rapporto con i soggetti perfezionatori sembrerebbe quasi una facoltà alternativa, essendo presentata come rilevante «qualora il gestore non effettui direttamente la verifica».

⁸⁵ Regolamento adottato con delibera n. 16190 del 29 ottobre 2007 (poi aggiornato con le modifiche apportate dalla delibera n. 19548 del 17 marzo 2016). Invero, il Regolamento è stato abrogato dalla delibera n. 20307 del 15 febbraio 2018 salvo quanto previsto dall'art. 4 della stessa. In particolare: le disposizioni del Libro II del regolamento previsto dall'art. 1 si applicano anche alle istruttorie in corso alla data dell'entrata in vigore della delibera n. 20307/2018 (20 febbraio 2018); fino alla data di avvio di operatività dell'albo unico dei consulenti finanziari si applicano le disposizioni previste dal Libro VIII, Parte III; fino alla data di avvio di operatività dell'Organismo di vigilanza e tenuta dell'albo unico dei consulenti finanziari si applicano le disposizioni previste dal Libro VIII, parte II.

⁸⁶ Sia pure nei limiti quantitativi già indicati.

ziari oggetto di offerta comportano», secondo la previsione dell'art. 15, comma 2, lett. b), Reg. Consob, che trova esclusiva applicazione in questa variante.

Nel momento valutativo sotteso alla predetta verifica sono necessarie competenza e professionalità del gestore: la seconda variante in esame si caratterizza, quindi, per una specificità tale da corroborare la tesi – diversamente dall'ipotesi precedente – di una possibilità di qualifica in termini di servizio d'investimento di cui all'art. 1, comma 5, T.U.F.⁸⁷, sebbene non sia agevole determinare quale⁸⁸.

Le altre due varianti di fattispecie si differenziano dalle precedenti e, al contempo, hanno in comune tra loro la presenza di un gestore in grado di operare nei mercati finanziari quale banca o impresa di investimento, essendo munita delle relative autorizzazioni⁸⁹.

Rilevano i criteri generali di comportamento degli intermediari finanziari previsti dall'art. 21 T.U.F., di cui però non è immediato cogliere il rapporto di eventuale specialità, o preminenza rispetto all'art. 13 Reg. Consob; le disposizioni in questione, infatti, presentano molti punti in comune. Ambedue le norme impongono al professionista di comportarsi «con diligenza, correttezza e trasparenza». Sennonché l'art. 21 T.U.F., a differenza dell'altra norma richiamata, aggiunge un *quid pluris*, prevedendo che l'attuazione degli obblighi sia finalizzata a «servire al meglio l'interesse dei clienti» e a perseguire «l'integrità dei mercati»⁹⁰.

Emerge così un duplice aumento del livello di attuazione degli obblighi richiamati, non rinvenibile nella formulazione dell'art. 13 Reg. Consob. Da un lato, gli intermediari finanziari sembrerebbero essere destinatari di un particolare obbligo di attenzione nei riguardi dell'investitore: l'esigenza di tutela della “parte debole” del rapporto⁹¹ arriverebbe a comprendere, nel settore dei mercati finanziari, addirittura un' incisiva cura degli interessi del cliente⁹², quale specificazione

⁸⁷ I medesimi servizi previsti dalla disposizione citata sono poi elencati anche nell'Allegato I, «Elenco dei servizi, delle attività e degli strumenti finanziari», Sezione A, «Attività e servizi di investimento», del T.U.F.

⁸⁸ Sembrerebbe piuttosto emergere una tipologia di servizio nuova, non codificata; in una prospettiva *de iure condendo*, si potrebbe addirittura immaginare di prevedere una fattispecie *ad hoc*.

⁸⁹ I soggetti coinvolti sono quelli elencati dall'art. 50-*quinquies*, comma 2, T.U.F.: Sim, imprese di investimento UE, imprese di paesi terzi diverse dalle banche autorizzate in Italia, gestori di cui all'articolo 1, comma 1, lettera q-bis), limitatamente all'offerta di quote o azioni di Oicr che investono prevalentemente in piccole e medie imprese e alle banche, autorizzati ai relativi servizi di investimento.

⁹⁰ La previsione è contenuta nella lett. a) dell'art. 21, comma 1, T.U.F. P. Lucantoni, *op. cit.*, 255, individua in questa ulteriore specificazione una sorta di «endiadi».

⁹¹ Essa è destinata a trovare il proprio limite nel sacrificio dell'interesse proprio (ad opera dell'altra parte del rapporto) secondo le regole del diritto comune. Cfr. A. Belotti, *Valutazione del rischio e risoluzione del contratto*, nota a Cass. civ., Sez. I, 27 aprile 2016, n. 8394, in *Contratti*, 2017, 2, 149 su rapporti dell'art. 21 T.U.F. con il diritto comune.

⁹² Conseguentemente, manca il momento dell'apprezzamento giudiziale per la valutazione di interessi contrapposti; v'è piuttosto una scelta del legislatore che «può condurre a richiedere condotte che non potrebbero mai essere imposte alla stregua del canone di buona fede. Queste condotte, richieste invece ai prestatori di servizi finanziari in ragione della complessità dei beni negoziati sui mercati finanziari e delle forti distorsioni cognitive che connotano la contrattazione, sono espressive di una strategia normativa tesa ad attivare un cir-

del dovere di assistenza posto in capo all'intermediario. Dall'altro lato, il riferimento all'integrità dei mercati sembra configurarsi quale stella polare che orienta il comportamento degli intermediari, nobilitando ma anche aumentando la complessità del loro operato⁹³.

L'ampiezza degli obblighi di tutela degli operatori professionali sarebbe giustificata proprio dalla duplicità degli interessi che il legislatore mira a tutelare, al di là della questione della preminenza dell'uno sull'altro⁹⁴; il primo campo di verifica dell'adeguatezza dei comportamenti dei professionisti è proprio quello informativo⁹⁵.

Il richiamo solo ad una parte della formulazione dell'art. 21, comma 1, lett. a), T.U.F., da parte dell'art. 13 Reg. Consob avalla la tesi interpretativa di una maggiore completezza e incisività della prima disposizione rispetto alla seconda⁹⁶. Ne dovrebbe discendere che i professionisti appartenenti alle categorie degli intermediari qualificati, poiché non esenti dall'applicazione degli artt. 21 e ss. T.U.F., siano tenuti ai più stringenti obblighi – quasi di protezione nei confronti dell'investitore – previsti dall'impianto normativo richiamato anche laddove operino come gestori di portali di *equity crowdfunding*; e ciò sebbene la disciplina del Regolamento Consob preveda – a questo punto (solo) per i gestori così detti “puri” – meno gravose situazioni di dovere.

cuito cooperativo tra intermediari e clienti allo scopo di ridurre il rischio di fallimenti del mercato»: R. Natoli, *Il contratto “adeguato”. La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Giuffrè, 2012, 84 ss.; Id., *Regole di validità e regole di responsabilità tra diritto civile e nuovo diritto dei contratti*, in *Banca Borsa tit. cred.*, 2012, I, 177.

⁹³ E conducendo le fattispecie ad eventuali fenomeni di adattamento dell'effetto al fatto. Cfr. sul punto M. Cian, *L'informazione nella prestazione dei servizi d'investimento: gli obblighi degli intermediari*, in Aa.Vv., *I contratti del mercato finanziario*, II ed., (a cura di) e. Gabrielli, R. Lener, nel *Trattato dei Contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2011, 215-216: «la microprotezione dell'investitore è intrecciata alla difesa metaindividuale del mercato nel suo complesso.»

⁹⁴ In proposito, ritiene addirittura Cfr. M. Maggiolo, *Servizi ed attività di investimento: prestatori e prestazione*, in (a cura di) P. Schlesinger, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Milano, 2012, 558, che la protezione dell'investitore sia un obiettivo solo indiretto dei particolarmente pregnanti obblighi previsti in capo agli investitori: la specificazione dei doveri di diligenza e correttezza sottenderebbe così il fine primario della «certezza del diritto dei mercati finanziari, elemento imprescindibile al buon funzionamento degli stessi». Al contrario, secondo M. Barcellona, *Mercato mobiliare e tutela del risparmio*, Milano, 2009, 56 ss., rilievo centrale è assunto dall'esigenza di tutela dell'investitore, quale fulcro di riferimento e parametro del giudizio di diligenza circa «la misura dello sforzo debitorio dovuto» dall'intermediario. Dello stesso avviso è R. Natoli, *Il contratto “adeguato”*, cit., 77, per il quale l'obiettivo primario dell'attuale sistema MiFID è la protezione degli investitori, la quale non si riduce ad un mero effetto indiretto della protezione dell'integrità del mercato (e ciò diversamente dalla precedente impostazione della direttiva 93/22 CEE).

⁹⁵ Per V. Scalisi, *op. cit.*, 168; M. Cian, *op. cit.*, 215-216, gli obblighi informativi manifestano già la doppia finalità di tutela dei clienti e del buon funzionamento dei mercati.

⁹⁶ E. Fregonara, *op. cit.*, 13, ritiene l'art. 13 Reg. Consob molto più semplicemente una «formula ridondante che pare ispirarsi ai principi comuni del diritto in materia di contratti, peraltro similmente enunciati nell'art. 21 T.U.F.»

Tra le altre norme contenute nella Parte Seconda, Titolo II, Capo II del T.U.F., rileverebbero gli artt. 22 e 23 T.U.F.⁹⁷, in grado di offrire un più incisivo grado di sicurezza.

L'art. 22 prevede la separazione tra il patrimonio proprio dell'intermediario e quanto lo stesso detenga per conto dei clienti. La disposizione successiva, tra le altre previsioni, rispettivamente al comma 1 e 6, richiede la forma scritta *ad substantiam* del contratto relativo alla prestazione di servizi di investimento e contiene una specificazione dell'onere probatorio⁹⁸.

In merito alla forma scritta, che dovrebbe essere requisito necessario solo in caso di gestore banca o SIM, essa sembrerebbe comunque essere esclusa stando ad un'interpretazione sistematica dell'intera normativa, al di là dell'efficacia dell'art. 23 T.U.F.⁹⁹.

Agli obblighi descritti si aggiungono quelli individuati nella base comune, operanti anche nei confronti dei gestori qualificati.

Quanto alla cifra peculiare di ognuna delle altre due varianti riguardanti gli operatori professionali qualificati, per il gestore che, pur potendo provvedere anche al perfezionamento degli investimenti grazie alle autorizzazioni di cui è munito, scelga comunque di demandare il relativo compito ad altri, gli obblighi sono strutturalmente assimilabili a quelli della seconda sotto-tipologia di fattispecie¹⁰⁰.

Qualora invece il gestore "qualificato" opti per prestare anche il servizio necessario alla conclusione della sottoscrizione¹⁰¹, lo stesso sarà tenuto, pur con una soglia minima di valore dell'investimento, all'osservanza delle disposizioni di

⁹⁷ Gli articoli successivi, invece, si occupano di diversi servizi d'investimento (art. 24 Gestione di portafogli; art. 24-bis Consulenza in materia di investimenti; art. 25 Attività di negoziazione nei mercati regolamentati, nei sistemi multilaterali di negoziazione e nei sistemi organizzati di negoziazione), nessuno dei quali, tuttavia, appare rientrare tra quelli potenzialmente rilevanti, come meglio vedremo in seguito.

⁹⁸ Di questo aspetto ci occuperemo *infra*, al par. 9.

⁹⁹ L'esclusione della forma scritta *ad substantiam* prevista espressamente per la conclusione del contratto d'investimento (art. 100-ter, comma 2-quater, T.U.F) si estende così all'accordo con il gestore. L'applicazione analogica trova fondamento in un ragionamento *a fortiori*: poiché il contratto di investimento non necessita di forma scritta *ad substantiam*, a maggior ragione ciò dovrà valere per l'ordine di adesione sul portale. L'eliminazione del requisito della forma scritta per l'*equity crowdfunding* è un'importante novità del Regolamento Consob a partire da febbraio 2016. Peraltro, già l'Autorità di vigilanza ha considerato l'adesione tramite *internet* quale modalità alternativa a quella che si perfeziona sottoscrivendo il modulo cartaceo, così «superando il vincolo di forma scritta necessaria per le sottoscrizioni iniziali relative a tutti i tipi di offerte pubbliche»: v. R. Torino, *La commercializzazione via internet di servizi di investimento e strumenti finanziari e il trading on line*, in AA.VV., *I contratti del mercato finanziario*, II ed., (a cura di) e. Gabrielli, R. Lener, cit., 620.

¹⁰⁰ Cioè del gestore che proceda in proprio a verificare esperienza e conoscenza dell'investitore ai sensi dell'art. 13, comma 5-bis, Reg. Consob. Cambierebbe, al più, in questo caso, la sola disposizione rilevante nel caso di specie, ma non l'effetto concreto della previsione.

¹⁰¹ E cioè, invece di limitarsi a curare la fase di presentazione dell'offerta e di verifica di conoscenza ed esperienza dei potenziali investitori, provvede altresì a concludere per questi ultimi il negozio di sottoscrizione delle quote, gestendo integralmente il processo di raccolta.

derivazione MiFID e di cui alla Parte II del T.U.F., secondo l'esplicita previsione dell'art. 17, comma 3, Reg. Consob¹⁰².

Tale ultima variante di fattispecie, a differenze delle altre, pur caratterizzandosi per un esponenziale aumento di complessità delle situazioni di dovere cui il gestore dovrà dare attuazione, presenta nondimeno un'architettura soggettiva più semplificata. I protagonisti coinvolti nell'intera operazione sono infatti solo tre.

6. *Per una qualificazione del servizio del gestore*

Volendo tentare di qualificare l'attività del gestore¹⁰³, si osservi come i servizi d'investimento già codificati dal T.U.F. e che presentano maggiori punti di contatto l'*equity crowdfunding* potrebbero essere individuati, in ordine crescente di complessità:

- a) nella ricezione e trasmissione di ordini (ivi compresa l'eventuale attività di mediazione);
- b) nell'esecuzione di ordini per conto dei clienti;
- c) nel collocamento (*rectius*, sottoscrizione) senza assunzione a fermo o di garanzia¹⁰⁴.

Tuttavia, alcune manifestazioni del fenomeno potrebbero non essere ricondotte a nessuna delle predette ipotesi.

Potrebbe essere il caso della prima variante di fattispecie considerata, che vede il gestore come mero facilitatore della confluenza tra offerta e adesione alla stessa grazie all'incontro che avviene per mezzo della piattaforma *online*.

Il professionista non assume impegni di sottoscrizione dei titoli azionari nei confronti dell'offerente, al quale è piuttosto legato da un accordo che prevede la

¹⁰² L'attività professionale espletata ha così una natura complessa: oltre a (e prima ancora di) venire in rilievo il servizio d'investimento (prestato a valle dell'intera operazione e) finalizzato a concludere la sottoscrizione delle quote, l'impresa di investimento dovrà osservare tutte le obbligazioni dei gestori di portale nell'*equity crowdfunding* efficaci nella loro configurazione più completa, essendo richiesto in questo caso il grado massimo di professionalità.

¹⁰³ Ci si chiede se l'*equity crowdfunding* possa non essere qualificato come servizio d'investimento in caso di assenza di intermediari tra investitori e offerenti. In una prospettiva *de iure condendo*, esso potrebbe essere guardato in una forma del tutto "disintermediata"; la stessa originaria impostazione del *crowdfunding* non presuppone la presenza di un intermediario come elemento ineludibile di fattispecie. Ha sviluppato una simile prospettiva F. Accetella, N. Ciocca, *Emittente e portale nell'equity-based crowdfunding*, in *Giur. Comm.*, 2017, 2, 268.

¹⁰⁴ Rispettivamente previsti dalle lettere e), b) e c-bis) del comma 5 dell'art. 1 del T.U.F., nonché, sempre in quest'ultimo testo normativo, ai numeri 1, 2 e 7 dell'Allegato I (Elenco dei servizi, delle attività e degli strumenti finanziari), Sezione A (Attività e servizi di investimento). Non manca chi sottolinea come sarebbe stato auspicabile un'espressa classificazione in termini di servizio accessorio: così S. Rizzo, *Intermediari Finanziari ed Equity Crowdfunding: profili di compliance*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2014, 2, 315.

mera pubblicazione dell'offerta sul portale – ma non il buon esito della stessa – dietro il pagamento di un corrispettivo¹⁰⁵.

L'assenza di impegno a compiere atti in nome e per conto delle parti, con conseguente esclusione della rilevanza dello schema contrattuale del mandato, è visibile anche guardando al rapporto dalla prospettiva dell'investitore¹⁰⁶.

Maggiori punti di contatto potrebbero essere rinvenuti con la ricezione e trasmissione di ordini di cui all'art. 1, comma 5, lett. e) T.U.F., visto che il processo di raccolta dei capitali avviene facendo ricorso ad un intermediario autorizzato. Tuttavia, mancherebbe il momento di verifica della situazione di esperienza e competenza dell'investitore da parte del gestore; requisito, questo, che costituisce presupposto indefettibile di qualunque servizio d'investimento¹⁰⁷.

Quanto alla mediazione¹⁰⁸, il dubbio sulla sua rilevanza deriva: dall'accezione che s'intende attribuire alla *littera legis*, che la definisce lapidariamente come «attività consistente nel mettere in contatto due o più investitori, rendendo così possibile la conclusione di un'operazione tra loro»¹⁰⁹; dalla verifica di appropriatezza¹¹⁰, non espletata nel caso in esame, ma che costituisce presupposto indefettibile della mediazione.

¹⁰⁵ Al più è percorribile l'ipotesi della conclusione di un accordo di consulenza con l'offerente: cfr. All. 2, lett. A) n. 2 del Regolamento. Il corrispettivo può prevedere un ammontare minimo per la pubblicazione dell'offerta (sostanzialmente a copertura delle spese), oltre ad un compenso più elevato in caso di raggiungimento dell'obiettivo.

¹⁰⁶ Peralto, manca anche un comportamento del gestore che finalizzi l'investimento concludendo l'accordo di sottoscrizione degli strumenti finanziari con l'offerente: tale aspetto conduce ad escludere la rilevanza del servizio di esecuzione di ordini.

¹⁰⁷ Infatti, l'art. 21, lett. b), T.U.F. prevede l'obbligo per l'intermediario di «acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati»; tipica specificazione di tale obbligo è l'attuazione delle regole di appropriatezza di cui agli artt. 41 e 42 del Regolamento Intermediari. Ne discende che anche la ricezione e trasmissione di ordini può dirsi integrata (solo) allorché un operatore professionale non si limiti a fornire informazioni all'investitore sulla tipologia delle operazioni che quello intende concludere, ma si attivi anche per ottenere a sua volta informazioni dall'investitore stesso sul livello di conoscenza, esperienza, comprensione delle caratteristiche delle operazioni che intende concludere. Ne consegue una bidirezionalità del flusso informativo, su cui si vedano le osservazioni di M. Maggiolo, *op. cit.*, 357, nonché di R. Natoli, *Il contratto "adeguato"*, cit., 14 (ma soprattutto 70).

¹⁰⁸ Ricompresa nella ricezione e trasmissione di ordini secondo l'indicazione dell'art. art. 1, comma 5-sexies, T.U.F. che rimanda esplicitamente al comma 5, lett. e).

¹⁰⁹ Così si esprime l'art. 1, comma 5-sexies, T.U.F. Più approfondita è la definizione di mediatore che si rinviene nel codice civile (art. 1754 c.c.) e che qualifica il *genus* di intermediario cui appartiene anche quello finanziario. Ove si ritenesse presupposto ineludibile un comportamento attivo e propositivo dell'intermediario che generi l'incontro offerente-sottoscrittore per mezzo di un'attività in un certo senso anche di persuasione, il servizio in questione dovrebbe essere escluso.

¹¹⁰ Al di là del fatto che il regolatore non l'abbia definita tale. Nella sostanza, infatti, ciò che ha luogo è proprio un'attività esattamente sovrapponibile alla verifica di appropriatezza, dal momento che i doveri individuati sono identici a quelli indicati dal Regolamento intermediari che la prevede e disciplina. Sorge il dubbio che la fattispecie possa non essere stata qualificata espressamente in tal senso per coerenza con la *ratio legis* di non far ritenere riconducibile ad alcuno dei servizi d'investimento lo schema più semplice di gestione del portale.

Pertanto, nell'ipotesi di gestione del portale condotta secondo il primo sottotipo di *equity crowdfunding* esaminato, il superiore argomento porterebbe ad escludere l'operatività di qualunque servizio d'investimento, di cui la verifica richiamata è sempre requisito necessario¹¹¹.

La fattispecie considerata, in definitiva, presenta caratteristiche alquanto peculiari, sicché potrebbe forse essere qualificata come figura negoziale autonoma, caratterizzata da una struttura trilaterale – o da un doppio rapporto bilaterale che coinvolge il gestore, in base alla prospettiva d'osservazione – integrante un contratto sinallagmatico oneroso, i cui effetti superano il vaglio di meritevolezza di cui all'art. 1322 c.c.¹¹².

Il secondo "sotto-tipo" condivide con il precedente le ragioni di tendenziale esclusione della possibilità di qualificazione in termini di servizio di collocamento ed esecuzione di ordini per conto dei clienti, mentre presenta maggiori punti di affinità con il servizio di ricezione e trasmissione di ordini, pur non essendo a quello esattamente sovrapponibile¹¹³.

Mancherebbe, infatti, in questo caso, l'ostacolo della mancanza di raccolta di informazioni presso l'investitore¹¹⁴. Nondimeno, tale proposta qualificatoria potrebbe finire per trascurare la peculiare struttura del rapporto, trilaterale o a doppia bilateralità in base alla modalità di scansione delle fasi di raccolta. Riferirsi esclusivamente alla ricezione e trasmissione di ordini rischia di portare ad un'eliminazione della considerazione della figura dell'offerente e dei suoi rapporti con il gestore del portale¹¹⁵.

¹¹¹ Per gli stessi motivi, in questa ipotesi non si potrebbe forse neanche ragionare *de iure condendo* nella prospettiva di un intervento regolamentare del Ministero dell'Economia che, «al fine di tener conto dell'evoluzione dei mercati finanziari», individui un nuovo servizio d'investimento.

¹¹² R. Caratozzolo, *La disciplina italiana dell'equity crowdfunding: tra incentivazione degli emittenti e tutela degli investitori*, in *Riv. Trim. di Dir. dell'Economia*, 277, parla di offerta al pubblico di strumenti finanziari, ma «dotata di tratti distintivi tipizzanti che ne consentono una configurazione autonoma e diversa rispetto alle ordinarie operazioni di appello al pubblico risparmio disciplinate dal T.U.F.».

¹¹³ Pertanto, riprenderebbero vigore due impostazioni: la configurabilità come ibrido negoziale atipico *ex art. 1322 c.c.*; la riemersione della possibilità di immaginare un servizio d'investimento nuovo e innominato, che tenga conto auspicabilmente del coinvolgimento nel rapporto con il gestore tanto dell'investitore quanto dell'offerente.

¹¹⁴ Peraltro, l'esenzione facoltativa dall'applicazione della disciplina MiFID, prevista dall'art. 3, par. 1, della Direttiva in favore di chi presti solo il servizio di ricezione e trasmissione di ordini, costituirebbe un ulteriore argomento a favore della tesi. La stessa Esm, *Investment-based crowdfunding. Insights from regulators in the EU*, 13 maggio 2015, 16, riconduce il servizio maggiormente svolto dalle piattaforme di *crowdfunding* (anche in Italia) alla ricezione e trasmissione di ordini.

¹¹⁵ La fattispecie di *equity crowdfunding* considerata, infatti, non coinvolge solo un investitore che effettua un ordine e un professionista che lo riceve e lo trasmette ad altro intermediario, ma nasce dall'iniziativa di un soggetto offerente. Tale aspetto verrebbe del tutto obliterato qualora si ritenesse di assimilare l'intera operazione al servizio di ricezione e trasmissione ordini, non tenendo conto del ruolo propulsivo del soggetto offerente nella complessa operazione finanziaria.

Inoltre, l'obbligo di *best execution*¹¹⁶ non sarebbe operante nei confronti del gestore del portale diverso da un'impresa di investimento o da una banca autorizzata. Era stato altresì osservato un ulteriore elemento di discrasia: mentre l'*equity crowdfunding*, riguardando la sottoscrizione di quote, si sviluppa nel mercato primario, diversamente i servizi di esecuzione e di ricezione e trasmissione di ordini trovano il loro "*habitat*" nel mercato secondario, avendo per l'appunto ad oggetto ordini di scambio (acquisto e vendita) di titoli¹¹⁷.

Tale critica, invero, potrebbe ritenersi ad oggi superata, dopo la (pur timida) apertura dell'*equity crowdfunding* al mercato secondario, operata dall'ultima modifica del Regolamento (con Delibera n. 21110 del 10 ottobre 2019) unitamente al riconoscimento della possibilità di collocare titoli di debito.

Tutte le superiori argomentazioni potrebbero essere estese alla terza variante, che è strutturalmente analoga alla precedente, svolgendosi i rapporti tra le parti negli stessi termini e con gli stessi obblighi in capo al gestore.

Per la qualificazione dell'ultimo sotto-tipo, il ruolo del gestore risulta più complesso, a fronte di una strutturale semplificazione soggettiva e del conseguente intersecarsi dei rapporti tra le parti; manca il quarto soggetto intermediario perfezionatore degli ordini. Curando il perfezionamento di questi lo stesso gestore, sotto il profilo dei rapporti con l'investitore il servizio prestato potrebbe essere qualificato come esecuzioni di ordini, sebbene tale inquadramento, pur tenendo conto del rapporto intermediario-investitore, lascia in un cono d'ombra la considerazione della controparte del negozio d'investimento concluso. Un simile inconveniente verrebbe eliminato riconducendo il servizio al collocamento senza assunzione a fermo o di garanzia nei confronti dell'emittente, come individuato dall'art. 1, comma 5, lett. c-bis), T.U.F.

In favore di detta qualificazione si pone anche la circostanza della sussistenza di un accordo preliminare sul corrispettivo in favore dell'intermediario, oltre alle modalità di esecuzione dell'attività di pubblicizzazione dell'offerta attraverso il portale¹¹⁸, che inoltre si rivolge ad una "folla" di potenziali investitori, formulando un'offerta standardizzata alle condizioni pattuite con l'offerente¹¹⁹.

¹¹⁶ Intendendosi l'obbligo di adottare «tutte le misure ragionevoli per ottenere il miglior risultato possibile per i clienti» (art. 48, comma 1, Reg. Intermediari). Secondo F. Annunziata, *op. cit.*, 153-154, per *best execution* non s'intende la migliore esecuzione possibile, ma «la migliore esecuzione che l'intermediario è in grado di ottenere nell'ambito della – anche ristretta – cerchia di sedi di esecuzione da esso stesso selezionate in via preventiva.»

¹¹⁷ Cfr. N. Accetella, F. Ciocca, *op. cit.*, 264-265.

¹¹⁸ S. Rizzo, *op. cit.*, 315.

¹¹⁹ Tali aspetti sembrano riprendere la stessa definizione che gli orientamenti Consob esplicitano del servizio di sottoscrizione-collocamento. Cfr. Comunicazioni Consob 9 luglio 1997, n. DIN/9700642 e 20 maggio 2003, n. DEM/3033091: «il servizio di collocamento consiste nell'offerta in vendita o sottoscrizione, a condizioni predefinite, di un determinato quantitativo di prodotti finanziari, ad una cerchia di possibili investito-

7. Valore dell'informazione e responsabilità del gestore

Tenendo presente quanto sin qui osservato, si tenta ora di delimitare l'ambito della responsabilità del gestore, impostando l'indagine secondo il parametro di riferimento dell'informazione, delle sue caratteristiche e del suo valore¹²⁰; anche per l'analisi delle forme patologiche del rapporto appare utile passare al vaglio dapprima le situazioni comuni a tutte le ipotesi individuate come "sottotipi" dell'*equity crowdfunding*.

Il rapporto tra gestore e investitore si inquadra come contratto del commercio elettronico¹²¹, cui è applicabile la disciplina sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari (artt. 67-*bis* e ss. Cod. Cons.¹²²) ove l'investitore sia un consumatore. Rispetto a tale disciplina, nondimeno, ha la prevalenza – almeno in parte – l'impianto normativo sull'*equity crowdfunding*.

La violazione degli obblighi informativi precontrattuali determina la responsabilità del professionista, come definitivamente chiarito dalla giurisprudenza di legittimità, che ha da tempo precisato come, in questi casi, non possa derivare un'invalidità contrattuale, salvo che ciò non sia espressamente previsto dal legislatore¹²³. Le così dette sentenze "gemelle" delle sezioni unite¹²⁴ hanno negato l'e-

ri, sulla base di un accordo preventivo che intercorre tra l'intermediario collocatore e il soggetto che emette o vende i prodotti finanziari.»

¹²⁰ L'informazione rappresenta un bene primario nel settore dei servizi finanziari; essa è oggetto dei principali obblighi dei soggetti coinvolti nelle operazioni finanziarie, sicché un adeguato transito dei flussi informativi dall'uno all'altro rivela un'attuazione degli effetti obbliganti soddisfattiva o meno degli interessi della fattispecie.

¹²¹ Cfr. F. Bravo, *Commercio elettronico*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, 255 e 260. Segnatamente, l'ipotesi è di commercio elettronico "diretto": ogni fase del contratto, dall'offerta e fino all'attuazione degli obblighi, si sviluppa *online* (ivi, 160).

¹²² Per quanto non disciplinato dalla normativa consumeristica, opera in via sussidiaria il D.Lgs. n. 70/2003, di attuazione della direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno, in virtù del richiamo operato dall'art. 68 cod. cons.

¹²³ L'argomento a sostegno della predetta tesi è stato individuato dal supremo consesso della Corte di Cassazione proprio nella regola speciale di nullità prevista dall'art. 67-*septiesdecies*, comma 4, cod. cons., per i servizi finanziari commercializzati a distanza.

¹²⁴ Cass., ss. uu., 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725, in *Corr. giur.*, 2008, 223 ss.; in *Danno e resp.*, 2008, 525 ss., con note di V. Roppo e F. Bonaccorsi. In proposito, si vedano anche i commenti di F. Galgano, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni unite della Cassazione*, in *Contr. e impresa*, 2008, 1 ss.; A. Albanese, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività di intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. Giur.*, 2008, 107 ss.; D. Maffei, *Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni Unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere*, in *Contratti*, 2008, 403 ss. Favorevoli alla tesi della nullità del contratto, con conseguente tutela restitutoria, ritenuta più idonea a garantire il recupero delle somme impiegate dall'investitore nell'operazione, erano anche A. Perrone, *Servizi di investimento e violazione delle regole di condotta*, in *Riv. Società.*, 2005, 1012 ss.; F. Sartori, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari. Disciplina e forme di tutela*, Milano, 2004, 51 ss. In precedenza, sosteneva, tra gli altri, l'inadeguatezza delle regole di comportamento (e segnatamente del dovere di buona fede) a veicolare requisiti di validità della fattispecie contrattuale G. D'Amico, *"Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996.

sistenza, nel diritto vigente, di una sanzione generale d'invalidità per violazione di obblighi d'informativa precontrattuale. In tali ipotesi, non potendo invocarsi la nullità per violazione di norme imperative di cui all'art. 1418, comma 1, c.c., le conseguenze andrebbero individuate nella responsabilità dell'intermediario – precontrattuale o contrattuale, in base al momento in cui si è verificata la violazione, cioè nella fase di formazione o di esecuzione del contratto¹²⁵ – con obbligo risarcitorio ed eventuale risoluzione del contratto¹²⁶.

Tale regime generale può essere derogato solo da una previsione esplicita in termini di invalidità e in particolari casi: esempio paradigmatico in tal senso è costituito dall'art. 67-*septiesdecies*, comma 4, cod. cons., che prevede la nullità del contratto allorquando il fornitore violi gli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle caratteristiche del contratto (comma 4)¹²⁷.

Proprio tale ipotesi è astrattamente configurabile con una certa probabilità nella fattispecie dell'*equity crowdfunding*¹²⁸.

Ove il gestore pubblici notizie non corrette o non chiare, fuorvianti od omissive rispetto a quelle fornite dall'offerente, con ciò determinando l'impossibilità per l'investitore di comprendere la natura dell'investimento e, dunque, di decidere consapevolmente, si integreranno gli estremi della violazione degli obblighi in fase precontrattuale. In presenza una pubblicazione di notizie inadeguata rispetto alle prescrizioni normative (cfr. art. 13 Reg. Consob)¹²⁹, la mancata comprensione o consapevolezza delle scelte d'investimento dovrebbe emergere presuntivamente, avendo il gestore l'onere di dimostrare il contrario.

¹²⁵ Per approfondimenti sulla natura della responsabilità, v. M. Maggiolo, *op. cit.*, 497.

¹²⁶ Con l'occasione, gli ermellini hanno autorevolmente esplicitato la differenza tra regole contrattuali di validità e di responsabilità: la violazione degli obblighi informativi da parte dell'intermediario finanziario andrebbe ricondotta alle seconde e non alle prime, consistendo in un comportamento materiale difforme. V. però M. Barcellona, *op. cit.*, 49 ss., secondo cui il vero *discrimen* tra inadempimento e invalidità risiede non tanto nella «qualità» delle norme imperative, alcune recanti regole di validità e altre regole di comportamento, quanto piuttosto nei «modi diversi di violare le norme imperative. Precisamente, una medesima norma imperativa può essere violata tanto da una regola negoziale che da un comportamento materiale difforme»: nel primo caso si verificherà la nullità della clausola difforme; nel secondo caso «seguiranno i rimedi propri dell'inadempimento di un obbligo contrattuale.» Non si avrebbe nullità non già perché taluni obblighi non attengano ad «elementi intrinseci della fattispecie negoziale, relativi alla struttura o al contenuto del contratto» (così Cass., ss. uu., n. 26724/2007), «ma semplicemente perché la loro violazione integra addirittura l'inattuazione di uno scambio conformato dalla legge»).

¹²⁷ La nullità in questione è relativa, solo il consumatore può farla valere; essa, inoltre, obbliga le parti alla restituzione di quanto ricevuto e fa salvo il diritto del consumatore ad agire per il risarcimento dei danni (comma 5).

¹²⁸ Gli obblighi d'informativa precontrattuale potrebbero non essere rispettati dal gestore, determinando un'alterazione della rappresentazione delle caratteristiche degli strumenti consigliati.

¹²⁹ Che si potrebbe sostanziare: in una superficiale gestione del sito; in un'eccessiva semplificazione delle informazioni, mascherata da esigenze di sinteticità; nell'eliminazione di qualche aspetto determinante sulla rischiosità del progetto per cercare di nascondere agli investitori.

Analoghe considerazioni valgono qualora vengano pubblicate informazioni inadeguate e non esaustive sulla gestione del portale, in violazione dell'art. 14 Reg. Consob; o ancora qualora il portale fornisca informazioni criptiche e fraintendibili sull'investimento in strumenti finanziari tramite portali, che invece l'art. 15 Reg. Consob individua analiticamente prescrivendone una comunicazione «sintetica e facilmente comprensibile».

Anche qualora il gestore: non verifichi che l'investitore abbia visionato le informazioni di *investor education* contenute nel sito Consob; non acquisisca la dichiarazione di sostenibilità economica dell'eventuale intera perdita dell'investimento (art. 15 Reg. Consob); pubblichi informazioni non complete riguardo le singole offerte (art. 16 Reg. Consob)¹³⁰, potrebbe essere teoricamente impedito al cliente di approdare consapevolmente a questa peculiare forma di investimento.

Le violazioni sin qui evidenziate rilevano ai sensi dell'art. 1337 c.c., costituendo un'ipotesi di violazione della buona fede nella fase precontrattuale.

L'invalidità del negozio tra gestore e investitore si produce poiché vi è una conclusione a distanza dello stesso; diversamente, contro l'inadempimento degli obblighi informativi precontrattuali da parte del gestore assumerebbe rilevanza la (sola) responsabilità.

Essa, invero, è invocabile anche quando siano violati obblighi della successiva fase – precipuamente contrattuale – di accesso al portale e adesione alle offerte di sottoscrizione: qui l'inadempimento può emergere in diversi modi, non avendo ad oggetto gli obblighi del gestore esclusivamente il passaggio dell'informazione.

Potrebbe non essere garantito il diritto di recedere dall'ordine di adesione all'offerta (art. 13, comma 5, Reg. Consob), per l'assenza di un meccanismo all'uopo predisposto; i *software* per la gestione delle richieste potrebbero non funzionare, o ancor prima non essere adeguati; potrebbe non essere stata verificata la previsione, all'interno dello statuto o dell'atto costitutivo dell'offerente, del diritto di recesso o di co-vendita¹³¹.

Essendo impostata l'attività della piattaforma sulla base di un algoritmo, non è escluso che i danni all'investitore derivino, oltre che da un comportamento umano, anche da un malfunzionamento del *software*.

¹³⁰ Per non essersi accorto di macroscopiche incongruenze dell'offerta; o per aver omesso la pubblicazione di considerevoli variazioni o di aggiornamenti, o per averlo fatto in maniera fuorviante.

¹³¹ Ancora, la responsabilità contrattuale del gestore nei confronti dell'investitore può essere generata da una serie di inadempimenti nella gestione del portale, come la negligenza dei controlli (o la loro assenza), da cui derivino eventuali frodi o violazioni degli obblighi di *data protection*, o un pregiudizio non riparabile nel sistema di raccolta delle adesioni, contravvenendo a quanto prescritto dall'art. 18 Reg. Consob. Un cortocircuito del sistema attiverebbe un'ipotesi di responsabilità da inadempimento, ma il risarcimento sarà dovuto solo in presenza di un pregiudizio effettivo e dimostrato, agganciato tuttavia non ad uno sfortunato investimento, quanto piuttosto all'illecita dispersione di dati sensibili. Sotto questo profilo, non sarebbe peregrina l'ipotesi di ritenere il gestore sottoposto ad un regime ancora più stringente di responsabilità, poiché l'attività esercitata sarebbe assimilabile all'esercizio di attività pericolosa di cui all'art. 2050 c.c.

Sebbene infatti il servizio di *crowdfunding* sia reso possibile dal progresso della tecnologia, non può del tutto essere escluso (pur essendo poco probabile) che, a motivo di un errore originario di progettazione algoritmica, o di un cortocircuito di funzionamento della piattaforma, si generino ipotesi di danno, o comunque non sia possibile procedersi alle fasi prescritte *ex lege* (come la raccolta delle dichiarazioni dell'investitore o il passaggio delle necessarie informazioni a quest'ultimo).

E quanto più la variante di *equity crowdfunding* aumenta di complessità, tanto più emergono ipotesi di rischio.

Ove gli scenari prospettati si verifichino nella fase in cui l'investitore ha già avuto accesso al portale e alle offerte, essi sono ascrivibili all'inadempimento contrattuale¹³².

Le considerazioni sin qui svolte valgono indifferentemente per tutte le varianti dell'*equity crowdfunding*. Vi sono poi situazioni univocamente riguardanti una o solo alcune.

Nella prima variante, in cui il gestore (iscritto nella sezione ordinaria del registro) non procede a verificare il livello di esperienza e conoscenza dell'investitore, questi si rende inadempiente qualora ometta di acquisire dal potenziale sottoscrittore l'attestazione di non superamento delle soglie d'investimento.

Il gestore "ordinario" che abbia scelto di verificare l'appropriatezza, così come il gestore "di diritto", abilitato al perfezionamento degli ordini ma che non proceda in tal senso, limitandosi appunto alla sola verifica di appropriatezza, si renderebbe inadempiente ove le indagini sul livello di esperienza e conoscenza del cliente¹³³ siano del tutto insufficienti, con conseguente trasmissione dell'ordine all'intermediario perfezionatore carente di ogni valutazione; l'inadempimento verrebbe integrato anche allorquando la verifica sia stata effettivamente e adeguatamente condotta ma, pur essendo manifesta l'inappropriatezza dell'investimento per il profilo dell'investitore sulla base delle informazioni acquisite, il gestore ometta di avvertirlo¹³⁴.

Nella quarta variante di fattispecie, alle ipotesi già esaminate si affiancano quelle di un possibile inadempimento nei passaggi successivi di perfezionamento degli ordini, ove non eseguito in ossequio ai parametri di diligenza e *best execution* previsti in generale dalle regole di comportamento degli intermediari finanziari e in particolare per il singolo servizio che si ritenga avere rilevanza.

¹³² Anzi, è proprio nell'esigenza di garantire un accesso consapevole alle offerte e, dunque, una scelta ponderata dell'opzione di investimento che si sostanzia l'attuazione degli effetti obbligatori tipici del già concluso negozio tra gestore e investitore.

¹³³ Ad esempio per eccessiva sinteticità o superficialità nella formulazione delle domande.

¹³⁴ L'inadempimento, in tal caso, potrebbe dipendere dalla scarsa attenzione al profilo d'investimento che emerge dalla verifica, dettata da negligenza nella prestazione dell'attività professionale; ma anche – sia pure in ipotesi limite – da un intento di massimizzazione dei profitti, che porti il gestore a correre consapevolmente (quasi con dolo eventuale) il rischio di una mancata avvertenza, pur necessaria nel caso concreto.

Secondo la ricostruzione proposta nella presente indagine, essendo stato ricondotto il servizio svolto dal gestore-perfezionatore alla sottoscrizione senza assunzione a fermo o di garanzia¹³⁵, il comportamento dell'intermediario sarà vagliato anche alla luce degli accordi retrostanti con l'offerente, oltre che sulla base dell'incisività degli obblighi previsti dagli artt. 21 e ss. T.U.F.

8. (Segue): *Fornitore (terzo) dell'algoritmo per il funzionamento del portale*

Un aumento di complessità nella struttura del rapporto deriva dall'ipotesi – peraltro non infrequente – di differenziazione soggettiva tra gestore della piattaforma-prestatore del servizio di *crowdfunding* ed elaboratore-fornitore (a vario titolo) della tecnologia algoritmica alla base del funzionamento della piattaforma.

Le situazioni di richiamata differenziazione soggettiva potrebbero comportare una diversa distribuzione delle responsabilità sotto molteplici aspetti. Il gestore¹³⁶ potrebbe rivalersi sul *provider* del *software* che abbia fornito un algoritmo “difettoso”, con rimedi variabili in base alla tipologia di rapporto.

Il *software*, infatti, potrebbe essere stato oggetto di vendita. Oppure, potrebbe essere stato fornito in *outsourcing* il servizio che lo stesso garantisce. L'esternalizzazione consiste in un generico riferimento a variegata forme di decentramento di parti di un'attività economica: essa si configura quale contratto sinallagmatico atipico, disciplinato mutuando tutte o alcune norme di una fattispecie tipizzata sulla base degli specifici accordi intercorsi¹³⁷. Potrebbe altresì rilevare un contratto di sviluppo di *software*¹³⁸ in cui, diversamente dall'esternalizzazione, non viene collocata al di fuori della sfera di operatività del gestore un'attività, ma lo stesso gestore riceve quello “strumento algoritmico” in grado di garantirgli l'espletamento in proprio delle attività automatizzate nella sequela del *crowdfunding*¹³⁹.

Comunque le situazioni descritte non eliminano la responsabilità del gestore nei confronti dell'investitore in caso di esiti pregiudizievoli per quest'ultimo

¹³⁵ Quale servizio omologo al collocamento ma riguardante titolo “nuovi”, ancora da sottoscrivere, non già precedentemente sottoscritti e da vendere, appunto “collocandoli” sul mercato.

¹³⁶ A sua volta condannato al risarcimento e che, pertanto, avrebbe interesse ad ottenere il ristoro dei costi a tal motivo sopportati.

¹³⁷ Spesso si sostanzia in un appalto o in una cessione di ramo d'azienda: cfr. Cass. 2 ottobre 2006, n. 21287, in *Giur. Dir.*, 2006, 42, 521; si veda in proposito anche *Outsourcing*, in *Contratti. Formulario commentato*, a cura di F. Macario, A. Addante, II ed., 2014, p. 2011.

¹³⁸ Cfr. in proposito V.M. De Sanctis, *La protezione delle opere d'ingegno*, vol. 2, Milano, 2003, 601 ss.

¹³⁹ La struttura del rapporto lo potrebbe rendere riconducibile ad una locazione atipica: cfr. G. Sbisà, *Profili generali dei contratti di utilizzazione dei computers*, in *I contratti di utilizzazione del computer*, in G. Alpa (a cura di), *I contratti di utilizzazione del computer*, Milano, 1984, vol. I, 32; L. Bregante, *La tutela del software*, Torino, 2003, p. 185 e altri riferimenti bibliografici *ivi* contenuti.

nello svilupparsi del rapporto *lato sensu* riconducibili alla sfera degli obblighi che l'impianto normativo pone in capo al prestatore del servizio di *crowdfunding*;

Tale conclusione sarebbe confermata dall'art. 31 del Regolamento Delegato UE n. 565/2017¹⁴⁰, il quale prevede espressamente che «le imprese di investimento che esternalizzano funzioni operative essenziali o importanti restano pienamente responsabili del rispetto di tutti gli obblighi imposti loro dalla direttiva 2014/65/UE».

La disposizione citata appare una *species* di quanto previsto dall'art. 1228 c.c. sulla responsabilità per fatto degli ausiliari¹⁴¹; quest'ultima, tuttavia, esplicitamente ammette una deroga negoziale, che non sembrerebbe riconoscibile nella precedente ipotesi¹⁴².

Se il *software* sia stato acquistato, dovrebbero trovare applicazione le regole in materia di contratto di vendita¹⁴³, le quali si rivelano nondimeno inadatte alla tutela degli interessi, poiché non pertinenti rispetto allo svilupparsi della fattispecie concreta.

Nondimeno, la possibilità di individuare un diverso e più efficace rimedio trova conforto nella Giurisprudenza, che in un caso in cui erano stati dimostrati i vizi del bene venduto, ha affermato la responsabilità extracontrattuale del venditore, rilevabile «tutte le volte in cui l'inadempimento del contratto di vendita abbia causato una lesione al buon nome dell'azienda del compratore, od al suo avviamento commerciale»¹⁴⁴. Viene così invocato il danno all'immagine, quale lesione della reputazione e compromissione dell'immagine professionale di un'impresa¹⁴⁵: successivamente, una serie di pronunce della Corte di Cassazione hanno confermato tale approdo¹⁴⁶, affinando la ricostruzione ermeneutica con l'individuazione, in capo al venditore, in tema di vizi della cosa venduta, del

¹⁴⁰ Una disciplina analoga era posta dall'art. 21 Reg. Banca d'Italia-Consob 29.10.2007.

¹⁴¹ L'art. 21 Reg. Consob. 2007 è considerato dalla dottrina (cfr. F. Parrella, *Il contratto di consulenza finanziaria*, in Aa.Va., *I contratti del mercato finanziario*, II ed., (a cura di) e. Gabrielli, R. Lener, cit., 1056, spec. nota 80) un valido argomento per ricondurre le attività esternalizzate all'art. 1228 c.c. e alla figura del submandato cui è applicabile la disposizione richiamata, piuttosto che alla sostituzione nel mandato, con conseguente applicabilità della più blanda disciplina di cui all'art. 1717 c.c. (in cui il mandatario rimane responsabile solo se la sostituzione non era stata autorizzata o non era «necessaria per la natura dell'incarico»).

¹⁴² Cionondimeno, ove sia ravvisabile l'ascrivibilità dei pregiudizi a fatti o atti del progettista, venditore, fornitore a vario titolo del *software* algoritmico alla base della piattaforma di *equity crowdfunding*, non è da escludersi che su quest'ultimo possa rivalersi il gestore, così da ottenere il ristoro dei costi sostenuti a motivo del difetto pregiudizievole che abbia dato luogo ad una sua responsabilità nei confronti del cliente-investitore.

¹⁴³ Si pensi alla garanzia per i vizi con gli specifici effetti (art. 1492 c.c.) e i brevi termini di decadenza e prescrizione previsti per l'attivazione della stessa (art. 1495 c.c.), nonché alle limitazioni al risarcimento del danno derivante dai vizi della cosa venduta (art. 1494 c.c.).

¹⁴⁴ Cass., 5 febbraio 1998, n. 1158, in *Giur. it.*, 1999, 32.

¹⁴⁵ Esso si configura poiché i potenziali o gli attuali clienti arrivano ad associare al marchio del consulente gli errori di progettazione, pur di per sé riconducibili allo sviluppatore.

¹⁴⁶ Cfr., tra le altre, Cass., 8 maggio 2008, n. 11410, in *Giust. Civ. mass.*, 2008, 5, 685; Cass., 11 febbraio 2014, n. 3021, in *Foro. It.*, 2014, I, 2176.

«concorso di una responsabilità risarcitoria *ex contractu* con una di tipo aquiliano qualora il danno lamentato dall'acquirente ex art. 2043 c.c. si configuri [...] come conseguenza ulteriore del malfunzionamento della *res*, a sua volta produttivo di autonomi ed indipendenti eventi dannosi»¹⁴⁷.

Il danno all'immagine professionale, che dovrà comunque essere dimostrato da chi ne lamenta la lesione, si potrà configurare come pregiudizio tanto economico¹⁴⁸ quanto non patrimoniale.

Alle medesime conclusioni su rivalsa e risarcimento del danno si può pervenire nell'ipotesi in cui il gestore abbia attivato il funzionamento della piattaforma ricorrendo all'*outsourcing*, viepiù allorquando manchi una regolamentazione negoziale di un eventuale riparto della responsabilità.

9. *La tutela rimediale dell'investitore*

Nei casi di responsabilità dell'intermediario-gestore¹⁴⁹, o nelle ipotesi di invalidità speciale, all'investitore sarà dovuto il risarcimento per i danni subiti. Questi possono trovare origine nell'inosservanza degli obblighi informativi tale da generare nell'investitore il convincimento ad un investimento che non avrebbe tentato se avesse avuto piena consapevolezza delle caratteristiche dell'operazione da concludere e della sua inappropriatezza. Un'ulteriore ipotesi di inadempimento riguarda gli obblighi nella fase dell'inoltro dell'ordine e della corretta gestione dell'incontro tra offerenti e investitori per mezzo del portale.

Il nesso di causalità tra danno all'investitore e inadempimento del gestore si accerta avendo riguardo: da un lato, alla regola generale di ripartizione dell'onere della prova in tema di intermediazione finanziaria (art. 23, comma 6, T.U.F.); dall'altro, all'art. 50-*quinquies*, comma 2, T.U.F., che esclude l'applicabilità, *ex aliis*¹⁵⁰, della regola appena richiamata, alle ipotesi di *equity crowdfunding* in cui il gestore sia iscritto nella sezione ordinaria del registro.

Ci si potrebbe chiedere se le regole operanti sulla ripartizione dell'onere della prova siano diverse tra le diverse varianti di *equity crowdfunding*: nelle prime

¹⁴⁷ Così Cass., 29 aprile 2005, n. 8981, in *Giust. Civ.*, 2006, 3, I, 617 (il caso di specie riguardava il malfunzionamento di un'autovettura); Cass., 6 luglio 2017, n. 16654, in *Giust. Civ. mass.*, 2017.

¹⁴⁸ Sono riconducibili al danno economico sia l'esborso affrontato per il risarcimento dell'investitore, sia l'eventuale successiva flessione degli affari in seguito alla diffusione della notizia sulla condanna.

¹⁴⁹ Il diritto al risarcimento sorgerà laddove siano rimaste inadempite situazioni di dovere formalizzate non solo nella normazione primaria, ma anche in quella secondaria proveniente dalla Consob. Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 19 febbraio 2015, n. 3341, in *banca dati De Jure*.

¹⁵⁰ È prevista la non applicabilità dell'intero Capo II, Titolo II, della Parte Seconda del T.U.F., al cui interno è collocato l'art. 23 in questione.

due descritte nella presente indagine, troverebbero applicazione le ordinarie regole del codice civile; l'art. 23, comma 6, T.U.F. opererebbe solo nelle altre.

Ma invero, concretamente le regole si rivelerebbero uguali¹⁵¹: l'art. 23, comma 6, T.U.F. può essere considerato un «principio generale»¹⁵², inquadrabile in definitiva come «una specificazione del regime ordinario»¹⁵³.

Si possono allora ricondurre entrambi i regimi probatori allo schema secondo il quale il soggetto danneggiato dovrà dimostrare il proprio credito¹⁵⁴ e (solamente) allegare l'inadempimento del debitore, cui spetterà invece di provare il diligente adempimento (o l'inadempimento derivante da cause a lui non imputabili).

Sull'intermediario incombe un onere probatorio del proprio comportamento diligente alquanto rigoroso¹⁵⁵, trattandosi quasi di un'inversione della regola ordinaria in punto di prova¹⁵⁶; si vuole eliminare il pericolo di una *probatio diabolica* a carico dell'investitore, che potrà così semplicemente dimostrare il proprio credito¹⁵⁷.

¹⁵¹ Per le diverse ricostruzioni della dottrina v. M. Maggiolo, *op. cit.*, 540 ss.; E. Rulli, *L'onere della prova nei giudizi di risarcimento danni*, in AA.VV., *I contratti del mercato finanziario*, II ed., (a cura di) e. Gabrielli, R. Lener, cit., 344 ss.

¹⁵² P. Giudici, *Contratti per consulenza e gestione di portafogli. Servizi accessori. Offerta fuori sede. Rimedi*, in AA.VV. *Trattato dei contratti. Mercati regolati*, vol. V, a cura di V. Roppo, Milano, 2014, 1126.

¹⁵³ Così si esprime E. Rulli, *op. cit.*, 345, indicando tale interpretazione come maggioritaria in dottrina. La tesi non verrebbe smentita neanche considerando quell'opinione della dottrina secondo la quale l'art. 23, comma 6, T.U.F. troverebbe applicazione non già qualora all'intermediario «venga imputata la violazione di una regola di condotta formalizzata in una specifica disposizione normativa o regolamentare», bensì soltanto laddove gli venga addebitata «la violazione del generico canone di diligenza qualificata dalla natura professionale dell'attività svolta» (così M. Maggiolo, *op. cit.*, 540).

¹⁵⁴ Ossia la pretesa alla ricezione di tutte informazioni prescritte *ex lege*, in modo da consentirgli un investimento consapevole, oltre che il diritto ad una corretta gestione delle operazioni ordinate.

¹⁵⁵ In definitiva, mutuando la ricostruzione interpretativa offerta dalla recente giurisprudenza di legittimità, «il riparto dell'onere della prova si attegga nel senso che, dapprima, l'investitore ha l'onere di allegare l'inadempimento delle citate obbligazioni da parte dell'intermediario, nonché fornire la prova del danno e del nesso di causalità fra questo e l'inadempimento, anche sulla base di presunzioni; l'intermediario, a sua volta, avrà l'onere di provare l'avvenuto adempimento delle specifiche obbligazioni poste a suo carico, allegate come inadempite dalla controparte e, sotto il profilo soggettivo, di avere agito con la specifica diligenza richiesta». Così Cass., 19 gennaio 2016, n. 810, in *Banca Dati De Jure*. La sentenza citata si inserisce nel solco di pronunce conformi che si sono susseguite, tra le quali Cass., 17 febbraio 2009, n. 3773, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, 1, II, 68; Cass., 29 ottobre 2010, n. 22147, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 10, 1386; Cass., 20 gennaio 2015, n. 826, in *Banca Dati De Jure*.

¹⁵⁶ Cfr. E. Rulli, *op. cit.*, 349.

¹⁵⁷ Ciò della pretesa alla prestazione professionale dell'intermediario, ma non della dimostrazione specifica della modalità di attuazione diligente della stessa. Ciò spiegherebbe la tesi secondo cui l'art. 23, comma 6, T.U.F., in definitiva, «chiedendo al convenuto la prova di avere agito con la specifica diligenza richiesta, opera non tanto sul piano dell'onere di provare l'adempimento o l'inadempimento, ma sul piano della prova del credito e del suo oggetto»: M. Maggiolo, *op. cit.*, 545. Laddove per aversi un corretto assolvimento dei doveri di diligenza da parte dell'intermediario, questi deve consentire all'investitore di «compiere [...] una scelta consapevole»: S. Corradi, *Brevi riflessioni sui profili probatori e risarcitori in tema di responsabilità da inadempimento dell'intermediario finanziario*, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 2010, 2, 720; solo così possono essere superate le asimmetrie informative definite «di secondo grado» (così A. Perrone, *Gli obblighi di informazione nella prestazione dei servizi di investimento*, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 2006, 4, 372).

La quantificazione del risarcimento è correlata al rimedio attivato.

La responsabilità precontrattuale per il mancato ossequio degli obblighi informativi¹⁵⁸, cui non abbia fatto séguito la conclusione del negozio con il gestore del portale, determinerà l'obbligo di quest'ultimo di risarcire limitatamente all'interesse negativo¹⁵⁹.

Ove invece si sia manifestato un inadempimento propriamente contrattuale, l'investitore ha diritto al ristoro anche dell'interesse positivo¹⁶⁰: le spese sostenute per il compenso al gestore e le perdite derivanti dall'investimento saranno risarcite a titolo di danno emergente, laddove il lucro cessante, ossia il mancato guadagno dovuto ad un investimento non fortunato, sarà meno agevole da dimostrare, atteso che l'investimento in *equity crowdfunding* risulta intrinsecamente rischioso¹⁶¹.

Nelle ipotesi considerate, può ritenersi astrattamente applicabile la fattispecie del concorso colposo del creditore-investitore ai sensi dell'art. 1227 c.c.¹⁶²: il fatto del danneggiato idoneo a ridurre l'entità del risarcimento è rinvenibile per lo più nel rilascio di false o incomplete informazioni sul proprio profilo o sugli investimenti pregressi. La giurisprudenza, invero, è molto cauta nel riconoscimento dei presupposti applicativi della fattispecie¹⁶³.

Trattandosi di rapporto sinallagmatico, la soluzione è astrattamente configurabile quale rimedio aggiuntivo al risarcimento. Sarà possibile così ottenere la restituzione di quanto corrisposto al gestore a titolo di compenso per il servizio prestato, ma non dei titoli azionari acquistati dall'investitore: non si dimentichi, infatti, che le parti contrattuali in caso di adesione ad un'offerta nell'*equity*

¹⁵⁸ Così come per la nullità speciale ai sensi dell'art. 67-*septiesdecies*, comma 4, cod. cons.

¹⁵⁹ E esso si sostanzia nelle spese sostenute per le trattative, ma anche (eventualmente) nel venir meno di altre possibilità di trattative, dovendo tuttavia l'investitore fornire una specifica e circostanziata (e non agevole) prova di tale ultimo aspetto.

¹⁶⁰ In presenza di un negozio validamente perfezionato ma dannoso per l'investitore a causa dei comportamenti scorretti (e contrari a buona fede) del professionista nella fase dell'informativa precontrattuale, la Giurisprudenza di legittimità (Cass., sez. un., 19.12.2007, nn. 26724 e 26725, cit.) ha indicato la necessità di parametrare il risarcimento «al minor vantaggio, ovvero al maggior aggravio economico prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede, salvo che sia dimostrata l'esistenza di ulteriori danni che risultino collegati a detto comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto.»

¹⁶¹ Le maggiori difficoltà a determinare il lucro cessante derivano dal fatto che tale operazione presuppone una «valutazione in termini monetari della perdita derivante dall'aver perduto la possibilità di investire "altrove". Si pone, cioè, il problema di comprendere quale sarebbe stata la scelta alternativa dell'investitore nel caso in cui l'intermediario non si fosse reso inadempiente ai suoi doveri.» Così S. Corradi, *op. cit.*, 723 (spec. nota 18).

¹⁶² Si veda, in proposito, Cass. 7 aprile 2006, n. 8229, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 1006 ss., che pure aveva di fatto negato in concreto la sussistenza di un concorso di colpa del danneggiato.

¹⁶³ Cfr. Cass., 27 aprile 2016, n. 8394, in *Contratti*, 2017, 145 ss., con nota di A. Belotti, *Valutazione del rischio e risoluzione del contratto*. I casi di riconoscimento dell'operatività dell'art. 1227 c.c. si limitano a fatti eclatanti di consapevole e sconsiderata esposizione al rischio da parte dell'investitore, peraltro senza un indirizzo omogeneo. Evidenziano la limitata applicazione giurisprudenziale del principio P. Giudici, *Contratti per consulenza e gestione di portafogli*, cit., 1131 e M. Maggiolo, *op. cit.*, 523.

crowdfunding sono solo la società offerente e gli investitori, mentre il gestore del portale è soggetto terzo, estraneo al predetto negozio¹⁶⁴.

10. *Limiti della responsabilità e casi incerti; informazione e interesse fondamentale della fattispecie*

Una volta ricostruite le ipotesi di responsabilità, si pone la questione dell'individuazione dei limiti delle stesse allorquando l'accertamento dei fatti o la loro qualificazione non è agevole¹⁶⁵. Le difficoltà si manifestano in misura maggiore qualora l'oggetto dell'obbligo – piuttosto che in un comportamento materiale osservabile – consista nel passaggio dell'informazione.

La verifica dell'attuazione degli obblighi informativi, in questo caso, passa per il dubbio interpretativo di quale sia il momento in cui individuarla all'interno del ventaglio di possibilità ricomprese tra due estremi: da un lato, un comportamento dichiarativo-simbolico¹⁶⁶ del soggetto obbligato; dall'altro, la comprensione effettiva del contenuto della dichiarazione da parte del soggetto attivo del rapporto, ossia del destinatario¹⁶⁷.

Nel concreto svilupparsi dei rapporti di *equity crowdfunding*, infatti, possono essere frequenti le situazioni di adempimento incerto, in cui sorge il dubbio che un investitore abbia ricevuto tutto il corredo informativo idoneo ad acquisire la consapevolezza necessaria alle operazioni cui va incontro, ovvero che le indagini effettuate sul suo profilo fossero idonee a vagliarne il grado di esperienza in materia finanziaria¹⁶⁸.

¹⁶⁴ L'inadempimento dell'operatore professionale, pertanto, non dovrebbe poter incidere sulla sottoscrizione delle quote, eliminando gli effetti dell'ingresso in società degli investitori con la risoluzione, essendo tale fatto *res inter alios acta* rispetto alla sua posizione. Ciò non elimina i profili risarcitori in favore del sottoscrittore, divenuto ormai socio dell'offerente (a prescindere dalla possibilità successiva di *tag-along*, o co-vendita, vale a dire del diritto di *exit* dell'investitore *retail* nel caso di cambio di controllo societario, come previsto dall'art. 24 Reg. Consob), anche per le relative perdite.

¹⁶⁵ È comunque un'operazione non semplice *in re ipsa* la verifica della corretta osservanza degli obblighi da parte del gestore, cfr. U. Piattelli, *op. cit.*, 78 (spec. nota 7).

¹⁶⁶ Per l'inquadramento del comportamento simbolico come dichiarazione (scritta o verbale) eminentemente ed esclusivamente umana e per la sua ricostruzione come *species* del comportamento immateriale (e significante-manifestativo) nella generale scala dei comportamenti, cfr. A. Falzea, *op. cit.*, 709 ss.

¹⁶⁷ Nel passaggio dell'informazione, autorevole dottrina sottolinea la necessità di considerare come prevalente l'elemento oggettivo e non già soggettivo. Nel campo dei mercati finanziari, l'informazione non subisce un differente trattamento in base al suo destinatario, «bensì a seconda del tipo di bene negoziato. È la complessità del bene a indurre una particolare protezione nei confronti del soggetto che lo negozia e non viceversa.» Così R. Natoli, *Il contratto "adeguato"*, cit., 66-67.

¹⁶⁸ Ad esempio, è agevole verificare se il gestore del portale si sia assicurato che l'investitore abbia preso visione delle informazioni di *investor education* (di cui all'art. 14, comma 1, lett. k, Reg. Consob, in ossequio al dettato del successivo art. 15, comma 2, lett. a). Per contro, più difficile è la prova della corretta informazione in altri casi, come ad esempio allorquando si debba giudicare se le informazioni sull'investimento in strumenti

Per risolvere i problemi pratici nelle predette situazioni, facendo ricorso a uno strumento di teoria generale del diritto, si potrebbe “interrogare” quella parte che nella rappresentazione della struttura della norma identifica la “componente di valore” dell’effetto giuridico: essa consente di determinare al meglio la portata concreta del comportamento che l’obbligato deve tenere nel passaggio dell’informazione, dunque di perimetrare la “componente di fatto” orientata nella dimensione del dovere¹⁶⁹.

L’adempimento avrà così un’unità di misura e occorrerà domandarsi se è necessario e/o sufficiente che l’investitore-creditore:

- a) arrivi ad un *quantum* ben determinato di conoscenza; oppure
- b) sia messo nelle condizioni di poter conoscere; o ancora
- c) sia destinatario di mere comunicazioni che lo avvertano rispetto alla tipologia di investimento verso cui potrebbe orientarsi¹⁷⁰.

Sulla base di quale opzione si ritenga prevalere, la conoscenza – che può essere prodromica rispetto ad una successiva manifestazione di volontà o un valore autonomo, spesso a sé stante¹⁷¹ – avrà tenore e collocazione diversa nella struttura della fattispecie normativa (sebbene occorra evidenziarsi come la verifica dell’effettivo raggiungimento di un certo grado di conoscenza del soggetto destinatario di informazioni non è un fatto sempre e agevolmente osservabile con oggettività¹⁷²).

In ogni caso, l’indicazione ermeneutica su incisività e grado dell’informazione potrebbe consentire, in tal modo, di individuare anche l’interesse fondamentale della fattispecie che vi è sotteso.

finanziari tramite portali siano (state) espresse «in forma sintetica e [soprattutto, n.d.r.] facilmente comprensibile» (all’art. 15, comma 1, Reg. Consob). O ancora, la verifica del «livello di esperienza e conoscenza» dell’investitore di cui all’art. 13, comma 5-bis, Reg. Consob, prevede un comportamento del gestore non univocamente predeterminabile.

¹⁶⁹ Per la formulazione teorica delle due componenti, di fatto e di valore, come specificazione dell’effetto giuridico nella struttura della norma, nonché per la collocazione (più o meno adombrata), all’interno di quest’ultima, dell’interesse fondamentale della fattispecie cfr. A. Falzea, *op. cit.*, 96 ss., spec. 121; la struttura della norma è stata già esplicitata *supra* (v. nota 79). Proprio la componente di valore è l’elemento da “interrogare”, nella ricostruzione qui proposta, per individuare l’interesse fondamentale della fattispecie.

¹⁷⁰ Potrà così essere richiesto, alternativamente: il massimo sforzo possibile del soggetto obbligato per garantire la conoscenza piena del creditore; o l’impegno per porre in essere i presupposti della possibilità di conoscere del creditore; o la (mera) esternazione di conoscenza da parte dell’obbligato.

¹⁷¹ Cfr. V. Scalisi, *op. cit.*, 190. Si occupa approfonditamente del fenomeno e del «problema dei fatti giuridici di conoscenza» A. Falzea, *op. cit.*, 533 ss., evidenziando appunto che la conoscenza in sé può rinvenirsi in diverse posizioni e con diverse funzioni nella struttura della norma, rilevando ora «*sub specie facti* (rilevanza dipendente)», ora «*sub specie effectus* (rilevanza autonoma)».

¹⁷² I fatti di conoscenza si rivelano intrinsecamente e ineludibilmente non misurabili (almeno in parte) a motivo della loro interiorità; o comunque, è praticamente impossibile una loro esatta rilevazione e percezione dall’esterno. Ritiene necessario parametrare la valutazione alle caratteristiche soggettive di chi riceve l’informazione M. Maggiolo, *op. cit.*, 365.

Le inevitabili difficoltà nell'operazione di misurazione del comportamento che l'obbligato dovrà tenere possono essere affrontate con l'ausilio di indici normativi¹⁷³, quali principi e clausole generali¹⁷⁴.

Nel caso dell'*equity crowdfunding*, questa funzione è attribuibile all'art. 13 Reg. Consob e all'art. 21, comma 1, T.U.F.: nella seconda disposizione (al di là della portata che le si voglia attribuire¹⁷⁵) il pendolo dell'interesse fondamentale della fattispecie oscilla più verso la piena conoscenza e l'interiorizzazione dei contenuti informativi da parte degli investitori¹⁷⁶. Ed essendo il predetto art. 21 applicabile ai soli gestori già abilitati come banche e imprese di investimento¹⁷⁷, a questi ultimi potrebbe richiedersi un'attenzione superiore nel perseguimento dell'effettiva conoscenza dell'investitore¹⁷⁸.

L'attuazione degli obblighi di comunicazione, che si manifesta come comportamento dichiarativo simbolico¹⁷⁹, esige che, per stile e contenuto, la dichiarazione sia idonea ad accrescere la sfera di conoscenza del soggetto destinatario del messaggio¹⁸⁰.

11. *Un ultimo quid: gestore del portale come gatekeeper?*

Strettamente connessa al tema degli obblighi e del regime della responsabilità nell'*equity crowdfunding*, sorge l'ulteriore questione se il gestore del portale possa considerarsi un *gatekeeper* e, in tal caso, se si tratti di un obbligo o di una facoltà dello stesso¹⁸¹.

¹⁷³ Ricavabili anche al di fuori dell'*hortus conclusus* della singola proposizione normativa.

¹⁷⁴ In certi settori normativi, essi hanno una portata integrativa, riuscendo a meglio indirizzare il perimetro interpretativo degli obblighi specifici. G. Gioia, *Tutela giurisdizionale dei contratti del mercato finanziario*, in AA.VV., *I contratti del mercato finanziario*, II ed., (a cura di) e. Gabrielli, R. Lener, cit., 93 si è espressa sull'opportunità delle clausole generali di comportamento (buona fede e correttezza) «per permettere un'interpretazione uniforme dei doveri in capo all'intermediario senza standardizzazioni che non possono avere efficacia duratura nel settore dei contratti finanziari».

¹⁷⁵ Cfr. le considerazioni svolte *supra*, al par. 5.

¹⁷⁶ C. Castronovo, *Doveri di informazione e mercato finanziario*, in (a cura di) Id., S. Mazzamuto, *Manuale di Diritto Privato europeo*, II Proprietà, obbligazioni, contratti, Milano, 2007, 437 evidenzia come il perno della disciplina dei doveri d'informazione è il «risultato» cui essi tendono, non la formale «prescrizione analitica degli elementi che ne devono essere oggetto».

¹⁷⁷ Mentre sarebbe esclusa la sua operatività nei confronti dei gestori così detti ordinari.

¹⁷⁸ Emerge così un ulteriore elemento differenziale tra i «sotto-tipi» di *equity crowdfunding*, che finisce col riverberarsi anche sull'interesse fondamentale della fattispecie relativamente ai flussi informativi gestore-investitore. Tale conclusione, a ben vedere, apparirebbe come chiusura del cerchio anche rispetto alla parte dell'indagine che ha prospettato diverse qualificazioni del servizio; troverebbe conferma il graduale aumento dei parametri di diligenza in misura direttamente proporzionale alla complessità del servizio esercitato dal gestore.

¹⁷⁹ Su cui vedi la nota 166.

¹⁸⁰ E spesso, a tal fine, si rivela inadeguata una mera prassi di «riempimento moduli»: cfr. R. Caratozzolo, *op. cit.*, 282.

¹⁸¹ Affronta la questione, rispondendo positivamente all'interrogativo, C. Iovieno, *Il portale nell'equity crowdfunding: un nuovo gatekeeper? Un'analisi alla luce della regolamentazione italiana e statunitense*, in *Diritto*

Può dirsi *gatekeeper* – letteralmente colui che “governa l’apertura dei cancelli” – l’intermediario il cui operato contribuisca a veicolare alla folla degli investitori informazioni corrette e non fuorvianti, tagliando fuori dal mercato soggetti non affidabili e che ne distorcano il funzionamento¹⁸².

L’attività di *gatekeeping* è collegata all’esigenza di accrescere il consenso e la confidenza nei confronti dei mercati finanziari. Essa può essere imposta ad alcuni soggetti dal diritto positivo¹⁸³, o può essere frutto di una scelta di un’impresa di investimento, spinta dall’interesse a consacrarsi come affidabile intermediario reputazionale, beneficiando così dei vantaggi economici – sia pure a lungo termine – che ne derivano.

Nell’*equity crowdfunding*, l’intermediario reputazionale dovrebbe essere il gestore in grado di certificare credibilità e accuratezza delle informazioni che transitano dall’offerente alla “folla”¹⁸⁴.

I gestori dei portali, nondimeno, non possono considerarsi titolari di incisivi obblighi di verifica finalizzata ad arginare la pubblicazione di offerte di sottoscrizione non idonee. Essi non sono tenuti a vagliare il merito e le prospettive di successo dei progetti degli offerenti prima della presentazione degli stessi sul portale.

L’unico momento valutativo delle condizioni previste nell’offerta di sottoscrizione ai fini della sua ammissione alla pubblicazione sul portale è la verifica formale della previsione, da parte dell’offerente, del diritto di recesso o di co-vendita in favore degli investitori (art. 24 Reg. Consob).

Conclusa positivamente la verifica *de qua*, potrebbe dirsi realizzata la condizione necessaria e sufficiente per l’ammissione dell’offerta sul portale.

Senonché, l’attività di *gatekeeping* del gestore del portale può proseguire secondo (almeno) due altre linee direttrici.

Innanzitutto, qualora sia presentata per l’iscrizione al portale un’offerta che, agli occhi esperti del gestore, evidenzi macroscopici difetti, o prospettive d’irrea-

dell’informazione e dell’informatica, 2016, 2, 18, secondo il quale sono le stesse caratteristiche «naturali» del portale a consentire di considerarlo dotato della capacità di operare come un credibile «certificatore», per tre ragioni: il suo considerevole patrimonio conoscitivo; l’esperienza e le risorse di cui dispone; l’influenza che è in grado di esercitare sull’emittente. Condivide la tesi S. Rizzo, *op. cit.*, 306. Per un’attenzione in dottrina alla teoria dei *gatekeepers*: P. Giudici, *La responsabilità civile nel diritto dei mercati finanziari*, Milano, 2008, 318.

¹⁸² Le definizioni oscillano tra la valorizzazione di un’azione attiva impeditiva e quella del momento di “validazione” dell’operato altrui.

¹⁸³ È il caso della legislazione statunitense, che impone al gestore del portale per l’*equity crowdfunding* precipi doveri di monitoraggio e interdizione.

¹⁸⁴ C. Iovieno, *op. cit.*, 4-5, il quale si pone dubitativamente di fronte ad una serie di questioni: è necessario un *gatekeeper*? Ha le risorse per farlo il gestore? Come può farlo? Ancora (*Ivi*, 7 ss.), si osserva che l’interesse al mantenimento (o alla maturazione) di una reputazione dovrebbe essere del gestore della piattaforma e non dell’emittente (ma la tesi dell’inutilità della responsabilità dell’offerente se ed in quanto *start-up* ha perso di rilievo dopo le recenti modifiche normative). Già V. Santoro, E. Tonelli, *Equity Crowdfunding ed imprenditorialità innovativa*, in *Riv. Dir. Banc.*, 2014, 7, 9 ritenevano «sorprendente» l’assenza di previsione di una sanzione per l’emittente che abbia trasmesso al pubblico informazioni non veritiere.

lizzabilità, o addirittura elementi di decettività, i principi in materia di obblighi del gestore dovrebbero portare a ritenere che lo stesso sia obbligato a non ammettere sul portale l'offerta¹⁸⁵.

Ciò sulla base di due argomenti: in primo luogo, la diligenza, correttezza e trasparenza imposte al gestore hanno una portata tale da non consentire un suo *placet* ad un'offerta di sottoscrizione con caratteristiche di rischiosità superiori alla soglia fisiologica degli investimenti in *equity crowdfunding*; secondariamente, sebbene gli obblighi informativi del gestore nei confronti dell'investitore e aventi ad oggetto l'offerta consistono "solo" nel rendere disponibili tutte le informazioni che la riguardano così come fornite dall'offerente, non può comunque passare inosservato che finalità della comunicazione è una comprensione ragionevole e compiuta della natura dell'investimento e una scelta consapevole, ma soprattutto che presupposto minimo di un investimento consapevole, al di là di quali e quante informazioni riceva, è l'assenza, tra quelle, di ingannevoli o comunque fuorvianti. Dal novero delle informazioni chiare, corrette e non fuorvianti non possono essere escluse quelle riguardanti l'offerente, se il gestore ne è a conoscenza, o ha tutti gli strumenti per esserlo¹⁸⁶.

Quanto sin qui affermato trova nel diritto positivo un *argumentum a fortiori*: da un lato, la maggiore pervasività degli obblighi di tutela dell'interesse del cliente in capo agli intermediari finanziari, ai sensi dell'art. 21 T.U.F., indurrebbe a corroborare l'assunto quantomeno nei "sotto-tipi" in cui trova applicazione la disposizione citata¹⁸⁷; dall'altro lato, essendo autorizzato il gestore a svolgere in favore dell'offerente attività di consulenza, qualora ciò avvenga, sarebbe ancor più contrario ai canoni di buona fede (oltre che in contrasto con le rigide disposizioni in materia di conflitto d'interessi) immaginare che tra gli obblighi del gestore non rientri quello di contribuire ad un mercato trasparente, non ammettendo l'offerta alla presentazione sul portale¹⁸⁸.

¹⁸⁵ C. Iovieno, *op. cit.*, 30.

¹⁸⁶ In qualche modo, gli oneri relativi all'informativa che riguardano l'emittente risultano alleggeriti per quest'ultimo ma contestualmente (per quanto semplificati), addossati al gestore del portale: cfr. Rizzo pp. 6-7.

¹⁸⁷ Ovverosia allorché il gestore sia una banca o un'impresa di investimento.

¹⁸⁸ Non si disconosce certo il dato normativo secondo il quale «l'offerente è l'esclusivo responsabile della completezza e della veridicità dei dati e delle informazioni dallo stesso fornite» (così prevede la formula che testualmente il gestore deve rendere all'investitore, secondo quanto indicato dal Regolamento Consob all'Allegato 3, n. 1, rubricato per l'appunto «Avvertenza»). Tuttavia, non può nemmeno escludersi che, in presenza di un investimento rivelatosi poi disastroso a causa di un progetto sociale macroscopicamente fallace o comunque inadeguato, non possa essere ritenuto responsabile delle perdite subite dall'investitore il gestore che abbia avalato con un contegno poco diligente e trasparente la presentazione di un'offerta macroscopicamente esorbitante dall'alea fisiologica. Sulla responsabilità del gestore residuerebbero pochi dubbi ove il gestore, usando l'ordinaria diligenza, avrebbe potuto avvedersi dell'intento fraudolento dell'offerta esaminando la documentazione e la richiesta dell'impresa. Cfr. approfondimento sul punto di F. Accetella, N. Ciocca, *op. cit.*, 267. Altro aspetto riguarda il dubbio sulla qualificazione giuridica che voglia attribuirsi a tale ipotesi di responsabilità e se la stessa sia connotata dall'elemento soggettivo della colpevolezza (quand'anche presunta) o meno. Diversi aspetti pecu-

Rimane comunque ferma la responsabilità del gestore che, “uscita dalla porta” delle formali verifiche di ammissibilità dell’offerta, possa “rientrare dalla finestra” della mancata o insufficiente verifica di appropriatezza nei confronti del potenziale sottoscrittore.

In quest’ottica, è da considerarsi opportuna la previsione dell’art. 7-bis Reg. Consob, che obbliga i gestori, ai fini dell’iscrizione e della permanenza nel registro, a «stipulare [a pena di decadenza] un’assicurazione a copertura della responsabilità per i danni derivanti al cliente dall’esercizio dell’attività professionale»¹⁸⁹. Peraltro, la richiamata disposizione, introdotta dalla Delibera Consob n. 20264 del 17 gennaio 2018, è stata poco tempo dopo già modificata: la recente Delibera Consob n. 21259 del 6 febbraio 2020 ha eliminato l’alternativa dell’adesione ad un sistema di indennizzo per l’operatore rispetto alla stipula dell’assicurazione professionale¹⁹⁰.

Naturalmente, esigenze di contemperamento degli interessi delle parti coinvolte impongono di riconoscere al gestore la possibilità di dimostrare la propria estraneità ai fatti ingiustamente produttivi di danno nei confronti degli investitori.

L’assenza di responsabilità dal punto di vista giuridico non esclude, in ogni caso, la configurabilità di conseguenze altre, che pertengono più al diverso profilo economico delle scelte imprenditoriali¹⁹¹.

Non si dimentichi, infatti, che l’ammissione dell’offerta al portale costituisce il frutto di un accordo tra offerente e gestore. Nulla vieta a quest’ultimo di esercitare la facoltà di individuare le offerte da pubblicare con criteri più selettivi, consentendo ad un’impresa di lanciare sul portale la campagna di raccolta non già per la sola presenza dei requisiti formali previsti dall’impianto normativo vigente quale struttura minima inderogabile, ma ad esempio solo all’esito positivo di una

liari della fattispecie prospettata conducono alla suggestione di vagliare l’applicabilità della regola di cui all’art. 2050 c.c., nella prospettiva quasi “oggettivante” con cui può essere interpretata (v. A. Gorassini, F. Tescione, *Per un quasi commento sulla responsabilità per l’esercizio di attività pericolose*, in *Danno e resp.*, 2012, 237 ss.). Peraltro, v’è anche chi assimila in qualche modo la responsabilità da prospetto nel servizio di collocamento all’art. 2050 c.c.: cfr. E. Macchiavello, *La responsabilità da prospetto degli intermediari finanziari tra passato, presente e futuro*, in *Contr. e impresa*, 2009, 4/5, 931.

¹⁸⁹ L’assicurazione deve prevedere: «a) per ciascuna richiesta di indennizzo, una copertura di almeno ventimila euro e b) per l’importo totale delle richieste di indennizzo, una copertura di almeno un milione di euro all’anno per i gestori che effettuano direttamente la verifica prevista dall’articolo 13, comma 5-bis, e di almeno cinquecentomila euro all’anno per gli altri gestori.»

¹⁹⁰ Fino a qualche mese fa, dunque, v’era per i gestori l’alternativa richiamata: il sistema di indennizzo a tutela degli investitori doveva essere riconosciuto ai sensi dell’art. 59 T.U.F. Le modifiche all’art. 7-bis Reg. Consob si sono rese necessarie per adeguare la regolamentazione secondaria alle modifiche apportate all’articolo 50-quinquies T.U.F. dal d.lgs. n. 165 del 25 novembre 2019 (c.d. “correttivo MiFID”).

¹⁹¹ Opererebbero in tal caso meccanismi di mercato (*species* dei meccanismi di *enforcement* al cui alveo sono riconducibili anche quelli strettamente giuridici): primo tra tutti quello del capitale reputazionale da accumulare, preservare e non disperdere. Cfr. C. Iovieno, *op. cit.*, 21.

valutazione più penetrante, che contempi il vaglio dell'onorabilità e professionalità degli amministratori, o della realizzabilità e bontà del progetto.

La situazione che si viene così a creare consente di qualificare il gestore come un “*gatekeeper* reputazionale”, che per scelta di *auto-nomos* indirizza in un certo modo la propria attività imprenditoriale, contribuendo a innescare meccanismi virtuosi di ponderazione delle offerte e delle sottoscrizioni, nonché di deterrenza.

La disciplina italiana dell'equity crowdfunding: varianti tipologiche, responsabilità e valore dell'informazione tra problema e sistema

L'*equity crowdfunding* è una fattispecie tipica del *FinTech*, da qualche anno disciplinata in Italia e oggetto di diversi interventi normativi. Questa peculiare forma di investimento per mezzo di portali *online* consente agli investitori di acquisire quote sociali di società offerenti, oppure (più recentemente) anche di sottoscrivere titoli di debito. Elementi di complessità riguardano diversi aspetti del fenomeno considerato.

L'indagine è focalizzata sul ruolo del gestore del portale ed evidenzia la sussistenza di "varianti" tipologiche, diversamente qualificabili. Gli obblighi del gestore presentano una base comune, ma per alcune fasi del processo di raccolta si differenziano in base a quattro sottotipi individuabili. Ciò influenza la configurazione delle ipotesi di responsabilità, che vengono approfondite anche sotto il profilo dell'eventuale coinvolgimento di soggetti terzi.

La tutela rimediale a disposizione dell'investitore si differenzia in base alla tipologia di violazione. I casi incerti nell'eventuale attribuzione della responsabilità rivelano l'importanza del valore dell'informazione nella struttura della norma.

The Italian regulation of equity crowdfunding: typological variants, liability and value of information between problem and system

Equity crowdfunding is a typical case of 'FinTech', which has been regulated in Italy for a few years and has been the subject of several regulatory interventions. This peculiar form of investment through online portals allows investors to acquire shares in offering companies, or (more recently) also to subscribe to debt securities. Elements of complexity concern different aspects of the phenomenon considered.

The survey focuses on the role of the portal operator and highlights the existence of typological 'variants' that can be qualified in different ways. The obligations of the operator have a common basis, but for some phases of the collection process, they differ according to four identifiable sub-types. This influences the configuration of the liability hypotheses, which are also examined from the point of view of the possible involvement of third parties.

The remedy available to the investor differs according to the type of breach. The uncertain cases in which liability may be attributed reveal the importance of the value of information in the structure of the regulation.

Il sistema sanitario americano al test del Covid 19: la reazione degli *Health Care Sharing Ministries*

Lucrezia Anzanello

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I programmi assistenziali nel modello americano. – 3. L'incidenza dell'*Obamacare* sul sistema sanitario. – 4. Le peculiarità dell'*Health Care Sharing Ministry*. – 5. L'approccio giurisprudenziale. – 6. L'inapplicabilità dell'*individual mandate*. – 7. L'affronto delle *class action*. – 8. Un parallelismo italiano. – 9. Conclusioni.

1. *Premessa*

L'infezione epidemiologica che affligge da mesi l'intera popolazione mondiale ha fatto emergere i limiti e le criticità di sistemi sanitari che, in molti casi, erano già poco adeguati alle esigenze sanitarie dei cittadini.

Il riferimento è specialmente al sistema sanitario americano. Un sistema frammentato che si compone di interventi pubblici e privati, di una stratificazione dei formanti legislativo e giurisprudenziale nonché della presenza di vari operatori; è quindi solo in base ad un delicato equilibrio che tutte queste componenti risultano efficientemente coordinate tra loro.

2. *I programmi assistenziali nel modello americano*

Il modello americano risente da sempre della dicotomia federale/statale¹ ed è fortemente influenzato dalle correnti politiche. Non è un caso che i soli programmi di assistenza pubblica attualmente esistenti siano stati proposti e adottati

¹ In materia assicurativa, ad esempio, si è osservato che fino al 1944, il mercato delle assicurazioni ha goduto di una totale libertà dall'interferenza da parte del governo federale e ciò in ragione del precedente Paul v. Virginia del 1869 in cui la Suprema Corte aveva così concluso: «*Issuing a policy of insurance is not a transaction of commerce. The policies are simple contracts of indemnity against loss by fire, entered into between corporations and the assured, for a consideration paid by the latter. These contracts are not articles of commerce in any proper meaning of the world, They are not subject of trade and barter offered in the market as something having an existence and val-*

da esponenti del filone democratico mentre abbiano dovuto subire forti attacchi durante la presidenza di politici repubblicani.

Gli esempi, analizzando la storia, sono molteplici.

Il sistema sanitario pubblico si fonda ancora oggi sui programmi *Medicare* e *Medicaid* fortemente voluti da John F. Kennedy e portati a compimento ed attuazione dal suo successore Lindon B. Johnson.

ue independent of the parties to them. They are not commodities to be shipped or forwarded from one State to another and then put up for sales.

La discrezionalità statale venne però pericolosamente messa in discussione con il caso *United States v. South-Eastern Underwriters* deciso il 5 giugno 1944 dalla Corte Suprema (*United States v. South-Eastern Underwriters*, 33 U.S. 533, 1944, reperibile al sito www.supreme.justia.com.) Il giudizio era stato incardinato nei confronti di un'associazione che raccoglieva al suo interno oltre duecento compagnie di assicurazione e da ventisette cittadini, in merito alla violazione delle sezioni nn. 1 e 2 dello *Sherman Act* dacché i convenuti avevano previsto tariffe fisse non competitive e limitative degli scambi commerciali tra gli Stati con la conseguenza di una monopolizzazione del mercato. La prospettiva, nel caso di specie, era differente rispetto a quella presa in considerazione in *Paul v. Virginia*. Infatti, la questione che emergeva non era se agli Stati dovesse essere negato il potere di regolamentare il mercato assicurativo in ragione di una diversa interpretazione della *Commercial Clause* bensì se il Congresso potesse essere privato del potere di intervenire legislativamente in tale settore sulla base di quanto previsto dallo *Sherman Act*. Nella sua articolata decisione, a dire della Corte, parrebbe difficile sostenere che nessuna attività di una compagnia di assicurazione possa mai costituire espressione del commercio interstatale dacché simili attività, proprio poiché tipiche di una impresa commerciale, riguardano operazioni integrate tra i diversi Stati ed implicano lo scambio di una grande quantità di documenti, comunicazione e danaro. Peraltro, la Corte ricorda che il confine preciso tra il potere federale e quello statale nell'ambito del commercio non è mai stato – e mai potrebbe esserlo – puntualmente definito in una singola definizione. Sul punto, la definizione generalmente condivisa per ciò che concerne il potere federale può ritenersi quella fornita nel 1824 dal Chief Justice Marshall nel caso *Gibbon v. Ogden* e, precisamente «*Commerce, undoubtedly, is traffic, but it is something more: it is intercourse. It describes the commercial intercourse between nations, and parts of nations, in all its branches ... Commerce is interstate when it concerns more States than one*». Si tratta, quindi, di un potere avente connotazione positiva che consente al Congresso di legiferare su tutte le questioni che coinvolgono soggetti ed enti di differenti Stati così da disciplinare quegli scambi che gli Stati, in virtù della loro giurisdizione territoriale limitata, non possono invece regolare. Pertanto, conclude la Suprema Corte: «*That power, as held by this Court from the beginning, is vested in the Congress, available to be exercised for the national welfare as Congress shall deem necessary. No commercial enterprise of any kind which conducts its activities across state lines has been held to be wholly beyond the regulatory power of Congress under the Commerce Clause. We cannot make an exception of the business power of Congress under the Commerce Clause. We cannot make an exception of the business of insurance*».

La decisione della Corte Suprema scatenò il panico tra gli assicuratori non solo per il potere regolamentare che veniva così affidato al Governo dopo anni di gestione statale ma principalmente perché la sentenza aveva l'effetto di estendere immediatamente l'applicazione dello *Sherman Act* anche al mercato assicurativo. Vi è però da precisare che la sentenza non obbligava il Congresso (e lo stesso non era intenzionato a farlo) ad esercitare nell'immediato il proprio potere normativo nel settore delle assicurazioni e, nemmeno, una simile decisione gli precludeva la possibilità di ammettere l'esistenza di una legislazione statale concorrente. Gli assicuratori avevano quindi ancora una speranza di tutelare i propri interessi e con il supporto della *National Association of Insurance Commissioners* (NAIC) avanzarono una proposta di Legge poi approvata dal Congresso nel 1945 e meglio nota come *McCarran – Ferguson Act*. Il passaggio più significativo dell'atto, che neutralizza gli effetti della sentenza *United States v. South-Eastern Underwriters*, è senz'altro contenuto nella Sezione 1: «*Congress declares that the continued regulation and taxation by the several States of the business of insurance is in the public interest, and that silence on the part of the Congress shall not be construed to impose any barrier to the regulation or taxation of such business by several States*». In sintesi, il Congresso legittima il potere di intervento statale nel settore assicurativo sortendo altresì l'effetto di far comprendere alle compagnie di assicurazione l'esigenza di una legislazione unitaria non frammentata che agevoli il commercio tra gli Stati.

In sintesi, Medicare si rivolge agli ultrasessantacinquenni ed ai soggetti disabili ed è gestito a livello federale. Possono fruire del programma tutti coloro che presentano il requisito di età richiesto senza preclusioni in termini di reddito o distinzioni in base al proprio pregresso clinico. La copertura può essere erogata direttamente a livello statale (cd. *original Medicare*) oppure mediante organizzazioni pubbliche o compagnie private a ciò espressamente autorizzate.

Agli albori degli anni duemila, *Medicare* copriva circa quaranta milioni di persone, praticamente un settimo della popolazione.

Le forme di finanziamento del programma sono essenzialmente quattro, ove la principale consiste nei contributi obbligatori versati dai datori di lavoro e dai lavoratori dipendenti per i benefits da ottenersi dopo il pensionamento. A questa forma di finanziamento si affiancano poi i proventi dalle forme di tassazione, i premi pagati dai beneficiari e i cd. *copayments*, cioè la compartecipazione alla spesa direttamente da parte del soggetto garantito.

Il programma prevede una copertura di base che non ricomprende tutte le tipologie di spese sanitarie, per cui il singolo beneficiario può autonomamente decidere di integrare la propria copertura con i piani della parte C) o con una polizza privata (chiamata *Medigap*²) fornita dalle compagnie di assicurazioni operanti nel settore.

L'altro programma, *Medicaid*, prevede una collaborazione congiunta tra il governo federale e gli Stati nazionali ed è destinato ad offrire un'assicurazione sanitaria a coloro che si collocano nelle categorie a basso reddito, alle donne incinta ed ai bambini. La partecipazione degli Stati federati al programma è assolutamente volontaria ma ad oggi, con l'ultima adesione dell'Arizona nell'anno 1982, risultano aver aderito tutti e cinquanta.

Come si può comprendere, coloro che non rientrano in questi programmi – e sono la maggior parte della popolazione – possono tutelarsi solo mediante una copertura privata; copertura che è stata resa obbligatoria dalla Legge federale meglio nota come *Obamacare*³ (composta da due provvedimenti, il *Patient Protection and Affordable Care Act* e l'*Healthcare and Education Reconciliation Act*).

Il sistema sanitario americano rientra quindi nella categoria dei sistemi di natura privatistica e si caratterizza, oltre per quanto sopra descritto, anche per una significativa competitività tra le strutture sanitarie ed una forte frammentazione tra le fasce di popolazione in base al livello reddituale.

Tale segmentazione è peraltro soggetta ad acuirsi a seguito del Covid-19 ed alle sfide economiche a lungo termine che la maggior parte dei cittadini – di un paese a tendenza rurale – sarà chiamata ad affrontare, con il concreto rischio che,

² Social Security Administration, *Medicare* in www.socialsecurity.gov, 2018.

³ Il testo completo è reperibile al sito www.healthcare.gov.

nel prossimo futuro, ci saranno oltre ventisette milioni di persone prive di una copertura sanitaria⁴.

3. *L'incidenza dell'Obamacare sul sistema sanitario*

Il sistema sanitario americano, come anticipato, è oggi fondato sui programmi *Medicare* e *Medicaid* i quali sono stati sensibilmente integrati dalla *Obamacare*.

Scopo primario della riforma voluta da Obama era infatti quello di garantire (pubblicamente e mediante la tecnica dell'*individual mandate*) a tutti i cittadini americani una copertura di base al fine di superare, seppur in modo parziale, i limiti di copertura del sistema.

I punti principali della *Obamacare*⁵ possono riassumersi secondo l'ordine dei titoli della riforma:

Title 1 – Quality, Affordable Health Care for All Americans

Il titolo introduce l'obbligo per i cittadini del cd. *individual mandate*, cioè di una copertura sanitaria che garantisca le prestazioni essenziali e che può essere ottenuta tramite l'estensione dei programmi pubblici come *Medicare* qualora se ne abbia titolo tramite un *employer sponsored program*⁶, o, in assenza di tali vie, mediante acquisto di una polizza privata. L'introduzione dell'obbligo è accompagnata da una sanzione (oggi abrogata) pari all'1% dell'imponibile nel 2014, 2% nel 2015 e 2,5% nel 2016 nel caso in cui i cittadini non si adeguino⁷.

Oltre alle penali a carico dei singoli, per facilitare la diffusione delle coperture e la loro distribuzione a prezzi ragionati da raggiungerli mediante la limitazione della concorrenza tra le compagnie di assicurazioni e la standardizzazione delle coperture reperibili sul mercato, lato assicurazioni è prevista la completa eliminazione di limiti annuali o di durata per le coperture sanitarie, il divieto di recesso degli assicuratori (salvo il caso di frode dell'assicurato), la necessaria inclusione nei piano di alcune prestazioni minime garantite (es. per la prevenzione del tumore al seno).

⁴ *Financial Times*, 30 aprile 2020. Il Coronavirus ha avuto un impatto economico rilevante anche sulla classe media riducendone significativamente le potenzialità di spesa.

⁵ Per una più puntuale analisi e commento del testo della riforma si veda AA.VV., *Law, Explanation and Analysis of the Patient Protection and Affordable Care Act*, Wolters Kluwer, 2010.

⁶ Il *Patient Protection and Affordable Care Act* prevede che i datori di lavoro che abbiano cinquanta od oltre dipendenti full time (e cioè che lavorano almeno 30 ore settimanali) sono tenuti ad offrire a questi ultimi la possibilità di godere di un piano sanitario che abbia i medesimi requisiti dell'*individual mandate* pena l'applicazione di una sanzione. L'*employer mandate* era in origine previsto per le aziende con oltre cento dipendenti e, dopo un paio di anni, si sarebbe dovuto estendere anche alle aziende medio – grandi. Nessun obbligo è invece previsto per le aziende con un numero di dipendenti inferiore ai cinquanta, ciò nonostante la Legge – al fine di invogliare comunque i datori di lavoro a mettere a disposizione dei dipendenti una copertura sanitaria – prevede che i primi possano beneficiare di dei crediti di imposta parametrati in base al numero dei dipendenti ed al loro salario medio.

⁷ È il principio del *paly or pay*, F. Toth, *Yes, we did? Luci ed ombre della riforma sanitaria di Obama*, in *Rivista Italiana di Scienza Politica*, 2011, 105 ss.

Title II – The Role of Public Programs

Con questo titolo, la Legge interviene sul sistema sanitario nazionale estendendo le coperture offerte da *Medicaid* e dal *Children's Health Insurance Program* ai soggetti a basso reddito. La riforma modifica pertanto il *Social Security Act* secondo un programma di inclusione orientato a tutti i bambini, genitori ed adulti senza figli che non possono fruire dei sussidi previsti da *Medicare* ma i quali abbiano un reddito familiare pari sino al 133% del *federal poverty level* (FPL⁸). Si richiede la partecipazione, in termini finanziari, dello stato federale affinché tale cambiamento non incida in maniera eccessivamente gravosa sulle casse degli Stati federati. Con riferimento al *Children's Health Insurance Program* è inoltre previsto che gli Stati estendano i livelli economici per l'ammissione al programma e, di conseguenza, si richiede un incremento di 23 punti percentuali della *federal match rate* ai fini dei rimborsi che spettano a ciascuno Stato da parte del governo centrale.

Title III – Improving the Quality and the Efficiency of Health Care

Si prevedono controlli di qualità per i servizi offerti e per le prestazioni sanitarie erogate dai medici, il miglioramento delle infrastrutture, la misurazione dei risultati raggiunti in relazione alla salute dei cittadini, alle coperture sanitarie ed agli operatori del settore, la creazione di un gruppo di lavoro composto dagli esponenti dei principali enti coinvolti (es. l'istituto nazionale della sanità, la *Food and Drug Administration*, il Ministero della Difesa, il Ministero dell'Educazione, i centri per il controllo delle malattie e la prevenzione) per la collaborazione e la condivisione di obiettivi comuni in ambito sanitario, lo sviluppo di nuovi modelli e modalità di cura, incentivi economici, facilitazioni per le aree rurali, la previsione di precisi indici tariffari per la parte C) di *Medicare*, il coinvolgimento delle case farmaceutiche nelle scontistiche dei medicinali, disposizioni per la sostenibilità economica di *Medicare* unitamente alla creazione di un *advisory board* per il controllo dei costi e l'aggiornamento delle politiche monetarie interne, l'istituzione di un centro di ricerca sulla somministrazione di cure sanitarie ai fini di un loro miglioramento in termini di qualità sicurezza ed efficienza.

Title IV – Prevention of Chronic Disease and Improving Public Health

Si prevede l'istituzione, in seno al Ministero della Salute, di un consiglio per la prevenzione nazionale e la promozione della salute, lo stanziamento di fondi per le attività di prevenzione ed i programmi di promozione della salute e per

⁸ Il *Federal Poverty Level* è un indice elaborato dal *Department of Health and Human Service* sui dati forniti annualmente dall'*US Census Bureau*, che viene utilizzato per valutare l'ammissibilità dei cittadini americani ai programmi di assistenza pubblica (non solo sanitaria) ed il diritto a sussidi statali. In sostanza si stabilisce un ammontare minimo che la famiglia necessita per far fronte alle esigenze primarie quali cibo, vestiti, alloggio, trasporti e varia in base al numero dei componenti della famiglia nonché della sua collocazione geografica; vi sono infatti degli indici specifici per gli stati dell'Alaska e delle Hawaii. Ad esempio, per il 2019, è stato previsto che l'indice FPL al 138% di una famiglia composta da quattro membri è pari a 35,535 \$ mentre in Alaska è di 44,423 \$ e nelle Hawaii di 40,876 \$.

attività di ricerca, misure di supporto ai centri medici presenti nelle scuole, campagne educative per la prevenzione e la cura dell'igiene orale, attività di counseling che consentano, tra l'altro, alle donne incinta di riuscire a smettere di fumare, programmi per la riduzione dei rischi di malattie croniche.

Title V – Health Care Workforce

Si istituisce la *National Health Care Workforce Commission* con compiti di analisi del personale sanitario e funzione di supporto al Congresso affinché la forza lavoro nel settore sanitario risulti adeguata alle esigenze nazionali. Si prevede l'attuazione di programmi di studio e periodi di training che rendano maggiormente attrattive per gli studenti le facoltà di pediatria, medicina di base, odontoiatria e quelle connesse alla infermieristica ed alla cura della persona consentendo così di aumentare il personale sanitario disponibile, la creazione di centri di formazione specializzati dislocati sul territorio nazionale che, nella loro attività, potranno beneficiare di fondi di natura federale.

Title VI – Transparency and Program Integrity

Nel titolo sesto l'attenzione è posta sulla trasparenza e l'assenza di conflitti di interessi tra il personale sanitario, le strutture e le case farmaceutiche nonché, per le strutture sanitarie che sono tenute a rendere note le informazioni relative alla proprietà, sulla standardizzazione delle procedure di reclamo e sulla previsione di sanzioni qualora vengano rilevate delle irregolarità. Sono poi previsti dei percorsi di addestramento per lo staff medico sanitario, l'istituzione di un istituto di ricerca sotto il controllo di un consiglio misto (pubblico e privato) che analizzi comparativamente gli esiti delle ricerche svolte in ambito clinico, l'adozione di procedure di selezione per i fornitori dei programmi *Medicare*, *Medicaid* e del *Children's Health Insurance Program* ed il monitoraggio sui loro beneficiari, un sistema informatico integrato che consenta controlli più puntuali e precisi sui programmi citati e che sia in grado di evitare la duplicazione delle banche dati.

Title VII – Improving Access to Innovative Medical Therapies

Questo titolo interviene sugli standard di sicurezza e sulle procedure di rilascio di licenze per i prodotti biologici da parte della *Food and Drug Administration* oltre che sulla previsione di specifiche scontistiche per i medicinali somministrati nelle strutture ospedaliere nonché in centri di cura per il cancro e in ambulatori extraurbani.

Title VIII – Community Living Assistance Services and Supports

Viene creata una nuova copertura long term care di natura volontaria (*Class Program*) che consenta ai soggetti con limitate capacità funzionali di beneficiare di assistenza e supporto per la vita in comunità.

Title IX – Revenue provisions

Il titolo finale è dedicato agli aspetti fiscali con particolare riferimento alla previsione di nuove forme di tassazione al fine di finanziare i programmi pubblici di assistenza sanitaria proposti nella Legge.

Il presidente uscente Donald Trump ha provato strenuamente a far abrogare l'*Obamacare*, ma i suoi tentativi – sotto un profilo legislativo – non hanno trovato il consenso della Senato. La via alternativa perseguita è stata quella della *illegittimità costituzionale*⁹ in merito alla quale la Corte Suprema dovrebbe definitivamente esprimersi nel corso del 2021¹⁰.

4. *Le peculiarità dell'Health Care Sharing Ministry*

In un simile contesto di significativa incertezza e scarsità di tutela, divengono sempre più attenzionate alcune peculiari forme aggregative e tra esse, in particolare, l'*Health Care Sharing Ministry*. Esso affonda le proprie radici nell'esigenza di soluzioni alternative rispetto al sistema tradizionale delle assicurazioni sanitarie ed è definito dall'*Alliance of Health Care Sharing Ministries*¹¹ quale «*not-for-profit religious organization acting as a clearinghouse for those who have medical expenses and those who desire to share the burden of those medical expenses*».

⁹ Tra i principali casi di incostituzionalità sottoposti alla Corte Suprema (nel sistema americano vige il controllo di costituzionalità di tipo diffuso) si ricorda *National Federation of Independent Business et al. v. Kathleen Sebelius et al. v. Florida et al. V. Department of Health and Human Services et al*, 567 U.S. 519, 132 S. Ct. 2566, 183 L. Ed. 2d 450, 2012 reperibile al sito www.lexisnexis.com.

Con una decisione 5-4 fu confermata la legittimità costituzionale della legge.

La *ratio* di una simile decisione, la prima in cui è stata sottoposta al vaglio della Corte Suprema la riforma adottata dalla presidenza Obama, è comprensibile in ragione del *self restraint* giudiziario dinanzi alle grandi decisioni politiche dei rappresentanti eletti dal popolo. La *counter majoritarian difficulty* (espressione coniata da A. Bickel in *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, The Bobbs-Merrill Company, 1962), la problematicità di decisioni che correggano la volontà della maggioranza popolare ricorre spesso nel dibattito dottrinale americano contemporaneo. Secondo le parole del *Chief Justice*, il dovuto rispetto agli altri organi costituzionali impone infatti alla Corte Suprema di censurare una Legge del Congresso solo se la mancanza di un fondamento costituzionale per la sua adozione sia chiaramente dimostrata. I giudici infatti hanno il compito di interpretare la legge, mentre non possiedono né le competenze né il diritto di formulare giudizi politici. I rappresentanti, diversamente, non solo hanno una legittimazione che proviene loro dal voto popolare, ma vengono successivamente chiamati a rispondere politicamente delle loro decisioni: gli eletti possono essere allontanati dal loro ufficio se il popolo è in disaccordo con loro. Non è invece compito della Corte Suprema, proteggere gli elettori dalle conseguenze delle loro scelte politiche.

In sostanza, più che preservare la legittimità della riforma e, in via indiretta, agevolarne una lettura favorevole dal punto di vista mediatico, la decisione di maggioranza dei giudici della Corte Suprema è volta ad affermare esplicitamente il rifiuto della concezione circa l'esistenza di una titolarità, in capo al Congresso, di una potestà generale di governo analoga a quella degli Stati.

¹⁰ Il riferimento è al caso *California et al v. Texas et al*, 19-840, pendente innanzi alla Corte Suprema.

¹¹ Organizzazione fondata nel 2007 con sede in Florida e che si propone di rappresentare i comuni interessi degli *Health Care Sharing Ministries* ed è partecipata, tra gli altri, dai primi tre *Health Care Sharing Ministries* presenti sul territorio americano: *Samaritan Ministries*, *Christian Care Ministry* e *Christian Healthcare Ministries*. Secondo i dati disponibili sul sito www.healthcaresharing.org oltre un milione di soggetti hanno scelto questa forma di tutela e circa l'85% di questi è membro di uno degli *Health Care Sharing Ministries* che partecipa alla *Alliance of Health Care Sharing Ministries*. Nella sua funzione di coordinamento la *Alliance of Health Care Sharing Ministries* ha redatto dei modelli di Legge, tra cui il *Health Care Sharing Ministries Freedom to Share Act* che sancisce la non applicabilità agli *Health Care Sharing Ministries* dei codici sulle assicurazioni e che è stato positivamente in buona parte degli Stati federati.

La peculiarità di simili organizzazioni, oltre all'assenza di scopo di lucro che ne determina l'esenzione da ogni tipo di tassazione¹², è quella di avere natura religiosa. La loro missione si fonda, infatti su quanto riportato nelle Sacre Scritture, Lettere ai Galati 6.2 «Portate i pesi gli uni degli altri e adempirete così la Legge di Cristo».

Le altre caratteristiche¹³ di queste organizzazioni possono essere sintetizzate come di seguito:

- esse non garantiscono il pagamento delle spese sanitarie e la decisione di condividere tali oneri economici è puramente volontaria e rimessa a ciascun membro, inoltre non è prevista la creazione di fondi a riserva per le spese future¹⁴;
- i contributi¹⁵ versati dai membri non sono definiti in base ad analisi attuariali e vengono raccolti con modalità differenziate tra i vari *Health Care Sharing Ministries*¹⁶ a cui seguono diverse forme di rimborso¹⁷;

¹² *Internal Revenue Code* § 501(a) e (c)(8): «(a) Exemption from taxation – An organization described in subsection (c) or (d) or section 401(a) shall be exempt from taxation under this subtitle unless such exemption is denied under section 502 or 503».

«(c) List of exempt organizations – The following organizations are referred to in subsection (a): (...) (8) Fraternal beneficiary societies, orders, or associations – (A) operating under the lodge system or for the exclusive benefit of the members of a fraternity itself operating under the lodge system, and (B) providing for the payment of life, sick, accident, or other benefits to the members of such society, order, or association or their dependents (...)».

¹³ K. Eastman, J.S. Ruhland, A. Eastman, *Regulation of Health Care Sharing Ministries in Journal of Insurance Regulation*, 2010, 189.

¹⁴ S.G. Boodman, *Seeking Divine Protection: Some Believers Put Faith in Church Plans Instead of Standard Health Insurance*, *Washington Post*, 22 ottobre 2005.

¹⁵ Seppur la terminologia utilizzata dagli *Health Care Sharing Ministries* sia distintiva di tali organizzazioni, osservandone l'operatività pratica è comunque possibile riscontrare delle similitudini con la terminologia tipicamente assicurativa. Il *monthly share* o *gift* è simile all'idea del premio assicurativo e le *provider fees* altro non sono che la compartecipazione alla spesa del paziente.

¹⁶ Ad esempio, se si prendono in considerazione i tre principali *Health Care Sharing Ministries* si può notare che (i) i *Samaritan Ministries* richiedono che venga versata una tassa annuale per la copertura dei costi amministrativi ed il regolamento delle spese sanitarie interviene invece direttamente tra i membri; (ii) *Christian Care Ministry* impone a ciascun membro di aprire un conto corrente bancario in cui debbono essere versate mensilmente delle somme che hanno una triplice finalità e cioè di coprire le spese amministrative, i costi connessi al mantenimento del conto corrente e in parte essere "sharing gift"; (iii) i membri dei *Christian Healthcare Ministries* ricevono mensilmente l'indicazione circa l'ammontare del *gift* da versare presso un conto fiduciario. Inoltre, i contributi sono determinati facendo più che altro riferimento alle dimensioni del nucleo familiare ed alla ipotetica spesa sanitaria che membri della famiglia vogliono sostenere *out of pocket*. Prendendo sempre come riferimento i tre principali *Health Care Sharing Ministries*, si nota che (i) i *Samaritan Ministries* prevedono quattro tipologie di piani: single, coppia, *single parent family* (tre o più membri ove il capofamiglia è vedovo, separato o divorziato) e *two-parent family* (la famiglia di tre o più membri); (ii) *Christian Care Ministry* prevede piano differenziati oltre che sul numero dei componenti della famiglia anche sull'età del componente più anziano e (iii) i *Christian Healthcare Ministries* hanno tre differenti piani: Gold, Silver e Bronze con prezzo fisso per unità laddove una famiglia, quantunque sia il numero dei suoi componenti, non può mai versare oltre tre unità al mese. In ogni caso essi sono notevolmente inferiori rispetto ai premi versati da coloro che sottoscrivono una polizza assicurativa.

¹⁷ La procedura di pagamento dei *Samaritan Ministries* prevede l'invio delle spese da saldare direttamente dal provider al paziente il quale compila un modulo e lo sottopone al *Ministry* che verifica la condivisibilità delle spese sanitarie. Una volta accertato ciò, mensilmente viene inviata una newsletter ai membri in cui

- non è prevista alcuna indagine circa la situazione clinica del soggetto ma, per ottenere la tutela richiesta, i potenziali membri delle organizzazioni debbono professarsi cristiani e comportarsi secondo i principi biblici¹⁸;
- quanto alle preesistenze esse sono generalmente escluse (e ciò è in linea con gli standard assicurativi) ma possono essere garantite decorso un determinato periodo di tempo di associazione o di assenza di sintomi, trattamenti e cure per tali patologie¹⁹;
- la gestione dell'organizzazione è affidata ad un consiglio di amministrazione che determina i programmi di copertura ed è responsabile per le scelte assunte.

5. *L'approccio giurisprudenziale*

Il modello americano non conosce la tripartizione del sistema sanitario tipica del modello italiano, per cui si tende ad equiparare, in termini di disciplina, enti privi di scopo di lucro – quali gli *Health Care Sharing Ministries* – con le compagnie di assicurazione le quali hanno invece finalità lucrativa.

La decisione di applicare a tali organizzazioni le medesime norme previste per il settore assicurativo è questione che è stata peraltro rimessa inizialmente alla discrezionalità dei singoli Stati.

In particolare, alcuni Stati, facendo leva sul criterio elaborato dalla Suprema Corte in *Metropolitan Life Insurance Co. v. Massachusetts*²⁰ per cui laddove vi è il trasferimento del rischio si può dire che la società si occupi del *business of insur-*

alcuni di essi vengono selezionati mediante un algoritmo per coprire dette spese mediante il versamento diretto dell'ammontare individualmente assegnato al membro che si è sottoposto alle cure. *Christian Care Ministry* prevede che quest'ultimo negozi direttamente con il provider la scontistica e poi mensilmente vengono pubblicati gli "eligible needs" e a ciascun membro viene indicato l'ammontare da versare sul proprio conto; tali somme sono poi ridistribuite tra i membri in base a dei calcoli algoritmici. Ad ogni modo è consigliato di avvalersi dei professionisti e delle strutture sanitarie appartenenti al network della singola associazione fermo restando che il rimborso non è in nessun caso garantito.

¹⁸ Ad esempio, al fine di far parte del *Christian Care Ministry* bisogna rispettare le seguenti regole: non utilizzare o tabacco o droghe, non abusare delle droghe legali, non avere rapporti sessuali al di fuori del matrimonio cristiano. Tali requisiti consentono invero anche di effettuare una selezione preventiva di soggetti potenzialmente più esposti a problemi di salute e di non coprire le spese connesse ai comportamenti ritenuti irripetibili (es. i sussidi per la maternità per donne non sposate).

¹⁹ Ad esempio, ciò è quanto prevedono i *Christian Healthcare Ministries*: «*We distinguish between pre-existing conditions in active treatment and conditions in maintenance treatment. Medical bills cannot be shared if, at the time you join CHM, the bills are for pre-existing conditions that are actively undergoing treatment other than with maintenance (routine) medications. After the incident is over and your doctor states that you are on a maintenance treatment regimen, bills for any new incident related to the pre-existing illness are eligible for sharing according to the information below*». Particolare attenzione è prestata alle patologie cardiache che sono una delle principali cause di mortalità negli Stati Uniti.

²⁰ 471 U.S. 724, 743, 105 S.Ct. 2380, 2391, 85 L.Ed.2d 728, 1985.

ance, hanno ritenuto di dover qualificare gli *Health Care Sharing Ministries* al pari di compagnie di assicurazione, assoggettandoli pertanto alle stesse regole.

Emblematico, in tal senso, è il caso *Bosch v. Christian Care Medi-Share*²¹ del 2006 in cui la Corte del South Dakota ha così concluso:

«Defendants claim that there was no transfer of risk from Plaintiff to Defendant, at most only a shift between members, because Defendant was merely “assisting the flow” between members. All insurance companies could arguably make the same claim. It is not what Defendant and its Medi-Share programs say, but what Defendant and its programs do that determines whether or not insurance is involved. Here, Defendant created two healthcare plans, which included deductibles, co-pays, and a preferred provider network, along with information on medical needs that are specifically excluded from the plan. Defendant receives and processes applications. After approval of underwriters, Defendant informs prospective members of acceptance or denial. Defendant calculates monthly “shares,” which include administrative costs and a stop-loss premium. Defendant sends monthly statements to members requesting payment. Monthly payments are collected by Defendant at its processing center. Defendant receives and processes insurance claims sent by medical providers, or in some cases, by the members themselves, who have obtained proper insurance forms. Defendant pays eligible claims out of its central checking account. Defendant has the sole and final responsibility of determining which medical claims are eligible for payment. There was a contract. The risk was shifted from Plaintiff to Defendant. Based on the facts, Medi-Share is insurance as a matter of law».

Di opposto avviso è invece la Suprema Corte dello Iowa²² la quale ha ritenuto che le newsletter inviate dall'*Health Care Sharing Ministry*, citato in giudizio, non possono qualificarsi al pari di contratti di assicurazione e che, comunque, ai fini dell'applicazione delle norme in materia assicurativa manca uno degli elementi essenziali: il passaggio del rischio.

Ugualmente e più di recente, la Suprema Corte del Kentucky²³, pur ravvedendo diverse similitudini tra simili organizzazioni e le compagnie di assicurazione, non ha ritenuto che le prime possano assoggettarsi alle regole delle seconde in quanto non vi è alcun passaggio del rischio che è – e permane – in capo al singolo membro il quale non ha alcuna garanzia che le spese sanitarie dallo stesso sostenute gli verranno rimborsate.

²¹ 899 S.W.2d 435, 1995 disponibile al sito www.lexisnexis.com.

²² *Barberton Rescue Mission v. Insurance Div.*, 586 N.W. 2d 352, 1998.

²³ *Commonwealth v. Reinhold*, 325 S.W.3d 272, 2010.

In alcuni Stati (circa una trentina) sono state poi emanate le c.d. *safe-harbour rules*²⁴ le quali espressamente escludono gli *Health Care Sharing Ministries* dall'applicazione delle norme del settore assicurativo e non richiedono quindi che queste ultime, per poter operare, presentino le medesime caratteristiche delle compagnie di assicurazioni e ottengano l'autorizzazione dai competenti dipartimenti.

Condividendo la teoria della Suprema Corte federale, per cui vi è assicurazione laddove vi è trasferimento di un rischio, si potrebbe sostenere che in virtù della presunta mancanza di certezza circa il rimborso delle spese sanitarie sostenute dai membri degli *Health Care Sharing Ministries* questi ultimi non possono qualificarsi come operatori propri del settore assicurativo. Bisogna comunque tenere presente che la mancata garanzia circa i rimborsi è una caratteristica solo astratta di tali associazioni poiché nei fatti, data la scarsa diffusione dei dati relativi alla loro operatività pratica (i quali spesso vengono veicolati solamente dagli stessi *Health Care Sharing Ministries* o dalla *Alliance of Health Care Sharing Ministries*), in concreto non è possibile accertare la veridicità di una simile asserzione²⁵ e quindi ben potrebbe essere che, nella prassi, i rimborsi concernano tutte le spese sostenute e ritenute indennizzabili dalle associazioni con un effettivo passaggio del rischio di copertura dal singolo membro alla associazione stessa²⁶.

6. *L'inapplicabilità dell'individual mandate*

Di queste organizzazioni si è occupato anche il *Patient Protection Affordable Care Act* il quale esonera espressamente i loro membri dall'obbligo di dotarsi di una copertura sanitaria individuale (cd. clausola *individual mandate*) e, per quan-

²⁴ Si riportano, a titolo esemplificativo due tipologie di clausole.

Virginia Code § 38.2-6301 «*the provisions of this title shall not apply to a health care sharing ministry. A health care sharing ministry that, through its publication to members, solicits funds for the payment of medical expenses of other members, shall not be considered to be engaging in the business of insurance for purposes of this title and shall not be subject to the jurisdiction of the Commission*»; Washington Revised Code § 48.43.009: «*health care sharing ministries are not health carriers as defined in RCW 48.43.005 or insurers as defined in RCW 48.01.050. For purposes of this section, "health care sharing ministry" has the same meaning as in 26 U.S.C. Sec. 5000*».

²⁵ Spesso, inoltre, i singoli soggetti tendono a confondere le due forme di tutela, compagnia di assicurazione e *Health Care Sharing Ministry*. Ad esempio si veda, *Cheatwood v. Christian Bros. Serus.*, U.S. District Court for the District of Arizona, 2017 reperibile al sito www.lexisnexis.com.

²⁶ La tematica può poi essere affrontata secondo una differente prospettiva e cioè in base la quesito se gli *Health Care Sharing Ministries* abbiano la struttura degli assicuratori e possano assimilarsi a questi ultimi. Il dibattito è ancora aperto, B. Boyd, *Health Care Sharing Ministries: Scam or Solution* in *Journal of Law and Health*, 2013, Vol. 26, 219.

to oggi occorrer possa²⁷, li ritiene soggetti non sanzionabili in caso di mancata sottoscrizione di una simile polizza²⁸.

Tale esenzione, è stato osservato²⁹, non ha un'incidenza negativa sugli obblighi e le finalità di copertura e risparmio perseguiti dalla riforma dell'amministrazione Obama (a differenza della esclusione prevista al paragrafo precedente basata sulla *religious conscience*³⁰) ma semmai ha quale effetto quello di introdurre un ulteriore operatore del settore in competizione con le compagnie di assicurazione; operatore a cui è però lasciato un ambito di attività di nicchia dati i requisiti e le caratteristiche richieste a coloro che intendono beneficiare delle coperture offerte dagli *Health Care Sharing Ministries*. Per altri studiosi, invece, proprio la settorialità di simili organizzazioni comporta un significativo ostacolo all'obiettivo di universalità delle cure³¹.

In aggiunta si è discusso sulla effettiva conformità dei requisiti previsti per gli *Health Care Sharing Ministries* ai fini dell'esclusione dei loro membri dall'obbligo di dotarsi di una copertura assicurativa individuale. In particolare, vengono in rilievo le condizioni (III) e (IV) indicate alla *Section 1501(d)(2)(B)* del *Patient Protection Affordable Care Act*. Da un lato, infatti, ci si domanda se il diritto in capo agli *Health Care Sharing Ministries* di escludere i membri dalla partecipazione all'associazione qualora tengano un comportamento contrario ai precetti cristiani ma strettamente connesso alle condizioni cliniche (si richiama l'esempio della donna non sposata che rimane incinta), di fatto, non risulti in contrasto con la previsione per cui gli i membri degli *Health Care Sharing Ministries* debbono «*retain membership even after they develop a medical condition*». Dall'altro si evidenzia che simili organizzazioni accolgono Cristiani di ogni confessione (battisti,

²⁷ Il richiamo è alla modifica operata dalla amministrazione Trump che ha ridotto a zero la sanzione per coloro che non si dotano di una propria copertura sanitaria individuale.

²⁸ *Patient Protection Affordable Care Act, Section 1501(d)(2)(B)*: «*HEALTH CARE SHARING MINISTRY. (i) IN GENERAL. – Such term shall not include any individual for any month if such individual is a member of a health care sharing ministry for the month. (ii) HEALTH CARE SHARING MINISTRY. – The term 'health care sharing ministry' means an organization – (I) which is described in section 501(c)(3) and is exempt from taxation under section 501(a), (II) members of which share a common set of ethical or religious beliefs and share medical expenses among members in accordance with those beliefs and without regard to the State in which a member resides or is employed, (III) members of which retain membership even after they develop a medical condition, (IV) which (or a predecessor of which) has been in existence at all times since December 31, 1999, and medical expenses of its members have been shared continuously and without interruption since at least December 31, 1999, and (V) which conducts an annual audit which is performed by an independent certified public accounting firm in accordance with generally accepted accounting principles and which is made available to the public upon request*».

²⁹ S.T. Grover, *Religious Exemptions to the PPACA's Health Insurance Mandate in American Journal of Law and Medicine*, 2011, 37, 624.

³⁰ Siffatta esclusione è stata inserita per alcuni gruppi religiosi e, in particolare, per gli Hamish i quali rifiutano ogni tipo di sussidio di natura pubblica. Per una analisi sulle origini e le ragioni di una simile esclusione si veda S.T. Grover, cit.

³¹ C. Galarneau, *Health Care Sharing Ministries and Their Exemption From the Individual Mandate of the Affordable Care Act in Journal of Bioethical Inquiry*, 12 febbraio 2015, 269.

cattolici, evangelisti, presbiteriani) la cui fede, seppur basata su dei precetti comuni, diverge in base alle varie professioni e ciò parrebbe contrastante con la condizione per cui i membri degli *Health Care Sharing Ministries* debbono condividere una «*common set of ethical or religious beliefs*».

7. *L'affronto delle class action*

Il tema è ritornato ad essere attuale proprio durante la situazione di emergenza sanitaria causata dal Covid-19.

In tale periodo anche simili organizzazioni si sono attivate per adeguarsi alle nuove esigenze sanitarie. Volendo prendere a riferimento i tre principali *Ministries* si può osservare come l'obiettivo e la strategia di comunicazione sia, in prima battuta, la rassicurazione. Le organizzazioni si dichiarano presenti e pronte a considerare le spese connesse ai test ad al trattamento dell'infezione al pari di ogni altra spesa che può essere soggetta a rimborso in base alle specifiche regole di ciascuna *Health Care Sharing Ministry*³².

Nel mese di aprile 2020, però, lo spirito e le finalità caritatevoli di tali forme aggregative sono state messe nuovamente in discussione mediante il deposito di due azioni di classe, rispettivamente nello stato del Missouri e della California, che seguono i procedimenti di agosto 2019 dello Stato di Washington e di gennaio 2020 in Colorado.

Le class action sono indirizzate nei confronti di *Aliera Healthcare Inc.* ("Aliera") e *Trinity Healthshare*. Aliera è una società che si occupa di erogare i servizi di assistenza sanitaria di *Trinity Healthshare* attraverso i propri canali.

Quest'ultimo è un *Health Care Sharing Ministry* che si basa sulla secolare tradizione cristiana di prendersi cura gli uni degli altri, compresi i bisogni di assi-

³² Sul sito di Samaritan Ministries (www.samaritanministries.org) si legge: «*the bills related to the testing and treatment of COVID-19 can be shared by the ministry with your fellow brothers and sisters in Christ. For example, if you or a loved one on your membership is showing signs of COVID-19, bills for the test, labs, emergency room, hospital, antibiotics, etc., can all be submitted for sharing*».

Il *Christian Care Ministry* (www.mychristiancare.org) conferisce particolare attenzione alle informative nei confronti dei propri membri ed all'aggiornamento delle iniziative assunte a livello statale e governativo per coloro che si trovano in difficoltà. Inoltre è previsto che «*testing and treatment for Coronavirus (COVID-19) are eligible for sharing, like costs for any testing or treatment of a confirmed illness, based on the Medi-Share Guidelines. Members should utilize free telehealth as their first route of care and, if further treatment is recommended, utilize PHCS providers when appropriate*».

Infine, anche i *Christian Healthcare Ministries* (www.chministries.org) includono le spese relative alla malattia infettiva da Covid-19 tra quelle potenzialmente rimborsabili: «*Testing and treatment for coronavirus (COVID-19) is shared under CHM's Guidelines, just as are costs for any testing or treatment for a confirmed illness, with Personal Responsibility amounts that depend upon the member's participation level. As with other medical issues, Personal Responsibility amounts can be reduced based on discounts arranged with providers*».

stenza sanitaria. Possono infatti divenire membri unicamente coloro che rispettano i credo professati dall'organizzazione³³ e che accettano di (i) astenersi da pratiche sessuali al di fuori dal matrimonio; (ii) non abusare di alcool e droghe e (iii) astenersi dal fare uso di tabacco.

Gli aspetti di maggior rilievo che emergono dall'analisi delle istanze presentate³⁴ concernono (a) la ricostruzione fattuale del *modus operandi* di Alieria, (b) le convergenze con i prodotti assicurativi e (c) il danno subito dai sottoscrittori dei piani sanitari di *Trinity Healthshare*.

a) La ricostruzione fattuale del *modus operandi* di Alieria

La difesa di parte attrice opera un excursus sulla storia di Alieria e sulle modalità già adottate in passato di distribuire i prodotti sanitari.

In particolare, Alieria è una società di recente costituzione (2015) ed il suo fondatore, Timothy Moses, da subito ha compreso le potenzialità di guadagno nell'operare congiuntamente ad un *Health Care Sharing Ministry*, considerati i vantaggi fiscali di cui queste godono.

La prescelta, inizialmente, è stata *Anabaptist Healthshare* la quale creò addirittura una "controllata" *Unity Healthshare* al solo scopo di distribuire i piani di assistenza di Alieria.

Nel 2018, *Unity/Anabaptist* si avvidero che il signor Moses aveva sottratto oltre centocinquanta mila dollari senza autorizzazione da parte del consiglio di amministrazione e le relazioni con Alieria vennero pertanto repentinamente interrotte.

Alieria decise quindi di crearsi il proprio *Health Care Sharing Ministry*, *Trinity Healthshare* per l'appunto, il quale però non rientrava nella summezionata eccezione all'*Obamacare* non essendo stato costituito prima del 1999³⁵ e non richiedeva un credo cristiano radicato³⁶.

³³ Sono racchiusi nei seguenti cinque precetti: «1. *We believe that our personal rights and liberties originate from God and are bestowed on us by God.* 2. *We believe every individual has a fundamental religious right to worship God in his or her own way.* 3. *We believe it is our moral and ethical obligation to assist our fellow man when they are in need according to our available resources and opportunity.* 4. *We believe it is our spiritual duty to God and our ethical duty to others to maintain a healthy lifestyle and avoid foods, behaviors or habits that produce sickness or disease to ourselves or others.* 5. *We believe it is our fundamental right of conscience to direct our own healthcare, in consultation with physicians, family or other valued advisers.*».

³⁴ *United States District Court Eastern District of California, Corlyn Duncan and Bruce Duncan, (individually and on behalf of all others similarly situated) v. The Alieria Companies Inc., F/K/A Alieria Healthcare Inc. and Trinity Healthshare Inc.*

George T. Kelly, III (individually and on behalf of all others similarly situated) v. The Alieria Companies Inc., F/K/A Alieria Healthcare Inc. and Trinity Healthshare Inc.

³⁵ Si veda nota n. 23.

³⁶ *United States District Court Eastern District of California, Corlyn Duncan and Bruce Duncan, (individually and on behalf of all others similarly situated) v. The Alieria Companies, Inc., F/K/A Alieria Healthcare Inc. and Trinity Healthshare Inc.*, Par. 42: «*In a training video posted on YouTube on November 1, 2018, an Alieria trainer explains that the "statement of faith" basically is saying that you believe in a higher power. It doesn't necessarily have*

b) Le convergenze con i prodotti assicurativi

Secondo gli attori, l'assonanza con i prodotti assicurativi è desumibile dalla terminologia utilizzata (es. il termine "premio"), dalla previsione di una autorizzazione preventiva per specifici trattamenti, dalla previsione di un massimo di spesa out of pocket, dalla sussistenza di un *network* di *provider*, dalla presenza di esclusioni alle garanzie e da limiti di età.

Inoltre il pagamento del premio non è rimborsabile e sebbene i contributi dei membri dell'*Health Care Sharing Ministry* siano qualificati come erogazioni volontarie, nei fatti coloro che non versano il premio non ottengono alcuna copertura per le proprie spese sanitarie.

Con riferimento al caso *United States District Court Eastern District of California, Corlyn Duncan and Bruce Duncan, (individually and on behalf of all others similarly situated) v. The Alieria Companies, Inc., F/K/A Alieria Healthcare, Inc. and Trinity Healthshare, Inc.* è stato altresì evidenziato che simili prodotti, peraltro, oltre a non poter essere distribuiti in California poiché non autorizzati, non rispondono ai requisiti posti dal codice delle assicurazioni californiano³⁷.

Inoltre, viene evidenziato come le commissioni assicurative di diversi stati (Texas, Washington, Colorado, New Hampshire, Connecticut e Maryland) hanno già emesso un *cease and desist order* nei confronti di Alieria e *Trinity Healthshare* per interrompere ogni attività di tipo assicurativo.

c) Il danno subito dai sottoscrittori dei piani sanitari di Trinity Healthshare

Gli attori sono stati indotti a sottoscrivere un contratto illecito sulla base di informazioni ingannevoli ed i premi da questi versati sono stati destinati all'ingiustificato arricchimento di Alieria anziché al rimborso delle spese sostenute dagli attori stessi.

I procedimenti sono tuttora pendenti per cui non è non è possibile anticipare alcuna conclusione in merito.

to be a Christian God, or a Buddhist God, or a Jewish God. It doesn't matter as long as we all believe that there is a higher power and we're all living our life that the best way that we possibly can. We're maintaining a healthy lifestyle. We're trying to avoid those types of foods, behaviors, habits – things that, you know, cause us illness that are in our control. As long as we're doing those types of things, we're all like-minded individuals. So if you feel that way, and you are a like-minded individual, that's all we're trying to find out. And, if you are, you're gonna say, "Yes," you believe in the five same statement of beliefs that we all do.

³⁷ *United States District Court Eastern District of California, Corlyn Duncan and Bruce Duncan, (individually and on behalf of all others similarly situated) v. The Alieria Companies, Inc., F/K/A Alieria Healthcare, Inc. and Trinity Healthshare Inc., Par. 60: «Defendants' plans are not ACA-compliant because they do not meet the minimum coverage requirements or Essential Health Benefits required under the ACA and Cal. Insurance Code § 10112.27. For example: (a) The plans impose a 24-month waiting period on coverage, or significantly limit benefits for, preexisting conditions, which is illegal under the ACA. See 42 U.S.C. § 300gg-3. (b) The plans exclude coverage for abortion and/or contraception. (c) The plans do not comply with the Mental Health Parity Act, (d) The plans impose lifetime caps».*

Di certo si tratta di una pratica commerciale scorretta che rischia di pregiudicare anche i “reali” *Health Care Sharing Ministries* e di frustrare una forma di assistenza sanitaria alternativa ai più costosi piani assicurativi che, sebbene non possieda una particolare forse attrattiva anche in considerazione dei requisiti religiosi di accesso, è comunque una forma di assistenza che tutela oltre un milione³⁸ di cittadini americani.

Infatti, cosa accadrebbe semmai il *Patient Protection Affordable Care Act* dovesse essere dichiarato anticostituzionale e gli *Health Care Sharing Ministries* venissero chiamati a rispondere alle logiche lucrative del mercato assicurativo, che di fatto rimarrebbe l'unico strumento di tutela nel settore sanitario?

Il mancato riconoscimento delle forme di tutela di provenienza sussidiaria e la ricompressione dei programmi *Medicare* e *Medicaid* comporterebbero un aumento esponenziale dei soggetti che debbono ricercare una copertura sanitaria sul mercato. L'aumento della domanda avrebbe quale conseguenza un sensibile aumento dei premi seppur in cambio di coperture sanitarie di qualità inferiore rispetto a quelle attuali.

È stato infatti osservato³⁹, che una deregolamentazione del mercato e quindi delle tariffe applicabili, se da un lato consentirebbe agli assicuratori di determinare discrezionalmente il valore dei premi in termini più appropriati rispetto ai ricavi da conseguirsi, dall'altro lato condurrebbe ad un aumento dei prezzi che, nel lungo periodo, causerebbe l'uscita dal mercato da parte di numerosi assicurati con un evidente impatto negativo in termini di welfare.

E ciò a maggior ragione se si considera che tali assicurati non hanno a disposizione forme di tutela alternative a quella assicurativa, ancor di più nel caso in cui gli *Health Care Sharing Ministries* siano soggetti alla disciplina assicurativa; diversamente da quanto invece accade nel modello italiano ove vi sono le coperture sanitarie del secondo pilastro (come *infra* analizzate).

Una simile prospettiva ha peraltro indotto alcuni Stati a far leva sulla loro competenza normativa ed a valutare la possibilità di introdurre un *state-based mandate*⁴⁰ a dimostrazione della bontà della riforma introdotta dalla amministrazione Obama e di una sua possibile “ultrattività” statale anche nel caso di una declaratoria di incostituzionalità da parte della Corte Suprema.

³⁸ S. Hussussian, *The Health-Sharing Duck* in *The Regulatory Review*, 26 febbraio 2020.

³⁹ A. Borselli, *Insurance Rates Regulation in Comparison with Open Competition*, in *Connecticut Insurance Law Journal*, 2011, 18, 19.

⁴⁰ Tra di essi vi è il Massachusetts ove si era già sperimentato uno *state based mandate* prima dell'emanazione dell'*Obamacare*. Per i dettagli del programma si veda il sito www.mass.gov. Per un'analisi sulla evoluzione della legislazione sanitaria in Massachusetts si veda B. Anthony, C. Segel, H. Toher, *Beyond Obamacare: Lessons from Massachusetts*, in *Journal of Health & Biomedical Law*, 2018, 14, 285.

8. *Un parallelismo italiano*

Se si osserva il Sistema Sanitario italiano, si nota come l'approccio fortemente universalistico che lo ha caratterizzato quantomeno nel primo decennio ha lasciato poco spazio a forme complementari di assistenza e ciò nonostante già l'articolo 46 della l. n. 833/1987⁴¹ riconoscesse la libertà della mutualità volontaria.

La svolta, in Italia, intervenne negli anni Novanta allorché il legislatore positivizzò la possibilità, per i privati, di erogare forme di copertura sanitaria senza una caratterizzazione delle stesse in chiave di rigida integratività del SSN. Il d.lgs. n. 502/1992, infatti, consentì lo sviluppo di forme di assistenza differenziata che in qualche modo prefiguravano la possibilità di arrivare all'*opting-out* del SSN⁴².

La portata innovativa del d.lgs. n. 502/1992 venne poi enfatizzata con l'approvazione del d.lgs. n. 229/1999 (cd. riforma Bindi) che ha modificato il sistema delle coperture volontarie mediante la previsione della possibilità di istituire i cd. fondi DOC aventi la finalità di integrazione con il SSN. In particolare, il criterio principale a cui si ispira l'art. 9 della riforma Bindi è quello per cui i Fondi integrativi del servizio sanitario nazionale non possono erogare prestazioni elencate nei LEA⁴³. Tale scelta di fondo del legislatore, ispirata ad una sorta di principio di sacralità del SSN – che oggi appare difficilmente sostenibile e sicuramente inefficiente – si era poi tradotta anche in una scelta di tipo fiscale laddove, infatti, la stessa riforma Bindi aveva modificato l'art. 10⁴⁴ del d.p.r. n. 917/1986 (Testo Unico delle Imposte sui Redditi – TUIR) affermando la deducibilità dei contributi versati ai Fondi integrativi e così come era già accaduto con l'art. 51⁴⁵ del TUIR medesimo.

⁴¹ Articolo 46: «Mutualità volontaria. La mutualità volontaria è libera. È vietato agli enti, imprese ed aziende pubbliche contribuire sotto qualsiasi forma al finanziamento di associazioni mutualistiche liberamente costituite aventi finalità di erogare prestazioni integrative dell'assistenza sanitaria prestata dal servizio sanitario nazionale».

⁴² M. Lippi Bruni, S. Rago, C. Ugolini, *Il ruolo delle mutue sanitarie integrative*, Bologna, 2012, 121.

⁴³ Secondo la norma tali fondi sono «finalizzati a potenziare l'erogazione dei trattamenti e prestazioni non comprese nei livelli uniformi ed essenziali di assistenza».

⁴⁴ Articolo 10, Oneri Deducibili: «1. Dal reddito complessivo si deducono, se non sono deducibili nella determinazione dei singoli redditi che concorrono a formarlo, i seguenti oneri sostenuti dal contribuente: [...] e-ter) i contributi versati, fino ad un massimo di euro 3.615,20, ai fondi integrativi del Servizio sanitario nazionale istituiti o adeguati ai sensi dell'articolo 9 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, e successive modificazioni, che erogano prestazioni negli ambiti di intervento stabiliti con decreto del Ministro della salute da emanare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione. Ai fini del calcolo del predetto limite si tiene conto anche dei contributi di assistenza sanitaria versati ai sensi dell'articolo 51, comma 2, lettera a). Per i contributi versati nell'interesse delle persone indicate nell'articolo 12, che si trovino nelle condizioni ivi previste, la deduzione spetta per l'ammontare non dedotto dalle persone stesse, fermo restando l'importo complessivamente stabilito [...]».

⁴⁵ Articolo 51 Determinazione del reddito di lavoro dipendente: «1. Il reddito di lavoro dipendente è costituito da tutte le somme e i valori in genere, a qualunque titolo percepiti nel periodo d'imposta, anche sotto forma di erogazioni liberali, in relazione al rapporto di lavoro. Si considerano percepiti nel periodo d'imposta anche le somme e i valori in genere, corrisposti dai datori di lavoro entro il giorno 12 del mese di gennaio

Una delle ulteriori principali caratteristiche della riforma Bindi è quella per cui viene riconosciuta la possibilità a soggetti pubblici e privati di istituire fondi sanitari⁴⁶ purché però gli stessi non adottino politiche di selezione dei rischi.

A partire dagli anni Duemila, vi sono poi stati numerosi interventi legislativi⁴⁷ che hanno ulteriormente definito il contesto istituzionale in cui si colloca la previdenza sanitaria affiancati dalla progressiva trasformazione in senso federale dello Stato con il processo di “regionalizzazione” e la definizione dei LEA.

Le ulteriori norme che vengono in rilievo in materia sono, dapprima, il d.m. 31 marzo 2008 (c.d. Decreto Turco) con cui si è data attuazione alle regole introdotte dalla Legge Finanziaria 2008 e che ha definito gli ambiti⁴⁸ di intervento delle prestazioni sanitarie e socio-sanitarie erogate dai Fondi Sanitari Integrativi ed ha istituito l'Anagrafe dei Fondi Sanitari⁴⁹. Inoltre, il Decreto ha introdotto l'indicazione di destinare una quota delle risorse economiche impiegate dai fondi al finanziamento di prestazioni odontoiatriche e di assistenza sociosanitaria per persone non autosufficienti o temporaneamente inabilite da malattia o infortunio.

Altra normativa rilevante è il d.m. 27 ottobre 2009 (c.d. Decreto Sacconi) che prosegue il tentativo di regolamentazione avviato dal Decreto Turco por-

del periodo d'imposta successivo a quello cui si riferiscono. 2. Non concorrono a formare il reddito: a) i contributi previdenziali e assistenziali versati dal datore di lavoro o dal lavoratore in ottemperanza a disposizioni di Legge; i contributi di assistenza sanitaria versati dal datore di lavoro o dal lavoratore ad enti o casse aventi esclusivamente fine assistenziale in conformità a disposizioni di contratto o di accordo o di regolamento aziendale, che operino negli ambiti di intervento stabiliti con il decreto del Ministro della salute di cui all'articolo 10, comma 1, lettera eter), per un importo non superiore complessivamente ad euro 3.615,20. Ai fini del calcolo del predetto limite si tiene conto anche dei contributi di assistenza sanitaria versati ai sensi dell'articolo 10, comma 1, lettera eter) [...]».

⁴⁶ Articolo 9 comma 3: «Tutti i soggetti pubblici e privati che istituiscono fondi integrativi del Servizio sanitario nazionale sono tenuti ad adottare politiche di non selezione dei rischi. Le fonti istitutive dei fondi integrativi del Servizio sanitario nazionale sono le seguenti: a) contratti e accordi collettivi, anche aziendali; b) accordi tra lavoratori autonomi o fra liberi professionisti, promossi dai loro sindacati o da associazioni di rilievo almeno provinciale; c) regolamenti di regioni, enti territoriali ed enti locali; d) deliberazioni assunte, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, da organizzazioni non lucrative di cui all'articolo 1, comma 18 operanti nei settori dell'assistenza socio-sanitaria o dell'assistenza sanitaria; e) deliberazioni assunte, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, da società di mutuo soccorso riconosciute; f) atti assunti da altri soggetti pubblici e privati, a condizione che contengano l'esplicita assunzione dell'obbligo di non adottare strategie e comportamenti di selezione dei rischi o di discriminazione nei confronti di particolari gruppi di soggetti».

⁴⁷ Si cita il decreto attuativo n. 41/2000 che ha modificato il TUIR, la l. n. 328/2000 che ha esteso l'ambito di operatività dei fondi sanitari integrativi del SSN alle spese sostenute dall'assistito per le prestazioni sociali erogati nell'ambito dei programmi assistenziali intensivi e prolungati finalizzati a garantire la permanenza a domicilio, ovvero in strutture residenziali o semiresidenziali, delle persone anziane e disabili.

⁴⁸ Essi sono: prestazioni socio-sanitarie di cui all'art. 3-septies del d.lgs 502/1992, prestazioni socio-sanitarie di cui all'art. 26 della l. 328/2000 e prestazioni di assistenza odontoiatrica non ricomprese nei livelli essenziali di assistenza per la prevenzione, cura e riabilitazione di patologie odontoiatriche.

⁴⁹ L'Anagrafe dei Fondi è istituita presso il Ministero del Lavoro, della salute e delle politiche sociali con il compito di: a) censire i soggetti operanti come organismi di sanità integrativa, in modo di valutare tutti i possibili elementi di connessione tra l'azione della sanità integrativa ed il Servizio sanitario nazionale; b) verificare il rispetto della soglia delle risorse vincolate per prestazioni ai soggetti non autosufficienti e cure odontoiatriche da parte di Enti, Casse e Società di mutuo soccorso.

tando alla luce la struttura multi-pilastro della sanità italiana e dell'universalismo selettivo del sistema sociale, peraltro già delineato nel Libro Verde sul futuro del modello sociale pubblicato nel 2008 dal Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali⁵⁰.

In tale visione, il primo pilastro universalistico, gestito direttamente dalle istituzioni pubbliche, è affiancato da un secondo pilastro con natura solidaristica e favorito dal sistema fiscale. A questi due pilastri se ne può poi aggiungere un terzo lasciato alla responsabilità individuale e alle dinamiche di mercato. Sul punto, si riporta quanto indicato nel Libro Bianco «La crescita di un nuovo secondo pilastro con nuove forme integrative di assistenza sanitaria e socio-sanitaria, rivisitando anche lo strumento delle società di mutuo soccorso, è rilevante al fine di valorizzare nuove forme di produzione dei servizi che fanno tradizionalmente parte dell'offerta dello Stato sociale»⁵¹.

La tripartizione⁵² è dunque la seguente:

- il primo pilastro costituito dai servizi garantiti dal SSN ai cittadini con finanziamento basato sulla fiscalità generale;
- il secondo pilastro, ad adesione facoltativa, costituito dai fondi integrativi ed enti no profit⁵³ che godono di benefici sotto il profilo fiscale finalizzato a coprire tutti i cittadini;
- il terzo pilastro privato e volontario basato su polizze assicurative individuali non favorite fiscalmente.

Nonostante la precisa ripartizione, anche nel nostro ordinamento non è però inusuale che gli enti del terzo pilastro della sanità (le compagnie di assicurazione) si avvalgano degli enti collocati nel secondo pilastro (specialmente, casse di assistenza sanitaria⁵⁴) al fine di godere dei vantaggi fiscali e creando una commistione tra i differenti pilastri.

⁵⁰ S. Maggi, C. De Pietro, *Le prospettive del mutuo soccorso nel sistema sanitario italiano*, Bologna, 2015, 158.

⁵¹ Libro Bianco sul futuro del modello sociale, Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali, 2009, 65, reperibile al sito www.lavoro.gov.it.

⁵² M. Cavazza, C. De Pietro, *Sviluppo e prospettive dei fondi integrativi del Servizio Sanitario Nazionale*, in E. Cantù, *L'aziendalizzazione della sanità in Italia. Rapporto OASI 2011*, Egea, 2011, 174.

⁵³ Casse di assistenza sanitaria regolamentate dall'art.1 del d.m. 31 marzo 2008 e Società di Mutuo Soccorso istituite ai sensi della l. 3818/1886.

⁵⁴ Le casse di assistenza sanitaria hanno finalità prettamente assistenziale e possono erogare tutte le prestazioni socio-sanitarie previste dai propri statuti e regolamenti (anche nei settori di operatività del SSN) partecipando alla spesa sostenuta dai propri iscritti per fruire di prestazioni erogate dal SSN ovvero eseguite in regime di libera professione intramuraria.

Le casse di assistenza sanitaria sono un ente fondamentale del secondo pilastro, la cui appartenenza è confermata anche da parte delle singole casse operanti sul territorio nazionale A tal riguardo, si cita il rapporto di sostenibilità 2017 di Qu.A.S. – Cassa Assistenza Sanitaria Quadri (istituita nel 1989 per i lavoratori dipendenti con la qualifica di quadro) ove si riporta il seguente passaggio: «Qu.A.S. appartiene al “secondo pilastro”, cioè alla sanità collettiva integrativa, che, applicando gli stessi principi di solidarietà e universalismo che ispirano la gestione della sanità pubblica, è finalizzato a garantire la possibilità di fruizione di quei servizi che, in

9. Conclusioni

La comune prassi, italiana e americana, delle compagnie di assicurazione di servirsi di entri privi di scopo di lucro per distribuire prodotti aventi natura di fatto assicurativa ma godendo dei benefici fiscali destinati solo a questi ultimi comporta il concreto rischio di confondere i piani di intervento nel settore sanitario e, specialmente con riferimento al sistema italiano, gli specifici ruoli radicati dal legislatore (i tre pilastri) con un potenziale danno del soggetto da tutelare.

Nessuno scontro, nemmeno sul piano giudiziale, è per ora intervenuto in materia in Italia per quanto vari esponenti del secondo pilastro⁵⁵ risultano da tempo impegnati a rivendicare il proprio ruolo e l'assenza di alcuna commistione con le norme, il *modus operandi*, le caratteristiche societarie e le strutture aziendali del settore assicurativo.

Ad ogni modo, ciò che emerge dal confronto tra i due modelli (italiano e americano), è che le premesse culturali alla base di ciascun sistema hanno un ampio riflesso sulla struttura organizzativa interna dello stesso e sulla presenza, più o meno marcata, di determinati operatori nonché sulla loro cooperazione.

Se, da un lato, l'influenza politica nel settore sanitario tipica del territorio americano non ha agevolato lo sviluppo di forme di tutela universali o comunque sussidiarie lasciando prevalere le logiche di mercato con il conseguente predominio delle assicurazioni; dall'altro lato, la storia italiana, in cui sono fortemente radicati i principi di solidarietà e sussidiarietà, ha condotto il legislatore ad essere maggiormente "consapevole". Egli, sin dall'Ottocento, ha chiaramente percepito che gli enti espressione di simili principi (tra cui le Casse di Assistenza Sanitaria) sono in grado di fornire una rete di protezione al cittadino alternativa agli schemi assicurativi, di più facile reperibilità e modellabile in base alle esigenze essendo svincolata da obbiettivi di guadagno, motivo per cui la loro presenza nel settore sanitario è irrinunciabile in termini di universalità di copertura.

L'attività degli enti propri del secondo pilastro è animata da precisi ideali e valori così riassunti⁵⁶:

- un valore culturale dettato dalla diffusione dei principi mutualistici e di solidarietà;
- un valore sociale⁵⁷ ed il positivo apporto al sistema di welfare;

tutto o in parte, non rientrano nei LEA (livelli essenziali di assistenza) del Sistema Sanitario Nazionale. Si tratta di forme mutualistiche no-profit che, a differenza delle polizze assicurative (che ricadono nel terzo pilastro), non prevedono né criteri di "selezione all'entrata", né differenziazione del contributo in ragione dell'età o di altre caratteristiche del beneficiario, né concorrenza con le prestazioni a carico del Sistema Sanitario Nazionale».

⁵⁵ Il riferimento è alle Società di Mutuo Soccorso.

⁵⁶ M. Lippi Bruni, S. Rago, C. Ugolini, *Il ruolo delle mutue sanitarie integrative*, Bologna, 2012, 194.

⁵⁷ Un esempio è fornito dalla Società Generale di Mutuo Soccorso Basis Assistance la quale è uno degli enti fondatori della Fondazione Health Italia Onlus, ente *no profit* che si pone come obiettivi la promozione di

- un valore economico quale modello di gestione che coniuga criteri di performance economica con l'integrazione sociale⁵⁸;
- un valore istituzionale inteso nel senso di riconoscersi quali collettori di domande in grado di orientare la propria base sociale verso comportamenti più responsabili in ottica di un generale miglioramento della salute (ad esempio mediante la prevenzione circa l'insorgenza o lo sviluppo di patologie).

Valori che rendono il modello della sanità integrativa maggiormente resistente alla perdurante situazione di crisi in ambito sanitario, oggi acuitasi a seguito della diffusione del Coronavirus, a vantaggio dell'intero sistema e la cui assenza, sia sotto il profilo dei principi che degli enti che ne sono espressione, come accade nel sistema americano, determina una significativa carenza di tutela e la presenza di ampie fasce di popolazione scoperte dal punto di vista sanitario che si ritrovano dunque nella impossibilità di reagire agli eventi critici, siano essi di minor rilievo o conseguenza di una pandemia globale.

iniziative di assistenza sanitaria nonché la diffusione della cultura mutualistica di aiuto comunitario.

⁵⁸ In merito si ricordano alcune delle principali caratteristiche delle società di mutuo soccorso: la partecipazione attiva alla vita della società, la suddivisione uniforme del rischio tra tutti i soci, l'assenza di selezione dei rischi e quindi l'uguaglianza dei soci a prescindere dalle loro condizioni cliniche, la continuità del rapporto associativo, la maggiore sostenibilità economica mediante l'allargamento della base sociale.

Il sistema sanitario americano al test del Covid 19: la reazione degli Health Care Sharing Ministries

Nel presente articolo, preso atto della attuale crisi sanitaria globale causata dall'emergenza epidemiologica Covid-19 si approfondiscono le criticità del sistema sanitario americano da cui emerge un quadro di insufficiente intervento assistenziale statale e lo sviluppo di forme di assistenza sanitaria alternative e proprie di un tale sistema, gli *Health Care Sharing Ministries*. L'attività degli *Health Care Sharing Ministries* è attualmente al centro di un acceso dibattito che coinvolge soprattutto gli organi giurisdizionali e che si fonda sulla presunta afferenza di simili forme societarie e dei piani sanitari da queste proposti al settore assicurativo. In conclusione, si osserva come la questione sia già nota nell'ordinamento italiano seppur non ancora sottoposta alla diffusa attenzione delle Corti.

The American healthcare system and the Covid 19 test: the reaction of the Healthcare Sharing Ministries

In the light of the current global health crisis caused by the epidemiological Covid-19 emergency, the critical issues of the American healthcare system are deepening, showing a framework of insufficient state assistance and the development of alternative forms of healthcare specific only to such a system: Healthcare Sharing Ministries. The activity of these ministries is currently subject to a debate which mainly involves the courts, and which is based on the assumed connection between such company types, the healthcare plans proposed and the insurance sector. In conclusion, it is noted that the issue is already known in the Italian legal system although it has not yet been submitted to the widespread attention of the courts.

La nozione e la disciplina (pubblicistica) dei “rifiuti”: beni da valorizzare?

Marco Di Lullo

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La normativa sui rifiuti e la sua evoluzione. – 3. La disciplina vigente in materia di rifiuti. – 3.1. La definizione di «rifiuto». – 3.2. La nozione di sottoprodotto come “non rifiuto”. – 3.3. La cessazione della qualifica di rifiuto (c.d. *end of waste*) nella prospettiva della c.d. economia circolare. Le questioni aperte. – 4. La qualificazione giuridica del rifiuto. – 5. Il regime pubblicistico dei rifiuti. – 5.1. La disciplina della gestione. – 5.2. La gestione dei rifiuti urbani... – 5.3. ... e dei rifiuti speciali. – 6. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

La normativa sui rifiuti – divenuta progressivamente sempre più articolata – costituisce la risposta del Legislatore ai problemi relativi al continuo incremento del quantitativo e alla composizione degli stessi, che si è negli anni modificata in considerazione della rapida evoluzione dei cicli produttivi e della qualità e quantità delle merci in circolazione.

L'impiego e l'accumulo crescente di nuovi materiali ha infatti rappresentato (e continua a rappresentare) un'evidente minaccia per l'ambiente e la salute umana che non poteva essere trascurata.

Il Legislatore, dunque, ha compreso che, per far fronte in maniera adeguata al “problema rifiuti”, non è sufficiente disciplinare le operazioni di gestione, ma è viceversa necessario prevenire la produzione degli stessi e in ogni caso ridurre drasticamente il quantitativo da smaltire (in discarica), mutando quindi la prospettiva nella quale i rifiuti vengono usualmente inquadrati.

Si è, pertanto, passati da un'ottica in cui i rifiuti erano considerati un semplice scarto da smaltire ad una visione in cui gli stessi possono divenire anche una risorsa da reinserire nel ciclo produttivo, al fine di creare nuovi prodotti o, in alternativa, energia.

Nella prospettiva di attuare una “economia circolare”, i rifiuti, conseguentemente, possono assumere i connotati di vere e proprie risorse suscettibili di valutazione economica.

Il presente lavoro intende verificare se, sulla base dell’evoluzione della disciplina giuridica di settore e in particolare della normativa vigente, i rifiuti possano essere qualificati come “beni” in senso giuridico e quale sia il regime giuridico al quale sono sottoposti.

Il punto di partenza di tale analisi è la definizione di “rifiuto”: distinguendo ciò che è rifiuto da ciò che non lo è, si determina infatti l’ambito di applicazione della relativa disciplina.

A tale proposito, acquista anche rilievo il concetto di “sottoprodotto”, la cui nozione integra quella di rifiuto e la disciplina sulla c.d. «*end of waste*» che definisce le condizioni perché un rifiuto possa cessare di essere tale e divenire un bene sottoposto al regime ordinario relativo ai beni mobili.

Una volta dimostrato che il rifiuto può essere considerato un bene, si analizzerà la disciplina sulla gestione dei rifiuti – nell’ambito della quale assume rilievo preminente la distinzione tra rifiuti urbani e speciali – per verificare quale sia il regime giuridico a cui sono sottoposti tali beni, che è fortemente derogatore di quello generale sui beni mobili ed è connotato da un ampio coinvolgimento di soggetti pubblici al fine di garantire un’adeguata tutela di valori di rango costituzionale quali la salute e l’ambiente.

2. *La normativa sui rifiuti e la sua evoluzione*

In Italia si è iniziato a parlare di inquinamento derivante dai rifiuti nel regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265 (recante «Approvazione del Testo Unico sulle leggi sanitarie»), ma si trattava di un insieme di disposizioni che si limitavano sostanzialmente ad attribuire agli organi amministrativi il compito di dettare prescrizioni volte a garantire che, all’interno dell’aggregato urbano, lo smaltimento dei rifiuti avvenisse in modo da non inquinare il sottosuolo ovvero per prevenire il verificarsi di danni derivanti dai rifiuti industriali.

Nel 1941, con la Legge n. 366 (avente ad oggetto «Raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti solidi urbani») il Legislatore andò ad occuparsi dei rifiuti urbani e, in particolare, delle attività di raccolta, trasporto e smaltimento degli stessi. La disciplina tuttavia circoscriveva il proprio ambito di applicazione ai soli rifiuti urbani e non considerava le esigenze di protezione della salute e dell’ambiente¹.

¹ Per una ricostruzione dell’evoluzione storica della normativa in materia di rifiuti, cfr. B. Caravita, *Diritto dell’ambiente*, Torino, 2005; G. Bottino, R. Federici, *Rifiuti*, in M.P. Chiti, G. Greco (a cura di), *Trat-*

L'introduzione di una legislazione organica in materia di rifiuti è frutto del Legislatore comunitario e del conseguente obbligo di recepimento a livello nazionale.

Infatti, il primo testo normativo dedicato in via esclusiva ai rifiuti è rappresentato dal D.P.R. n. 915 del 10 settembre 1982 – avente ad oggetto «Attuazione delle direttive (CEE) n. 75/442 relativa ai rifiuti, n. 76/403 relativa allo smaltimento dei policlorodifenili e dei policlorotrifenili e n. 78/319 relativa ai rifiuti tossici e nocivi» – che si poneva quale obiettivo specifico, non soltanto quello di evitare «ogni danno o pericolo per la salute, l'incolumità, il benessere e la sicurezza della collettività e dei singoli» ma, in maniera innovativa, anche quello di «salvaguardare la fauna e la flora» e di evitare «ogni degradamento dell'ambiente e del paesaggio»².

La definizione di rifiuto era dettata dall'art. 2, secondo cui «per rifiuto si intende qualsiasi sostanza od oggetto derivante da attività umane o da cicli naturali, abbandonato o destinato all'abbandono»³. Tale definizione, invero, non era in linea con quella dettata, a livello comunitario, dall'art. 1, lett. a), della Direttiva n. 75/442, secondo la quale doveva considerarsi rifiuto «qualsiasi sostanza od oggetto di cui il detentore si disfi o abbia l'obbligo di disfarsi secondo le disposizioni nazionali vigenti».

Nella disciplina nazionale assumeva quindi rilievo centrale il concetto di «abbandono» che, a prima vista, sembra evocare le c.d. *res derelictae* di cui all'art. 923 c.c. e, tuttavia, secondo quella medesima disciplina, l'abbandono dei rifiuti doveva considerarsi vietato, quantomeno in aree pubbliche o in aree private soggette ad uso pubblico⁴.

tato diritto amministrativo europeo, tomo III, Milano, 2007, 1679 ss.; P. dell'Anno, *Rifiuti*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006; A. Montagna, *Rifiuti (gestione dei)*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 2003.

² In particolare, l'art. 1 del citato D.P.R. dettava i principi e le finalità da perseguire, così individuate: «lo smaltimento dei rifiuti [...] costituisce attività di pubblico interesse sottoposta alle disposizioni del presente decreto e all'osservanza dei seguenti principi generali: – deve essere evitato ogni danno o pericolo per la salute, l'incolumità, il benessere e la sicurezza della collettività e dei singoli; – deve essere garantito il rispetto delle esigenze igienico-sanitarie ed evitato ogni rischio di inquinamento dell'aria, dell'acqua, del suolo e del sottosuolo, nonché ogni inconveniente derivante da rumori ed odori; – devono essere salvaguardate la fauna e la flora e deve essere evitato ogni degradamento dell'ambiente e del paesaggio; – devono essere rispettate le esigenze di pianificazione economica e territoriale; – devono essere promossi, con l'osservanza di criteri di economicità ed efficienza, sistemi tendenti a riciclare, riutilizzare i rifiuti o recuperare da essi materiali ed energia. Devono essere favoriti sistemi tendenti a limitare la produzione dei rifiuti».

³ Sulla nozione di rifiuto recata dal D.P.R. n. 915/1982 cfr. B. Leoci, *La gestione dei rifiuti*, Napoli, 1994, 15 ss.

⁴ Al riguardo, l'art. 9, D.P.R. n. 915/1982, rubricato «Divieto di abbandono dei rifiuti», dispone che «è vietato l'abbandono, lo scarico o il deposito incontrollato dei rifiuti in aree pubbliche e private soggette ad uso pubblico. In caso di inadempienza il sindaco, allorché sussistano motivi sanitari, igienici od ambientali, dispone con ordinanza, previa fissazione di un termine per provvedere, lo sgombrò di dette aree in danno dei soggetti obbligati. Ferme restando le disposizioni contenute nella Legge 10 maggio 1976, n. 319, e successive modificazioni, è fatto divieto di scaricare rifiuti di qualsiasi genere nelle acque pubbliche e private».

L'introduzione di una specifica definizione di rifiuto – finalizzata ad individuare l'ambito di applicazione della relativa disciplina – pose alcune problematiche di tipo interpretativo ed applicativo.

Una prima questione attenne alla corretta individuazione del concetto di rifiuto e, a livello giurisprudenziale, comportò l'insorgenza di contrasti concernenti l'esatta portata definitoria della suddetta disposizione⁵.

Una seconda tematica, invece, riguardò la possibilità di riutilizzare i rifiuti e di individuare la disciplina applicabile in tali ipotesi. La giurisprudenza assunse un orientamento piuttosto restrittivo – nella prospettiva di garantire la tutela della salute e dell'ambiente – ritenendo che la possibilità di riutilizzazione economica non fosse incompatibile con la nozione di rifiuto⁶.

La questione più rilevante atteneva dunque – e attiene tuttora – ai residui industriali derivanti da processi produttivi, che possono essere utilizzati nuovamente nel ciclo produttivo: in tal caso infatti si poneva il problema di capire se o a quali condizioni tali materiali dovessero essere assoggettati alla disciplina “speciale” dei rifiuti o a quella codicistica concernente i beni mobili.

In tale contesto, il Legislatore decise quindi di “affiancare” alla disciplina di cui al D.P.R. n. 915/1982 anche una specifica normativa in materia di “smaltimento di rifiuti industriali” (Legge 9 novembre 1988, n. 475, recante «Disposizioni urgenti in materia di smaltimento di rifiuti industriali») che ha introdotto nell'ordinamento la categoria delle “materie prime secondarie”, definite dall'art. 2 come i residui derivanti dai processi produttivi suscettibili – eventualmente previo idoneo trattamento – di essere utilizzati come materie prime in altri processi produttivi della stessa o di altra natura⁷.

⁵ In relazione alla definizione di rifiuto di cui al D.P.R. n. 915/1982, si sono contrapposti due filoni interpretativi. Secondo un primo orientamento – di tipo “oggettivo” – il concetto di abbandono doveva essere rapportato all'assenza di utilità per il proprietario o per il detentore dell'oggetto, il quale pertanto «vuole disfar-sene»: la nozione di rifiuto, dunque, avrebbe dovuto essere ricollegata all'utilità che un bene, nello specifico stato in cui si trova, può dare a chi lo detiene (cfr. Cass. pen., sez. III, 18 marzo 1988, Boggio, che precisa che per individuare ciò che può definirsi rifiuto occorre fare riferimento «ad una caratteristica della cosa, in senso oggettivo, cioè l'assenza di utilità per lo stesso proprietario»). Secondo altra tesi – di stampo “soggettivo” – avrebbe dovuto assumere rilievo decisivo la volontà del soggetto detentore. In particolare, deve ritenersi abbandonato o destinato all'abbandono il materiale definitivamente scartato e destinato alla distruzione dal detentore dello stesso. In altri termini, se la destinazione impressa dal proprietario del bene manifesta una «volontà di abbandono», intesa come destinazione del materiale alla distruzione o all'eliminazione, si è in presenza di un rifiuto: non si ha quindi rifiuto quando il proprietario della cosa cede la stessa con un vantaggio (economico) proprio o altrui (cfr. Cass. pen., sez. III, 11 dicembre 1992, Gannuscio, e Cass. pen., sez. III, 21 febbraio 1994, n. 4431).

⁶ In particolare, con riferimento ai residui di produzione, veniva affermato che la riutilizzazione di un determinato bene da parte del produttore non dava luogo alla produzione di rifiuto, mentre il rifiuto era già sorto quando il materiale veniva destinato da un terzo all'effettuazione di operazioni di recupero o riutilizzo (cfr., *ex multis*, Cass. pen., 14 aprile 1987, Perino).

⁷ Per un inquadramento generale sul tema delle materie prime secondarie cfr. B. Albertazzi, *Riciclaggio, materie prime secondarie e nozione di rifiuto*, in *Ambiente & sviluppo*, Milano, 9, 2003, 855 ss., e S. Maglia,

In attuazione della suddetta legge, con D.M. 26 giugno 1990, veniva dettata la disciplina concernente l'individuazione delle materie prime secondarie – sottratte, in linea teorica, a quella sui rifiuti – e la determinazione delle norme tecniche relative alle attività (di stoccaggio, trasporto, trattamento e riutilizzo) concernenti le medesime materie.

A seguito dell'intervento della Corte costituzionale – che annullò gran parte del decreto ministeriale, ritenendo che spettava alle Regioni, e non allo Stato, «adottare le disposizioni di cui agli artt. 4, primo comma, 6, primo comma, ... 7, 8, 9, 10, 11, 12 e 13 del citato decreto ministeriale»⁸ – si determinò un vuoto relativo alla disciplina applicabile alle “materie prime secondarie”.

Al riguardo, la Suprema Corte, recependo anche l'orientamento maturato in seno alla Corte di Giustizia – che aveva ritenuto che il concetto di rifiuto poteva ricomprendere anche le sostanze e gli oggetti suscettibili, in astratto, di riutilizzazione economica⁹ – affermò che «le materie prime secondarie non costituiscono una categoria autonoma ed alternativa rispetto ai rifiuti, ... proprio perché ... sono sostanze di cui il detentore si disfa o ha intenzione di disfarsi, le stesse costituiscono una specie, sia pure particolare, di rifiuti e sottostanno alla disciplina stabilita dal D.P.R. n. 915 del 1982, almeno fino a quando non è stata emanata dallo Stato e dalle Regioni la normativa di dettaglio»¹⁰.

*Nozione di rifiuto, materie prime secondarie e sottoprodotti: ancora norma poco chiare e poco «europee», in *Ambiente & sviluppo*, 2006, 8, 715 ss.*

⁸ Corte cost., 30 ottobre 1990, n. 512. Le surrichiamate disposizioni regolamentari – da un lato – introducevano alcuni adempimenti per gli operatori che intendessero operare nel settore delle materie prime secondarie, volti a garantire le verifiche e i controlli necessari per assicurare che lo svolgimento delle attività di trattamento e di commercio di tali materie garantisse un adeguato livello di tutela ambientale e – dall'altra parte – estendevano alle “materie prime secondarie” alcune norme di carattere legislativo previste per i rifiuti o per le materie prime. La Corte, con la citata sentenza, ritenne che le disposizioni normative in precedenza richiamate non potessero essere adottate tramite una normativa di carattere nazionale e di livello non legislativo – e, cioè, con decreto ministeriale – atteso che tale atto era privo di idonea copertura legislativa e comportava una indebita compressione delle competenze riservate dalla Costituzione alle Regioni.

⁹ Cfr. Corte di giustizia, 28 marzo 1990, cause C-206/88 e 207/88, e Corte di giustizia, 28 marzo 1990, causa C-359/88, di cui si riporta la relativa massima: «La definizione di rifiuto quale risulta dall'art. 1, direttive n. 75/442 e n. 78/319 Cee non è in contrasto con quella risultante dall'art. 2, comma, 1 D.P.R. n. 915/82, tenendo conto del fatto che il termine rifiuto, quale previsto dalla normativa comunitaria, comprende qualsiasi sostanza od oggetto di cui il detentore si disfi, in qualsiasi maniera detta operazione sia compiuta e quale che sia l'intenzione che presiede ad un'operazione del genere».

¹⁰ Cfr. Cass., sez. un., 27 marzo 1992, Viezzoli. Al riguardo si rileva che le Sezioni Unite andarono a comporre alcuni contrasti che si erano verificati in seno alla medesima Corte. Infatti, una parte della giurisprudenza riteneva che, pur in assenza degli interventi previsti dall'art. 4, comma 2, della Legge n. 475/1988, le materie prime secondarie non potessero ritenersi dei rifiuti, restando quindi escluse dalla relativa disciplina (Cass. pen., sez. III, 3 ottobre 1990, Panni; 30 settembre 1991, Rossi; 3 febbraio 1992, Del Gaizo); altra parte affermava, invece, che l'esclusione dalla disciplina dei rifiuti operasse soltanto in presenza di determinate condizioni e modalità da individuarsi con legge (Cass., 30 novembre 1990, Becagli; 16 aprile 1991, Guarino; 4 febbraio 1992, Puppo).

Tuttavia, restava ancora da definire quando e a quali condizioni un residuo dovesse essere considerato rifiuto.

A fronte di tale situazione d'incertezza, nel triennio 1993-1996, furono emanati una serie di decreti legge¹¹, continuamente reiterati, per escludere dall'applicazione della disciplina sui rifiuti i residui derivanti da cicli di produzione o di consumi suscettibili di essere avviati a riutilizzo. Ciò sino a quando la Corte costituzionale¹² affermò l'incostituzionalità della suddetta prassi della reiterazione¹³.

La Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi dal Giudice italiano sull'interpretazione autentica della Direttiva comunitaria in materia – al fine di verificare la compatibilità dei decreti di urgenza con la Direttiva stessa – richiamò l'orientamento secondo il quale la nozione di rifiuto non doveva intendersi nel senso che essa escludesse le sostanze suscettibili di riutilizzazione economica, precisando nel contempo che una disciplina nazionale che escludesse dalla nozione di rifiuto le sostanze o gli oggetti suscettibili di riutilizzazione economica non avrebbe potuto ritenersi compatibile con la Direttiva comunitaria n. 75/442 né con le successive direttive europee¹⁴.

Dal canto suo, il Giudice nazionale, nell'interpretazione della decretazione d'urgenza in materia di residui riutilizzabili, mantenne un orientamento volto a definire l'ambito applicativo della disciplina sui rifiuti sulla base della destinazione effettiva ed oggettiva del materiale al riutilizzo¹⁵.

¹¹ Trattasi di diciotto decreti, ovvero: D.L. 9 novembre 1993, n. 443; D.L. 7 gennaio 1994, n. 12; D.L. 10 marzo 1994, n. 169; D.L. 6 maggio 1994, n. 279; D.L. 8 luglio 1994, n. 438; D.L. 7 settembre 1994, n. 530; D.L. 7 novembre 1994, n. 619; D.L. 7 gennaio 1995, n. 3; D.L. 9 marzo 1995, n. 66; D.L. 10 maggio 1995, n. 162; D.L. 10 luglio 1995, n. 274; D.L. 7 settembre 1995, n. 373; D.L. 8 novembre 1995, n. 463; D.L. 8 gennaio 1996, n. 8; D.L. 8 marzo 1996, n. 113; D.L. 3 maggio 1996, n. 246; D.L. 8 luglio 1996, n. 352; D.L. 6 settembre 1996, n. 462. In proposito, cfr. V. Paone, *La tutela dell'ambiente e l'inquinamento da rifiuti*, Milano, 2008, 91 ss.

¹² Cfr. Corte cost. 17 ottobre 1996, n. 360.

¹³ A fronte della suddetta declaratoria di incostituzionalità, il Legislatore si trovò costretto a dettare, con apposita Legge (Legge 11 novembre 1996, n. 575, recante «Sanatoria degli effetti della mancata conversione dei decreti-legge in materia di recupero dei rifiuti») una disciplina transitoria, destinata sostanzialmente a salvaguardare i rapporti giuridici sorti sulla base della decretazione d'urgenza.

¹⁴ Cfr. Corte di giustizia, 25 giugno 1997, cause C-304/94, C-330/94, C-342/94, C-224/95. La Corte affermò che «la nozione di 'rifiuti' figurante all'art. 1 Direttiva del consiglio 15 luglio 1975 n. 75/442/Cee, relativa ai rifiuti, come modificata dalla Direttiva del consiglio 18 marzo 1991 n. 91/156/Cee, cui rinviano l'art. 1, n. 3, Direttiva del consiglio 12 dicembre 1991 n. 91/689/Cee, relativa ai rifiuti pericolosi, e l'art. 2, lett. a), del regolamento (Cee) del consiglio 1 febbraio 1993 n. 259, relativo alla sorveglianza e al controllo delle spedizioni di rifiuti all'interno della Comunità europea, nonché in entrata e in uscita dal suo territorio, non deve essere intesa nel senso che essa esclude sostanze od oggetti suscettibili di riutilizzazione economica, neanche se i materiali di cui trattasi possono costituire oggetto di un negozio giuridico, ovvero di una quotazione in listini commerciali pubblici o privati».

¹⁵ Cfr., tra le varie, Cass. pen., 26 settembre 1995, n. 274, di cui si riporta la massima: «In tema di smaltimento dei rifiuti, perché il materiale di scarto possa essere considerato residuo e non rifiuto e perciò assoggettato al regime previsto dall'art. 12 del d.l. 7 gennaio 1995, n. 3, non convertito e ripetutamente reiterato, con la conseguente non punibilità dell'attività di stoccaggio, trattamento, recupero e riutilizzo dei residui effettuato

Dunque, le problematiche di tipo “definitorio” – connesse alla necessità di individuare cosa è un rifiuto e cosa non lo è – erano tutt’altro che teoriche ed incidavano sul regime giuridico di vari materiali.

Pur con evidente ritardo, il Legislatore interno intervenne emanando il D.Lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 (recante «Attuazione della Direttiva 91/156/CEE sui rifiuti, della Direttiva 91/689/CEE sui rifiuti pericolosi e della Direttiva 94/62/CE sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio», c.d. “Decreto Ronchi”)¹⁶, volto a dare attuazione alle tre Direttive europee in materia¹⁷.

L’art. 6 del suddetto decreto, riproducendo nella sostanza la nozione di matrice comunitaria¹⁸, definiva il rifiuto come «qualsiasi sostanza od oggetto che rientra nelle categorie riportate nell’allegato A e di cui il detentore si disfi o abbia deciso o abbia l’obbligo di disfarsi».

La definizione era costruita in base alla combinazione di un criterio soggettivo con uno oggettivo: per verificare l’esistenza o meno di un rifiuto era necessario effettuare una duplice valutazione: accertare l’appartenenza della sostanza od oggetto all’allegato A e considerare la volontà del detentore di disfarsene (salvo l’esistenza di un obbligo di legge in tal senso).

L’importanza della valutazione di tipo oggettivo si rivelava, però, del tutto apparente: il catalogo di cui all’allegato A non era concepito come un elenco tassativo e chiuso in quanto la sedicesima categoria ivi contenuta aveva portata generale e residuale, poiché inseriva nell’elenco dei rifiuti «qualunque sostanza, materia o prodotto che non rientri nelle categorie sopra elencate» sottintendendo, come ovvio, «di cui il detentore si disfi o abbia deciso di disfarsi».

Veniva, dunque, ad essere decisiva la portata del concetto di “disfarsi” e, quindi, l’aspetto soggettivo della vicenda¹⁹.

In questo contesto, la giurisprudenza nazionale maggioritaria – adattandosi progressivamente agli orientamenti cui era già pervenuto il Giudice comunitario – evidenziò che la nozione di rifiuto «non deve essere intesa nel senso di escludere le sostanze e gli oggetti suscettibili di riutilizzazione economica», in quanto

in conformità del d.m. 26 gennaio 1990, occorre la destinazione attuale, effettiva ed oggettiva al reimpiego produttivo e non è sufficiente una mera idoneità del materiale a tale trattamento».

¹⁶ In termini generali, quanto al contenuto del citato Decreto, cfr. P. Ficco, F. Gerardini, *La gestione dei rifiuti. Il nuovo sistema dopo il Decreto Ronchi*, Milano, 1998, 72 ss., e A. De Cesaris, *La definizione di «rifiuto» nel D.Lgs. n. 22/1997*, in *Riv. giur. amb.*, 1997, 387 ss.

¹⁷ Ovvero la Direttiva 91/156 sui rifiuti, la Direttiva 91/689 sui rifiuti pericolosi e la Direttiva 94/62 sugli imballaggi, richiamate nell’epigrafe del medesimo decreto.

¹⁸ Cfr. art. 1 della Direttiva 91/156 sui rifiuti, che definiva il rifiuto come «qualsiasi sostanza od oggetto che rientri nelle categorie riportate nell’allegato I e di cui il detentore si disfi o abbia deciso o abbia l’obbligo di disfarsi».

¹⁹ In merito alle questioni definitorie concernenti il concetto di rifiuto – nella formulazione prevista dal decreto Ronchi – si veda G. Amendola, «Rifiuto», «disfarsi», «recupero» e «smaltimento»: problemi vecchi e nuovi del recente decreto sui rifiuti, in *Riv. giur. amb.*, 1998, 193 ss.

ciò finirebbe per ricollegare l'ambito di applicazione della relativa disciplina alla volontà, soggettiva ed interna, dei soggetti che si disfano o hanno intenzione di disfarsi di un determinato materiale²⁰.

Il criterio determinante per l'individuazione di ciò che costituisce rifiuto, quindi, veniva rinvenuto nel "requisito soggettivo" previsto dalla disposizione normativa – ovvero la volontà o la necessità di disfarsi di determinati beni – ancorato tuttavia ad elementi di tipo oggettivo, che consentissero di evitare che l'individuazione dell'intera categoria giuridica dei rifiuti fosse rimessa alla mera intenzione soggettiva dell'agente: la giurisprudenza sviluppatasi in sede penale in tale periodo attribuì dunque rilievo alla "destinazione naturale all'abbandono" dei materiali, al fine di poterli qualificare quali rifiuti²¹.

A seguito dell'emanazione del Decreto Ronchi, quindi, sia la normativa sia la giurisprudenza nazionale erano allineate rispetto alla legislazione e alla giurisprudenza comunitaria.

Tuttavia, il Legislatore interno intervenne nuovamente sulla materia, dettando l'interpretazione autentica dei termini «si disfi», «abbia deciso» e «abbia l'obbligo di disfarsi» contenuti nella definizione di rifiuto di cui all'art. 6, D.Lgs. n. 22/1997²²; ciò, al fine di limitare il campo di applicazione della disciplina sui rifiuti, restringendone la portata²³.

La disposizione infatti stabiliva l'inapplicabilità della disciplina in materia di rifiuti nel caso di materiali residuali da riutilizzare effettivamente nello stesso o in altro ciclo produttivo senza o dopo aver subito un trattamento preventivo (che non costituisse comunque "recupero" ai sensi della relativa disciplina)²⁴.

²⁰ Cfr. Cass. pen., 18 giugno 2002, n. 31011, che affermò che «la nozione di rifiuto non deve essere intesa nel senso di escludere le sostanze e gli oggetti suscettibili di riutilizzazione economica, atteso che la protezione della salute umana e dell'ambiente verrebbe ad essere compromessa qualora l'applicazione delle direttive comunitarie in materia fosse fatta dipendere dalla sola intenzione, realizzabile o meno a seconda di determinate eventualità, come nella specie di escludere o meno una riutilizzazione economica da parte di altri delle sostanze o degli oggetti di cui si disfa o si sia deciso e si abbia l'obbligo di disfarsi».

²¹ Cfr. Cass. pen., 9 aprile 2001, n. 19125: «La qualificazione di una sostanza come rifiuto deve essere improntata al criterio oggettivo della «destinazione naturale all'abbandono», nulla rilevando la circostanza che la stessa possa essere potenzialmente oggetto di riutilizzo (diretto o previ interventi manipolatori) da parte di altri soggetti».

²² Cfr. art. 14, decreto legge 8 luglio 2002, n. 138 (convertito in Legge 8 agosto 2002, n. 178, recante «Interventi urgenti in materia tributaria, di privatizzazioni, di contenimento della spesa farmaceutica e per il sostegno dell'economia anche nelle aree svantaggiate»).

²³ Tra i vari commenti dell'epoca si veda F. Giunta, *La nozione penalistica di rifiuto al cospetto della giurisprudenza CE*, in *Dir. pen. e proc.*, 8, 2003, 1029 ss., nonché G. Amendola, *Nozione di rifiuto, rottami metallici e giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 2, 203 ss.

²⁴ In particolare, l'art. 14 disponeva: «Le parole: 'si disfi', 'abbia deciso' o 'abbia l'obbligo di disfarsi' di cui all'articolo 6, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22, e successive modificazioni, di seguito denominato: 'decreto legislativo n. 22', si interpretano come segue: 'si disfi': qualsiasi comportamento attraverso il quale in modo diretto o indiretto una sostanza, un materiale o un bene sono avviati o sottoposti ad attività di smaltimento o di recupero, secondo gli allegati B e C del decreto legislativo n. 22; 'abbia deciso': la volontà di destinare ad operazioni di smaltimento e di recupero, secondo gli allegati B e C del decreto legislativo

Pertanto, si pose il problema della conformità della suddetta norma alle direttive comunitarie in materia²⁵ e la Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi su alcune questioni pregiudiziali poste dal Giudice italiano, finalizzate a verificare se la Direttiva comunitaria consentisse un intervento dello Stato membro teso a restringere la nozione di rifiuto quale quello di cui all'art. 14, D.L. n. 138/2002, ritenne che anche i materiali residuali da riutilizzare effettivamente nello stesso o in altro ciclo produttivo, senza o dopo aver subito un trattamento preventivo, rientravano nella definizione di rifiuto prevista dalle norme comunitarie²⁶.

A seguito di tale decisione, la Corte di Cassazione²⁷ sollevò questione di legittimità costituzionale della norma per violazione degli artt. 11 e 117 della Costituzione. La Corte costituzionale²⁸, tuttavia, non si pronunciò sulla vicenda e restituì gli atti alla Suprema Corte prendendo atto che nelle more era intervenuto il D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (recante «Norme in materia ambientale») che all'art. 264 aveva espressamente abrogato la norma di interpretazione autentica di cui all'art. 14 del D.L. n. 138/2002.

n. 22, sostanze, materiali o beni; 'abbia l'obbligo di disfarsi': l'obbligo di avviare un materiale, una sostanza o un bene ad operazioni di recupero o di smaltimento, stabilito da una disposizione di legge o da un provvedimento delle pubbliche autorità o imposto dalla natura stessa del materiale, della sostanza e del bene o dal fatto che i medesimi siano compresi nell'elenco dei rifiuti pericolosi di cui all'allegato D del decreto legislativo n. 22. Non ricorrono le fattispecie di cui alle lettere b) e c) del comma 1, per beni o sostanze e materiali residuali di produzione o di consumo ove sussista una delle seguenti condizioni: se gli stessi possono essere e sono effettivamente e oggettivamente riutilizzati nel medesimo o in analogo o diverso ciclo produttivo o di consumo, senza subire alcun intervento preventivo di trattamento e senza recare pregiudizio all'ambiente; se gli stessi possono essere e sono effettivamente e oggettivamente riutilizzati nel medesimo o in analogo o diverso ciclo produttivo o di consumo, dopo aver subito un trattamento preventivo senza che si renda necessaria alcuna operazione di recupero tra quelle individuate nell'allegato C del decreto legislativo n. 22».

²⁵ Nelle varie decisioni della Suprema Corte non fu assunto un orientamento univoco. In buona sostanza, la Cassazione riconobbe l'applicabilità nel nostro ordinamento della norma nazionale (cfr. Cass. pen., 13 novembre 2002, n. 4052; Cass. pen., 4 marzo 2005, n. 17836), ma, nelle singole vicende oggetto di esame si rinvennero diverse modalità di applicazione di detta norma: in alcune circostanze fu adottata una nozione "ristretta" di rifiuto, in cui non potevano rientrare i residui di produzione (cfr., ad esempio, Cass. pen., sez. III, 11 febbraio 2003, n. 13114; Cass. pen., 29 ottobre 2003, n. 47904); in altri casi, la Corte si orientò in senso maggiormente conforme all'esigenza dell'effettività della tutela propria del diritto comunitario (cfr. Cass. pen., 22 gennaio 2003, n. 9057; Cass. pen., 27 giugno 2003, n. 38567; Cass. pen., 12 ottobre 2004, n. 46680), ingenerando tuttavia ulteriori incertezze in merito alla corretta interpretazione della nozione di rifiuto.

²⁶ Cfr. Corte di giustizia, 11 novembre 2004, causa C-457/02. In particolare, la Corte, dopo aver richiamato numerosi precedenti anche in ordine all'esigenza di interpretare il termine «disfarsi» alla luce della finalità della tutela dell'ambiente e della salute umana e dopo aver ribadito che la sottoposizione di una sostanza ad una operazione di recupero o di smaltimento non comporta necessariamente che l'operazione consista nel disfarsene, ha affermato che «Secondo l'interpretazione risultante da una disposizione quale l'art. 14 del decreto legge n. 138 del 2002, affinché un residuo di produzione o di consumo sia sottratto alla qualifica come rifiuto sarebbe sufficiente che esso sia o possa essere riutilizzato in qualunque ciclo di produzione o di consumo, vuoi in assenza di trattamento preventivo e senza arrecare danni all'ambiente, vuoi previo trattamento ma senza che occorra tuttavia un'operazione di recupero ai sensi dell'allegato n B della Direttiva 73/442. Un'interpretazione del genere si risolve manifestamente nel sottrarre alla qualifica di rifiuto residui di produzione o di consumo che invece corrispondono alla definizione sancita dall'art. 1, lett. a), primo comma, della Direttiva 73/442».

²⁷ Cfr. Cass. pen., ord. 14 dicembre 2005, n. 1414.

²⁸ Corte cost., 13 dicembre 2006, n. 458.

La suesposta ricostruzione dell'evoluzione della disciplina in materia di rifiuti dimostra che la normativa nazionale, per lungo periodo, non è stata in linea con quella comunitaria e che la nozione di rifiuto e la relativa portata è sostanzialmente frutto dell'elaborazione giurisprudenziale (soprattutto della Corte di Giustizia) che, al fine di salvaguardare i valori della tutela della salute umana e dell'ambiente, ha optato per un'interpretazione estensiva, ricomprendendo nel concetto di rifiuto anche materiali e sostanze suscettibili di essere reimmesse nel ciclo produttivo e quindi di valorizzazione economica.

3. *La disciplina vigente in materia di rifiuti*

3.1. *La definizione di «rifiuto»*

La disciplina nazionale vigente in materia di rifiuti è recata dal D.Lgs. n. 152/2006 («Norme in materia ambientale»), che ha abrogato gran parte della normativa ambientale precedente. La parte quarta del suddetto Decreto è dedicata alla gestione dei rifiuti e alla bonifica dei siti inquinati.

Per quanto rileva in questa sede, l'art. 183, comma 1, lett. a), nella sua versione originaria (poi modificata dal D.Lgs. n. 205/2010), definiva come rifiuto «qualsiasi sostanza od oggetto che rientra nelle categorie riportate nell'allegato A alla parte quarta del presente decreto e di cui il detentore si disfi o abbia deciso o abbia l'obbligo di disfarsi». Tale definizione ricalcava quella contenuta nel D.Lgs. n. 22/1997, con la conseguente identità di problematiche definitorie e interpretative²⁹.

La definizione di rifiuto e la disciplina della gestione dei rifiuti stessi è rimasta invariata sino all'adozione del D.Lgs. n. 205/2010 con il quale è stata recepita la Direttiva comunitaria 2008/98/CE ed è stato modificato il D.Lgs. n. 152/2006³⁰.

Per quanto attiene alla nozione di rifiuto, la definizione contenuta nell'art. 183 attualmente stabilisce che costituisce rifiuto «qualsiasi sostanza od oggetto di cui il detentore si disfi o abbia l'intenzione o abbia l'obbligo di disfarsi».

²⁹ Con riferimento alla giurisprudenza sorta in relazione alla prima formulazione dell'art. 183 – di contenuto sostanzialmente analogo alla giurisprudenza sorta in relazione alla previgente definizione – si veda Cass. pen., 19 gennaio 2007, n. 1340, e Cass. pen., 26 ottobre 2007, n. 39646. Sul punto cfr. A. Borzi, *La complessa nozione di «rifiuto» del D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152*, in *Ambiente*, 2006, 617 ss.

³⁰ In termini generali, quanto al complessivo contenuto delle modifiche apportate alla normativa di settore nel 2010 – tramite il meccanismo della novella legislativa rispetto al previgente testo del D.Lgs. n. 152/2006 – cfr. B. Albertazzi, *La nuova gestione dei rifiuti dopo il D.Lgs. n. 205/2010*, Rimini, 2011, e L. Ramacci, *Rifiuti: la gestione e le sanzioni. Commento organico al testo unico ambientale dopo il quarto correttivo (D.Lgs. n. 205/2010) e il sistri*, Piacenza, 2011.

Rispetto alla previgente definizione, è stato quindi eliminato il riferimento alle categorie contenute nell'allegato A al D.Lgs. n. 152/2006, che è stato abrogato in quanto – come detto – sostanzialmente inutile.

Sulla base della normativa vigente, quindi, «la qualifica di rifiuto deriva anzitutto dal comportamento del detentore e dal significato del termine disfarsi»³¹.

Al riguardo, la giurisprudenza, nel ribadire costantemente che l'interpretazione del suddetto termine deve avvenire alla luce dell'obiettivo della Direttiva 2008/98, che consiste nel ridurre al minimo le conseguenze negative della produzione e della gestione dei rifiuti per la salute umana e l'ambiente e dunque non può essere di tipo “restrittivo”³², ha mantenuto un orientamento rigoroso, definendo alcuni criteri di tipo oggettivo utili ad individuare «un'azione o un'intenzione di disfarsi di una sostanza o di un oggetto»³³ e ritenendo che «secondo i principi generali ormai consolidati, debba ritenersi inaccettabile ogni valutazione soggettiva della natura dei materiali da classificare o meno quali rifiuti, poiché è rifiuto non ciò che non è più di nessuna utilità per il detentore in base ad una sua personale scelta ma, piuttosto, ciò che è qualificabile come tale sulla scorta di dati obiettivi che definiscano la condotta del detentore o un obbligo al quale lo stesso è comunque tenuto, quello, appunto, di disfarsi del suddetto materiale»³⁴.

In particolare, è stato affermato che, per quanto attiene al comportamento del detentore, da un lato deve porsi attenzione alla circostanza che l'oggetto o la sostanza non presentino più alcuna utilità per il detentore stesso, dall'altro occorre verificare se un bene o una sostanza sia destinato con certezza ad essere riutilizzato senza che sia necessario preventivamente assoggettarlo a uno dei procedimenti di recupero (cioè a dire occorre verificare se il medesimo bene non costituisca un “sottoprodotto”³⁵). È stato in ogni caso precisato che «secondo una giurisprudenza costante della Corte la nozione di rifiuto non deve intendersi nel senso che esclude le sostanze e gli oggetti aventi un valore economico e che possono dare luogo a un riutilizzo economico»³⁶; ciò a comprova che il rifiuto può assumere la caratteristica di risorsa potenzialmente idonea a formare oggetto di valorizzazione economica e quindi anche di commercio (attività questa disciplinata dalla legislazione di settore e rientrante nel concetto di gestione dei rifiuti).

³¹ Corte di giustizia, 12 dicembre 2013, cause C-241/12 e C-242/12; cfr. da ultimo Corte di giustizia, 4 luglio 2019, causa C-624/17.

³² Cfr. Corte di giustizia, 12 dicembre 2013, cause C-241/12 e C-242/12; cfr. da ultimo Corte di giustizia, 14 marzo 2019, causa C-399/17.

³³ Cfr. da ultimo Corte di giustizia, 4 luglio 2019, causa C-624/17, che reca una serie di requisiti e di criteri per poter definire un determinato materiale alla stregua di un rifiuto.

³⁴ Cass. pen., sez. III, 16 marzo 2017, n. 19206.

³⁵ In proposito, cfr. *infra* par. 3.2.

³⁶ Corte di giustizia, 4 luglio 2019, causa C-624/17, cit.; cfr. anche Corte di giustizia, 12 dicembre 2013, cause C-241/12 e C-242/12, e giurisprudenza ivi citata.

Sulla base di tali coordinate, quindi, sono stati individuati alcuni “indici” dai quali desumere la natura di “rifiuto” di determinati materiali, tra i quali – in via esemplificativa e non esaustiva – possiamo ricordare:

- «lo stato oggettivo dei materiali, la loro eterogeneità, non rispondente ad alcun ragionevole criterio merceologico, le condizioni in cui i materiali sono detenuti nonché le circostanze nelle quali l’originario produttore se ne è disfatto e le modalità in cui ciò è avvenuto»³⁷;
- le “caratteristiche intrinseche” dei materiali e le modalità con cui i medesimi sono conservati («accatastati alla rinfusa, privi di protezione»)³⁸;
- l’esistenza di «dati obiettivi che definiscano la condotta del detentore» come volta a disfarsi di un determinato materiale, come ad esempio «la perdita di ogni possibilità di un controllo su determinati beni» in considerazione dell’assenza di idonee cautele atte ad evitarne il degrado, nonché la necessità di sottoporre tali beni «a successive attività di gestione»³⁹.

In conclusione, deve definirsi rifiuto – alla stregua della vigente normativa, così come interpretata dai Giudici nazionali e europei nell’ottica «di garantire la tutela della salute umana e dell’ambiente contro gli effetti nocivi delle attività di gestione dei rifiuti e di assicurare un elevato livello di tutela e l’applicazione dei principi di precauzione e di azione preventiva»⁴⁰ – qualsiasi oggetto o sostanza di cui il proprietario si sia disfatto o abbia intenzione di disfarsi (fatta salva l’ipotesi in cui vi sia un obbligo di procedere in tal senso), purché la condotta o l’intenzione di disfarsi di tali materiali emerga da dati obiettivi e, nel loro complesso, verificabili *ab externo*.

³⁷ Cfr. Cass. pen., sez. III, 19 luglio 2017, n. 3299; previa valutazione di tali indici la Suprema Corte è pervenuta alla conclusione che dovevano qualificarsi come rifiuti (e non come un deposito temporeo di materiali) dei beni di diversa composizione e natura che – sia per la loro collocazione direttamente sul terreno senza alcuna cautela, sia per essere esposti agli agenti atmosferici e buttati alla rinfusa – dimostravano il loro definitivo abbandono e, quindi, l’intenzione del proprietario di disfarsene.

³⁸ Cfr. Cass. pen., sez. III, 16 luglio 2019, n. 31213; sulla base di tali indici la Corte – dopo aver specificato che, nel valutare ciò che è rifiuto occorre «evitare di porsi nella sola ottica del cessionario del prodotto, e della valenza economica che allo stesso egli attribuisce (sì da esser disposto a pagare per ottenerlo), occorrendo, per contro, verificare “a monte” il rapporto tra il prodotto medesimo ed il suo produttore e, soprattutto, la volontà/necessità di questi di disfarsi del bene» – è pervenuta alla conclusione che dei materiali elettronici rinvenuti in un furgone dovevano ritenersi come rifiuti RAEE e non come beni in attesa di essere rivenduti.

³⁹ Cfr., tra le varie, Cass. pen., sez. III, 13 settembre 2018, n. 40687. In tale pronuncia, peraltro, la Corte opera una puntuale ricostruzione della normativa e della giurisprudenza concernente la definizione del concetto di rifiuto.

⁴⁰ Cfr. Cass. pen., sez. III, 16 novembre 2016, n. 48316, che richiama la sentenza *Palin Granit* (Corte di giustizia, 18 aprile 2002, causa C- 9/00), di cui si dirà *infra*.

3.2. La nozione di sottoprodotto come “non rifiuto”

Uno dei punti maggiormente controversi nella disciplina dei rifiuti è costituito dal discrimine tra ciò che è rifiuto – ed è quindi integralmente assoggettato alla relativa normativa speciale – e ciò che non lo è, sulla base della portata del termine “disfarsi”.

A tale proposito, acquista rilievo la nozione – complementare a quella di rifiuto – di “sottoprodotto”, contenuta attualmente (a seguito della modifica di cui all’art. 12, D.Lgs. n. 205/2010) nell’art. 184-*bis*, D.Lgs. n. 152/2006 e frutto dell’elaborazione della giurisprudenza comunitaria.

La Corte di Giustizia, infatti, sin dalla nota sentenza *Palin Granit* del 2002⁴¹, ha evidenziato che le direttive comunitarie in materia di rifiuti non precludono, in termini generali, la possibilità di escludere alcune materie – suscettibili di reinserimento nel ciclo produttivo – dall’ambito di applicazione della normativa sui rifiuti, evidenziando tuttavia che «tenuto conto dell’obbligo [...] di interpretare in maniera estensiva la nozione di rifiuto, per limitare gli inconvenienti o i danni dovuti alla loro natura, occorre circoscrivere tale argomentazione, relativa ai sottoprodotti, alle situazioni in cui il riutilizzo di un bene, di un materiale o di una materia prima non sia solo eventuale, ma certo, senza trasformazione preliminare, e nel corso del processo di produzione».

La Corte aveva quindi individuato alcune condizioni per l’utilizzo dei sottoprodotti il cui rispetto era dalla stessa ritenuto necessario per sottrarre questi ultimi alla disciplina dei rifiuti.

In primo luogo, si insisteva sulla circostanza che l’utilizzazione del sottoprodotto doveva essere certa già al momento in cui si formava il residuo, all’esito del processo produttivo.

In secondo luogo, il sottoprodotto doveva essere utilizzato “tal quale”, vale a dire non doveva subire, prima del suo impiego, alcuna trasformazione preliminare necessaria per renderlo idoneo all’utilizzo.

Inoltre, era necessario che l’uso del sottoprodotto non determinasse un pregiudizio per l’ambiente. Pertanto, se l’utilizzo del materiale in un processo produttivo comportava maggiori rischi per l’ambiente o per la salute sotto il profilo delle emissioni inquinanti, rispetto all’uso della materia prima corrispondente, tale uso non poteva essere consentito.

⁴¹ Cfr. Corte di giustizia, 18 aprile 2002, causa C-9/00.

Infine, un indice “sintomatico” che un certo materiale costituisse un sottoprodotto era rappresentato dal vantaggio economico che derivava al suo detentore dal riutilizzo della sostanza⁴².

L'introduzione nella disciplina nazionale del concetto di sottoprodotto risponde ad un duplice ordine di esigenze: adattare la normativa italiana a quella comunitaria, da un lato e, dall'altro, escludere dall'ambito di applicazione della disciplina dei rifiuti determinate materie o sostanze, generalmente residui di processi produttivi, suscettibili di un reinserimento nel ciclo produttivo e dunque di immediata valorizzazione economica.

L'art. 184-*bis*, D.Lgs. n. 152/2006 stabilisce che una sostanza o un oggetto sia qualificato come sottoprodotto – e, quindi, non come rifiuto – qualora ricorrano cumulativamente le seguenti circostanze:

⁴² Per quanto concerne la giurisprudenza comunitaria precedente rispetto al D.Lgs. n. 152/2006 – oltre alla già citata sentenza *Palin Granit* – si veda Corte di giustizia, 11 novembre 2004, causa C-457/02, secondo cui «non tutte le sostanze sottoposte alle attività di smaltimento e recupero sono da considerarsi rifiuti. Vanno considerati ‘sottoprodotti’ – e non rifiuti – i materiali, derivanti da un processo di fabbricazione o di estrazione che l'impresa intende sfruttare o commercializzare in un processo successivo. Tenuto conto dell'obbligo di interpretare in maniera estensiva la nozione di rifiuti, il carattere di ‘sottoprodotto’ può essere tuttavia riconosciuto soltanto allorché il riutilizzo del materiale avvenga in modo certo, senza previa trasformazione e nel corso del processo di produzione», nonché Corte di giustizia, 18 dicembre 2007, causa 263/05, che ha affermato che «l'effettiva esistenza di un rifiuto, ai sensi dell'art. 1 della Direttiva n. 75/442/CEE sui rifiuti, va accertata alla luce del complesso delle circostanze, tenendo conto delle finalità della stessa ed in modo da non pregiudicare l'efficacia. In tal senso, alcune circostanze possono costituire indizi del fatto che il detentore della sostanza od oggetto se ne disfi ovvero abbia deciso o abbia l'obbligo di disfarsene ai sensi della detta disposizione: ciò si verifica in particolare se una sostanza è un residuo di produzione o di consumo, cioè un prodotto che non è stato ricercato in quanto tale, tenendo presente che il metodo di trasformazione o le modalità di utilizzo di una sostanza non sono determinati per stabilire se si tratti o non di un rifiuto. Oltre al criterio relativo alla natura o meno di residuo di produzione di una sostanza, il grado di probabilità di riutilizzo di tale sostanza, senza operazioni di trasformazione preliminare, costituisce un criterio utile ai fini di valutare se la sostanza sia o meno un rifiuto ai sensi della Direttiva: se, oltre alla mera possibilità di riutilizzare la sostanza di cui trattasi, il detentore consegue un vantaggio economico nel farlo, la probabilità di tale riutilizzo è alta. In un'ipotesi del genere la sostanza in questione non può più essere considerata un onere di cui il detentore cerchi di disfarsi, bensì un autentico prodotto. Tuttavia, la sola circostanza che una sostanza sia destinata ad essere utilizzata, o possa esserlo, non può essere determinante per la sua qualifica o meno come rifiuto: un bene, un materiale o una materia prima risultante da un processo di fabbricazione che non è destinato a produrlo può essere considerato come un sottoprodotto di cui il detentore non desidera disfarsi solo se il suo riutilizzo, incluso quello per i bisogni di operatori economici diversi da colui che l'ha prodotto, non è semplicemente eventuale, ma certo, non necessita di trasformazione preliminare e interviene nel corso del processo di produzione o di utilizzazione». In relazione, invece, alla giurisprudenza europea successiva alle modifiche introdotte nel 2006 alla legislazione italiana, si veda Corte di giustizia, 3 ottobre 2013, causa C-113/12, secondo cui «l'art. 1, lett. a), 1° comma, della Direttiva 75/442/Cee del consiglio, del 15 luglio 1975, relativa ai rifiuti, come modificata dalla decisione 96/350/Ce della commissione, del 24 maggio 1996, deve essere interpretato nel senso che il liquame, prodotto in un allevamento intensivo di suini e immagazzinato in attesa di essere consegnato a imprenditori agricoli affinché lo utilizzino come fertilizzante sui propri terreni, costituisce non un ‘rifiuto’ ai sensi della suddetta norma, ma un sottoprodotto quando tale produttore intenda commercializzare il suddetto liquame a condizioni economicamente ad esso favorevoli, nell'ambito di un processo successivo, a condizione che tale riutilizzo non sia soltanto possibile ma certo, non richieda una trasformazione preliminare e intervenga nel corso del processo di produzione; compete ai giudici nazionali verificare se tali criteri siano soddisfatti, tenendo conto dell'insieme delle circostanze rilevanti che caratterizzano le fattispecie nell'ambito delle quali essi sono stati aditi».

- il materiale sia originato da un processo di produzione, di cui costituisce parte integrante e il cui scopo primario non è la produzione di tale sostanza od oggetto;
- sia certo che sarà utilizzato, nel corso dello stesso o di un successivo processo di produzione o di utilizzazione, da parte del produttore o di terzi;
- possa essere utilizzato direttamente senza alcun ulteriore trattamento diverso dalla normale pratica industriale;
- un suo eventuale ulteriore utilizzo sia legale, ossia la sostanza o l’oggetto soddisfi, per l’utilizzo specifico, tutti i requisiti pertinenti riguardanti i prodotti e la protezione della salute e dell’ambiente e non porterà a impatti complessivi negativi sull’ambiente o la salute umana.

La norma prevede poi la possibilità che, con decreti ministeriali di attuazione, possano essere previste ulteriori misure per stabilire criteri qualitativi o quantitativi da soddisfare affinché specifiche tipologie di sostanze o oggetti possano essere considerati sottoprodotti e non rifiuti.

In ossequio a tale disposizione è stato adottato il D.M. 13 ottobre 2016, n. 264, che tuttavia, lungi dall’individuare nuovi ed ulteriori criteri da soddisfare al fine di ottenere la qualifica di “sottoprodotto”, si incentra in sostanza sul profilo probatorio⁴³, poiché individua «alcune modalità con cui provare la sussistenza delle circostanze di cui al comma 1 [dell’art. 184-*bis*], fatta salva la possibilità di dimostrare, con ogni mezzo ed anche con modalità e con riferimento a sostanze ed oggetti diversi da quelli precisati nel presente decreto, o che soddisfano criteri differenti, che una sostanza o un oggetto derivante da un ciclo di produzione non è un rifiuto, ma un sottoprodotto»⁴⁴.

La condizione relativa al fatto che il materiale debba essere parte integrante del processo produttivo non pone particolari problemi interpretativi; in estrema sintesi, sono certamente parte integrante della produzione tutte quelle sostanze che derivano in via continuativa (e quindi non saltuaria o accidentale) dal processo di produzione di un determinato bene intenzionalmente prodotto. Al contrario, non potrebbe essere considerato sottoprodotto tutto ciò che non sia originato

⁴³ Ciò è stato, invero, esplicitamente evidenziato dallo stesso Ministero nella circolare esplicativa concernente l’applicazione del decreto stesso – ovvero la Circolare 30 maggio 2017, n. 7619 – in cui viene evidenziato che il medesimo decreto è stato «pensato dall’Amministrazione, in attuazione dell’art. 184-*bis*, comma 2, come strumento a disposizione di tutti i soggetti interessati (operatori, altre Amministrazioni, organi di controllo, etc.) per agevolare la dimostrazione della sussistenza dei requisiti richiesti dalla normativa vigente per la qualifica di un residuo di produzione come sottoprodotto anziché come rifiuto». Cfr. sul punto, A. Scialó, *I sottoprodotti dopo la Direttiva 2018/851/UE, tra persistenti incertezze definitorie e nuove prospettive*, in *Ambiente & sviluppo*, 2, 2019, 101 ss.

⁴⁴ Cfr. art. 4, D.M. n. 264/2016.

con un minimo di regolarità dal ciclo produttivo, venendo generato solo in modo episodico, vale a dire ciò che rappresenta un'anomalia nel ciclo produttivo⁴⁵.

Per quanto attiene alla necessità dell'impiego del sottoprodotto nel medesimo o in diverso ciclo produttivo, va evidenziato come la disposizione non renda necessario che l'oggetto o la sostanza vengano impiegati nel medesimo ciclo che li ha originati e neppure che siano destinati a produrre un diverso bene (come invece prevedeva la norma nella sua originaria formulazione).

Deve essere poi certo che la sostanza o l'oggetto saranno utilizzati, nel corso dello stesso e/o di un successivo processo di produzione, senza alcun ulteriore trattamento diverso dalla normale pratica industriale.

La certezza del riutilizzo sussiste ogni qualvolta esista una prassi consolidata e dimostrabile per cui un determinato oggetto o sostanza viene ad essere inviato con regolarità ad un ciclo produttivo atto ad impiegarlo all'interno dei propri processi. In concreto, tale requisito potrà essere agevolmente dimostrato qualora vi siano rapporti contrattuali in essere tra il soggetto che genera il residuo e quello che lo riceve. Ha precisato al riguardo la Commissione CE nella comunicazione del 21 febbraio 2007 che «l'esistenza di contratti a lungo termine tra il detentore del materiale e gli utilizzatori successivi può indicare che il materiale oggetto del contratto sarà utilizzato e che quindi vi è certezza del riutilizzo». Il ricorrere del requisito della certezza può essere anche comprovato, in una valutazione del grado di probabilità del successivo utilizzo dello stesso materiale, da elementi quali il vantaggio economico da esso derivante e/o la durata delle operazioni di deposito⁴⁶.

Il suddetto orientamento ha trovato esplicito recepimento nel disposto del citato D.M. n. 264/2016 che, all'art. 5, specifica che costituisce un elemento di prova volto ad attestare la certezza del riutilizzo del sottoprodotto «l'esistenza di rapporti o impegni contrattuali tra il produttore del residuo, eventuali intermediari e gli utilizzatori, dai quali si evincano le informazioni relative alle caratteristiche tecniche dei sottoprodotti, alle relative modalità di utilizzo e alle condizioni della cessione che devono risultare vantaggiose e assicurare la produzione di una utilità economica o di altro tipo»⁴⁷.

⁴⁵ Sul punto L. Ramacci, *op. cit.*, 53 ss., nonché A. Borzi, *Rifiuto e sottoprodotto: evoluzione e prospettive di riforma in ambito comunitario*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2008, 5, 428 ss.

⁴⁶ Cfr. Corte di giustizia, 18 dicembre 2007, causa C-194/05, nonché Corte di giustizia, 18 dicembre 2007, causa C-263/05, secondo cui «oltre al criterio relativo alla natura o meno di residuo di produzione di una sostanza, il grado di probabilità di riutilizzo di tale sostanza, senza operazioni di trasformazione preliminare, costituisce un criterio utile ai fini di valutare se tale sostanza sia o meno un rifiuto ai sensi della Direttiva. Se, oltre alla mera possibilità di riutilizzare la sostanza di cui trattasi, il detentore consegue un vantaggio economico nel farlo, la probabilità di tale riutilizzo è alta. In un'ipotesi del genere la sostanza in questione non può più essere considerata un onere di cui il detentore cerchi di 'disfarsi', bensì un autentico prodotto».

⁴⁷ Al proposito può, peraltro, osservarsi che medesimo decreto ministeriale, sempre all'art. 5, si occupa anche di individuare le modalità con cui comprovare la sussistenza del requisito della certezza del riutilizzo (e di quello relativo all'intenzione di non disfarsi dei residui di produzione) pur in assenza della documentazione

Il requisito normativo certamente più complesso da verificare è quello che prevede l'utilizzo del materiale «direttamente senza alcun ulteriore trattamento diverso dalla normale pratica industriale». Definire il concetto di “normale pratica industriale” – come già evidenziato dalla dottrina⁴⁸ – non è semplice e tuttavia risulta essenziale per l'identificazione dei trattamenti da effettuarsi sui residui di produzione senza che questi siano da considerarsi rifiuti.

Pertanto, dopo un periodo di sostanziale incertezza, è stata introdotta una specifica norma⁴⁹ recante la definizione di «normale pratica industriale», basata su un profilo positivo e su uno negativo. In particolare, la predetta definizione prevede che non costituiscono normale pratica industriale «i processi e le operazioni necessari per rendere le caratteristiche ambientali della sostanza o dell'oggetto idonee a soddisfare, per l'utilizzo specifico, tutti i requisiti pertinenti riguardanti i prodotti e la protezione della salute e dell'ambiente e a non portare a impatti complessivi negativi sull'ambiente, salvo il caso in cui siano effettuate nel medesimo ciclo produttivo», mentre rientrano nella definizione di normale pratica industriale «le attività e le operazioni che costituiscono parte integrante del ciclo di produzione del residuo, anche se progettate e realizzate allo specifico fine di rendere le caratteristiche ambientali o sanitarie della sostanza o dell'oggetto idonee a consentire e favorire, per l'utilizzo specifico, tutti i requisiti pertinenti riguardanti i prodotti e la protezione della salute e dell'ambiente e a non portare ad impatti complessivi negativi sull'ambiente».

Il punto centrale della definizione di «normale pratica industriale», dunque, risiede in ciò che costituisce «parte integrante del ciclo produttivo»: come evidenziato dalla più recente giurisprudenza, infatti, «per accertare se il trattamento cui è sottoposto il materiale prima del riutilizzo possa rientrare nella normale pratica industriale, vanno esclusi da tale nozione tutti gli interventi manipolativi del residuo diversi da quelli ordinariamente effettuati nel processo produttivo nel quale viene utilizzato»⁵⁰.

L'aspetto che assume una maggior rilevanza è che l'introduzione nella disciplina di settore della nozione di sottoprodotto ha finito per integrare la definizio-

attestante l'esistenza di rapporti o impegni contrattuali. In particolare, la suddetta disposizione prevede che, in detta ipotesi, i criteri di cui all'art. 184-*bis* del Testo Unico ambiente sono dimostrati «mediante la predisposizione di una scheda tecnica contenente le informazioni... necessarie a consentire l'identificazione dei sottoprodotti dei quali è previsto l'impiego e l'individuazione delle caratteristiche tecniche degli stessi, nonché del settore di attività o della tipologia di impianti idonei ad utilizzarli».

⁴⁸ In relazione al concetto di «normale pratica industriale», così come interpretato dalla giurisprudenza ed in particolare dalla Corte di Cassazione, cfr. V. Paone., *Sottoprodotti: una parola chiara dalla Cassazione*, in *Ambiente & sviluppo*, 2012, 11, 911 ss.

⁴⁹ Art. 6, D.M. n. 264/2016.

⁵⁰ Cfr. Cass. pen., sez. III, 28 giugno 2017, n. 53136.

ne di rifiuto, fissando quello che la giurisprudenza ha individuato come un “elemento negativo” della qualifica di rifiuto⁵¹.

In altri termini, ai fini della qualificazione di un determinato materiale alla stregua di un rifiuto, non risulta sufficiente accertare la sussistenza degli elementi di carattere positivo – primo fra tutti l’intenzione del detentore del bene di disfarsene – ma occorre altresì valutare che non sussistano elementi di carattere “negativo” e, in particolare, è necessario verificare se, in concreto, gli stessi materiali abbiano i requisiti per essere qualificati come sottoprodotti e, quindi, essere esclusi dal campo di applicazione della normativa in materia di rifiuti.

3.3. *La cessazione della qualifica di rifiuto (c.d. end of waste) nella prospettiva della c.d. economia circolare. Le questioni aperte*

L’introduzione normativa della definizione di sottoprodotto è volta – come già evidenziato – a delimitare il campo di applicazione della normativa in tema di rifiuti: se un determinato residuo di produzione può qualificarsi come sottoprodotto e non come rifiuto, allora a tale residuo non può essere applicata la disciplina sui rifiuti.

Le ulteriori modifiche apportate alla normativa di settore dal D.Lgs. n. 205/2010, invece, trovano il loro fondamento nella “dinamicità” della nozione di rifiuto: il discrimine tra ciò che costituisce un rifiuto e ciò che non può definirsi tale è, infatti, talmente labile da aver portato una parte della dottrina a parlare di un «confine mobile»⁵².

Nell’ottica di precisare i contorni di detto confine, con l’art. 12 del citato D.Lgs. n. 205/2010 è stato introdotto nel D.Lgs. n. 152/2006 l’articolo 184-ter, che prevede i requisiti per la «Cessazione della qualifica di rifiuto» (c.d. *end of waste*).

Nello specifico l’art. 184-ter prevede che «un rifiuto cessa di essere tale quando è stato sottoposto a un’operazione di recupero, incluso il riciclaggio e la preparazione per il riutilizzo, e soddisfi i criteri specifici, da adottare nel rispetto delle seguenti condizioni:

- a) la sostanza o l’oggetto è comunemente utilizzato per scopi specifici;
- b) esiste un mercato o una domanda per tale sostanza od oggetto;

⁵¹ Cfr. Cass. pen., sez. III, 15 dicembre 2016, n. 5442, che ha statuito che «la qualità di rifiuto di sostanze e materiali si acquisisce in base ad elementi positivi (il fatto che si tratti di beni residuo di produzione di cui il detentore vuole disfarsi) e negativi (che non abbiano i requisiti del sottoprodotto)».

⁵² Cfr. A. Di Landro, *Rifiuti, sottoprodotti e «fine del rifiuto» (End of waste): una storia ancora da (ri-)scrivere?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, 3-4, 913 ss.

c) la sostanza o l’oggetto soddisfa i requisiti tecnici per gli scopi specifici e rispetta la normativa e gli standard esistenti applicabili ai prodotti;

d) l’utilizzo della sostanza o dell’oggetto non porterà a impatti complessivi negativi sull’ambiente o sulla salute umana».

Dunque, la suddetta disposizione concerne quei rifiuti che, essendo stati oggetto di un’attività classificata come recupero e rispettando determinate condizioni, non sono più tali, ma costituiscono sostanzialmente materie prime e pertanto “escono” dal campo di applicazione della disciplina di settore.

La condizione di rifiuto non è quindi irreversibile: una cosa che è rifiuto, attraverso un’operazione di recupero, può divenire (*recte*: tornare ad essere) un “non rifiuto”.

Non è quindi casuale che la stessa normativa di settore specifichi che «la disciplina in materia di gestione dei rifiuti si applica fino alla cessazione della qualifica di rifiuto» (art. 184-*ter*, comma 5), confermando la “dinamicità” della nozione di rifiuto e la reversibilità di tale qualificazione.

Il rifiuto, dunque, non è sempre e necessariamente uno scarto inutile (da smaltire), bensì può acquisire il valore, anche economico, di una risorsa per la quale viene ad esistere un mercato o comunque una domanda⁵³.

L’art. 184-*ter* – che individua i presupposti affinché un rifiuto possa cessare di essere tale – risulta in linea con il concetto di economia circolare, che rappresenta un sistema economico pianificato per riutilizzare i materiali in successivi cicli produttivi, riducendo al massimo gli sprechi⁵⁴.

Adottare un approccio circolare significa rivedere tutte le fasi della produzione e prestare attenzione all’intera filiera coinvolta nel ciclo produttivo. Tale approccio si fonda sul rispetto di alcuni principi di base, tra cui quello di favorire la sostituzione delle materie prime vergini con materie prime secondarie provenienti da filiere di recupero che ne conservino le qualità.

A livello europeo, l’attuazione di un’economia circolare è avvenuta attraverso l’approvazione di quattro Direttive (in vigore dal 4 luglio 2018) del c.d. “pacchetto economia circolare” che modificano sei direttive su rifiuti, imballaggi, discariche, rifiuti elettrici ed elettronici (*Raee*), veicoli fuori uso e pile⁵⁵.

⁵³ Si veda, al riguardo, il citato art. 184-*ter* che, tra i criteri per la cessazione della qualifica di rifiuto prevede anche, alla lettera b), la necessità che esista «un mercato o una domanda per tale sostanza od oggetto».

⁵⁴ Sul concetto di economia circolare cfr. E. Bompani, I.N. Brambilla, *Che cosa è l’economia circolare*, Milano, 2016; F. Tomi, *I fondamenti dell’economia circolare*, Fondazione per lo sviluppo sostenibile, 2015.

⁵⁵ Le quattro direttive del “pacchetto economia circolare” tutte datate 30 maggio 2018 (n. 849/2018/Ue, 850/2018/Ue, 851/2018/Ue e 852/2018/Ue) modificano le Direttive sui rifiuti a partire dalla Direttiva “madre” 2008/98/Ce e poi le Direttive «speciali» in materia di rifiuti di imballaggio (1994/62/Ce), discariche (1999/31/Ce), rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche, cosiddetti «*Raee*» (2012/19/Ue), veicoli fuori uso (2000/53/Ce) e rifiuti di pile e accumulatori (2006/66/Ce). Le modifiche sono in vigore dal 4 luglio 2018 mentre gli Stati membri dovranno recepirle entro il 5 luglio 2020. Cfr. sul punto A. Muratori, *La riformata*

In ogni caso, la disciplina attualmente vigente fissa, all'art. 179, comma 1, D.Lgs. n. 152/2006 il principio secondo cui le varie forme di recupero sono da preferirsi rispetto allo smaltimento dei rifiuti, che costituisce la destinazione finale e residuale dei rifiuti non suscettibili delle altre tipologie di attività da privilegiarsi e che – come detto – possono consentire la trasformazione del rifiuto in “non rifiuto”⁵⁶.

Con riferimento all'individuazione dei criteri per la cessazione della qualifica di rifiuto, l'art. 184-ter, comma 2, D.Lgs. n. 152/2006 stabilisce che si debba provvedere, per singole tipologie di rifiuti, con appositi decreti ministeriali e dispone che, nelle more dell'adozione dei suddetti decreti ministeriali, continuano ad applicarsi le disposizioni per il recupero semplificato dettate dai decreti del Ministro dell'ambiente emanati in data 5 febbraio 1998 (recante «Individuazione dei rifiuti non pericolosi sottoposti alle procedure semplificate di recupero»)⁵⁷, 12 giugno 2002, n. 161 (Regolamento «relativo all'individuazione dei rifiuti pericolosi che è possibile ammettere alle procedure semplificate»), e 17 novembre 2005, n. 269 (Regolamento «relativo all'individuazione dei rifiuti pericolosi provenienti dalle navi, che è possibile ammettere alle procedure semplificate»)⁵⁸.

Atteso che la disciplina regolamentare è stata dettata soltanto con riferimento a limitate categorie di rifiuti⁵⁹, permaneva il problema dell'individuazione dei

Direttiva quadro sui rifiuti: a beneficio dell'economia circolare, novità sui sottoprodotti e sulla perdita della qualifica di rifiuto, in *Ambiente & Sviluppo*, 8-9, 2018, 519 ss.

⁵⁶ «La gestione dei rifiuti avviene nel rispetto della seguente gerarchia: a) prevenzione; b) preparazione per il riutilizzo; c) riciclaggio; d) recupero di altro tipo, per esempio il recupero di energia; e) smaltimento». In proposito, cfr. F. de Leonardis, *I rifiuti: dallo smaltimento alla prevenzione*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2017, 296 ss.

⁵⁷ In particolare, il citato decreto del 1998 – che ha ormai superato i vent'anni dalla sua entrata in vigore, benché abbia subito una notevole quantità di modifiche ed integrazioni ad opera del D.M. 5 aprile 2006, n. 1856 (Regolamento recante modifiche al D.M. 5 febbraio 1998) – dopo aver indicato alcuni principi di carattere generale in merito alle attività ivi previste (cfr. art. 1 del medesimo decreto, ai sensi del quale le attività di recupero ivi previste «non devono: a) creare rischi per l'acqua, l'aria, il suolo e per la fauna e la flora; b) causare inconvenienti da rumori e odori; c) danneggiare il paesaggio e i siti di particolare interesse») reca delle norme di dettaglio in relazione alle attività, ai procedimenti ed ai metodi di riciclaggio e di recupero concernenti i vari materiali (*recte*: rifiuti) indicati nell'Allegato 1 («Norme tecniche generali per il recupero di materia dai rifiuti non pericolosi») specificando, per ciascuna categoria di materiali, la tipologia delle sostanze ammesse ad essere oggetto di attività di recupero e riciclaggio, le attività di recupero ammissibili per ciascun materiale nonché le caratteristiche delle materie prime o dei prodotti che possono essere ottenuti all'esito delle medesime operazioni.

⁵⁸ I citati decreti 12 giugno 2002, n. 161, e 17 novembre 2005, n. 269, prevedono – sempre seguendo il medesimo schema del D.M. 5 febbraio 1998 – la tipologia delle sostanze ammesse ad essere oggetto di attività di recupero e riciclaggio, le attività di recupero ammissibili per ciascun materiale nonché le caratteristiche delle materie prime o dei prodotti che possono essere ottenuti all'esito delle medesime operazioni per i seguenti materiali: rifiuti pericolosi, per quanto concerne il decreto n. 161 del 2002 e rifiuti pericolosi connessi con le attività previste dal Codice della navigazione, per quanto concerne il decreto n. 269 del 2005.

⁵⁹ In ossequio a tale disposizione sono stati, infatti, adottati il D.M. 14 febbraio 2013, n. 22 – avente ad oggetto la «disciplina della cessazione della qualifica di rifiuto di determinate tipologie di combustibili solidi secondari (CSS)» –, il D.M. 28 marzo 2018, n. 69, concernente la «disciplina della cessazione della qualifica di rifiuto di conglomerato bituminoso ai sensi dell'articolo 184-ter, comma 2 del decreto legislativo 3 apr-

criteri per la cessazione della qualifica di rifiuto in relazione a materiali differenti rispetto a quelli esplicitamente indicati dalla suddetta normativa di carattere secondario; cosicché il Ministero dell’Ambiente ha affermato, con nota prot. n. 10045 del 1° luglio 2016, l’esistenza di un generale potere delle Regioni – e degli enti da esse delegati – di definire, in assenza di regolamenti comunitari o ministeriali, criteri per la cessazione della qualifica di rifiuto in sede di rilascio delle autorizzazioni e, quindi, “caso per caso” in relazione alla singola tipologia di rifiuti presa in considerazione⁶⁰.

Tuttavia, il Giudice Amministrativo⁶¹ ha negato che enti e organizzazioni interne allo Stato possano vedersi riconosciuto il potere di “declassificare” dei rifiuti in sede di autorizzazione alla realizzazione ed all’esercizio degli impianti, dato che la disciplina dei rifiuti ricade, per costante giurisprudenza costituzionale, nella materia della «tutela dell’ambiente, dell’ecosistema e dei beni culturali» di cui alla lettera s) del secondo comma dell’art. 117 Cost.), di competenza esclusiva dello Stato⁶². Sicché, pur essendo le Regioni titolate del potere di concedere le autorizzazioni per il recupero dei rifiuti, esse devono tuttavia ritenersi sprovviste

le 2006, n. 152», il D.M. 15 maggio 2019, n. 62, concernente la «disciplina della cessazione della qualifica di rifiuto da prodotti assorbenti per la persona (PAP), ai sensi dell’articolo 184-ter, comma 2, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152».

⁶⁰ Cfr. D. Rottgen, *È arrivata la conferma per l’End of Waste tramite provvedimenti autorizzativi*, in *Ambiente & Sviluppo*, 10, 2016, 632 ss. Per una approfondita disamina delle problematiche inerenti alla definizione «caso per caso», in sede di rilascio delle relative autorizzazioni delle condizioni per l’*End of waste*, cfr. G. Barozzi Reggiani, *Ambiente, rifiuti, principio di legalità: obiettivo End of Waste*, in *www.federalismi.it*, 4, 2018.

⁶¹ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 28 febbraio 2018, n. 1229. In particolare, il Supremo Consesso Amministrativo ha rilevato come sia «del tutto evidente che, laddove si consentisse ad ogni singola Regione, di definire, in assenza di normativa UE, cosa è da intendersi o meno come rifiuto, ne risulterebbe vulnerata la ripartizione costituzionale delle competenze tra Stato e Regioni».

⁶² La Corte costituzionale ha affermato che «la disciplina della gestione dei rifiuti rientra nella materia ‘tutela dell’ambiente e dell’ecosistema’ riservata, in base all’art. 117, comma 2, lett. s), Cost., alla competenza esclusiva dello Stato (*ex multis*, sentenze del 21 febbraio 2012, n. 54, del 26 giugno 2011, n. 244 e n. 33, del 19 ottobre 2010, n. 331 e n. 278, del 27 gennaio 2009, n. 61 e n. 10)» (Corte cost., 31 maggio 2016, n. 154); in questa materia, inoltre, «lo Stato conserva il potere di dettare standard di protezione uniformi validi in tutte le Regioni e non derogabili da queste (sentenza del 25 marzo 2003, n. 307)» (Corte cost., 22 novembre 2016, n. 244). In particolare, la Corte ha ritenuto che in rifiuti «non possono che ricadere nella competenza dello Stato, in base ai [...] principi che regolano i rapporti tra Stato ed autonomie» (Corte cost., 25 settembre 2007, n. 378) e che le disposizioni «che attengono alla disciplina dei rifiuti» sono «come tali riconducibili [...] alla materia della tutela dell’ambiente» (Corte cost., 20 marzo 2019, n. 61), come pure «non sono [...] ammesse iniziative delle Regioni di regolamentare nel proprio ambito territoriale la materia [...] pur in assenza della relativa disciplina statale» (Corte Cost., 16 novembre 2010, n. 373). Secondo la Corte, la nozione stessa di «rifiuto» attiene alla «materia della tutela ambientale affidata alla competenza esclusiva dello Stato» (Corte cost., 24 febbraio 2010, n. 127) e, pertanto, «non sono consentite esclusioni da parte del Legislatore regionale di particolari sostanze o materiali in astratto ricompresi nella nozione di «rifiuto» stabilita dalla legislazione statale in attuazione della Direttiva comunitaria» (Corte cost., 24 febbraio 2010, n. 127). In ordine a tali profili si veda A. Colavecchio, *Prevalenza Vs. leale collaborazione nel settore dei rifiuti*, in *www.federalismi.it*, 2018, 10.

ste di quello di individuare autonomamente i criteri per la cessazione della qualifica di rifiuto⁶³.

Sulla questione è poi intervenuto anche il Giudice europeo che ha affermato che «l'articolo 6, paragrafo 4, della Direttiva 2008/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, relativa ai rifiuti e che abroga alcune direttive, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale... in forza della quale, qualora non sia stato definito alcun criterio a livello dell'Unione europea per la determinazione della cessazione della qualifica di rifiuto per quanto riguarda un tipo di rifiuti determinato, la cessazione di tale qualifica dipende dalla sussistenza per tale tipo di rifiuti di criteri di portata generale stabiliti mediante un atto giuridico nazionale»⁶⁴.

Il Legislatore, dunque, è nuovamente intervenuto, prima con una norma di carattere transitorio nel c.d. decreto "Sblocca-cantieri"⁶⁵ e successivamente con l'art. 14-*bis*, D.L. n. 101/2019, inserito dalla Legge di conversione n. 128/2019, che ha modificato sensibilmente l'art. 184-*ter*, D.Lgs. n. 152/2006 e ha introdotto per legge una disciplina assai simile a quella "ipotizzata" nella surrichiamata nota ministeriale prot. n. 10045 del 2016, con alcuni (necessari) accorgimenti e che trae spunto dalla Direttiva n. 2018/851/UE che ha modificato la Direttiva n. 2008/98/CE (relativa ai rifiuti) e ha introdotto nuove disposizioni sulla cessazione della qualifica di rifiuto⁶⁶.

In particolare, la suddetta Direttiva – per quanto rileva in questa sede – ha attribuito agli Stati membri la competenza primaria sull'adozione delle misure atte a garantire che i rifiuti sottoposti ad un'operazione di riciclaggio o di recupero di altro tipo cessino di essere considerati tali (art. 6, par. 1). La Commissione, nell'esercizio di funzioni di supervisione e controllo, può adottare «atti di esecuzione per stabilire i criteri dettagliati sull'applicazione uniforme delle condizioni di cui al paragrafo 1 a determinati tipi di rifiuti...» (art. 6, par. 2). Gli Stessi Stati membri, in assenza di criteri prefissati a livello di Unione o a livello nazionale, possono «decidere caso per caso o adottare misure appropriate al fine di verificare che determinati rifiuti abbiano cessato di essere tali in base alle condizioni di cui al paragrafo 1...» (art. 6, par 4).

⁶³ Per un commento critico su tale decisione cfr. A. Muratori, *Una doccia fredda dal Consiglio di Stato sulla competenza delle regioni a sancire l'EoW mediante provvedimenti autorizzatori*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2018, 4, 225 ss.

⁶⁴ Corte di giustizia, 28 marzo 2019, causa C-60/18. Cfr. P. Ficco, P. Fimiani, *End of Waste: quali soluzioni dopo il «no» della Corte di Giustizia alle autorizzazioni «caso per caso?»*, in *Rifiuti - Bollettino di informazione normativa*, 272, 2019; A. Muratori, *End of waste: dalla Corte di Giustizia Ue un «no» (con aperture) alle conclusioni dell'Avvocato Generale*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2019, 5, 370 ss.

⁶⁵ Ovvero il D.L. 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla Legge 14 giugno 2019, n. 55.

⁶⁶ In proposito cfr. A. Muratori, *La riformata Direttiva quadro sui rifiuti*, cit.

Sulla base di tali presupposti, il novellato art. 184-ter, comma 3, D.Lgs. n. 152/2006 – nell’ipotesi in cui non siano stati approvati specifici criteri per l’*end of waste* a livello nazionale relativamente ad una singola categoria di rifiuti – demanda alle Autorità preposte (in linea di massima, le Regioni) al rilascio delle autorizzazioni alla realizzazione degli impianti e allo svolgimento delle attività di recupero, l’individuazione dei criteri dettagliati per la cessazione della qualifica di rifiuto, secondo una valutazione “caso per caso” in relazione alla singola tipologia di rifiuti presa in considerazione, in sede di rilascio o rinnovo delle medesime autorizzazioni⁶⁷.

Nell’ambito di tale valutazione “in concreto”, le suddette autorità dovranno rispettare adeguatamente conto delle condizioni e dei requisiti esplicitamente richiamati dalla nuova disciplina, ovvero le condizioni di cui all’art. 6, par. 1, della Direttiva 98/2008/CE⁶⁸.

Dunque, nel caso in cui non siano state dettate specifiche disposizioni regolamentari, le condizioni per la cessazione della qualifica di rifiuto vengono individuate dall’Amministrazione, in sede di rilascio dell’autorizzazione, sulla base di principi e condizioni piuttosto ampi.

Ciò pone alcune problematiche, prime tra tutte quelle di garantire un adeguato livello di tutela dell’ambiente e di evitare che si creino possibili situazioni di “*dumping ambientale*” a livello nazionale, considerata l’attribuzione della competenza al rilascio delle autorizzazioni.

Il Legislatore ha cercato quindi di risolvere tali questioni prevedendo un articolato procedimento di controllo “a campione” attribuendo un ruolo centra-

⁶⁷ Art. 184-ter, comma 3, D.Lgs. n. 152/2006: «In mancanza di criteri specifici adottati ai sensi del comma 2, le autorizzazioni di cui agli articoli 208, 209 e 211 e di cui al titolo III-bis della parte seconda del presente decreto, per lo svolgimento di operazioni di recupero ai sensi del presente articolo, sono rilasciate o rinnovate nel rispetto delle condizioni di cui all’articolo 6, paragrafo 1, della Direttiva 2008/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, e sulla base di criteri dettagliati, definiti nell’ambito dei medesimi procedimenti autorizzatori, che includono: a) materiali di rifiuto in entrata ammissibili ai fini dell’operazione di recupero; b) processi e tecniche di trattamento consentiti; c) criteri di qualità per i materiali di cui è cessata la qualifica di rifiuto ottenuti dall’operazione di recupero in linea con le norme di prodotto applicabili, compresi i valori limite per le sostanze inquinanti, se necessario; d) requisiti affinché i sistemi di gestione dimostrino il rispetto dei criteri relativi alla cessazione della qualifica di rifiuto, compresi il controllo della qualità, l’automonitoraggio e l’accreditamento, se del caso; e) un requisito relativo alla dichiarazione di conformità. In mancanza di criteri specifici adottati ai sensi del comma 2, continuano ad applicarsi, quanto alle procedure semplificate per il recupero dei rifiuti, le disposizioni di cui al decreto del Ministro dell’ambiente 5 febbraio 1998, pubblicato nel supplemento ordinario n. 72 alla Gazzetta Ufficiale n. 88 del 16 aprile 1998, e ai regolamenti di cui ai decreti del Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio 12 giugno 2002, n. 161, e 17 novembre 2005, n. 269».

⁶⁸ In base al quale: «Gli Stati membri adottano misure appropriate per garantire che i rifiuti sottoposti a un’operazione di riciclaggio o di recupero di altro tipo cessino di essere considerati tali se soddisfano le seguenti condizioni: a) la sostanza o l’oggetto è destinata/o a essere utilizzata/o per scopi specifici; b) esiste un mercato o una domanda per tale sostanza od oggetto; c) la sostanza o l’oggetto soddisfa i requisiti tecnici per gli scopi specifici e rispetta la normativa e gli standard esistenti applicabili ai prodotti; d) l’utilizzo della sostanza o dell’oggetto non porterà a impatti complessivi negativi sull’ambiente o sulla salute umana». Per un primo commento, cfr. A. Muratori, *Autorizzazioni End of waste: lo sblocco arriva dalla conversione del Decreto «Salva imprese»*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2019, 11, 800 ss.

le all'ISPRA (o alle ARPA da questo delegate) in quanto dotato di elevate competenze tecniche, onerato di verificare, in contraddittorio con l'interessato, «la conformità delle modalità operative e gestionali degli impianti, ivi compresi i rifiuti in ingresso, i processi di recupero e le sostanze o oggetti in uscita, agli atti autorizzatori rilasciati nonché alle condizioni di cui al comma 1, redigendo, in caso di non conformità, apposita relazione»⁶⁹.

L'esito del controllo può condurre – in caso di rilevate difformità – ad un adeguamento degli impianti o alla revoca dell'autorizzazione.

Si tratta, dunque, di una normativa che, nella sostanza, in assenza di una specifica disciplina regolamentare unitaria, demanda alle pubbliche amministrazioni l'individuazione “caso per caso” dei criteri specifici e dei presupposti in concreto per la cessazione della qualifica di rifiuto.

Pertanto, si ritiene che – nonostante i controlli a livello centrale previsti dalla medesima normativa, pur sempre eventuali e relativi ad una fase successiva rispetto all'autorizzazione – la predetta novella potrebbe presentare problemi di costituzionalità in ordine al rispetto sia del riparto di competenze statali in materia di tutela dell'ambiente sia del diritto alla salute.

In conclusione, la qualifica di rifiuto non costituisce una “qualificazione irreversibile” di una determinata cosa e, cioè, rappresenta uno stato che può essere acquisito (nei termini di cui all'art. 183, comma 1, lett. a, D.Lgs. n. 152/2006) ma può anche cessare, qualora sussistano i presupposti previsti dalla disciplina di settore o, in assenza di questa, individuati dalla pubblica amministrazione “caso per caso”.

Il rifiuto dunque, attraverso le attività di recupero, diviene una (nuova) materia prima utilizzabile all'interno del ciclo produttivo assoggettata alla disciplina generale codicistica sui beni mobili.

4. *La qualificazione giuridica del rifiuto*

Individuata la portata del concetto di “rifiuto” – che prescinde, come detto dalla tipologia dei materiali e dall'utilità che potenzialmente gli stessi possono ancora offrire – è opportuno svolgere alcune considerazioni in ordine alla qualificazione giuridica dei rifiuti.

Giova rilevare preliminarmente che i rifiuti presentano una caratteristica peculiare: essi, per definizione, derivano da un oggetto o da una sostanza che, in precedenza, non era un rifiuto (eccezion fatta, ovviamente, per il caso di rifiuti derivanti dalle operazioni di recupero o smaltimento dei medesimi rifiuti, nel qual caso comunque la provenienza originaria non muta): attraverso una condot-

⁶⁹ Art. 184-ter, comma 3-ter, D.Lgs. n. 152/2006.

ta che implichi la volontà di “disfarsi” di un determinato bene, dunque, quest’ultimo viene sottratto alla normativa relativa ai beni mobili del Codice Civile per essere sottoposto alla specifica disciplina in materia di rifiuti, senza tuttavia che il medesimo bene abbia subito un’effettiva modificazione o alterazione a livello fisico-strutturale.

Occorre quindi chiedersi se vi siano delle conseguenze giuridiche derivanti dal “disfarsi” di un determinato bene e, più precisamente, se l’atto di disfarsi – o anche solo la volontà di disfarsi – di una “cosa” ed il suo conseguente inquadramento come rifiuto faccia venir meno la sua qualifica di bene in senso giuridico.

I beni in senso giuridico sono definiti dall’art. 810 c.c. come «le cose che possono formare oggetto di diritti»⁷⁰.

La suddetta disposizione prevede che due siano i termini della disciplina dettata dal Legislatore: *a)* i beni sono cose; *b)* l’attitudine della *res* ad essere oggetto di diritto.

Quanto al primo, si ritiene quasi unanimemente che esso sia innanzi tutto pre-giuridico e neutro; tuttavia è stato rilevato come sia necessaria l’identificazione di una definizione di cosa in senso giuridico. In definitiva, il concetto di cosa in senso giuridico ha delle peculiarità che la diversificano, *rectius* specializzano, rispetto all’accezione comune del termine.

Anche la nozione giuridica si riferisce ad un’entità naturale od artificiale, ma a ciò si aggiunge che la cosa, essendo oggetto di attività dell’uomo, acquista rilevanza per il diritto⁷¹.

“Cosa” in senso giuridico è dunque la «cosa rilevante per [...] l’ordinamento giuridico e perciò centro di attrazione di una determinata disciplina giuridica»⁷².

Ciò premesso, il rifiuto presenta certamente le caratteristiche della cosa (in senso giuridico).

Infatti, esso è un’entità materiale e, poiché un oggetto o sostanza diviene rifiuto per volontà dell’uomo, artificiale. Inoltre, a seguito dell’emanazione del D.P.R. 915/1982, ma soprattutto sulla base della disciplina vigente di cui al D.Lgs. n. 152/2006, esso può essere considerato il centro di una determinata disciplina giuridica.

⁷⁰ Sui concetti di “bene” e di “cosa” si è cimentata la migliore dottrina civilistica. Cfr. *ex multis* C.M. Bianca, *Diritto Civile*, VI, Milano, 1999, 49 ss.; O.T. Scozzafava, *Dei beni*, in *Il Diritto Civile. Commentario diretto da Paolo Schlesinger*, Milano, 1999; V. Zeno-Zencovich, *Cosa*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV, Torino, 1989, 438 ss.; F. De Martino, *Dei beni in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja e Branca (artt. 810-956)*, Bologna, 1964; S. Pugliatti, *Beni*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 164 ss.; Id., *Cosa (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 19 ss.; B. Biondi, *Cosa*, in *Noviss. dig. it.*, IV, 1974, 1007 ss.; Id., *I beni*, in F. Vassalli (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1956.

⁷¹ Cfr. S. Pugliatti, *Cosa*, cit., 35, per il quale le cose in senso giuridico sono «quegli oggetti che nell’esperienza e nel linguaggio comune si designano con quel sostantivo, purché presentino una rilevanza per il diritto».

⁷² S. Pugliatti, *Cosa*, cit., 25; cfr. anche B. Biondi, *I beni*, cit., 9.

La normativa attuale, infatti, è imperniata sul concetto di gestione, intesa come una serie complessa di attività che riguardano l'intero ciclo di vita del rifiuto, da quando viene ad esistenza a quando diviene un non rifiuto o (se ciò non sia possibile) viene definitivamente smaltito.

Il rifiuto è dunque divenuto oggetto di una specifica disciplina giuridica e pertanto esso è certamente ascrivibile alla categoria delle cose in senso giuridico⁷³.

Ai fini dell'art. 810 c.c. perché si abbia un bene in senso giuridico, è necessario che la cosa possa formare oggetto di diritti, ossia, secondo la migliore dottrina, che costituisca il termine oggettivo di un diritto soggettivo⁷⁴.

A tale proposito, occorre valutare se il rifiuto – anche in considerazione del superamento della concezione dello stesso come scarto inutile a favore di quella come potenziale risorsa – possa essere considerato un bene in senso giuridico ai sensi dell'art. 810 c.c.

La dottrina è concorde nell'identificare il termine diritto, utilizzato dalla norma, con il diritto soggettivo e attribuisce al diritto di proprietà un ruolo primario, seppure non esclusivo,⁷⁵ ai fini della qualificazione giuridica del bene in senso giuridico⁷⁶.

Per poter accertare se il rifiuto costituisca un bene in senso giuridico è quindi sufficiente verificare se almeno possa formare oggetto del diritto di proprietà.

In proposito, è la stessa disciplina di settore – con particolare riferimento all'attività di commercio dei rifiuti – che offre spunti per pervenire ad una risposta affermativa, pur essendo autorevolmente sostenuta anche la soluzione opposta⁷⁷.

Nella sua accezione comune il termine commercio significa «attività consistente nel comprare e vendere prodotti; compravendita, scambio di merci»⁷⁸ e la nozione

⁷³ Sulla qualificazione del rifiuto come cosa conviene anche la dottrina che nega che esso sia un bene in senso giuridico: cfr. G. Bottino, R. Federici, *op. cit.*, e R. Federici, *La nozione di rifiuti: una teoria*, in *Riv. dir. pubbl. comp.*, 2006, 1051 ss.

⁷⁴ S. Pugliatti, *Beni*, cit., 173; cfr. anche B. Biondi, *I beni*, cit., 9.

⁷⁵ Alcuni Autori hanno rilevato che sussistono, accanto al diritto di proprietà, altri criteri di individuazione dei beni; cfr. per tutti, O.T. Scozzafava, *op. cit.*, 19 ss.; V. Zeno-Zencovich, *op. cit.*, 449 ss.

⁷⁶ O.T. Scozzafava, *op. cit.*, 20 ss.

⁷⁷ Al proposito si veda la posizione assunta da G. Bottino, R. Federici, *op. cit.* Gli Autori, in particolare, affermano che «i rifiuti sono tanto diversi dai beni da poter essere considerati il loro contrario». Su posizioni concettuali consimili si è attestata anche altra parte della dottrina. In particolare, cfr. A.C. Nazzaro, *Nuovi beni tra funzione e dogma*, in *Contratto e Impresa*, 4-5, 2013, 1014 ss.; l'autore ha, in particolare, evidenziato che mentre i beni designano cose che possono formare oggetto di diritti, in quanto possibili fonti di utilità positive, i rifiuti, in considerazione del fatto che la loro detenzione comporta non già la nascita di diritti quanto piuttosto di obblighi, si presentano come «non-beni» ossia fonti di disutilità. Per una ricostruzione delle diverse posizioni cfr. P. Novaro, *Profili giuridici dei residui delle attività antropiche urbane. Gli incerti confini della gestione dei rifiuti urbani*, Bologna, 2019, 331, ss.; l'Autore conclude che «secondo l'opinione oggi dominante i rifiuti debbono essere considerati beni giuridici a tutti gli effetti» (341).

⁷⁸ Definizione del termine «commercio» del Dizionario italiano Sabatini-Coletti, Firenze, 1997.

è in buona sostanza recepita dal Legislatore che definisce il commercio come «l'attività svolta da chiunque professionalmente acquista merci ... e le rivende...»⁷⁹.

A tale riguardo, l'art. 183, comma 1, lett. i), D.Lgs. n. 152/2006 reca una specifica definizione di commerciante (di rifiuti), individuando tale soggetto come «qualsiasi impresa che agisce in qualità di committente, al fine di acquistare e successivamente vendere rifiuti, compresi i commercianti che non prendono materialmente possesso dei rifiuti».

Inoltre, l'art. 188, comma 1-*bis*, del medesimo Decreto stabilisce espressamente che i rifiuti di rame o di metalli ferrosi e non ferrosi possano essere consegnati a imprese autorizzate alle attività di commercio⁸⁰ e l'art. 188-*ter*, comma 1, prevede che i rifiuti urbani e speciali siano oggetto di attività di commercio⁸¹.

Dunque, il rifiuto (e – si noti – non “il sottoprodotto”, che rifiuto non è), in quanto suscettibile di valorizzazione economica, può essere oggetto di attività di commercio, cioè di compravendita, ai sensi dell'art. 1470 c.c. e pertanto, in quanto oggetto del diritto di proprietà, costituisce un bene in senso giuridico.

Inoltre, in materia di beni, vi è una stretta correlazione tra scienza economica e scienza giuridica⁸², anche se le due nozioni sono autonome e distinte. È stato a tal proposito rilevato che i beni in senso giuridico «tendenzialmente possiedono anche rilevanza sotto il profilo economico», ma «occorre non elevare a regola ciò che costituisce una soluzione tendenziale»⁸³. Infatti, la nozione di bene giuridico è più ampia e «anche entità economicamente non valutabili possono [...] essere beni giuridici in quanto giuridicamente tutelate»⁸⁴.

I caratteri propri del bene in senso economico sono l'utilità e la limitatezza. Tali caratteri, e particolarmente il primo⁸⁵, sembrano essere riferibili anche

⁷⁹ Art. 4, comma 1, D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 114, recante «Riforma della disciplina relativa al settore del commercio, a norma dell'articolo 4, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59».

⁸⁰ «Il produttore iniziale o altro detentore dei rifiuti di rame o di metalli ferrosi e non ferrosi che non provvede direttamente al loro trattamento deve consegnarli unicamente ad imprese autorizzate alle attività di trasporto e raccolta di rifiuti o di bonifica dei siti o alle attività di commercio o di intermediazione senza detenzione dei rifiuti, ovvero a un ente o impresa che effettua le operazioni di trattamento dei rifiuti o ad un soggetto pubblico o privato addetto alla raccolta dei rifiuti, in conformità all'articolo 212, comma 5, ovvero al recupero o smaltimento dei rifiuti, autorizzati ai sensi delle disposizioni della parte quarta del presente decreto. Alla raccolta e al trasporto dei rifiuti di rame e di metalli ferrosi e non ferrosi non si applica la disciplina di cui all'articolo 266, comma 5».

⁸¹ «Sono tenuti ad aderire al sistema di controllo della tracciabilità dei rifiuti (SISTRI) di cui all'articolo 188-*bis*, comma 2, lettera a), gli enti e le imprese produttori iniziali di rifiuti speciali pericolosi e gli enti o le imprese che raccolgono o trasportano rifiuti speciali pericolosi a titolo professionale compresi i vettori esteri che operano sul territorio nazionale, o che effettuano operazioni di trattamento, recupero, smaltimento, commercio e intermediazione di rifiuti urbani e speciali pericolosi, inclusi i nuovi produttori che trattano o producono rifiuti pericolosi...».

⁸² Cfr. per tutti S. Pugliatti, *Cosa*, cit., 167 ss.; C.M. Bianca, *op. cit.*, 50 ss.; B. Biondi, *I beni*, cit., 12.

⁸³ O.T. Scozzafava, *op. cit.*, 10.

⁸⁴ C.M. Bianca, *ibidem*.

⁸⁵ Cfr. B. Biondi, *I beni*, cit., 9, 11. L'autore, che ritiene che i concetti di bene e di cosa coincidano, ritiene che l'utilità costituisca una caratteristica necessaria della cosa in senso giuridico. Quanto al concetto di

al bene in senso giuridico, e ciò perché una cosa che presenta tali caratteristiche diviene centro di interesse per i soggetti della collettività; ciò rende indispensabile che l'ordinamento disciplini le situazioni giuridiche inerenti a tale cosa, cioè la renda oggetto di diritto e, dunque, bene in senso giuridico.

La normativa sui rifiuti, sin dal c.d. "Decreto Ronchi" del 1997, sancisce l'abbandono della politica "usa e getta"⁸⁶, mentre viene favorito al massimo il reinserimento dei rifiuti nel ciclo economico-produttivo, mediante operazioni di recupero. Il rifiuto viene quindi considerato alla stregua di una materia prima dalla quale trarre energia o materiali idonei agli usi più svariati. Esso può quindi presentare la caratteristica dell'utilità ed è idoneo ad essere oggetto di diritto e, quindi, bene in senso giuridico.

Pertanto, sembra ragionevole ritenere che il rifiuto rientri nella nozione di bene in senso giuridico e, specificamente, nella categoria codicistica dei beni mobili.

Tuttavia, poiché è un bene che presenta delle caratteristiche peculiari (come in precedenza chiarito), ma soprattutto per l'interazione della materia dei rifiuti con interessi pubblici e costituzionali (quali, ad esempio, ambiente e salute pubblica), il Legislatore ha approntato un'apposita normativa, contenuta nel D.Lgs. n. 152/2006, fortemente derogatrice della disciplina codicistica.

5. *Il regime pubblicistico dei rifiuti*

5.1. *La disciplina della gestione*

Come emerge dalle precedenti considerazioni, la rilevanza della qualificazione di un bene come rifiuto è strettamente collegata alla disciplina alla quale i rifiuti sono assoggettati, che deroga incisivamente rispetto a quella generale codicistica sui beni mobili.

In proposito, occorre rilevare che l'intera normativa sui rifiuti è imperniata sul concetto di "gestione", nel quale rientrano, in maniera sostanzialmente omnicomprensiva, tutte le attività riguardanti il rifiuto, dalla sua formazione alla sua cessazione⁸⁷.

limitatezza, Pugliatti (*Beni*, cit., 169), sostiene che essa è un elemento che, nel campo del diritto, rileva non da un punto di vista quantitativo, ma in funzione dell'individuazione dell'oggetto. Con significato analogo Scozzafava parla di «autonomia» della cosa.

⁸⁶ Cfr. C. Rapisarda-Sassoon, G. Cassar., *La nuova normativa sui rifiuti*, Milano, 1997, 311 ss.

⁸⁷ Per una completa ricostruzione della disciplina della gestione dei rifiuti cfr. P. Dell'Anno, *Disciplina della gestione dei rifiuti*, in P. Dell'Anno, E. Picozza (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. II, *Discipline ambientali di settore*, Padova, 2013, 162 ss.; A. Borzi, *La gestione dei rifiuti*, in R. Ferrara, M.A. Sandulli (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. II, Milano, 2014, 605 ss.; F. de Leonardis, *op. cit.*; M. Collevocchio, *La gestione dei rifiuti*, in B. Caravita, L. Cassetta, A. Morrone (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Bologna,

In particolare, secondo quanto disposto dall'art. 183, comma 1, lett. n), D.Lgs. n. 152/2006 la gestione include «la raccolta, il trasporto, il recupero e lo smaltimento dei rifiuti, compresi il controllo di tali operazioni e gli interventi successivi alla chiusura dei siti di smaltimento, nonché le operazioni effettuate in qualità di commerciante o intermediario»⁸⁸.

La specifica disciplina relativa a tale attività si diversifica a seconda della tipologia dei rifiuti: la classificazione dei rifiuti – fissata dall'art. 184, D.Lgs. n. 152/2006 – è funzionale ad una gestione degli stessi che sia conforme agli obiettivi di tutela posti dalla stessa normativa di settore.

La classificazione è operata principalmente secondo due categorie: origine e pericolosità.

Per quanto riguarda la prima delle suddette categorie la distinzione è fra rifiuto urbano e speciale; per ciò che attiene alla seconda, fra rifiuto pericoloso e non pericoloso.

Con riferimento alla “gestione”, è alla distinzione tra rifiuti urbani e speciali che va rivolta principale attenzione: il sistema di gestione dei rifiuti urbani – così come definiti dall'art. 184, comma 2, D.Lgs. n. 152/2006 – è, infatti, differente da quello degli speciali di cui al comma 3 del medesimo art. 184.

Tuttavia, numerose sono le disposizioni comuni alla gestione. Esse sono da ricondursi all'esigenza di tutela ambientale e della salute umana che rendono la gestione dei rifiuti «un'attività di pubblico interesse», ai sensi dell'art. 177, comma 2, D.Lgs. n. 152/2006.

Innanzitutto, la normativa di settore attribuisce numerose competenze in materia di gestione dei rifiuti ai soggetti pubblici, in particolare per quanto concerne la programmazione e la pianificazione delle attività.

In primo luogo, occorre rilevare che la Costituzione, all'art. 117, comma 2, lett. s), assegna allo Stato una competenza esclusiva in materia di tutela dell'ambiente e conseguentemente anche in ordine alla gestione dei rifiuti⁸⁹: il riparto di

2016, 203 ss. Per un approfondito ed esaustivo quadro comparato della gestione cfr. C. Feliziani, *La gestione dei rifiuti in Europa; un'analisi comparata*, in www.federalismi.it, 2017, 15; e G. Cerrina Feroni (a cura di), *Produzione, gestione, smaltimento dei rifiuti in Italia, Francia e Germania, tra diritto, tecnologia e politica*, Torino, 2014.

⁸⁸ La medesima disposizione specifica inoltre – a seguito delle modifiche ivi introdotte dal D.L. n. 91/2014, convertito dalla Legge n. 116/2014 – che non costituiscono attività di gestione dei rifiuti «le operazioni di prelievo, raggruppamento, cernita e deposito preliminari alla raccolta di materiali o sostanze naturali derivanti da eventi atmosferici o meteorici, ivi incluse mareggiate e piene, anche ove frammisti ad altri materiali di origine antropica effettuate, nel tempo tecnico strettamente necessario, presso il medesimo sito nel quale detti eventi li hanno depositati».

⁸⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2015, n. 1556, che ha affermato che: «In materia di smaltimento dei rifiuti lo Stato è titolare di una competenza statale esclusiva, riconducibile all'ipotesi della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema prevista dall'art. 117, comma 2, lett. s), Cost., essendo conseguentemente inibito al Legislatore regionale introdurre deroghe o limiti di varia natura e portata. Non è dunque consentito al Legislatore regionale derogare alla ripartizione di competenze stabilita a livello nazionale fra le Regioni, che hanno il potere di autorizzare i nuovi impianti, e le Province, che hanno il potere di pianificare le zone idonee e non

competenze tra i vari organi nella materia della gestione dei rifiuti è, quindi, stabilita a livello di normativa primaria nazionale – segnatamente, dagli artt. 195 e ss. D.Lgs. n. 152/2006 – e non può essere oggetto di deroghe ad opera della normativa regionale.

Lo Stato ha principalmente compiti di pianificazione del sistema di gestione dei rifiuti, tra i quali l'individuazione dei criteri generali e delle metodologie per la gestione integrata dei rifiuti⁹⁰ e degli obiettivi di qualità dei servizi di gestione dei rifiuti⁹¹ nonché la determinazione dei criteri per l'adozione, da parte delle Regioni, dei piani regionali di gestione dei rifiuti⁹².

Di particolare rilievo risulta, poi, la competenza concernente l'individuazione dei requisiti e delle capacità tecniche e finanziarie per l'iscrizione all'Albo dei gestori ambientali di cui all'art. 212, D.Lgs. n. 152/2006⁹³, che costituisce un requisito necessario per svolgere tutte le attività qualificabili come "gestione dei rifiuti".

Particolarmente rilevanti sono poi i compiti riservati alle Regioni. Queste ultime, infatti, non soltanto sono preposte all'approvazione dei progetti di nuovi impianti per la gestione di rifiuti⁹⁴, ma sono anche, e soprattutto, competenti a regolamentare l'attività di gestione dei rifiuti per il tramite dell'adozione dei piani regionali di gestione dei rifiuti di cui all'art. 199, D.Lgs. n. 152/2006. Tali piani sono strumenti pianificatori regionali che – nell'ambito della "cornice" disegnata dalla normativa nazionale – individuano, sulla base di un'analisi dei dati relativi all'esistente gestione dei rifiuti, sia il fabbisogno di impianti necessari a garantire un'ideale gestione dei rifiuti sia le misure da adottare per consentire che le citate attività di gestione dei rifiuti garantiscano un'adeguata efficacia ambientale⁹⁵.

Le Regioni sono poi competenti al rilascio e al rinnovo delle autorizzazioni per gli impianti di smaltimento e recupero dei rifiuti (di cui agli artt. 208 e 209, D.Lgs. n. 152/2006).

Alle Province, infine, è demandato il compito di svolgere le attività di controllo periodico sulla gestione, intermediazione e commercio dei rifiuti, ivi compreso l'accertamento delle violazioni della normativa di settore, da svolgersi per il tramite di apposite convenzioni con Agenzie regionali per la protezione dell'am-

idonee agli impianti sulla base dei criteri stabiliti nel piano di gestione dei rifiuti della Regione (cfr. artt. 196, 197, 208 TUA), senza che le seconde possano esprimere un potere di veto con effetto ostativo assoluto al rilascio del titolo autorizzativo».

⁹⁰ Cfr. art. 195, comma 1, lett. b), D.Lgs. n. 152/2006.

⁹¹ Cfr. art. 195, comma 1, lett. l), D.Lgs. n. 152/2006.

⁹² Cfr. art. 195, comma 2, lett. a), D.Lgs. n. 152/2006.

⁹³ Cfr. art. 195, comma 2, lett. g), D.Lgs. n. 152/2006. Lo Stato ha proceduto ad adottare i requisiti ivi previsti con il D.M. 3 giugno 2014, n. 120.

⁹⁴ Cfr. art. 196, comma 1, lett. d), D.Lgs. n. 152/2006.

⁹⁵ Cfr. artt. 196 e 199 D.Lgs. n. 152/2006.

biente (ARPA) e coordinandosi, per i profili di rispettiva competenza, con il Comando carabinieri tutela ambiente (C.C.T.A.)⁹⁶.

Altro tratto comune della gestione dei rifiuti urbani e degli speciali è quello concernente i soggetti titolati a svolgere le diverse attività ricomprese nella gestione stessa: essa, infatti, è attuata esclusivamente dai soggetti iscritti nell’Albo nazionale dei gestori ambientali di cui all’art. 212, D.Lgs. n. 152/2006. Sicché, l’iscrizione all’Albo costituisce un prerequisite necessario per poter legittimamente svolgere le attività di gestione dei rifiuti⁹⁷.

Tale Albo è articolato in un Comitato Nazionale – con sede presso il Ministero dell’Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare – ed in Sezioni regionali istituite presso le sedi delle Camere di Commercio dei capoluoghi di Regione ed è regolato, nel suo concreto funzionamento, dalle disposizioni del D.M. 3 giugno 2014, n. 120⁹⁸.

Quanto al profilo soggettivo, la normativa regolamentare prevede che possano iscriversi all’Albo i soggetti in possesso non soltanto degli ordinari requisiti di

⁹⁶ Cfr. art. 197, D.Lgs. n. 152/2006.

⁹⁷ Cfr. Cass. pen., sez. III, 17 maggio 2017, n. 52632, che ha evidenziato che «per esercitare legittimamente le operazioni di raccolta e trasporto da parte degli appartenenti alla categoria prevista dall’art. 212, comma 8, D.Lgs. n. 152/2006, è necessaria l’iscrizione all’albo», nonché Cass. pen., sez. III, 16 marzo 2017, n. 19208, che ha al proposito specificato che «l’autorizzazione alla gestione dei rifiuti ha natura personale, sicché deve escludersi che il titolo abilitativo corrispondente possa essere utilizzato indifferentemente da più soggetti».

⁹⁸ In particolare, la citata normativa di carattere secondario prevede la necessaria iscrizione all’Albo per poter legittimamente svolgere le seguenti attività di gestione dei rifiuti: raccolta e trasporto di rifiuti urbani; raccolta e trasporto dei propri rifiuti nonché dei propri rifiuti pericolosi; trasporto di rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche (RAEE); raccolta e trasporto di rifiuti speciali non pericolosi; raccolta e trasporto di rifiuti speciali pericolosi; trasporti transfrontalieri di rifiuti; custodia di rifiuti in attesa della presa in carico degli stessi da parte di imprese ferroviarie o navali; intermediazione e commercio di rifiuti senza detenzione dei rifiuti stessi; bonifica dei siti contaminati; nonché bonifica dei siti contenenti amianto (cfr. art. 8 del su citato D.M. n. 120/2014. Il successivo art. 9 specifica, inoltre, che a ciascuna di tali attività corrisponde una apposita sezione dell’Albo in cui è necessario iscriversi per svolgere la relativa attività).

carattere generale⁹⁹, ma anche di specifici requisiti di idoneità tecnica¹⁰⁰ oltre che di un'adeguata capacità finanziaria, necessari a garantire che l'attività di gestione dei rifiuti sia svolta con modalità idonee a tutelare gli interessi pubblici coinvolti.

La normativa di settore prevede, poi, ulteriori disposizioni comuni ai due sistemi di gestioni in precedenza richiamati: ci si riferisce, in particolare, all'obbligo per gli enti e le imprese che gestiscono i rifiuti (urbani o speciali) di consentire un'adeguata tracciabilità dei rifiuti, tramite il conferimento di idonee informazioni al Catasto rifiuti di cui all'art. 189, D.Lgs. n. 152/2006 e tramite la tenuta e la compilazione dei Registri di carico e scarico di cui al successivo art. 190¹⁰¹.

⁹⁹ Tali requisiti sono individuati dall'art. 10 del decreto, in base al quale per l'iscrizione è necessario che i soggetti interessati: «a) siano cittadini italiani o cittadini di Stati membri della UE o cittadini di un altro Stato, a condizione che quest'ultimo riconosca analogo diritto ai cittadini italiani; b) siano iscritti al registro delle imprese...; c) non siano in stato di interdizione o inabilitazione ovvero di interdizione temporanea dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese; d) non abbiano riportato condanna passata in giudicato, anche ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale e anche qualora sia intervenuta l'estinzione di ogni effetto penale della stessa o sia stato concesso il condono della pena, nei seguenti casi: 1) condanna a pena detentiva per reati previsti dalle norme a tutela dell'ambiente, ivi incluse le norme a tutela della salute, le norme in materia edilizia e in materia urbanistica; 2) condanna alla reclusione per un tempo superiore ad un anno per delitti non colposi...; e) siano in regola con gli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali a favore dei lavoratori...; f) non sussistono nei loro confronti le cause di divieto, di decadenza o di sospensione di cui all'articolo 67 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159; g) non si trovino, in sede di prima iscrizione, in stato di liquidazione o siano, comunque, soggetti ad una procedura concorsuale o a qualsiasi altra situazione equivalente secondo la legislazione straniera; h) siano in possesso dei requisiti di idoneità tecnica e di capacità finanziaria di cui al successivo articolo 11; i) non abbiano reso false dichiarazioni o compiuto falsificazioni nel fornire le informazioni richieste» ai sensi del medesimo art. 10 del decreto.

¹⁰⁰ I requisiti di capacità tecnica sono individuati dall'art. 11 del decreto, in base al quale possono richiedere l'iscrizione all'Albo i soggetti che attestino: a) di essere in possesso di una idonea qualificazione professionale dei responsabili tecnici; b) di essere in possesso dell'attrezzatura tecnica necessaria allo svolgimento delle attività di gestione, risultante, in particolare, dai mezzi d'opera, dagli attrezzi, dai materiali di cui l'impresa o l'ente dispone; c) di essere in possesso di un'adeguata dotazione di personale; d) di aver eventualmente eseguito o realizzato opere o aver svolto servizi nel settore per il quale è richiesta l'iscrizione o in ambiti ad esso affini.

¹⁰¹ Nell'ottica del Legislatore la tracciabilità dei rifiuti avrebbe, invero, dovuto essere garantita dal ricorso al sistema di controllo della tracciabilità dei rifiuti (SISTRI) di cui all'art. 188-ter del D.Lgs. n. 152/2006, un complesso sistema di monitoraggio che si basava sostanzialmente sull'utilizzo di apparecchiature elettroniche. Dopo travagliate vicende, si è pervenuti di recente alla totale abrogazione del sistema SISTRI, per il tramite dell'art. 6 («Disposizioni in merito alla tracciabilità dei dati ambientali inerenti rifiuti») del D.L. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla Legge 11 febbraio 2019, n. 12. Contestualmente, la medesima disposizione ha previsto l'istituzione del «Registro elettronico nazionale per la tracciabilità dei rifiuti», già ribattezzato RENTR, che sarà compiutamente disciplinato, oltre che gestito, dal Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare. Fino all'adozione, da parte del Ministero, della disciplina attuativa necessaria per rendere effettiva l'istituzione del RENTR allo stato non ancora approvata, trovano applicazione le disposizioni e gli adempimenti previgenti e, segnatamente, il Registro di carico e scarico di cui all'art. 190, D.Lgs. n. 152/2006, il Formulario di identificazione rifiuti (FIR) ed il Modello unico di dichiarazione ambientale (MUD). In relazione alle vicende relative al sistema di tracciabilità dei rifiuti si veda, in termini generali, A. Muratori, *SISTRI: il nuovo Regolamento lascia irrisolti (almeno in parte) i vecchi problemi*, in *Ambiente & Sviluppo*, 7, 2016, 491 ss.; C. Bovino, *Sistri, dopo il nuovo TU (D.M. n. 78/2016) arriva anche il nuovo gestore*, in *Ambiente & Sviluppo*, 10, 2016, 625 ss.; A. Quaranta, *Soppressione del SISTRI: cosa cambia con il nuovo Registro elettronico?*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2019, 5, 363 ss.

Pertanto, il bene rifiuto, in quanto oggetto dell'attività di gestione, è sottoposto ad una disciplina di tipo pubblicistico che limita fortemente l'autonomia dei soggetti privati e comporta in particolare che tali beni possano essere gestiti soltanto da soggetti iscritti in uno specifico albo, che sono tenuti ad ottemperare ad una serie di obblighi relativi alla gestione.

Sulla base della suddetta normativa, deve quindi escludersi che, salvo i produttori di rifiuti – che comunque sono tenuti a consegnarli a imprese autorizzate alla gestione – soggetti diversi da quelli iscritti nel suddetto Albo possano essere proprietari o detentori di rifiuti.

Ciò posto, occorre rilevare che – come in precedenza evidenziato – la specifica disciplina concernente la gestione dei rifiuti si differenzia in base alla tipologia di materiali di cui trattasi.

5.2. *La gestione dei rifiuti urbani...*

Quanto alla gestione dei rifiuti urbani, essa costituisce un servizio pubblico¹⁰².

Al riguardo, occorre rilevare che il quadro normativo di riferimento relativo a tale servizio pubblico ha subito, nel corso degli anni, notevoli modificazioni. Esse hanno riguardato sia la disciplina di settore (D.Lgs. n. 152/2006) che quella generale sui servizi pubblici locali di rilevanza economica (D.L. n. 138/2011).

Il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani costituisce uno degli elementi di maggiore innovazione apportati dal D.Lgs. n. 152/2006 (in particolare artt. 200 e ss.) rispetto al quadro normativo previgente (c.d. Decreto Ronchi, D.Lgs. n. 22/1997) ove semplicemente si prevedeva, all'art. 23, una «gestione unitaria dei rifiuti urbani», ma non si escludeva la possibilità che tale gestione fosse demandata a differenti organi pubblici e svolta, sotto il profilo attuativo, da più soggetti differenti¹⁰³, in virtù di una privativa a livello comunale.

¹⁰² Cfr. Cons. Stato, sez. V, 1 agosto 2015, n. 3780, che ha inquadrato il servizio di gestione dei rifiuti solidi urbani alla stregua di un servizio pubblico locale. In particolare, con detta pronuncia il Consiglio di Stato ha evidenziato che «i servizi di igiene urbana attinenti la raccolta ed il trasporto di rifiuti rientrano nella qualificazione dell'art. 112 T.U.E.L., ai sensi del quale gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali, con la conseguenza che, ai sensi dell'art. 198 D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, spetta ai Comuni la gestione dei rifiuti urbani, compresa la disciplina delle modalità del servizio di raccolta e di trasporto».

¹⁰³ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 novembre 2012, n. 5969. Con la suddetta pronuncia il Consiglio di Stato ha rilevato che «l'art. 23 del D.Lgs. n. 22 del 1997 evidenzia la previsione di ambiti territoriali ottimali provinciali non solo al fine di disporre una equa ripartizione territoriale dello smaltimento dei rifiuti, ma anche al fine di garantire il perseguimento della efficienza della loro gestione, della quale tende ad evitare la frammentazione, per quanto possibile, in ambito sub provinciale. La norma non vieta, tuttavia, che la gestione possa essere effettuata anche in ambiti extraprovinciali, che deve quindi ritenersi consentita purché sia tutelata la esigenza di efficienza e concentrazione. Nel concetto di efficienza, in ogni caso, deve comprendersi anche quello di

La disciplina di settore prevede in primo luogo che la gestione dei rifiuti urbani sia organizzata sulla base di ambiti territoriali ottimali e con criteri finalizzati, tra l'altro, al superamento della frammentazione delle gestioni attraverso un servizio di gestione integrata dei rifiuti (art. 200, comma 1).

Lo strumento organizzativo per garantire "l'unicità" della gestione era originariamente rappresentato dall'ente "Autorità dell'Ambito", che era deputato alla organizzazione e al controllo del servizio stesso nonché alla individualizzazione, mediante gara, del gestore (artt. 201 e 202, D.Lgs. n. 152/2006).

Tuttavia, la figura delle Autorità d'Ambito è stata soppressa dall'art. 2, comma 186-*bis*, Legge n. 191/2009 (legge finanziaria 2010)¹⁰⁴, che ha abrogato l'art. 201, D.Lgs. n. 152/2006 che ne prevedeva la costituzione e le competenze. La medesima disposizione, inoltre, demandava alla legislazione regionale l'individuazione del soggetto (o dei soggetti) che avrebbero dovuto subentrare nelle funzioni già assegnate all'Autorità d'ambito, indicando a tale fine i principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza.

La circostanza che la norma non specificasse se il subentro sarebbe dovuto avvenire a favore di uno o di più enti – soluzione quest'ultima che sembrava resa possibile anche dai principi summenzionati – non è senza rilievo. Infatti, la suddivisione dei compiti dell'Autorità tra più soggetti avrebbe potuto portare alla situazione esistente sulla base del quadro normativo previgente (D.Lgs. n. 22/1997).

In tale quadro di incertezza – e delle possibili ricadute sull'intero sistema di gestione dei rifiuti – il Legislatore è quindi nuovamente intervenuto, con la fina-

ottenere stessi servizi a prezzi più favorevoli per il Comune, sicché deve ritenersi legittima la richiesta, formulata dal comune alla regione, al fine di ottenere l'autorizzazione per il conferimento di rifiuti comunali fuori dal suo ambito di appartenenza, incombendo sulla Regione il dovere di valorizzare il tentativo dell'Amministrazione comunale di ottenere tariffe più convenienti, perseguendo una sostanziale omogeneità delle tariffe più basse sull'intero territorio regionale, al fine di coniugare l'esigenza di una equa ripartizione territoriale dello smaltimento dei rifiuti con quella di un' oculata amministrazione delle risorse finanziarie degli enti locali, in vista del loro obiettivo di assicurare ai cittadini in essi residenti un servizio funzionale ed economico». Il Giudice Amministrativo, dunque, ha evidenziato che la gestione dei rifiuti, benché definita «unitaria» dalla norma, poteva essere ripartita a più livelli, atteso che non vi era uno specifico divieto al riguardo.

¹⁰⁴ In particolare, il predetto comma 186-*bis* – aggiunto dal comma 1-*quinqüies* dell'art. 1 del D.L. n. 2/2010 – dispone che «decorso un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono sopresse le Autorità d'ambito territoriale di cui agli articoli 148 e 201 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e successive modificazioni. Decorso lo stesso termine, ogni atto compiuto dalle Autorità d'ambito territoriale è da considerarsi nullo. Entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, le regioni attribuiscono con legge le funzioni già esercitate dalle Autorità, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza. Le disposizioni di cui agli articoli 148 e 201 del citato decreto legislativo n. 152 del 2006, sono efficaci in ciascuna regione fino alla data di entrata in vigore della legge regionale di cui al periodo precedente. I medesimi articoli sono comunque abrogati decorso un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge». La decorrenza dell'effetto abrogativo è stata posticipata al 31 marzo 2011 dall'art. 1, D.L. n. 225/2010, poi al 31 dicembre 2011 in forza del disposto di cui al D.P.C.M. 25 marzo 2011 e, infine, al 31 dicembre 2012 per effetto di quanto disposto dall'art. 13, comma 2, D.L. 29 dicembre 2011, n. 216 (convertito, con modificazioni, dalla Legge n. 14/2012).

lità di unificare sostanzialmente la disciplina dei servizi pubblici di rilevanza economica a rete, ivi compreso quello di gestione dei rifiuti urbani¹⁰⁵.

In particolare, con l'art. 3 bis, D.L. n. 138/2011¹⁰⁶ come modificato e integrato dall'art. 34, D.L. n. 179/2012, convertito, con modificazioni, dalla Legge n. 221/2012 (disposizione peraltro successivamente modificata dalla Legge n. 190/2014 a decorrere dal 1° gennaio 2015), il Legislatore nazionale ha previsto che le Regioni debbano organizzare «lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica definendo il perimetro degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei... istituendo o designando gli enti di governo degli stessi...».

Quanto all'organizzazione dei servizi, il medesimo art. 3-bis, al comma 2, prevede che «le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresi quelli appartenenti al settore dei rifiuti urbani, di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza per quanto di competenza, di affidamento della gestione e relativo controllo sono esercitate unicamente dagli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei istituiti o designati».

In buona sostanza, la norma statale prevede che vi sia un ente di “governo” a livello di ambito territoriale ottimale che procede ad organizzare, affidare la gestione (secondo le modalità consentite dall'ordinamento nazionale e comunitario¹⁰⁷) e controllare i suddetti servizi pubblici¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Sulle problematiche create dalla «stratificazione normativa» che rende problematico individuare anche l'oggetto del servizio, cfr. P. Novaro, *op. cit.*, in part. 91 ss.

¹⁰⁶ Articolo inserito dall'art. 25, comma 1, lett. a), D.L. n. 1/2012, convertito, con modificazioni, dalla Legge n. 27/2012.

¹⁰⁷ L'affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani, al pari di quanto avviene per gli altri servizi pubblici di rilevanza economica, avviene secondo le “ben note” tre modalità alternative: a) affidamento mediante gara pubblica, così come previsto dall'art. 202, comma 1, D.Lgs. n. 152/2006, tutt'ora vigente. In tale ipotesi, trovano ovviamente applicazione le disposizioni previste – anche nel caso di affidamento in concessione – dal Codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. n. 50/2016; b) affidamento ad una società mista, secondo le modalità del partenariato pubblico-privato e, quindi, tramite il ricorso ad una cosiddetta gara «a doppio oggetto», ai sensi dell'art. 5, comma 9, del Codice dei contratti pubblici e dell'art. 17 del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica di cui al D.Lgs. n. 175/2016; c) affidamento *in house*, qualora ricorrano i requisiti di origine giurisprudenziale ora esplicitamente previsti dall'art. 5, comma 1, D.Lgs. n. 50/2016.

¹⁰⁸ La citata competenza statale nella materia in esame trova – come puntualmente evidenziato dalla Corte costituzionale – il proprio fondamento nell'art. 117 della Costituzione. Da un lato, infatti, la competenza legislativa statale in materia di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica costituisce una esplicazione del potere statale in materia di «coordinamento della finanza pubblica» (cfr. art. 117, comma 3, Cost.), considerando che la disciplina del regime dei servizi pubblici locali, avendo una diretta incidenza sul mercato, deve ritenersi anche «finalizzata a superare situazioni di frammentazione e a garantire la competitività e l'efficienza dei relativi mercati» (cfr. Corte cost., 5 ottobre 2010, n. 325, e 17 maggio 2016, n. 160, entrambe concernenti la normativa di carattere nazionale in materia di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, art. 3-bis del D.L. n. 138/2011 e art. 1, comma 90, L. n. 56/2014). Sotto un secondo profilo la medesima competenza trova il suo fondamento anche nella tutela della concorrenza (cfr. art. 117, comma 2, lett. e, Cost.), atteso che i servizi pubblici locali – benché possano anche essere gestiti per il tramite di società *in house* – hanno comunque una «diretta incidenza sul mercato» (cfr. Corte cost., 12 febbraio 2013, n. 46, e 17 maggio 2016, n. 160). Infine, per quanto concerne lo specifico ambito della gestione dei rifiuti urba-

Lo stesso Legislatore ha chiarito che «per la gestione ed erogazione dei servizi di gestione integrata dei rifiuti urbani sono affidate ai sensi dell'articolo 202 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e nel rispetto della normativa europea e nazionale sull'evidenza pubblica, le seguenti attività: a) la gestione ed erogazione del servizio che può comprendere le attività di gestione e realizzazione degli impianti; b) la raccolta, la raccolta differenziata, la commercializzazione e l'avvio a smaltimento e recupero, nonché, ricorrendo le ipotesi di cui alla lettera a), smaltimento completo di tutti i rifiuti urbani e assimilati prodotti all'interno dell'ATO»¹⁰⁹.

Dunque, la gestione integrata sembra poter assumere due configurazioni: una "ampia", dalla raccolta all'impiantistica; una "ristretta", dalla raccolta all'avvio a smaltimento/recupero.

I piani regionali di gestione dei rifiuti, previsti dall'art. 199, D.Lgs. n. 152/2006 rappresentano la sede in cui la gestione integrata viene declinata in ambiti territoriali ottimali e in fabbisogni degli impianti necessari ad assicurare «autosufficienza della gestione dei rifiuti urbani non pericolosi all'interno di ciascuno degli ambiti territoriali ottimali di cui all'art. 200, nonché ad assicurare lo smaltimento dei rifiuti speciali in luoghi prossimi a quelli di produzioni al fine di favorire la riduzione della movimentazione di rifiuto». Dalla lettura congiunta delle suddette disposizioni, discende che la gestione integrata – che le Regioni sono tenute a promuovere – può avere "ampiezze" e contesti differenti: una versione "ristretta" in cui le regioni si limitano a verificare la sussistenza delle condizioni per l'autosufficienza nello smaltimento dei rifiuti urbani non pericolosi e una invece "ampia" nella quale assicurano la chiusura del ciclo dei rifiuti.

Sicché, se la raccolta differenziata, l'avvio a recupero e smaltimento, unitamente alla commercializzazione dei rifiuti urbani rientrano necessariamente nelle attività soggette alla pianificazione del servizio di gestione integrata, le attività di recupero e smaltimento potrebbero essere affidate al mercato.

Pertanto, il servizio pubblico di gestione integrata può avere un oggetto più o meno ampio – comunque comprensivo almeno delle attività di cui alla suddetta lett. b) dell'art. 25, comma 4, D.L. n. 1/2012 – ed essere o meno aperto ad

ni, la potestà legislativa statale trova un ulteriore fondamento nell'art. 117, comma 2, lett. s), Cost., che prevede una competenza legislativa esclusiva nella materia della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema. D'altronde, come autorevolmente evidenziato dalla Corte costituzionale, la normativa in materia ambientale, che scaturisce dall'esercizio di una competenza esclusiva dello Stato, non può che costituire anche «un limite alla disciplina che le Regioni e le Province autonome dettano in altre materie di loro competenza, per cui queste ultime non possono in alcun modo derogare il livello di tutela ambientale stabilito dallo Stato» (Corte cost., 15 gennaio 2008, n. 62, e 25 settembre 2007, n. 378), in quanto spetta alla disciplina statale tener conto degli altri interessi costituzionalmente rilevanti contrapposti alla tutela dell'ambiente (Corte cost., 18 giugno 2008, n. 214; principio di recente ribadito da Corte cost., 16 aprile 2019, n. 129).

¹⁰⁹ Art. 1, comma 4, D.L. n. 1/2012, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, dalla Legge n. 27/2012.

una concorrenza nel mercato a seconda di come viene configurato dalla pianificazione regionale.

Ne deriva che il concetto di gestione integrata dei rifiuti urbani di cui all’art. 200, D.Lgs. n. 152/2006 deve allo stato ritenersi quale principio di carattere generale, al quale le Amministrazioni devono uniformarsi.

Ciò è stato, d’altronde, anche di recente ribadito dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, proprio con specifico riferimento al servizio di gestione dei rifiuti¹¹⁰.

In ogni caso, il quadro esistente è piuttosto articolato e disomogeneo¹¹¹ e, al fine di garantire la definizione dei livelli di qualità dei servizi, la tutela dei diritti degli utenti, la fissazione del metodo tariffario relativo al servizio integrato dei rifiuti, il Legislatore – in considerazione della rilevanza dell’attività (di servizio pubblico) della gestione dei rifiuti – ha attribuito (art. 1, comma 527, L. n. 205/2017) funzioni di regolazione e controllo sul ciclo dei rifiuti urbani e assimilati all’Autorità per l’energia elettrica, il gas e le risorse idriche, nell’occasione trasformata in «Autorità di regolazione per Energia Reti e Ambiente» (art. 1, comma 528, L. n. 205/2017) con i medesimi compiti e attribuzioni di cui alla L. n. 481/1995¹¹².

Pertanto, il bene rifiuto urbano costituisce il riferimento oggettivo dell’attività di regolazione e controllo di un’Autorità indipendente e lo stesso è attribuito, in prima battuta, al soggetto titolare del servizio pubblico di gestione integrato dei rifiuti urbani, che è vincolato, oltre che dalla normativa di settore, dalla disciplina contrattuale con l’Amministrazione di riferimento.

A seconda di come viene configurato il servizio, il rifiuto urbano – nel caso di un servizio di gestione esteso – è detenuto dal gestore dal momento della raccolta sino al suo definitivo smaltimento o recupero, mentre nel caso di una ver-

¹¹⁰ Cfr., in proposito, Cons. Stato, sez. V, 3 aprile 2018, n. 2058, sentenza nella quale il Giudice Amministrativo ha evidenziato che «per i rifiuti vale il concetto di ciclo integrato in base al quale il servizio deve essere caratterizzato da unitarietà gestionale sia sul piano funzione che territoriale. L’art. 183 del D.Lgs. n. 152 del 2006 definisce il concetto di gestione integrata dei rifiuti come ‘complesso delle attività, ivi compresa quella di spazzamento delle strade [...] volta ad ottimizzare la gestione dei rifiuti’ e prevede nei punti successivi che tale unitarietà debba essere garantita organizzando in maniera integrata il servizio di gestione dei rifiuti urbani. La necessità di concentrare tutte le operazioni di igiene ambientale in un unico soggetto deriva, dunque, dalla natura stessa del servizio, per il quale è evidente l’opportunità economica ed operativa di non demandare le diverse attività (raccolta e spazzamento) a più soggetti distinti, come tali non difficilmente coordinabili tra loro e non unitariamente responsabili verso l’ente».

¹¹¹ Al riguardo, l’Autorità di regolazione di settore ha rilevato che «il ...percorso di riordino dell’organizzazione dello svolgimento dei servizi in questione, così come delineato dal menzionato decreto-legge 138/11, risulta ad oggi non pienamente compiuto sul territorio nazionale» (ARERA, deliberazione 31 ottobre 2019, n. 443/2019/R/RIF) e ha rilevato «l’elevato grado di eterogeneità nei modelli organizzativi e nella regolazione locale del servizio integrato di gestione dei RU, nonché la sensibile frammentarietà e limitata disponibilità delle fonti informative sullo stato dei servizi» (ARERA, deliberazione 31 ottobre 2019, n. 444/2019/R/RIF).

¹¹² Cfr. A Muratori, *Le nuove competenze in materia di rifiuti, entra in scena ARERA: atto primo, o meglio, «ouverture»*, in *Ambiente & sviluppo*, 2018, 6, 375 ss.

sione “ristretta” può essere dallo stesso commerciato e trasferito ai titolari degli impianti di recupero o smaltimento.

5.3. ... e dei rifiuti speciali

Differente, ma solo parzialmente, è la situazione relativa ai rifiuti speciali, come individuati dall'art. 183, comma 3, D.Lgs. n. 152/2006¹¹³, la cui gestione non costituisce un servizio pubblico e avviene in regime di concorrenza da parte di soggetti dotati dei requisiti previsti per l'iscrizione all'Albo di cui all'art. 212, D.Lgs. n. 152/2006, di cui si è in precedenza detto.

Nonostante tale differenza nel regime dei rifiuti speciali rispetto a quello relativo agli urbani, numerose sono le disposizioni del suddetto decreto concernenti la gestione dei rifiuti speciali che pongono limiti soggettivi ed oggettivi – anche stringenti – alla libertà degli operatori economici nella gestione di detti beni.

Anche nell'ambito della medesima gestione dei rifiuti speciali la disciplina di settore attribuisce specifiche competenze – soprattutto in materia di pianificazione – a Stato e Regioni benché, ovviamente, il loro ruolo sia meno “penetrante” di quello svolto in relazione alla gestione dei rifiuti urbani, in ragione della circostanza che soltanto in quest'ultimo caso il servizio di gestione costituisce un servizio pubblico.

In particolare, lo Stato, ai sensi dell'art. 195, D.Lgs. n. 152/2006 – oltre ad avere la competenza in materia di determinazione dei criteri per l'assimilazione di determinati rifiuti speciali ai rifiuti urbani – è competente ad individuare i criteri generali per la predisposizione dei piani regionali di gestione dei rifiuti di cui all'art. 199 del medesimo Decreto.

Alle Regioni, invece, è riservata la competenza in merito all'adozione dei citati piani di gestione che – per quanto concerne l'ambito che qui interessa – devono anche individuare «il complesso delle attività e dei fabbisogni degli impianti necessari ... ad assicurare lo smaltimento e il recupero dei rifiuti speciali in luoghi prossimi a quelli di produzione al fine di favorire la riduzione della movimentazione di rifiuti» (art. 199, D.Lgs. n. 152/2006).

¹¹³ Ai sensi del terzo comma dell'art. 183 del D.Lgs. n. 152/2006 i rifiuti speciali sono costituiti dai rifiuti derivanti da attività agricole e agro-industriali (lett. a); da quelli derivanti dalle attività di demolizione, costruzione e dalle attività di scavo (lett. b); da quelli derivanti da lavorazioni industriali (lett. c); dai rifiuti derivanti da lavorazioni artigianali (lett. d); dai rifiuti prodotti dalle attività commerciali o di servizio (lett. e ed f); dai «rifiuti derivanti dalla attività di recupero e smaltimento di rifiuti», nonché dai fanghi prodotti dalla potabilizzazione e dagli altri trattamenti delle acque dalla depurazione delle acque reflue e dall'abbattimento di fumi (lett. g); e, infine, dai rifiuti derivanti dalle attività sanitarie (lett. h).

I Comuni, infine, oltre ad essere titolari della competenza nell'adozione dei provvedimenti in materia di assimilazione di determinati rifiuti speciali ai rifiuti urbani, nel rispetto dei criteri dettati a livello nazionale¹¹⁴, sono anche tenuti a registrare nell'apposita sezione del catasto dei rifiuti «...la quantità dei rifiuti speciali raccolti nel proprio territorio a seguito di apposita convenzione con soggetti pubblici o privati...» (art. 189, D.Lgs. n. 152/2006).

In conclusione, anche i rifiuti speciali, pur essendo assoggettati ad un regime di gestione di tipo concorrenziale e quindi almeno parzialmente diverso rispetto a quello previsto per i rifiuti urbani, sono comunque oggetto di una disciplina derogatoria rispetto a quella prevista dal codice civile per i beni mobili (categoria nella quale i rifiuti ragionevolmente rientrano, secondo quanto evidenziato in precedenza) e che vede un intenso coinvolgimento degli Enti pubblici, soprattutto per ciò che concerne la pianificazione relativa agli impianti strumentali alle attività di recupero e smaltimento.

Ciò si spiega in considerazione del fatto che le attività costituenti la gestione dei rifiuti – siano essi urbani, speciali, pericolosi e non – sono «di pubblico interesse» (art. 177, D.Lgs. n. 152/2006) in quanto idonee ad incidere su interessi e valori pubblici costituzionalmente garantiti, tra i quali spiccano la tutela ambientale e la salute pubblica.

6. *Considerazioni conclusive*

L'ambito di applicazione della disciplina sui rifiuti dipende, ovviamente, dall'estensione della nozione di rifiuto.

Non sempre è agevole distinguere ciò che è rifiuto da ciò che non lo è, ma un contributo essenziale alla soluzione di tale problematica è stato fornito sia dalla giurisprudenza, che ha individuato una serie di indici che consentono di connotare in modo “oggettivo” l'attività di “disfarsi”, sia dal Legislatore che, recuperando un'elaborazione della stessa giurisprudenza, ha individuato la nozione di “sottoprodotto” (che non è un rifiuto), che costituisce un concetto complementare a quello di “rifiuto” e delimita (in negativo) la portata della nozione di rifiuto.

Inoltre, lo stesso Legislatore, introducendo una specifica disciplina sulla cessazione della qualifica di rifiuto (c.d. *end of waste*) di cui all'art. 184-ter, D.Lgs. n. 152/2006, ha espressamente previsto che la stessa non sia irreversibile: un rifiuto, attraverso un'operazione di recupero o riciclaggio, può divenire un “non rifiuto”.

¹¹⁴ Cfr. Tar Puglia, Lecce, sez. I, 1° marzo 2018, n. 351, che ha evidenziato che «il potere comunale di assimilazione dei rifiuti speciali a quelli urbani trova la sua fonte primaria nelle norme dettate dal Testo Unico dell'ambiente, mentre le norme tributarie che riguardano i rifiuti speciali assimilati disciplinano il prelievo connesso a questa speciale categoria di rifiuti, una volta assimilati».

Infatti, l'ottica del Legislatore, sempre più proiettata allo sviluppo di una "economia circolare", è proprio quella di favorire che il rifiuto costituisca una risorsa da reinserire nel ciclo produttivo.

Ne è evidente comprova il disposto dell'art. 179, D.Lgs. n. 152/2006 che, nel prevedere i criteri di priorità nella gestione di tutte le tipologie di rifiuti, individua lo smaltimento come un'operazione meramente residuale, da porre in essere soltanto qualora non sia possibile riutilizzare, riciclare o recuperare i materiali.

Lo scopo della disposizione, dunque, è quello di superare una nozione di rifiuto come mera passività – per il singolo quanto per la comunità – dando un rilievo centrale alla possibilità che i rifiuti possano perdere tale qualifica e "rientrare" nel ciclo produttivo, venendo quindi, a costituire un'effettiva risorsa economica da valorizzare.

D'altronde, i rifiuti (e, si noti, non i "sottoprodotti") possono essere oggetto di commercio (ai sensi dell'art. 183, comma 1, lett. i, D.Lgs. n. 152/2006) e quindi di diritto di proprietà e pertanto costituiscono beni in senso giuridico ai sensi dell'art. 810 c.c..

Ed infatti, se si eccettuano le peculiarità dovute alla particolare "natura" dei rifiuti – prima fra tutte la necessità che sia il venditore sia l'acquirente siano iscritti all'albo dei gestori ambientali – l'attività di commercializzazione dei rifiuti segue, in via residuale, le "normali" regole civilistiche ed il relativo prezzo è stabilito secondo le regole del mercato, considerando che i rifiuti, a seconda dei casi, possono costituire tanto una fonte di utilità quanto una fonte di "disutilità"¹¹⁵.

Tuttavia, poiché i rifiuti costituiscono beni che sono potenzialmente in grado di incidere su interessi e valori pubblici costituzionalmente garantiti (quali, innanzitutto, l'ambiente e la salute pubblica), il Legislatore nazionale, su impulso di quello comunitario, ha adottato una normativa che risulta fortemente derogatoria rispetto alla disciplina civilistica in materia di beni mobili.

A tale proposito può, invero, evidenziarsi che l'abbandono dei beni mobili, nella disciplina civilistica, rappresenta un atto del tutto lecito – si pensi a tal proposito al concetto di *res derelicta* – ed anzi costituisce il presupposto necessario per consentire l'acquisto della proprietà mediante occupazione ai sensi dell'art. 923 c.c.

Al contrario, l'abbandono dei rifiuti è vietato dall'art. 192, D.Lgs. n. 152/2006 e, nell'ipotesi in cui esso avvenga in maniera abituale o comunque strutturata¹¹⁶, può configurarsi anche il reato di «attività di gestione dei rifiuti non autorizzata» di cui all'art. 256 del medesimo Decreto Legislativo.

¹¹⁵ Sul punto si vedano le riflessioni di M.F. Tommasini, *La fenomenologia del rifiuto tra atti di dimissione e tutela del bene ambiente*, in *Contratto e Impresa*, 2018, 1, 416 ss.

¹¹⁶ Cfr. Cass. pen., sez. III, 11 gennaio 2018, n. 9879, che ha statuito che «la discarica abusiva differisce dal mero abbandono di rifiuti che si risolve nell'occasionale collocamento di modesti quantitativi di rifiuti in un determinato luogo, in assenza di attività prodromiche o successive di smaltimento, mentre nella discari-

In questo contesto, quindi, potrebbe ipotizzarsi che la normativa in materia di rifiuti abbia superato, per ciò che concerne i beni mobili, lo stesso concetto civilistico di *res derelicta*. L’abbandono di una cosa comporta certamente la volontà di disfarsene da parte del possessore; dunque, con l’abbandono, la cosa assume la qualifica di rifiuto, ma l’abbandono di rifiuti è un’attività illecita, sussistendo l’obbligo di consegnare gli stessi ai soggetti abilitati allo svolgimento delle attività di gestione ai sensi dell’art. 212, D.Lgs. 152/2006. È dunque da porsi in dubbio la stessa possibilità/liceità dell’abbandono di una cosa e del successivo acquisto della proprietà della stessa, mediante occupazione.

Peraltro, ammettere che i rifiuti possano essere oggetto di acquisto per occupazione vorrebbe dire, nella sostanza, sottrarli al sistema di gestione previsto dal citato Testo Unico – nei termini sopra descritti – e ciò comporterebbe non soltanto un’elusione della normativa di settore, ma anche un rischio per la tutela dell’ambiente e della salute pubblica, in aperto contrasto con le finalità della normativa nazionale e comunitaria.

D’altra parte, la speciale disciplina in materia di rifiuti – come sopra evidenziato – prevede un forte coinvolgimento non soltanto di soggetti tecnicamente qualificati, ma anche dei soggetti pubblici, che in tale ambito svolgono compiti di pianificazione, di coordinamento e di controllo. Al riguardo, la gestione dei rifiuti urbani costituisce, almeno per alcune sue fasi, oggetto di un vero e proprio servizio pubblico (il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani) – e ciò spiega la ragione per cui tale attività è anche assoggettata alla regolazione di un’Autorità indipendente – mentre la gestione dei rifiuti speciali, così come esplicitamente disposto dall’art. 177, D.Lgs. n. 152/2006, configura pur sempre un’attività di pubblico interesse.

Il rifiuto, dunque, è un bene oggetto di una disciplina specifica di tipo pubblicistico, che prevede un’intensa partecipazione di enti pubblici e di soggetti qualificati sotto il profilo tecnico, ampiamente derogatoria rispetto a quella generale civilistica.

In quest’ottica potrebbe ipotizzarsi che i rifiuti costituiscano “beni di interesse pubblico”¹¹⁷, categoria nella quale rientrano beni «che assolvono istituzionalmente a finalità di pubblico interesse [...], e appunto in relazione a ciò sono

ca la condotta o è abituale – come nel caso di plurimi conferimenti – o, pur quando consiste in un’unica azione, è comunque strutturata, ancorché grossolanamente, al fine della definitiva collocazione dei rifiuti in loco».

¹¹⁷ Cfr. A.M. Sandulli, *Beni pubblici*, in *Enc. Dir.*, V, Milano, 1959, 278 ss.; Id., *Manuale di diritto amministrativo*, vol. II, Napoli, 1989, 757 ss.; G. Palma, *Beni di interesse pubblico e contenuto delle proprietà*, Napoli, 1971; L. Orusa, *Beni di interesse pubblico*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988; M. Arsi, *I beni pubblici*, in S. Cassese (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo, Dir. amm. spec.*, II, Milano, 2003, 1705 ss.

assoggettati ad un particolare regime in ordine alla disponibilità [...], nonché ad un particolare regime di polizia, di interventi e di tutela pubblici»¹¹⁸.

Tale denominazione, pur essendo ritenuta sorpassata in materia di beni immobili da parte di autorevole dottrina¹¹⁹, è dalla stessa ammessa per quelli mobili¹²⁰ almeno come categoria logico-descrittiva ed appare calzante per i rifiuti. Infatti, si è in presenza di beni che – benché possano essere di proprietà tanto pubblica quanto privata oltre che gestiti tanto da soggetti pubblici (o, comunque, soggetti a regime pubblicistico) quanto da privati – sono assoggettati ad una specifica disciplina, derogatoria rispetto a quella privatistica, funzionale agli interessi pubblici che vi interagiscono e perciò fortemente “amministrativizzata”.

¹¹⁸ A.M. Sandulli, *Beni pubblici*, cit., 278.

¹¹⁹ Cfr. per tutti V. Cerulli Irelli, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1981, 13 ss.; Id. *Beni pubblici*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino 1987, 273 ss. L'autore afferma che «la categoria ha perduto di interesse rispetto ai beni immobili perché questi sono stati sottoposti a regime amministrativo dalle leggi urbanistiche».

¹²⁰ Cfr. M.S. Giannini, *I beni pubblici*, Roma, 1963, 123 ss.; V. Cerulli Irelli, *Beni pubblici*, cit., 276, nota 1.

La nozione e la disciplina (pubblicistica) dei “rifiuti”: beni da valorizzare?

Il lavoro ripercorre lo sviluppo della disciplina concernente la gestione dei rifiuti e in particolare si sofferma su quella attualmente vigente a livello comunitario e nazionale.

In particolare, il rifiuto viene ad essere considerato non più come uno scarto da smaltire ma, nella logica dell'economia circolare introdotta dalle direttive comunitarie che hanno modificato la normativa nazionale, anche come una risorsa da utilizzare, da reinserire nel ciclo produttivo.

Pertanto, i rifiuti possono divenire una risorsa economica ed è quindi lecito domandarsi se siano qualificabili come beni in senso giuridico.

L'Autore quindi analizza la disciplina speciale relativa a tali “beni” per mettere in risalto le peculiarità del relativo regime giuridico, di stampo prettamente “pubblicistico”.

The notion and (public law) discipline of ‘waste’: a resource to be valorised?

The work retraces the development of the regulations on waste management and focuses in particular on those currently in force at an EU and national level. In particular, waste is no longer considered as refuse to be disposed of but – in the logic of the circular economy introduced by EU directives that have modified national legislation – also as a resource to be exploited, to be reintegrated into the production cycle. Therefore, as waste can become an economic resource, it is legitimate to ask whether it can be qualified as goods in the legal sense.

The Author then analyses the special regulations concerning these ‘goods’ in order to highlight the peculiarities of the relative juridical regime, which is entirely one of public law.

L'amministrazione per algoritmi ed i pericoli del cambiamento in atto

Alessandro Di Martino

SOMMARIO: 1. Algoritmi informatici e diritto pubblico: le ragioni di una relazione problematica. – 2. Gli sviluppi della giurisprudenza amministrativa sulla latitudine dell'amministrazione per algoritmi. – 3. La predeterminazione dell'algoritmo e le garanzie dei privati. I rischi della presunta efficienza amministrativa e la questione dell'imparzialità. – 3.1. Decisione automatizzata e partecipazione democratica. – 3.2. La motivazione rafforzata nelle decisioni algoritmiche di fronte all'opacità dell'algoritmo: meta o chimera? – 4. Esternalizzazione dell'amministrazione per algoritmi. Ammissibilità e limiti. – 5. Sintesi dei risultati raggiunti ed osservazioni conclusive.

1. *Algoritmi informatici e diritto pubblico: le ragioni di una relazione problematica*

L'amministrazione, nel suo volto organizzativo e nel suo spettro d'azione ha subito profonde mutazioni, e la trasformazione è tanto più profonda quanto più pervasivo si mostra l'utilizzo delle nuove tecnologie nel procedimento amministrativo, che ha determinato una cesura significativa rispetto al tradizionale modello, già da tempo in crisi, di amministrazione autoritativa, circostanza con la quale l'interprete non può evitare di confrontarsi¹. L'amministrazione italiana – di pari passo con il modello adottato presso le istituzioni europee e presso i singoli Stati membri² – sta gradualmente mutando il proprio modo di atteggiarsi non

¹ Soprattutto perché come afferma condivisibilmente B. Romano, *Algoritmi al potere*, 2018, Torino, 10, gli algoritmi hanno acquisito ormai una «pervasività senza confini». Nello stesso senso, P. Zellini, *La dittatura del calcolo*, Milano, 2018, 11.

² A titolo esemplificativo, il *Code des relations entre le public et l'administration* francese è stato innovato dal decreto 14 marzo 2017, n. 330, art. 1, che ha dedicato due articoli relativi all'amministrazione algoritmica. L'art. L331-3-1, prevede che, nel caso in cui le decisioni individuali vengano prese sulla base di una elaborazione algoritmica, il soggetto privato debba essere informato della natura automatizzata della decisione e, a sua

soltanto per una tendenza a privilegiare l'efficienza delle decisioni amministrative rispetto ai canoni della «buona amministrazione», ma soprattutto perché è ormai considerazione comune l'idea per la quale l'apparato burocratico – nel quale l'apporto umano ricopre un ruolo parimenti determinante – abbia creato, nel corso degli anni, più problemi che soluzioni, motivo per il quale si cerca di sostituirlo perché ormai comunemente percepito come 'ostacolo amministrativo'³.

Il nuovo volto non può semplicemente eliminare il vecchio e le costanti trasformazioni pongono il giurista, soprattutto quello di diritto pubblico, dinanzi ad una sfida il cui risultato resta ad oggi ancora incompiuto, vale a dire quella di far convivere gli strumenti informatici, segno della trasformazione, con l'esercizio dei pubblici poteri e le garanzie dei privati, baluardi invece delle resistenze ai cambiamenti⁴.

Il modello Weberiano di economia capitalistica fondata sul calcolo razionale, che richiede «un diritto che possa venir calcolato al pari di una macchina»⁵ ritorna a costituire un riferimento nel dibattito della scienza giuridica⁶. Nella costruzione di un nuovo archetipo della pubblica amministrazione che vede sempre più ridotti

richiesta, l'amministrazione sia tenuta a fornire maggiori informazioni circa le modalità di adozione della stessa da parte del software. L'art. R311-3-1-2 dispone che, in caso di richiesta di accesso, l'amministrazione debba fornire in forma intellegibile il grado e le modalità di contributo dell'elaborazione algoritmica al processo decisionale, i dati trattati e le loro fonti, i parametri di trattamento applicati alla situazione della persona interessata, la loro ponderazione e, infine, le operazioni eseguite dall'algoritmo.

³ In questi termini, M. Ramajoli, *Quale cultura per l'amministrazione pubblica?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 187 ss. Sulla marginalizzazione nel lungo periodo dell'amministrazione, circostanza che consente di attribuire al diritto amministrativo esclusivamente una «funzione di limite dell'azione amministrativa», S. Cassese, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 9. Più recentemente, sempre S. Cassese, *Amministrazione pubblica e processo civile*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 151, afferma condivisibilmente che «l'amministrazione dovrebbe essere il punto di raccordo tra Stato e società; viene invece oggi ritenuta una «zavorra» per il Paese. C'è un difetto di coesione, un distacco tra autorità e cittadini, sospetto della classe politica nei confronti della burocrazia». Definisce, invece, «indolente» la reciproca diffidenza tra cittadino e pubblica amministrazione, F. Fracchia, *L'amministrazione come ostacolo*, in *Dir. econ.*, 2013, 357 ss.

⁴ La centralità della digitalizzazione nei mutamenti del funzionamento amministrativo è rilevata da J.B. Auby, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in *Ist. fed.*, 2019, 3, 619 ss., spec. 640-641, da G. Avanzini, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Napoli, 2019, 2, e da E. Carloni, *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 363 ss.

Di recente, vi è chi sostiene che l'ingresso degli algoritmi informatici nei procedimenti amministrativi comporti una tensione tra i principi che guidano l'azione amministrativa, e sottolinea la necessità di uno sviluppo di meccanismi più robusti al fine di definire le «condizioni di piena compatibilità tra il vecchio e il nuovo»; in questi termini, E. Carloni, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, 271 ss., spec. 303.

⁵ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tubingen, 1922, trad. it. *Economia e società*, Milano, 1995, 472. Una rilettura dell'opera viene riproposta da A. Sandulli, *Ordine giuridico ed ordine economico in Max Weber*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 949 ss.

⁶ In termini simili, S. Civitarese Matteucci, L. Torchia, *La tecnificazione dell'amministrazione*, in Id. (a cura di), *La tecnificazione* (vol. IV), in L. Ferrara, D. Sorace, *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, Firenze, 2016, 34.

i propri spazi discrezionali⁷, il passaggio da un diritto positivo ad un codice matematico, e la trasformazione di una scelta (più o meno) discrezionale in un calcolo aritmetico sembrano ormai imprescindibili per garantire la stabilità delle regole, la prevedibilità dell'azione amministrativa e la stabilità dei mercati⁸.

Senza alcuna pretesa di esaustività va, tuttavia, segnalato come l'utilizzo di strumenti informatici, in applicazione della teoria Weberiana sul calcolo razionale, sia in grado di ricondurre maggiormente i rapporti tra privati al prisma della certezza delle regole e degli effetti⁹ – in modo particolare nel diritto commerciale¹⁰ – tenuto conto della relazione diritto-obbligo che sorge all'esito della stipulazione del contratto. Attraverso il ricorso agli *smart contracts*, infatti, è possibile eseguire automaticamente i termini di un contratto su piattaforme decentrate¹¹ – meglio note come *blockchain* – che così conosceranno e valideranno le prestazioni oggetto del rapporto tra le parti¹². In alcuni casi, come ad esempio quando l'oggetto del contratto si rinvenga in un trasferimento di beni digitali, le prestazioni possono essere eseguite anche in assenza dell'apporto umano, automatizzando anche il momento del trasferimento e della consegna del bene. In sostanza, sebbene la dottrina abbia riscontrato diverse criticità in ordine agli eventuali comportamenti patologici durante la fase della formazione del consenso¹³, il ricorso agli *smart contracts* consente di eseguire i termini e le condizioni del contratto al

⁷ Una lettura economica della limitazione della discrezionalità è fornita da G. Napolitano, M. Abbrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, 227 ss.; inoltre, sul tema, S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 1995, 315.

⁸ N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, 33; anche L. Avitabile, *Presentazione*, in B. Romano, *Algoritmi*, cit., XI, afferma espressamente che «l'algoritmo presenta la perfezione dei suoi automatismi in un mondo imperfetto come quello umano, dove il calcolo dell'intelligenza artificiale si scontra con l'incertezza e l'imprevedibilità delle condotte umane delle persone». Secondo P. Zellini, *La dittatura*, cit., 13, le incertezze sulla natura del calcolo sono oggi sfumate sia a causa della «impressionante utilità e pervasività degli algoritmi in ogni settore della scienza applicata», sia per aver attribuito un elemento di forza – e non di limite alla conoscenza scientifica – agli stessi limiti del calcolo matematico.

⁹ N. Irti, *Un diritto*, cit., 34; sulla certezza del diritto da intendere come prevedibilità degli effetti giuridici dei rapporti tra le parti, G. Alpa, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006, 15. Secondo M. Luciani, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, 2018, 875, è vero che l'esigenza oggettiva di certezza dei risultati sia uno degli obiettivi principali del ricorso all'amministrazione per algoritmi, ma è anche vero che se «la certezza sia al centro dell'ordinamento vuol dire che non è al suo vertice».

¹⁰ Alcuni studi che evidenziano il rapporto tra algoritmi informatici ed attività d'impresa sono rinvenibili in *Analisi giuridica dell'economia*, 2019, 1, pt. II.

¹¹ Secondo E. Rulli, *Giustizia predittiva, intelligenza artificiale e modelli probabilistici. Chi ha paura degli algoritmi?*, in *An. giur. econ.*, 2018, 543, gli *smart contracts* non sono dei contratti, ma delle modalità automatiche di esecuzione dello stesso. Definisco invece gli *smart contracts* come 'contratti intelligenti', L. Parola, P. Merati, G. Gavotti, *Blockchain e smart contract: questioni giuridiche aperte*, in *I contratti*, 2018, 681 ss., spec. 683.

¹² E. Rulli, *Giustizia predittiva*, cit., 543.

¹³ L. Parola, P. Merati, G. Gavotti, *Blockchain e smart contract*, cit., 686.

verificarsi degli eventi predeterminati dalle parti all'interno dell'accordo ed inseriti nel codice matematico¹⁴.

Diverso discorso riguarda l'inserimento di algoritmi informatici, ovvero di strumenti di intelligenza artificiale, nei processi decisionali delle pubbliche amministrazioni, il quale presenta indubbiamente profili di maggiore complessità. Gli obiettivi di calcolabilità del diritto e della certezza dei risultati dovrebbero, infatti, trovare degli spazi di compatibilità con i margini di apprezzamento di cui è titolare – salvi i casi di attività vincolata e di valutazioni tecniche che non presentino margini di opinabilità – l'amministrazione nell'esercizio del proprio potere.

Ciò che preoccupa maggiormente è che la prevalenza di un'amministrazione per algoritmi rispetto al tradizionale apparato amministrativo – caratterizzato da una "personificazione" della pubblica amministrazione e da una fase istruttoria partecipata o, quantomeno, contraddistinta dalla presenza di un nucleo essenziale di garanzie indefettibili per il privato – possa comportare, inevitabilmente, una lenta decadenza dell'amministrazione stessa¹⁵.

Prima di intraprendere una analisi tesa a misurarsi con le criticità derivanti dal rapporto tra amministrazione ed automazione, sembra utile richiamare – sebbene in via meramente classificatoria – le diverse tipologie di algoritmi potenzialmente applicabili ai procedimenti amministrativi.

Un algoritmo può essere definito come quella sequenza di operazioni consequenziali, predeterminate, che consentono di risolvere un problema arrivando ad un risultato certo, utile ed effettivo¹⁶. Ulteriore peculiarità di tale strumento informatico è rinvenibile nel suo carattere generale, nella misura in cui il ricorso agli algoritmi deve risolvere un numero indefinito di casi, eterogenei tra di loro, e non limitare la propria azione ad un singolo caso di specie.

Una prima classificazione consente di distinguere gli algoritmi deterministici e non deterministici. Si parla dei primi quando per ogni istruzione esiste, a parità di dati di ingresso, un solo percorso dell'algoritmo e, dunque, a fronte degli stessi *input* verranno prodotti gli stessi risultati. Gli algoritmi non deterministici, invece, possono produrre risultati diversi, tutti validi per l'ordinamento, a partire da uno stesso *input*, dando luogo ad una sorta di 'merito algoritmico', sen-

¹⁴ Ivi, 684, sostengono che siano tre le caratteristiche di tali *smart contracts*: il loro carattere 'digitale', attraverso cui le clausole pattizie sono inserite sotto forma di codice; la loro 'autoeseguibilità', che consente di prescindere dalla volontà del debitore di adempiere alla prestazione oggetto dell'accordo; infine, tali strumenti sono definiti "irrevocabili" nella misura in cui l'adempimento non può essere arrestato e/o modificato.

¹⁵ Si condividono le opinioni espresse da R. Spagnuolo Vigorita, *Amministrare la complessità, complessità di amministrare. Una introduzione*, in S. Tuccillo (a cura di), *Semplificare e liberalizzare. Amministrazione e cittadini dopo la legge 124 del 2015*, Napoli, 2016, 61, la quale afferma che «una amministrazione troppo orientata alla logica del risultato può tradursi in una amministrazione che vanifica il complesso sistema di garanzia e di tutela offerta dai principi generali».

¹⁶ Così, P. Zellini, *La dittatura*, cit., 15.

za comprendere tuttavia come sia stato effettuato il bilanciamento degli interessi e, inoltre, chi debba scegliere (se l'uomo o la macchina stessa) successivamente la soluzione più valida.

Sulla base di questa parentesi introduttiva sembra possibile dubitare del fatto che gli algoritmi non deterministici possano trovare applicazione come strumento di esercizio in via generale dell'azione amministrativa. Se infatti l'utilizzo di algoritmi viene stimolato per giungere con efficienza ad un risultato certo, va altrettanto chiarito come gli algoritmi non deterministici conducano ad un risultato non univoco, non adempiendo neppure alla funzione per la quale tali strumenti informatici hanno fatto ingresso nel mondo del diritto pubblico che è, per l'appunto, la certezza dei risultati¹⁷.

L'inadeguatezza di tale categoria di strumenti informatici è ancor più apprezzabile se si guarda agli algoritmi di apprendimento, che costituiscono per l'appunto una *species* degli algoritmi non deterministici. Si tratta, in questo caso, di strumenti che consentono alla macchina di apprendere autonomamente le istruzioni ed è lo stesso algoritmo che, in un momento successivo, determina i parametri che devono guidare la sua azione al fine di raggiungere il risultato¹⁸. Non sembra irragionevole formulare la preoccupazione che un simile meccanismo produca più problemi di quelli che intenderebbe risolvere, in quanto l'apporto umano, oggi invocato soprattutto dalla Commissione europea¹⁹, non sarebbe riscontrabile neppure nella fase di programmazione dell'algoritmo, unico momento nel quale l'amministrazione può esercitare il potere discrezionale.

Il modello del *machine learning*, evidentemente, dà atto del progressivo ampliamento dell'autonomia dell'algoritmo rispetto all'azione umana, in relazione alla circostanza che tali strumenti di apprendimento possono condurre, per un verso, a soluzioni non previste dalla norma di partenza che l'uomo ha voluto che la macchina apprendesse, ed inoltre, per altro verso, a conclusioni non rispondenti ad un processo logico argomentativo causale²⁰. L'accettazione di tali considerazioni, oltre che accentuare il richiamato problema della certezza dei risultati, con-

¹⁷ G. Avanzini, *Decisioni amministrative*, cit., 14, sostiene, riferendosi verosimilmente agli algoritmi deterministici, che tali strumenti informatici «hanno la capacità di riprodurre la funzione o il compito ad essi affidato un numero di volte a prescindere dai limiti spaziali e temporali [...] garantendo omogeneità dei risultati e contribuendo all'armonizzazione e alla razionalizzazione della stessa attività amministrativa e della sua organizzazione». Si ritiene di non poter accogliere, soprattutto per gli algoritmi non deterministici e per quelli di apprendimento, l'idea di P. Zellini, *La dittatura*, cit., 165, il quale afferma come il processo algoritmico può considerarsi come presupposto della *epistème*, e cioè della conoscenza certa.

¹⁸ Ivi, 9.

¹⁹ Il riferimento è al *White Paper on Artificial Intelligence - A European approach to excellence and trust*, pubblicato il 19 febbraio 2020, su www.ec.europa.eu, all'interno del quale viene evidenziata la necessità di un bilanciamento tra i modelli di apprendimento "intelligente" e la creazione delle regole mediante l'intervento umano.

²⁰ G. Avanzini, *Decisioni amministrative*, cit., 40.

sentirebbe la creazione di notevoli zone grigie in ordine alla questione della conoscibilità dell'algoritmo²¹.

Ma la certezza giuridica non sembra l'unico obiettivo che si intende perseguire potenziando il ricorso all'amministrazione per algoritmi, in quanto è stata evidenziata una prospettiva in virtù della quale la neutralità e l'oggettività delle decisioni andrebbe ad incidere positivamente sull'imparzialità dell'amministrazione, migliorando il giudizio umano e riducendo i pregiudizi nella decisione²². Diversi sono i rilievi critici che possono sollevarsi in ordine a tali affermazioni: in primo luogo, a ben vedere i valori numerici non sono affatto indice di neutralità dell'amministrazione, ma riflettono esclusivamente la trasformazione di scelte discrezionali effettuate in sede di programmazione dell'algoritmo²³. E neppure può sostenersi che l'amministrazione per algoritmi costituisca il prototipo di attività amministrativa imparziale, in quanto è proprio la trasformazione di scelte intelleggibili in operazioni matematiche a nascondere le più pericolose insidie in ordine alla opacità dell'algoritmo (tale da non consentire né ai cittadini, né tantomeno all'amministrazione laddove ci si avvalga del *machine learning*, di conoscere e comprendere la portata del calcolo matematico), con il rischio di rendere tutt'altro che imparziale l'azione amministrativa²⁴.

Tracciate alcune coordinate utili per l'analisi del rapporto tra amministrazione e strumenti informatici, il lavoro si dividerà in due parti. Nella prima, si valuterà l'opportunità di applicare gli algoritmi informatici solo ai procedimenti

²¹ Le potenziali criticità derivanti dall'opacità dell'algoritmo sono state analizzate nel par. 3.2. Sul punto, si possono già richiamare le condivisibili opinioni espresse di recente da S. Vernile, *Verso una decisione amministrativa algoritmica?*, in *Media Laws*, 27 maggio 2020, 6.

²² G. Avanzini, *Decisioni amministrative*, cit., 15.

²³ Anche due recentissime pronunce del Consiglio di Stato confermano l'interpretazione in virtù della quale l'impiego di strumenti di intelligenza artificiale non si muovano nel senso della neutralità dell'azione amministrativa ma, piuttosto, costituiscano operazioni frutto di precise scelte. In particolare, pare assumere preminente rilievo uno spaccato di tali decisioni, nella parte in cui viene sostenuto che «tali strumenti sono chiamati ad operare una serie di scelte, le quali dipendono in gran parte dai criteri utilizzati e dai dati di riferimento utilizzati». Sul punto, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, punto 7.2, con nota di A. Mascolo, *Gli algoritmi amministrativi: la sfida della comprensibilità*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 366 ss.; A. Coiante, *Il Giudice amministrativo delinea le regole del (nuovo) procedimento algoritmico? Riflessioni a margine di Cons. Stato, Sez. VI, n. 8472*, in F. Aperia Bella, A. Carbone, E. Zampetti (a cura di), *Dialoghi di diritto amministrativo. Lavori del laboratorio di diritto amministrativo 2019*, Roma, 2020, 129 ss.; M. Timo, *Il procedimento di assunzione del personale scolastico al vaglio del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 2020, 1191 ss. Negli stessi termini, Cons. Stato, sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881, punto 5.2, con nota di A.G. Orofino, G. Gallone, *L'intelligenza artificiale al servizio delle funzioni amministrative: profili problematici e spunti di riflessione*, in *Giur. it.*, 2020, 1738 ss. Entrambe le pronunce sono pubblicate in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁴ A. Nuzzo, *Algoritmi e regole*, in *An. giur. econ.*, 2019, 44. L'A. ritiene che laddove l'algoritmo sia creato da una impresa commerciale la quale tiene segreto il codice sorgente, affidarsi all'algoritmo per la decisione amministrativa vorrebbe significare compiere un «mero atto di fede». In senso contrario, M. Oswald, *Algorithm-assisted decision-making in the public sector: framing the issues using administrative law rules governing discretionary power*, in *Phil. Trans. R. Soc.*, (376), 2018, 5, il quale ritiene come i progressi della intelleggibilità e della esplicabilità degli algoritmi possano ricoprire un ruolo centrale per l'imparzialità delle decisioni.

di natura vincolata, ovvero se debba auspicarsi o comunque ammettersi una loro applicazione anche ai procedimenti di natura discrezionale. Nella seconda l'indagine si focalizzerà sulla natura della funzione svolta dalla pubblica amministrazione in sede di predisposizione dell'algoritmo, nonché sulle ricadute delle modalità di predeterminazione in ordine alle garanzie procedurali dei privati. In particolare, in questa parte del lavoro si proveranno ad avanzare delle considerazioni in ordine al grado di trasparenza amministrativa degli strumenti informatici e alla possibilità concreta di motivare le decisioni algoritmiche, tenendo conto della difficoltà di tradurre la regola tecnica in regola giuridica.

Nelle conclusioni, sulla scorta della distinzione tra funzione amministrativa e servizio pubblico, si formulerà una ipotesi per la quale il ricorso al mercato per la programmazione dell'algoritmo costituisce un caso di esternalizzazione – in una accezione abdicativa – della funzione amministrativa. Il tentativo di sostenere tale interpretazione sarà preceduto da alcune considerazioni sul basso livello di alfabetizzazione digitale del personale amministrativo, che non consente né la creazione dell'algoritmo che sarà alla base della decisione amministrativa, né tantomeno di effettuare un controllo sulla conformità degli esiti agli *input* forniti in sede di programmazione dello strumento informatico.

2. *Gli sviluppi della giurisprudenza amministrativa sulla latitudine dell'amministrazione per algoritmi*

La risposta che, in passato, veniva fornita dalla giurisprudenza di legittimità sull'opportunità di avvalersi di algoritmi informatici esclusivamente nei casi di attività vincolata, ovvero anche nei procedimenti discrezionali, era nel senso di circoscrivere il loro ambito applicativo solo ai primi. Tale soluzione era conseguenza della intangibilità della discrezionalità amministrativa²⁵, da intendersi come necessaria ponderazione dell'interesse pubblico con gli ulteriori interessi rilevanti per la decisione²⁶.

²⁵ Cfr. Cass. civ., Sez. I, 28 dicembre 2000, n. 16204, secondo cui le procedure automatizzate sono applicabili agli atti amministrativi informatici in stretto senso, cioè di quegli atti provenienti dalla pubblica amministrazione, direttamente ed automaticamente elaborati dal sistema informatico in quanto non richiedono valutazioni discrezionali e motivazioni correlate alle particolarità del caso concreto.

²⁶ La letteratura sul tema è sconfinata. Tra gli altri, si vedano M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1939; L. Benvenuti, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986; G. Azzariti, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989; F.G. Scoca, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1045 ss. Con riferimento alle voci bibliografiche, si vedano A. Piras, *Discrezionalità amministrativa* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1964, 64 ss., e C. Mortati, *Discrezionalità* (voce), in *Nuov. dig. it.*, Torino, 1968, 1108 ss.

A distanza di vent'anni dalla pronuncia della Corte di Cassazione che aveva pronunciato questo principio di diritto, si registrano aperture da parte della giurisprudenza amministrativa all'utilizzo degli algoritmi nei procedimenti discrezionali²⁷.

Fino a pochi mesi fa il Consiglio di Stato aveva espresso un indirizzo favorevole a privilegiare il ricorso a tali strumenti informatici nell'ambito dei procedimenti nei quali il potere fosse vincolato, ritenendo che «l'utilità di tale modalità operativa di gestione dell'interesse pubblico è particolarmente evidente con riferimento a procedure seriali o standardizzate, implicanti l'elaborazione di ingenti quantità di istanze e caratterizzate dall'acquisizione di dati certi ed oggettivamente comprovabili e dall'assenza di ogni apprezzamento discrezionale»²⁸.

In accoglimento della tesi secondo cui il ricorso alla decisione amministrativa automatizzata intanto è reso possibile in quanto difetti uno spazio di discrezionalità pura nella fase successiva alla programmazione dello strumento informatico²⁹, l'utilizzo degli algoritmi informatici può costituire il modello di decisione amministrativa nei casi di attività vincolata e di valutazioni tecniche dell'amministrazione, laddove non residuino margini di opinabilità³⁰.

²⁷ Per una analisi sul contrasto tra le argomentazioni volte ad includere, ovvero escludere, la discrezionalità amministrativa dai procedimenti automatizzati, si veda R. Ferrara, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. amm.*, 2019, 773 ss.

²⁸ Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, punto 8.1, con nota di V. Canalini, *L'algoritmo come "atto amministrativo informatico" e il sindacato del giudice*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 781 ss.; Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, punto 9.1, Cons. Stato, sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881, punto 6, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

²⁹ Di tale avviso, G.M. Esposito, *Al confine tra algoritmo e discrezionalità. Il pilota automatico tra procedimento e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 39 ss. A conferma di tale interpretazione, M.C. Cavallaro, G. Smorto, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *federalismi.it*, n. 16/2019, ritengono che una simile operazione non potrebbe trovare applicazione nell'ambito dell'attività discrezionale che, invece, implica la sequenza «norma-fatto-potere giuridico-effetto», e che presuppone un apprezzamento e una valutazione comparativa di più interessi, il cui svolgimento non può in alcun modo essere affidato alla macchina.

³⁰ Vi è tuttavia chi ritiene che confinare il ruolo dell'intelligenza artificiale solo ai casi di attività vincolata e di valutazioni tecniche non costituisca una lettura tale da garantire il progresso e lo sviluppo di queste modalità procedurali. Al fine di valorizzare gli strumenti di intelligenza artificiale anche nei procedimenti di natura discrezionale, cfr. E. Picozza, *Politica, diritto amministrativo and Artificial Intelligence*, in *Giur. it.*, 2019, 7, 1771. Sempre nel senso della possibilità di ricorrere a meccanismi informatici anche nei procedimenti discrezionali, vi era anche chi ritiene che il ricorso a tali strumenti consentirebbe di raggiungere obiettivi legati alla «trasparenza informatizzata, alla riduzione delle disparità di trattamento, all'incremento della legalità ed efficienza dell'azione amministrativa, nonché all'ampliamento della partecipazione degli amministrati alla decisione pubblica». Così, I. Forgiome, *Il caso dell'accesso al software MIUR per l'assegnazione dei docenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 647 ss., spec. 660.

Non si ritiene di poter condividere le considerazioni da ultimo analizzate laddove l'A. sostiene che l'apertura ai procedimenti discrezionali possa incrementare la legalità dell'azione amministrativa. Secondo quanto affermato da M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, 121, in un mondo ideale che idealizzi lo Stato di diritto – da intendersi come principio contenitore della sicurezza giuridica e prevedibilità degli effetti – i poteri amministrativi dovrebbero essere integralmente vincolati.

Sebbene la dottrina abbia storicamente fornito interpretazioni discordanti rispetto al concetto di attività vincolata³¹, non vi è dubbio che gli algoritmi informatici trovino la loro massima espressione nei procedimenti – per l'appunto vincolati – in cui l'agire sia integralmente disciplinato dalla legge³², dove siano precisamente stabiliti i presupposti di fatto e le conseguenze giuridiche e non residui alcuno spazio per la scelta dell'amministrazione³³. Nel caso dell'attività vincolata, e seguendo il classico schema «norma-fatto-effetto»³⁴, il legislatore fissa in maniera univoca i presupposti e rende certa la conseguente decisione amministrativa. Nell'ambito delle decisioni automatizzate, secondo una recente e condivisibile impostazione, sarebbe ben possibile affidare ad un *software* – le cui risultanze sono in grado di condurre l'interprete ad una decisione finale (o *output*)³⁵ – la costruzione dei passaggi necessari all'immissione di un *input* e la verifica della sussistenza degli stessi. L'accoglimento di tale prospettiva confermerebbe quanto sostenuto in precedenza con riferimento all'opportunità di utilizzare nei procedi-

Secondo un datato filone dottrinario, l'uso della automazione amministrativa sarebbe possibile solo per l'adozione di atti vincolati, e non anche per quei provvedimenti che comportano un bilanciamento tra gli interessi. Sul punto, B. Selleri, *Gli atti amministrativi "in forma elettronica"*, in *Dir. soc.*, 1982, 140; G. Caridi, *Informatica giuridica e procedimenti amministrativi*, Milano, 1983, 145; M. Minerva, *L'attività amministrativa in forma elettronica*, in *Foro amm.*, 1997, 1304.

³¹ Non essendo questa, per evidenti ragioni di economia espositiva, la sede per analizzare i diversi orientamenti dottrinali in ordine al concetto di attività vincolata, ci si limita a rinviare, a conferma del carattere articolato delle posizioni sul punto, alla posizione di V. Ottaviano, voce *Merito (diritto amministrativo)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. X, Torino, 1964, 577, per cui tutta l'attività amministrativa è vincolata e, quindi, anche i procedimenti discrezionali hanno una matrice sostanzialmente vincolata; posizione alla quale si contrappone quella di S. Cassese, *Le basi*, cit., 433, il quale, nel ritenere l'attività vincolata come una ipotesi di scuola, afferma che «l'attività amministrativa è solo attività discrezionale, alcuni momenti della quale sono vincolati».

L'impostazione di Cassese è criticata da alcuni che ritengono che l'eccezionalità della attività vincolata non costituisca fondamento dirimente al fine di eliminare dal mondo giuridico la concettualizzazione di tale categoria. Sul punto, L. Ferrara, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Padova, 1996, 12-13. Di recente, effettua una indagine volta ad affermare l'impossibilità di far rientrare gli atti vincolati nell'area di espressione del potere amministrativo, F. Follieri, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *federalismi.it*, 2017, 7.

³² In questi termini, A. Orsi Battaglini, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 3 ss.

³³ R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 73. Dello stesso avviso L. Ferrara, *Diritti soggettivi*, cit., 5.

³⁴ In questi termini, tra gli altri, M. Clarich, *Manuale*, cit., 114.

³⁵ M.C. Cavallaro, G. Smorto, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione*, op. cit.; G.M. Esposito, *Al confine tra algoritmo e discrezionalità*, cit., 53, che richiama i casi di demolizione di manufatti realizzati in assenza di titoli autorizzatori e di sanzioni per eccesso di velocità, a conferma della moltitudine di esempi di attività vincolata che confluiscono in provvedimenti automatizzati «susceptibili di una certa serialità e massificazione»; P. Otranto, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, in *federalismi.it*, 2018, 2, 15; M. D'Angelosante, *La consistenza del modello dell'amministrazione "invisibile" nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, in S. Civitaresse Matteucci, L. Torchia (a cura di), *La tecnificazione*, cit., 166; in termini generali, F. Merusi, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011, 16, ritiene che l'applicazione della logica matematica non sia possibile per l'attività amministrativa discrezionale.

menti amministrativi i soli algoritmi deterministici, con la conseguente esclusione dal novero di strumenti informatici applicabili degli algoritmi non deterministici e probabilistici.

Oltre che agli atti di natura integralmente vincolata, i procedimenti automatizzati sembrano attagliarsi – forse ancor di più che ai primi ed a cagione della complessità delle operazioni che consentono di espletare – al concetto di c.d. discrezionalità tecnica³⁶, ma solo laddove si ammetta – in contrasto con la tesi di Ranelletti³⁷ – che tale potere di valutazione tecnica non implichi né valutazioni e ponderazioni degli interessi, né possibilità di scelta alla stregua di esse. Richiamando dunque l'interpretazione di Sandulli – poi accolta da successivi studi in tema di valutazioni tecniche dell'amministrazione³⁸ – «una volta compiuta tale valutazione (alla stregua di conoscenze tecniche) l'autorità amministrativa è poi vincolata a provvedere in quel certo modo che l'ordinamento prevede per l'ipotesi che l'apprezzamento tecnico contribuì a riconoscere»³⁹.

Se si considera che l'utilizzo degli algoritmi informatici è già presente in alcuni procedimenti – come nel caso del giudizio sull'anomalia delle offerte⁴⁰, nei procedimenti di selezione del personale docente e nella previsione di sanzioni legate ad abusi edilizi – si può giungere alla conclusione che gli strumenti di intelligenza artificiale sono applicabili, in primo luogo, in quei casi in cui emerge un graduale esaurimento del potere discrezionale⁴¹ – che coincidono, nella sostanza,

³⁶ Per un richiamo agli studi effettuati sulle valutazioni tecniche dell'amministrazione, cfr. D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985.

³⁷ O. Ranelletti, *Principii di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1912, 358, nel negare l'autonomia concettuale della discrezionalità tecnica, fa rientrare quest'ultima categoria (non nell'alveo della vincolatezza, ma) nel novero di attività caratterizzate da discrezionalità amministrativa pura, nel qual caso la valutazione dell'interesse pubblico è preceduta da un apprezzamento tecnico. Ivi, 369, critica la posizione espressa da Cammeo – primo studioso che nel *Corso* e nel *Commentario* si occupò di individuare la latitudine della discrezionalità tecnica e tracciarne una differenza con la discrezionalità amministrativa – ritenendo che la distinzione tra discrezionalità amministrativa e tecnica dovesse rinvenirsi esclusivamente nel nome.

³⁸ Ad avviso di F. Liguori, *Attività liberalizzate e compiti della amministrazione*, Napoli, 1999, 182, l'attività tecnica dell'amministrazione rientrerebbe nell'ambito della vincolatezza, di modo che risulta possibile «quanto meno ridimensionare la vasta accezione di merito».

³⁹ In questi termini, A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. 1, Napoli, 1973, 341.

⁴⁰ Il tema è di particolare attualità e ciò è confermato da una recente pronuncia del T.A.R. Emilia-Romagna, Sez. I, 8 ottobre 2019, n. 765, con cui veniva dichiarato infondato il ricorso promosso avverso un provvedimento di aggiudicazione di una gara svolta attraverso modalità telematiche, il cui algoritmo utilizzato per calcolare la soglia di anomalia delle offerte – ai sensi dell'art. 97, c. 2., d.lgs. n. 50 del 2016 – era stato modificato dalla Stazione appaltante in corso di gara. La modifica avrebbe comportato l'illegittimità del provvedimento, se non fosse che questa interviene dopo una circolare del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, n. 17649 del 5 luglio 2019, dedicata alle «note esplicative relative all'applicazione del nuovo metodo di aggiudicazione ai sensi dell'art. 97, comma 2 del d.l. 32/2019». Da ultimo, si segnala una ulteriore circolare del M.I.T. del 24 ottobre 2019. Il problema, dunque, oltre ad assumere un connotato prettamente giuridico, investe inevitabilmente anche il terreno delle scelte politiche.

⁴¹ G. Avanzini, *Decisioni amministrative*, cit., 91.

con i casi di attività vincolata in concreto⁴² – e, in secondo luogo, ove la tecnica incida sensibilmente sulla scelta da compiere⁴³.

Sembra, dunque, da escludere che gli algoritmi informatici e gli strumenti di intelligenza artificiale possano essere applicati nei procedimenti di matrice discrezionale. Tali strumenti dovrebbero essere senz'altro – ed esclusivamente – applicabili a casi nei quali l'interesse pubblico prevalente sia stato predeterminato a monte ed il procedimento non consenta margini di scelta tra le eventuali soluzioni possibili e valide per l'ordinamento⁴⁴.

⁴² Tra gli altri, M. Clarich, *Manuale*, cit., 127-128. Sulla possibilità di applicare gli algoritmi informatici nei casi di autolimitazione della discrezionalità amministrativa, B. Raganelli, *Decisioni pubbliche e algoritmi*, cit., 259; S. Vaccari, *Note minime in tema di Intelligenza Artificiale e decisioni amministrative*, in *www.giustamm.it.*, 2019, 10. Di tale avviso, G. Avanzini, *Decisioni amministrative*, cit., p. 91; S. Vernile, *Verso una decisione*, cit., 9; R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 182.

Più in generale, sull'autovincolo alla discrezionalità amministrativa, fondamentale è lo studio di P.M. Vipiana, *L'autolimitate della pubblica amministrazione*, Milano, 2000, e sul legame tra teoria dell'autolimitate ed algoritmi informatici, L. Viola, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *federalismi.it*, n. 21/2018, p. 28, nonché P. Otranto, *Decisione amministrativa*, cit., 23. Ancora, R. Ferrara, *Il giudice amministrativo, op. cit.*, nonostante per un verso ritenga che la “regola giuridica” che governa l'algoritmo sia un atto presupposto, sulla base del quale le decisioni attuative delle procedure algoritmiche si configurano come «atti di esecuzione di regole del gioco» (p. 786), per altro verso, mettendo addirittura in dubbio l'esistenza della attività vincolata, sostiene come la presenza di un potere discrezionale nella fase di programmazione dell'algoritmo avvicini tale strumento molto più alla discrezionalità (tecnica) rispetto all'attività vincolata (pp. 790-791). Si ritiene di non condividere, come si è detto, l'idea di un carattere volitivo della discrezionalità tecnica che, piuttosto, dovrebbe rientrare nell'interpretazione di concetti giuridici indeterminati.

Vi è, in termini generali, chi ritiene che i casi di attività vincolata in concreto non possano rientrare nella accezione più pura di attività vincolata (definita da Orsi Battaglini), nella misura in cui l'esito cui perviene il giudizio è definito dall'amministrazione stessa, all'esito della attività istruttoria, tale da non poter essere qualificato quale agire amministrativo integralmente imposto dalla legge o da altra norma giuridica. In tal senso, L. Torchia, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992, 470.

⁴³ F. Liguori, *Libertà economiche e funzione amministrativa*, in Id., *La funzione amministrativa*, Napoli, 2013, 108-109, afferma come l'assorbimento della discrezionalità da parte della tecnica comporti una progressiva erosione del potere discrezionale, nella misura in cui gli interessi pubblici e privati vengono composti non più in sede provvedimentale quanto, piuttosto, in sede di predisposizione della regola.

Si ritiene, invece, di non poter condividere l'interpretazione di M. D'Angelosante, *La consistenza*, cit., 156, la quale sostiene che il ruolo della tecnificazione nel processo decisionale rileva nella prospettiva della tecnica come “codice” per convertire il modo di formazione della volontà della p.a. *piuttosto che come mezzo per ridurre lo spazio delle decisioni amministrative* (il corsivo è dell'Autore).

In una accezione ricostruttiva, S. Cassese, *Che cosa resta*, cit., 4, sostiene come se la discrezionalità fosse concepita come una meccanica applicazione di norme, il risultato sarebbe un irrigidimento della amministrazione ed una riduzione del suo potere di decisione, senza tuttavia aumentare – ed anzi riducendo – l'imparzialità della stessa.

⁴⁴ In dottrina, in questi termini, L. Viola, *L'intelligenza artificiale*, cit., 8 e 36; A. Contaldo, L. Marotta, *L'informatizzazione dell'atto amministrativo: cenni sulle problematiche in campo*, in *Dir. inf.*, 2002, 571 e 580. Non si condividono, al contrario, le opinioni espresse da C. Giurdanella, E. Guarnaccia, *Elementi di diritto amministrativo elettronico*, Matelica, 32, i quali affermano di non poter collegare l'ammissibilità dell'atto amministrativo elettronico – che è ben diverso dall'atto algoritmico – alla natura discrezionale ovvero vincolata del potere, ma ne subordina l'utilizzo alla circostanza per la quale «la ricostruzione dell'iter logico che porterà all'atto finale sia scientificamente possibile». Inoltre, si ritiene di non poter accogliere l'interpretazione proposta da A. Masucci, *L'atto amministrativo informatico*, Napoli, 1993, 35, che allarga il raggio di applicazione degli algoritmi informatici anche ai procedimenti a bassa discrezionalità e complessità.

Nonostante le perplessità rilevate in ordine ad una apertura all'utilizzo degli algoritmi informatici nei procedimenti discrezionali, supportate da un orientamento giurisprudenziale che si mostrava solido, due recenti pronunce del Consiglio di Stato hanno messo in discussione la nettezza di questa impostazione, ritenendo che non vi siano «ragioni di principio, ovvero concrete, per limitare l'utilizzo all'attività amministrativa vincolata piuttosto che discrezionale, entrambe espressione di attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse»⁴⁵. In particolare, l'accoglimento di tale interpretazione, dalla quale si ravvisa una compatibilità evidentemente teorica tra l'esercizio della discrezionalità amministrativa e l'utilizzo di algoritmi informatici, pone diversi problemi applicativi che, se non risolti fornendo una soluzione opposta rispetto a quella del recente orientamento del Consiglio di Stato, consentirebbero l'emersione di un cortocircuito nel rapporto tra funzione amministrativa ed algoritmi informatici.

Prima di analizzare le ragioni della difficoltà di conciliare lo svolgimento di procedimenti automatizzati di natura discrezionale con il rispetto delle garanzie dei privati⁴⁶, è opportuno anticipare che la posizione espressa nelle ultime pronunce del Consiglio di Stato desta non poche preoccupazioni anzitutto in relazione all'utilizzo degli algoritmi non deterministici nei procedimenti amministrativi, del cui utilizzo, come si è avuto modo di dire, si diffida in ragione della emersione più che probabile della necessità di operare plurime scelte, tutte valide per l'ordinamento, che renderebbe necessaria una valutazione del merito amministrativo.

L'apparato motivazionale costruito dal Consiglio di Stato sembra claudicante non solo perché pare fare confusione tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica⁴⁷, ma soprattutto perché gli esiti dell'allargamento ai procedimenti discrezionali degli algoritmi sembrano sollevare potenziali criticità applicative, non consentendo di comprendere quali potrebbero essere in concreto i «vantaggi offerti» dall'utilizzo degli algoritmi nei procedimenti discrezionali⁴⁸.

Una apertura di tale portata evidenzerebbe anzitutto i limiti dell'utilizzo degli strumenti informatici nei procedimenti in cui il bilanciamento tra interesse pubblico e interessi dei privati, ovvero tra diversi interessi pubblici, costituisce il tratto essenziale dell'istruttoria procedimentale (si pensi, ad esempio, alla realizzazione di una infrastruttura strategica), non potendosi affatto immaginare, in

⁴⁵ Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, cit., punto 11; Cons. Stato, sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881, cit., punto 8.

⁴⁶ Per una indagine sul punto, si rimanda ai par. 3, 3.1, 3.2.

⁴⁷ C. Marzuoli, *Potere amministrativo*, cit., 9, ritiene come, nonostante le apparenze, un «abisso separa la discrezionalità tecnica dalla discrezionalità amministrativa»; F. Liguori, *Attività liberalizzate*, cit., 205, dopo aver definito «preziose» le conclusioni svolte da Marzuoli, afferma che le valutazioni tecniche non attingono a profili di discrezionalità, «né tantomeno possono da questa ultima possono essere attratti».

⁴⁸ Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, cit., punto 11; Cons. Stato, sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881, cit., punto 8.

questo senso, il ricorso ad algoritmi (anche quelli deterministici, tenuto conto della possibilità che, nella fase di progettazione di un'opera, si giunga alla conclusione di ritenere maggiormente idonea la c.d. opzione-zero) per bilanciare interessi «sensibili» e, dunque, di vincolare in concreto tali moduli procedurali⁴⁹.

Ancora, volendo provare a fornire una risposta in ordine ad un interrogativo sollevato da chi, di recente, si è occupato del rapporto tra azione amministrativa ed utilizzo di strumenti informatici⁵⁰, si ritiene di dover sostenere che l'apertura della giurisprudenza ai procedimenti automatizzati di natura discrezionale non consenta di ritenere applicabile l'automazione per algoritmi alla conclusione di accordi *ex art.* 11 della legge generale sul procedimento amministrativo. La natura degli accordi integrativi del provvedimento i quali, com'è noto, hanno per oggetto il contenuto discrezionale del provvedimento, e sono finalizzati a ricercare un miglior bilanciamento tra interessi pubblici e privati nella fase istruttoria, sembra incompatibile con l'esercizio della funzione amministrativa per algoritmi in ragione del fatto che, in tali circostanze, la discrezionalità amministrativa va ascritta al più ad un momento antecedente alla fase istruttoria, che involge proprio la programmazione degli strumenti informatici⁵¹. L'esclusione di una fase istruttoria caratterizzata da un apporto umano renderebbe priva di qualsiasi effetto – se non addirittura di difficile realizzazione pratica – la presentazione di osservazioni, memorie e proposte, la cui cartina di tornasole sarebbe rappresentata dal superamento dell'idea di un «diritto amministrativo paritario»⁵² e dal ritorno, in nome di un progressivo avanzamento e privilegio della tecnica, ad un rapporto di sovraordinazione tra amministrazione e cittadini.

⁴⁹ S. Vaccari, *Note minime*, cit., sostiene che la difficoltà di tradurre «espressioni connotate da fisiologica incertezza interpretativa e ampiezza semantica» in codici matematici costituisca il limite principale all'utilizzo degli algoritmi nei procedimenti discrezionali. Inoltre, M. D'Angelosante, *La consistenza*, cit., 166, ritiene che i limiti all'automazione del provvedimento si rinverrebbero nella indeterminatezza dei presupposti da accertare e nel carattere discrezionale della decisione.

⁵⁰ R. Ferrara, *Il giudice amministrativo*, cit., 791, ritiene che l'applicabilità degli algoritmi alla disciplina degli accordi *ex art.* 11 della legge generale sul procedimento amministrativo, nonché a quella dettata dall'art. 21-octies, costituiscano degli «interrogativi senza risposta [...] ma che debbono essere affrontati [...] nel fermo rispetto dei principi fondamentali di garanzia del nostro diritto pubblico».

⁵¹ *Infra* par. 3.

⁵² Sono parole di F. Benvenuti, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 807 ss.

3. *La predeterminazione amministrativa in sede di definizione dell'algoritmo e le garanzie dei privati. I rischi della presunta efficienza amministrativa e la questione dell'imparzialità.*

Un approccio che intenda prendere le distanze dalla recente tendenza giurisprudenziale di ammettere il ricorso agli algoritmi nei procedimenti discrezionali non implica, tuttavia, l'esclusione che l'amministrazione, nei procedimenti automatizzati, eserciti in qualche forma e fase il proprio potere discrezionale. Tale prerogativa, infatti, verrebbe garantita nella fase della elaborazione dello strumento informatico, come puntualizzato in un'altra decisione del Consiglio di Stato⁵³.

Né può dubitarsi che si tratti, in questa prodromica fase, di discrezionalità amministrativa pura, nella misura in cui pare evidente come l'amministrazione effettui una scelta sulle modalità di funzionamento dell'algoritmo e sulla decisione stessa di fare ricorso all'elaborazione elettronica per la definizione del contenuto dell'atto⁵⁴. Sembra pertanto opportuno interrogarsi, in primo luogo, in ordine alle conseguenze sull'azione amministrativa derivanti dal mutamento della concezione del principio di imparzialità e, in secondo luogo, sulla compatibilità dell'amministrazione per algoritmi con il principio di buona amministrazione, alla luce della recente tendenza giurisprudenziale a ritenere superfluo l'apporto umano all'interno del procedimento amministrativo⁵⁵.

Per ciò che attiene al primo interrogativo, la giurisprudenza amministrativa sembra ormai aver invertito il proprio orientamento in relazione all'utilizzo di algoritmi informatici nei procedimenti amministrativi; se in un primo momento le decisioni giungevano alla conclusione di ritenere imprescindibile l'apporto umano in qualsiasi procedimento amministrativo⁵⁶, anche in quelli che rinvenivano il

⁵³ Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, punto 8.2. Tale indirizzo è accolto anche da R. Ferrara, *Il giudice amministrativo*, cit., 781.

⁵⁴ Secondo quanto affermato da R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 68, tratto caratterizzante della discrezionalità è la formulazione di giudizi di valore di tipo politico, dove per politico «non si intende un'attività libera nel fine [...] ma un potere di scelta che trae fondamento nella legge e comporta un *quid novi* rispetto alla situazione preesistente». Nello stesso senso, F. Liguori, *Attività liberalizzate*, cit., 211.

⁵⁵ Sembra dunque ancora attuale la concezione di Benvenuti che riteneva che il procedimento fosse, in primo luogo, la manifestazione dell'esercizio della propria funzione e, in secondo luogo, il modo di esternazione dell'atto. Sul punto, F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, spec. 128.

⁵⁶ Esclude un impiego esclusivo degli algoritmi nelle decisioni amministrative T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-bis 10 settembre 2018, n. 9227, punto 5.1, in www.giustizia-amministrativa.it. In dottrina, vi è chi ritiene che più di sostituzione della macchina all'uomo, debba piuttosto parlarsi di simbiosi tra le due componenti, e ciò al fine di rendere maggiormente compatibile la progressione degli strumenti informatici con le categorie classiche del diritto amministrativo. In questo senso, L. Viola, *L'intelligenza artificiale*, cit., 41. Anche la letteratura statunitense, pur ritenendo che in una visione prospettica gli algoritmi costituiranno il futuro delle decisioni amministrative, non concorda con l'interpretazione di chi intenda sostituire integralmente all'apporto umano quello informatico-ingeristico; il ricorso agli algoritmi e all'utilizzo delle nuove tecnologie, dun-

fondamento delle basi decisorie nell'utilizzo di un algoritmo, la successiva posizione, nella quale si muove anche l'interpretazione fornita dalle recenti pronunce del Consiglio di Stato, configura l'assenza di un intervento umano (e l'affidamento della decisione ad un efficiente elaboratore elettronico) come una declinazione dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione⁵⁷.

Il rispetto del principio di imparzialità da parte dei funzionari pubblici ha costituito uno dei pilastri principali nell'architettura dell'amministrazione per algoritmi⁵⁸, nella misura in cui, come è stato sottolineato a più riprese dalla giurisprudenza⁵⁹, l'assenza di «negligenza o dolo» da parte dei funzionari pubblici risulta essere strettamente finalizzata a garantire la (apparente) certezza dei risultati e la (presunta) efficienza delle decisioni amministrative⁶⁰. È ragionevole prendere le distanze da tale orientamento per due specifici motivi: in primo luogo, l'accoglimento di una tale interpretazione accenderebbe la pericolosa spia di una vera e propria presunzione di comportamento negligente, ovvero doloso, da parte del pubblico funzionario nell'esercizio delle proprie attività; in secondo luogo, così facendo la giurisprudenza conferma la scelta di eliminare il rischio di condotte poco trasparenti attraverso un percorso diretto all'azzeramento della discrezionalità amministrativa sul presupposto, quantomai paradossale, di poter garantire risultati medesimi – rispetto a quelli generati da una attività di scelta – in termini di efficienza e di corretto svolgimento della attività amministrativa⁶¹.

que, dovrebbe assistere, piuttosto che soppiantare, il giudizio umano. In questo senso, C. Coglianese, D. Lehr, *Transparency and Algorithmic Governance*, in *Adm. Law Rev.*, 2019, 1 ss.

⁵⁷ Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, punto 8.1; Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, punti 9.1 e 9.2; Cons. Stato, sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881, punti 6 e 6.1, cit.; R. Ferrara, *Il giudice amministrativo*, cit., 778, descrive l'algoritmo come il «modello paradigmatico di un'amministrazione dematerializzata». Secondo M. Luciani, *La decisione giudiziaria*, cit., 874-875, il ricorso alle decisioni automatizzate sarebbe da ritenere auspicabile laddove si rinvenga una equiparazione, sotto il profilo qualitativo e quello della effettività della tutela giurisdizionale, con la prestazione umana.

⁵⁸ G.M. Esposito, *Al confine tra algoritmo e discrezionalità*, cit., 39.

⁵⁹ Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, punto 8.1; Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, punto 9.2; Cons. Stato, sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881, punto 6.1, cit.

⁶⁰ R. Ferrara, *Il giudice amministrativo*, cit., 779.

⁶¹ In termini simili si è espressa anche la giurisprudenza che, con riferimento ad una controversia in materia di abilitazione scientifica nazionale, ha sostenuto che «la consumazione della discrezionalità può essere anche il frutto della insanabile «frattura del rapporto di fiducia tra Amministrazione e cittadino, derivante da un agire reiteratamente capzioso, equivoco, contraddittorio, lesivo quindi del canone di buona amministrazione e dell'affidamento riposto dai privati sulla correttezza dei pubblici poteri». Cons. Stato, Sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, in *www.giustizia-amministrativa.it*, commentata da F. Caporale, *L'esaurimento della discrezionalità amministrativa e le valutazioni tecniche dell'amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 499 ss., nonché da S. Vaccari, *Il Consiglio di Stato e la 'riduzione progressiva della discrezionalità'. Verso un giudicato a 'spettanza stabilizzata'?* e da F. Orso, *Ancora sugli effetti del giudicato: un passo avanti e due indietro*, entrambe in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1171 ss.

Quanto, invece, alla presunta efficienza ed efficacia che si intende perseguire mediante il ricorso alle decisioni automatizzate, si condivide l'idea di coloro i quali ritengono che la «fuga dalla discrezionalità» costituisca un vero e proprio costo per l'amministrazione, in quanto, contrariamente alle conclusioni cui giunge la giurisprudenza, si traduce in una minore efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa. In tal senso, S. Battini,

In altre parole, il percorso argomentativo del Consiglio di Stato sembra costituire l'esito di una alterazione dell'ordinario rapporto tra le situazioni fisiologiche di amministrazione attiva e quelle, non certo mancanti, in cui vengono in risalto i profili patologici per i quali, tuttavia, l'ordinamento predispose numerosi ed adeguati strumenti di tutela (di natura erariale, disciplinare, amministrativa, penale).

La seconda censura che può essere mossa involge, inevitabilmente, il mutamento del paradigma dell'imparzialità che, in linea con il recente indirizzo legislativo alla prevenzione del cattivo esercizio della discrezionalità amministrativa, viene ritenuto lo strumento ideale attraverso il quale cercare di limitare la proliferazione di fenomeni corruttivi nel settore pubblico. In tal senso, nel condividere l'idea di chi ha ritenuto che, nell'evoluzione del principio di imparzialità, la prevenzione della *maladministration* assuma sempre più carattere preminente rispetto alla creazione di strumenti tesi ad incentivare in concreto l'attuazione del paradigma del diritto ad una buona amministrazione⁶², non può certamente accogliersi con favore l'idea che la sostituzione del funzionario umano con una macchina costituisca una corretta applicazione dell'imparzialità amministrativa⁶³.

Con specifico riferimento all'applicazione degli algoritmi deterministici, soprattutto laddove si accolga quell'interpretazione della giurisprudenza che intende estendere il raggio di applicazione di tali strumenti informatici anche ai procedimenti di natura discrezionale, l'amministrazione rischierebbe di subire una trasformazione da apparato «esperto che svolge la propria attività per la cura dell'interesse pubblico»⁶⁴ a parte che subordina lo svolgimento della funzione amministrativa alla ricerca della legittimazione dei cittadini⁶⁵.

Il paradosso che oggi vive l'intero sistema dell'amministrazione pubblica – e l'amministrazione per algoritmi ne costituisce l'emblema – è che la credibilità dell'apparato amministrativo ed il corretto utilizzo del potere discrezionale da parte dei funzionari assumono ormai un rapporto reciprocamente escludente. La

F. De Carolis, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 293 ss., spec. 306 e 312, nonché G. Napolitano, M. Abbrescia, *Analisi economica*, cit., 231.

In questi termini, con precipuo riferimento all'amministrazione per algoritmi, si veda S. Tranquilli, *Rapporto pubblico-privato nell'adozione e nel controllo della decisione amministrativa "robotica"*, in *Dir. soc.*, 2020, 293, la quale afferma che «se la realizzazione e la gestione dell'algoritmo richiedessero risorse eccessive, il risultato, del tutto teorico, della maggiore efficienza rispetto ai metodi tradizionali di decisione potrebbe infatti sfumare». Al contrario, vi è chi, di recente, ha sostenuto come l'adozione automatizzata dell'atto presenti innegabili vantaggi in termini di efficienza, economicità ed efficacia dell'azione: così, B. Raganelli, *Decisioni pubbliche e algoritmi: modelli alternativi di dialogo tra forme di intelligenza artificiale diverse nell'assunzione di decisioni amministrative*, in *Federalismi.it*, 2020, 250.

⁶² A. Marra, *L'amministrazione imparziale*, Milano, 2019, 183.

⁶³ M. Del Signore, M. Ramajoli, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 71, ritengono, al contrario, come la flessibilità e la differenziazione costituiscano elementi essenziali per una effettiva strategia di contrasto alla corruzione.

⁶⁴ M. Clarich, *Manuale*, cit., 124.

⁶⁵ A. Marra, *L'amministrazione imparziale*, cit., 185.

tendenza, come si è detto, è quella di ridurre al massimo gli spazi di valutazione dell'amministrazione, lasciando spazio ad un nuovo modo di amministrare che, nelle opinabili logiche della efficienza dell'azione, conduce a decisioni prese in assenza di pregiudizi umani.

Per meglio comprendere le differenti prospettive dei giudici amministrativi nel senso di ritenere necessaria (o meno) la presenza di un responsabile del procedimento ed il dialogo con i privati potenzialmente interessati, sembra opportuno ripercorrere, senza alcuna pretesa di esaustività, l'evoluzione del principio di buon andamento.

Se fino agli anni Settanta il principio del buon andamento era considerato esclusivamente come principio strumentale allo svolgimento celere dell'azione amministrativa – che si poneva in un rapporto *ad excludendum* con la partecipazione del privato – successivamente la dottrina iniziò a lavorare su un nuovo concetto di buona amministrazione, caratterizzata da un *iter* procedimentale che garantisse al privato il confronto e la partecipazione procedimentale⁶⁶. Il principio del buon andamento, in estrema sintesi, non veniva più inteso quale criterio ispiratore di modalità di conduzione sollecita dell'azione amministrativa – per dirla con una espressione di Cammeo, svolta in assenza di «ostacoli che la rallentassero»⁶⁷ – bensì come principio sotteso all'adozione di decisioni motivate e rese all'esito di un confronto collaborativo con il privato⁶⁸.

A conferma di questa inversione di tendenza, in virtù dei caratteri della democraticità e dell'imparzialità, vi era chi affermava che l'interesse pubblico non appartenesse esclusivamente all'amministrazione, bensì alla società e, dunque, poteva essere individuato soltanto all'esito di una corretta valutazione di entrambi gli interessi, quello dell'amministrazione e quello dei cittadini⁶⁹. La perdita dell'apporto umano nel corso del procedimento amministrativo, sebbene sia ritenuta dalla giurisprudenza amministrativa quale operazione conforme ai principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost., rischia però di ave-

⁶⁶ In modo particolare, si veda il *Rapporto sui principali problemi sull'amministrazione dello Stato*, presentato alle Camere da M.S. Giannini, in *Foro It.*, 1979, V, 289 ss. L'A. rilevava, tra l'altro, «la necessità di garantire la libertà dei cittadini di essere informati circa i fatti dei pubblici poteri, [...] essendo necessario altresì procedere alla modernizzazione delle leggi regolative dell'azione amministrativa».

⁶⁷ Così, F. Cammeo, *Nota a Cons. St.*, Sez. IV, 30 maggio 1919, in *Giur. it.*, III, 1919, 231-232.

⁶⁸ Come afferma puntualmente M.R. Spasiano, *Il principio del buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico*, 2011, in *www.iuspublicum.com*, 33, la nuova portata del buon andamento va sempre più allontanandosi dal perseguimento di una risposta celere dell'amministrazione. Quel che rileva, al fine di qualificare l'attività quale conforme al principio di «buona amministrazione», è l'impossibilità da parte dell'amministrazione di sopprimere i diritti e garanzie in capo ai privati.

⁶⁹ L'impostazione del principio di imparzialità non considerato quale limite dell'esercizio del potere pubblico, ma piuttosto quale regola procedimentale, si deve ad U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965. Una recente ricostruzione sulle diverse concezioni del principio di imparzialità, generata secondo l'Autore dal carattere tanto perentorio quanto generico dell'art. 97 Cost., viene svolta di recente da M. Calabrò, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, 2012, 46 ss.

re conseguenze negative in ordine alla compressione delle garanzie procedurali nei confronti dei soggetti privati. Inoltre, richiamando il considerando 71 del Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 679 del 2016, si dispone che un trattamento (non integralmente) automatizzato – come i procedimenti amministrativi decisi sulla base di algoritmi informatici – dovrebbe essere comunque subordinato al rispetto di adeguate garanzie, riassumibili nella pretesa del privato a partecipare al procedimento, ad accedere agli atti e alle attività della pubblica amministrazione e ad ottenere una spiegazione della decisione conseguita dopo tale valutazione e di contestare la decisione, e ciò anche per conformare l'azione amministrativa interna allo standard di tutela garantito dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁷⁰.

3.1. *Decisioni automatizzate e partecipazione democratica*

Dalle recenti pronunce del Consiglio di Stato sembrerebbero emergere ulteriori criticità – legate anche alla complessità del tema – in ordine alla garanzia del contraddittorio e, più in generale, alla partecipazione democratica nel procedimento amministrativo.

Sebbene questa non sia la sede più opportuna per sciogliere «il nodo della partecipazione»⁷¹, va quantomeno osservato che i procedimenti amministrativi condizionati nell'esito dall'utilizzo di algoritmi informatici sembrano del tutto carenti di un momento di interlocuzione tra pubblico e privato. Infatti, non solo l'apporto collaborativo del cittadino non è garantito nella fase istruttoria – interamente governata dalla macchina – ma l'attività interlocutoria, all'interno della quale venga concesso al cittadino di esprimere una propria opinione in ordine all'*an* ed al *quomodo* del procedimento, non è prevista neanche nella fase antecedente all'avvio del procedimento. Tale prospettazione potrebbe indurre a sostenere che un procedimento automatizzato carente (anche) di un momento partecipativo presta il fianco non solo a profili di illegittimità derivanti dalla violazione di regole procedurali, ma anche a violazioni dei principi generali del diritto amministrativo per una carenza di legittimazione democratica della scelta⁷².

⁷⁰ Vi è chi ritiene l'amministrazione per algoritmi presenti nei profili di incompatibilità con la portata garantistica dell'art. 41 della Carta di Nizza. Sul punto, D.U. Galetta, J.G. Corvalàn, *Intelligenza artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, n. 3/2019.

⁷¹ Termine ripreso da M. Nigro, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 225 ss.

⁷² M.R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Napoli, 2003, 211, dopo aver sostenuto che il ruolo della partecipazione democratica si è spinto fino alla «compartecipazione dei cittadini allo stesso processo di conformazione dell'interesse pubblico», afferma che non sembrano legittimate delle ipotesi procedurali tendenti a limitare la partecipazione, in quanto comporterebbero delle evidenti lacune sotto il profilo

Vi è da chiedersi, a tale proposito, quali siano le modalità e gli strumenti che consentirebbero al cittadino di partecipare in maniera proattiva, laddove si conservi l'idea per la quale gli algoritmi informatici vengono utilizzati nei procedimenti all'interno dei quali manca l'esercizio del potere discrezionale.

Il problema sul se e come partecipare, ad avviso di chi scrive deve essere analizzato in maniera differente a quanto fatto in passato da chi ha provato a sviscerare i nodi della partecipazione nelle decisioni amministrative complesse⁷³, e ciò per uno specifico motivo.

Mentre nelle decisioni complesse si discute, tra le altre cose, della pluralità degli esiti cui potrebbe giungere il procedimento amministrativo, nel caso delle decisioni automatizzate, laddove si confermi l'approccio volto ad ammettere i soli algoritmi deterministici, l'amministrazione sarà eterodiretta in un caso direttamente dalla legge e, in un altro caso, dall'apprezzamento tecnico non suscettibile di ulteriori margini di valutazione.

Volendo dunque provare a risolvere la prima questione, in ordine cioè al se consentire la partecipazione democratica nei procedimenti automatizzati, sembra possibile rinvenire una risposta affermativa nell'art. 9 del d.lgs. n. 82 del 2005⁷⁴ – Codice dell'amministrazione digitale – che afferma che le pubbliche amministrazioni favoriscono «ogni forma di uso delle nuove tecnologie per promuovere una maggiore partecipazione dei cittadini [...] al processo democratico [...] anche attraverso l'utilizzo, ove previsto [...] di forme di consultazione preventiva per via telematica sugli schemi di atto da adottare».

della conoscenza dei fatti funzionali alla decisione. Secondo l'interpretazione di A. Andreani, *Funzione amministrativa, procedimento, partecipazione nella l. 241/90*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 660 ss., la partecipazione se da un lato consente di esprimere al cittadino un apporto collaborativo nel procedimento, dall'altro lato si delinea come attività essenzialmente politica, concorrendo alla attuazione dell'interesse pubblico primario.

Vi è inoltre chi ritiene centrale la partecipazione democratica allo scopo di garantire una *disclosure* adeguata sugli interessi coinvolti. In questo senso, cfr. S. Tuccillo, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016, 79-80. F. Giglioni, S. Lariccia, *Partecipazione dei cittadini all'attività amministrativa*, in *Enc. dir. agg.*, 4, 2000, 943 ss., non condividono l'interpretazione della giurisprudenza che nega l'utilità della partecipazione democratica ai procedimenti di natura vincolata, in ragione della presenza di alcune ipotesi in cui l'amministrazione, «pur muovendosi in spazi stretti, conserva un'autonomia di giudizio per la formazione del quale l'intervento del privato può risultare significativo».

⁷³ Per una ricostruzione più recente sulle decisioni amministrative complesse, cfr. F. Cortese, *Decisioni amministrative complesse e hard cases*, in G. Arena, F. Cortese (a cura di), *Per governare insieme: il federalismo come metodo. Verso nuove forme della democrazia*, Padova, 2011, 267 ss. Secondo l'A., diversi sono i «sintomi» dai quali emerge che l'amministrazione dovrà rendere una decisione complessa: la pluralità di soggetti; l'eterogeneità degli interessi; le differenti norme applicabili; i diversi esiti possibili; la decisione assunta; le questioni amministrative da essa scaturenti. Quando questi fattori convergono in modo da indirizzare la scelta in una determinata direzione, la scelta dell'amministrazione viene definita «difficile».

⁷⁴ In questo senso, G. Carullo, *Open data e partecipazione democratica*, in *Ist. fed.*, 2019, 685 ss.

Per ciò che attiene alla seconda questione, il coinvolgimento del cittadino potrebbe svilupparsi non nel caso di algoritmo già programmato⁷⁵, ma, al fine di provare a valorizzare il carattere proattivo della partecipazione nel processo decisionale⁷⁶, le preferenze dei privati – titolari di interessi collettivi alla rimodulazione dello strumento di intelligenza artificiale – potrebbero svelarsi quando sia ancora possibile intervenire nella fase di determinazione dello stesso⁷⁷.

È proprio nella fase preistruttoria, nel caso di decisioni automatizzate, che dunque l'amministrazione dovrebbe garantire un livello minimo di partecipazione del privato, con lo scopo di recuperare il rapporto tra potere pubblico e soggetti privati⁷⁸. Se dovesse ammettersi – come risulta dalle più recenti pronunce della giurisprudenza – la collocazione del potere amministrativo nella fase di predeterminazione dell'algoritmo, il primo momento di interlocuzione con la collettività sarebbe previsto in sede processuale⁷⁹, prefigurandosi sullo sfondo l'abdicazione dell'attività di amministrazione⁸⁰.

Le considerazioni svolte in ordine alla centralità della partecipazione democratica sembrano poter essere ulteriormente approfondite, soprattutto se dovesse accogliersi l'idea per la quale gli algoritmi siano qualificabili come strumenti utili a regolare determinati rapporti tra privati. La partecipazione alla formazione dello strumento informatico, in maniera analoga rispetto a quanto avviene nei procedimenti regolatori delle amministrazioni indipendenti, sarebbe funzionale al conseguimento di due obiettivi parimenti rilevanti: per un verso, il coinvolgimento del cittadino potrebbe ridurre le asimmetrie informative con l'amministrazione pro-

⁷⁵ Analizza il ruolo centrale della programmazione, segnalando anche come l'amministrazione sia titolare di una c.d. «discrezionalità programmatica», R. Dipace, *L'attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, in *Dir. soc.*, 2017, 647 ss.

⁷⁶ F. Ledda, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 135, con riferimento alla fase istruttoria, ritiene che il termine «comunicare» sia sinonimo di «partecipare», nel senso di rendere comuni e noti – all'interessato ovvero alla collettività – fatti, situazioni o giudizi significativi rispetto ad un problema che impegna l'amministrazione pubblica nel processo decisionale.

⁷⁷ S. Civitarese Matteucci, *Umano troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 40, parla di una decisione automatizzata «preliminare» che diviene definitiva solo a seguito di un contraddittorio con il privato interessato. In termini generali, A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, Napoli, 1997, 19, nel sostenere come la scelta amministrativa non appartenga al monopolio dell'elemento burocratico, ma si realizza anche – e soprattutto – attraverso il richiamo all'elemento partecipativo, ritiene che l'interesse pubblico nasca dalla composizione tra i vari interessi pubblici e gli interessi privati e di gruppo.

⁷⁸ Nel senso di una partecipazione funzionale, da un lato, a prevenire i conflitti tra amministrazione e cittadino e, dall'altro lato, a recuperare il *vulnus* di trasparenza dei processi decisionali, cfr., tra gli altri, M. Calabrò, *La funzione giustiziale*, cit., 38.

⁷⁹ F. Patroni Griffi, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2019.

⁸⁰ In tal senso, M.R. Spasiano, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Dir. amm.*, 2002, 283 ss. L'A., infatti, ritiene raffigurabile una «sorta di rinuncia della p.a.» laddove l'amministrazione, in funzione di curatrice dei bisogni presenti in una comunità, non eserciti il proprio ruolo di indirizzo e vigilanza.

cedente⁸¹, garantendo una prospettiva certamente più ampia con riguardo all'inserimento degli *input* necessari per la decisione⁸²; per altro verso, tenuto conto di un vuoto normativo che giustifichi lo svolgimento dell'attività amministrativa attraverso il ricorso agli algoritmi, la partecipazione democratica a tali strumenti di "regolazione" potrebbe colmare il *deficit* di legalità e, dunque, legittimare – su un piano meramente sostanziale, ma non anche su quello dell'opportunità – la funzione amministrativa esercitata mediante il ricorso agli algoritmi⁸³.

Il ripristino delle garanzie di partecipazione nella parentesi discrezionale del procedimento così come delineato, rischia, tuttavia, di risultare una conquista esclusivamente formale. Pur volendo ammettere un intervento degli interessati, diretto a formulare delle osservazioni in ordine alla coerenza e alla bontà dello strumento di intelligenza artificiale, sullo sfondo si può scorgere il pericolo che a queste consultazioni prendano parte esclusivamente i titolari di interessi, soprattutto «datoriali», estremamente rilevanti.

Il dibattito in ordine alla necessità o meno della partecipazione dei privati merita, tuttavia, ulteriori considerazioni soprattutto alla luce delle decisioni del Consiglio di Stato che hanno ritenuto applicabili gli algoritmi informatici anche ai procedimenti di natura discrezionale. Se devono condividersi, per un verso, i vantaggi sottesi all'impiego degli strumenti digitali per il procedimento di formazione della decisione amministrativa mediante l'affidamento ad un *software* – e ciò almeno nei casi in cui l'amministrazione si avvalga di algoritmi deterministici per lo svolgimento di operazioni seriali – per altro verso non può essere accolta l'interpretazione della giurisprudenza in forza della quale l'utilizzo degli algoritmi rende necessaria l'individuazione di nuovi metodi di comunicazione tra amministrazioni e privati, nella misura in cui per legittimare l'esercizio dell'attività amministrativa sarebbe sufficiente applicare le categorie classiche e cercare di applicarle alle questioni attuali. L'apertura dell'amministrazione per algoritmi anche ai procedimenti discrezionali, tuttavia privi di momenti partecipativi tra amministrazione e privati, potrebbe comportare un notevole incremento del contenzioso dinanzi ai giu-

⁸¹ In termini simili, E. Carloni, *I principi della legalità algoritmica*, cit., 302, il quale afferma come le amministrazioni dovrebbero svolgere compiti di illustrazione preventiva del funzionamento degli algoritmi dei quali i poteri pubblici intendono avvalersi, garantendo una interlocuzione proattiva con esperti e soggetti interessati.

⁸² Nell'ottica, come sottolinea condivisibilmente F. Fracchia, *Manifestazioni di interesse del privato procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1996, 11 ss., della pertinenza delle manifestazioni all'oggetto del procedimento. Se l'A. svolgeva le proprie considerazioni in ordine alla soluzione migliore, si può sostenere sulla base di ciò che l'arricchimento del materiale cognitorio possa essere funzionale ad una migliore scelta degli *input* immessi nell'algoritmo.

⁸³ U. Allegretti, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it.*, 1984, 205, ritenendo che «perché l'ordinamento abbia carattere democratico è necessario che l'amministrazione sia democratica, proprio nel senso che non c'è democrazia senza che vi sia anche democraticità dell'amministrazione».

dici amministrativi per violazioni delle norme di legge⁸⁴, imponendo così il ripensamento di tale estensione nella misura in cui verrebbe scaricata al giudice la composizione di un conflitto nato, principalmente, dalla scelta dell'amministrazione di avvalersi di una regola tecnica e restringendo l'area della discrezionalità amministrativa nella fase istruttoria⁸⁵.

3.2. *La motivazione rafforzata nelle decisioni algoritmiche di fronte all'opacità dell'algoritmo: meta o chimera?*

La trasparenza dell'algoritmo, nel senso di una sua concreta ed effettiva conoscenza, risulta essere il tema maggiormente invocato, seppur con diversa intensità, dalla giurisprudenza e dalla dottrina, al fine di legittimare l'esercizio della azione amministrativa automatizzata. Molto spesso, infatti, le dinamiche sottese all'algoritmo non sono facilmente intelleggibili non soltanto per il privato che non dispone delle competenze specifiche per tradurre la regola tecnica in un passaggio giuridico, ma neppure per l'amministrazione, sia laddove si prediliga lo strumento degli algoritmi di apprendimento, sia per il costante processo di aggiornamento dei *software* che non consente una conoscibilità nel lungo periodo del procedimento argomentativo della macchina, incidendo negativamente anche sulla stabilità del risultato⁸⁶.

Quello che sembra emergere – e ciò ovviamente desta non poche preoccupazioni – è il progressivo avvicendamento di una tensione strutturale tra il principio di imparzialità e quello di trasparenza, sbilanciato evidentemente a favore del primo, che invece dovrebbero coesistere nella logica di un giusto procedimento, ancorché automatizzato. In particolare, nonostante gli ultimi approdi del Consiglio di Stato ritengano necessaria, sul piano del dover essere, la conoscenza effettiva dell'algoritmo da parte dei soggetti privati, sul versante dell'essere è di tutta evidenza come il modello di amministrazione trasparente, in ragione della complessità tecnica sottesa a tali strumenti informatici, venga sacrificato sull'altare di una presunta efficienza ed imparzialità amministrativa che, tuttavia, nasconde pericolose insidie in ordine alla opacità degli algoritmi.

Una conferma di quanto sostenuto si rinviene dall'interpretazione di alcuni passi delle recenti pronunce del Consiglio di Stato, le quali, nel ritenere centrale il principio di trasparenza nell'amministrazione per algoritmi, riflettono le distanze

⁸⁴ Sul punto, diffusamente, A.G. Orofino, *La patologia dell'atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e elementi di tutela*, in *Foro amm. (C.d.S.)*, 2002, 2256 ss.

⁸⁵ Sempre in termini generali, sul punto, S. Cassese, *Che cosa resta*, cit., 5-6.

⁸⁶ Così, si veda S. Sassi, *Gli algoritmi nelle decisioni pubbliche tra trasparenza e responsabilità*, in *An. giur. econ.*, 2019, 110.

che vi sono tra la pubblicità dell'algoritmo e la garanzia effettiva della trasparenza e della intellegibilità di tali strumenti informatici.

Anzitutto deve condividersi l'opinione di chi ritiene che il privato incaperebbe non solo nell'opacità dell'algoritmo – in quanto ne verrebbe garantita la sola conoscibilità, e non la effettiva conoscenza⁸⁷ – ma soprattutto nell'impossibilità di comprendere il processo decisionale che ha generato lo strumento informatico⁸⁸, nella misura in cui la parte che intende richiedere accesso dovrà affidarsi all'interpretazione tecnica di un esperto ed accettarne passivamente l'esito, in una ottica contraria al carattere proattivo del principio di trasparenza. Le zone d'ombra che derivano dall'utilizzo degli algoritmi non incidono esclusivamente nei confronti dei cittadini e dei giudici, come sostiene la giurisprudenza⁸⁹, ma riguardano anche l'amministrazione stessa: a ben vedere, questo risulta essere il principale limite delle decisioni del Consiglio di Stato in ordine alla conformità dell'amministrazione per algoritmi al principio di trasparenza, nella misura in cui, in primo luogo, considera scontata – laddove, come si vedrà, non lo è affatto – la capacità dei funzionari pubblici di comprendere le regole tecniche contenute nell'algoritmo e, in secondo luogo, poiché non tiene in considerazione la possibilità di una c.d. opacità intrinseca, che rende complessa, anche per i programmatori dello strumento informatico, la comprensione del processo decisionale fondato sulla regola tecnica⁹⁰.

Dagli insegnamenti di autorevole dottrina, anche straniera⁹¹, si evince come non sia più sufficiente garantire la trasparenza – e dunque la possibilità di eser-

⁸⁷ G. Avanzini, *Decisioni amministrative*, cit., 145. Un'indagine sulla differenza tra pubblicità e trasparenza è stata svolta da G. Arena, *Trasparenza amministrativa* (voce), in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 5945 ss., spec. 5947-5948. Secondo l'A., si parla di pubblicità ogni qualvolta l'atto sia conoscibile, ma la pubblicità assume le vesti della trasparenza quando, oltre alla conoscibilità – che è potenziale – viene assicurata la conoscenza reale, la comprensione ed il controllo. Per una più ampia analisi sulla differenza tra conoscibilità e conoscenza, su tutti, M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1970, 1024.

⁸⁸ In passato, vi era già chi riteneva che per assicurare la trasparenza nell'azione amministrativa – nel senso di predeterminare le scelte operate a monte dall'amministrazione – non fosse sufficiente garantire il mero accesso agli atti, bensì si riteneva necessario che le procedure fossero regolate in modo da rendere verificabile l'eshaustività del materiale acquisito, al fine di evitare «zone d'ombra nell'accordare indebite prevalenze a certe sfere di interesse, sacrificandone altri». In questi termini, A. Police, *La predeterminazione*, cit., 41. Dello stesso avviso, ma ancor prima, F. Ledda, *Problema amministrativo*, cit., 138, affermava come l'esibizione degli atti del procedimento consentisse non solo la conoscibilità dei risultati delle operazioni compiute, ma soprattutto «la ragion d'essere di queste e quindi i criteri ed obiettivi dell'indagine».

⁸⁹ Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, punto 8.3; Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, punto 13.1; Cons. Stato, sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881, punto 10.

⁹⁰ Sul punto, si rimanda allo studio di J. Cobbe, *Administrative Law and the Machines of Government: Judicial Review of Automated Public-Sector Decision-Making*, 2018, in corso di pubblicazione in *Legal Studies*, ma già disponibile in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3326.

⁹¹ Per ciò che concerne alle problematiche dell'azione amministrativa automatizzata nell'ordinamento spagnolo, si veda I.M. Delgado, *Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada*, in *Revista de Administración pública*, 2009, 180, 353 ss., spec. 376-377. Secondo l'A. risulta necessario

citare il diritto di accesso – dell’atto amministrativo, ma l’esigenza che si avverte, soprattutto nei procedimenti in cui l’utilizzo della tecnica costituisce la ragione della decisione, è quella che le amministrazioni pubbliche si muovano nella direzione della trasparenza dell’azione amministrativa, rendendo così intellegibile non solo l’atto conclusivo del procedimento, ma anche l’intero processo decisionale in un’ottica di maggiore tutela degli interessati e della collettività⁹².

Anche questo passaggio, sebbene imprescindibile in un ragionamento che intende garantire un livello minimo di *accountability* all’esercizio della funzione amministrativa, sembra scontrarsi con la complessità della elaborazione algoritmica che, combinata con la varietà di dati coinvolti nei calcoli, difficilmente potrebbe condurre ad un risultato informativo attraverso una semplice ‘spiegazione dei passi dell’algoritmo’, soprattutto nei casi in cui vengano utilizzati strumenti di *machine learning*⁹³. Se la comprensione del comportamento degli algoritmi risulta essere un obiettivo particolarmente difficile da conseguire, ma che consentirebbe l’allentamento della tensione tra il principio di imparzialità e quello di trasparenza, entrare nelle logiche del funzionamento del sistema informatico avrebbe poco valore per la conoscenza e comprensione degli *output*. Per una comprensione del sistema nel suo complesso, infatti, gli approcci comprendono una revisione del codice sorgente, l’analisi dei dati di *input*, l’analisi statistica dei risultati e, infine, l’analisi della sensibilità agli stessi dati di partenza⁹⁴: passaggi che, evidentemente, non soltanto non sarebbero in grado di garantire effettività al principio di trasparenza, ma che inoltre sembrano di difficile svolgimento in assenza del coinvolgimento diretto degli sviluppatori del sistema⁹⁵.

Pur nello scetticismo di garantire la trasparenza ad un meccanismo di per sé caratterizzato da una opacità strutturale, alla soluzione offerta dal Consiglio di Stato va riconosciuto quantomeno il pregio di superare l’orientamento della Sezione III-*bis* del T.A.R. Lazio, che classificava il *software* quale atto amministra-

consentire agli interessati i criteri e le modalità che guideranno il procedimento; se ciò non dovesse essere garantito, il provvedimento sarebbe assunto in violazione delle garanzie procedurali attribuite al cittadino dalla legge sul procedimento amministrativo spagnolo.

⁹² D.U. Galetta, J.G. Corvalàn, *Intelligenza artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0?*, cit., affermano come la pubblica amministrazione debba essere in grado di motivare e spiegare adeguatamente le decisioni assunte, non solo per ciò che attiene al contenuto finale (trasparenza dell’atto) ma soprattutto per rendere intellegibile il procedimento che ha condotto all’adozione della decisione. Ritiene invece che l’utilizzo degli algoritmi informatici nel procedimento amministrativo dovrebbe essere mediato da garanzie di trasparenza sul funzionamento degli strumenti di elaborazione e di imparzialità della loro applicazione, M. Falcone, *Big data e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 601 ss.

⁹³ Aa.Vv., *A governance framework for algorithmic accountability and transparency*, Bruxelles, 2019, 76-77. In termini simili, A.G. Orofino, *La semplificazione digitale*, in *Dir. econ.*, 2019, 3, 108.

⁹⁴ Aa.Vv., *A governance*, cit., 77.

⁹⁵ A. Simoncini, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1184.

tivo informatico in grado di costituire, modificare ed estinguere le situazioni giuridiche individuali⁹⁶, in contrasto con chi già in passato riteneva che la «riduzione a formula matematica di alcune componenti della decisione può costituire un utile strumento istruttorio per la decisione, ma non sostituire la decisione stessa»⁹⁷. L'accoglimento dell'interpretazione che sovrappone il *software* al provvedimento amministrativo, non qualificandolo, come si ritiene più plausibile, come una particolare tecnica che si colloca nel solco del processo decisionale, sarebbe in contraddizione con le direttrici che hanno segnato l'evoluzione in sede normativa del principio di trasparenza.

Nelle recenti pronunce e nell'interpretazione di una parte della dottrina, per i procedimenti amministrativi automatizzati si accoglie esclusivamente l'idea del diritto di accesso procedimentale, a spiccata tendenza difensiva, essendo lo stesso esercitabile esclusivamente in presenza di una lesione attuale del bene della vita cui il privato aspira. Tale lettura si pone in contrasto con una concezione a maglie più larghe dell'accesso generalizzato – l'unica che può essere accolta in una prospettiva evolutiva che si muova nel senso di una comprensione effettiva del comportamento dell'algoritmo – la quale consentirebbe al privato di conoscere in concreto i dati che riguardano le pubbliche amministrazioni e di partecipare consapevolmente alle decisioni pubbliche⁹⁸. In altre parole, il principio di trasparenza, soprattutto nei procedimenti automatizzati, non dovrebbe essere considerato quale fine ultimo da perseguire, accedendo alle esclusive informazioni dell'algoritmo, ma, come ritiene autorevole dottrina, quale mezzo attraverso cui far rientrare il procedimento amministrativo nei parametri della c.d. «buona amministrazione»⁹⁹.

La prospettiva dalla quale emerge la concreta difficoltà di adeguare la decisione automatizzata ai canoni della trasparenza amministrativa svela, conseguentemente, un ulteriore punto debole dell'amministrazione per algoritmi, rinvenibile

⁹⁶ T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-bis, 14 febbraio 2017, n. 3769, punto 2, cit. Una ampia ricostruzione, seppure non pienamente condivisibile, viene svolta da I. Forgione, *Il caso dell'accesso al software*, cit., 647 ss.; in termini generali, sono di questo avviso U. Fantigrossi, *Automazione e pubblica amministrazione*, Bologna, 1993, 55 ss., sulla scorta di considerazioni volte a valorizzare l'anticipazione dell'esercizio del potere, in modo tale che «l'atto finale si configuri come il risultato delle determinazioni assunte in sede di predisposizione del programma per il calcolatore»; in una diversa prospettiva, A. Usai, *Le prospettive di automazione delle decisioni amministrative in un sistema di teleamministrazione*, in *Dir. inf.*, 1993, 163 ss., spec. 174, qualifica il software utilizzato per l'emanaione di atti automatici come atto interno.

In termini contrari, A.G. Orofino, G. Gallone, *L'intelligenza artificiale al servizio delle funzioni amministrative*, cit., 1742, i quali ritengono che la circostanza in virtù della quale il contenuto di un atto amministrativo sia decifrabile da un numero ristretto di tecnici programmatori, e non anche da amministrazioni e cittadini, costituisca un elemento dirimente all'accoglimento della tesi che qualifica il *software* come atto amministrativo.

⁹⁷ F. Merusi, *Conclusioni*, in *Analisi economica e diritto amministrativo, Annuario AIPDA 2006*, Milano, 2007, 313 ss.

⁹⁸ In tal senso, G. Gardini, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, in *federalismi.it*, 2017, 1.

⁹⁹ S. Cassese, L. Torchia, *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Bologna, 2014, 120.

nella retorica dell'obbligo di motivazione della decisione¹⁰⁰. Su questo punto non sembrano emergere contrasti interpretativi nelle varie pronunce della giurisprudenza, sebbene le argomentazioni siano caratterizzate da una diversa prospettiva determinata dall'accettazione, o meno, di un procedimento interamente automatizzato.

Secondo una prima ricostruzione, che ritiene imprescindibile l'apporto umano, il T.A.R. Lazio afferma che la violazione dell'obbligo di motivazione, oltre a far emergere evidenti profili di illegittimità provvedimentoale, comporterebbe una lesione del diritto fondamentale di difesa, costituzionalmente tutelato dall'art. 24, essendo compromessa la possibilità per il privato di agire in giudizio contestando l'iter logico-giuridico seguito dall'amministrazione¹⁰¹. Un secondo orientamento, evidentemente più cauto nella misura in cui ritiene possibile – ed auspicabile – lo svolgimento dell'attività amministrativa in assenza di un apporto umano, considera comunque imprescindibile la formulazione di spiegazioni che traducano la regola tecnica nella regola giuridica, necessarie per fornire ai privati ed al giudice una motivazione adeguata del procedimento seguito dalla macchina¹⁰². Secondo il Consiglio di Stato, dunque, la motivazione è obbligatoria e non deve costituire un semplice richiamo *per relationem* all'algoritmo – nel senso di una motivazione numerica, la cui applicabilità, come sostiene autorevole dottrina, contrasterebbe con la ragion d'essere della motivazione¹⁰³ – ma deve com-

¹⁰⁰ Vi è in dottrina chi ritiene la motivazione come un «autonomo diritto di informazione del privato», funzionale a ridurre le asimmetrie conoscitive tra l'amministrazione che decide ed il privato che ne subisce le externalità negative. In questi termini, G. Mannucci, *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 840.

Tale lettura non è condivisa da A. Cassatella, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013, il quale, dopo aver sostenuto che l'ambito applicativo dell'istituto della motivazione non coincida con quello della pubblicità e della trasparenza amministrativa – e ciò poiché la legge generale sul procedimento amministrativo impone di motivare anche gli atti riservati – (p. 244), aggancia la motivazione del provvedimento amministrativo ad una «responsabilità funzionale riferibile alla decisione ed agli effetti ad essa collegati» (p. 251).

Con riferimento alla necessità di un rapporto più intenso tra principio di trasparenza ed obbligo di motivazione nella costruzione di una cornice procedimentale per legittimare l'amministrazione per algoritmi, di recente, E. Carloni, *I principi della legalità algoritmica*, cit., 291.

¹⁰¹ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-bis 10 settembre 2018, n. 9227, punto 3.2, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹⁰² Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, punto 8.3; Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, punto 13.1; Cons. Stato, sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881, punto 10.

¹⁰³ È possibile rinviare, sul punto, agli spunti di M. Ramajoli, *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 894 ss., la quale esprime un netto dissenso rispetto all'orientamento giurisprudenziale il quale riteneva che l'obbligo di motivazione fosse correttamente adempiuto anche attraverso il ricorso ad un punteggio numerico. Secondo l'A., lo «svuotamento» dell'obbligo di motivazione si fonda su una interpretazione anomala del principio del buon andamento. Ritiene che la motivazione numerica non sia una vera e propria motivazione, ma costituisca espressione del giudizio finale e ritiene illogica (sotto il piano logico e giuridico) l'idea di combinare valutazione numerica e motivazione del provvedimento, F.G. Scoca, *Punteggio numerico e principio di buon andamento*, in *Giur. cost.*, 2011, 2279 ss.; l'A. prosegue affermando che nei riguardi delle valutazioni tecniche, «il dato numerico esprime il giudizio complessivo sull'elaborato, ma non ha nulla a che fare con la motivazione. Il numero misura una quantità (un valore), ma non esprime nulla sul modo in cui viene determinata la quantità (il valore)».

prendere le ragioni di fatto e gli elementi di diritto che hanno condotto l'amministrazione a quella determinata decisione¹⁰⁴.

In un tale contesto caratterizzato da un evidente vuoto normativo¹⁰⁵, sembrerebbe soccorrere a garanzia dell'obbligo di motivazione l'art. 13, co. 2, lett. f), del Regolamento generale sulla protezione dei dati, n. 697 del 2016, il quale dispone che l'interessato, nell'ambito di un processo decisionale automatizzato, debba ricevere delle «informazioni significative sulla logica utilizzata». Deve, tuttavia, condividersi l'opinione di chi ritiene debole il richiamo alla disposizione da ultimo menzionata, e ciò non soltanto perché la semplice conoscenza delle informazioni non comporta alcun effetto se non si è in grado di comprendere la logica dell'algoritmo, ma anche perché, laddove l'amministrazione sia in grado di decifrare i contenuti della regola tecnica, sembra inadeguato il richiamo alle «informazioni significative» nella misura in cui sarebbe maggiormente opportuno che l'interessato venisse informato su tutte le informazioni relative alla logica utilizzata dalla macchina¹⁰⁶.

In relazione alla difficoltà per l'amministrazione di comprendere le logiche dell'algoritmo, e tenendo conto del progressivo avanzamento del meccanismo del *machine learning*, che rende complessa l'intelligibilità dell'algoritmo anche ai progettatori, è davvero possibile sostenere che tutte le decisioni automatizzate siano accompagnate da una motivazione?

La risposta non può che essere negativa. Tuttavia, ritenere valida la prospettiva di un provvedimento senza motivazione comporterebbe delle conseguenze negative non solo in ordine alla prospettiva di un una carenza del legittimo affidamento del privato¹⁰⁷, il quale non potrebbe vedersi indicate le ragioni giuridi-

¹⁰⁴ G. Avanzini, *Decisioni amministrative*, cit., 151, sostiene come «la motivazione non si esaurisce nella semplice trasmissione dei files con il programma, ma richiede un processo discorsivo ulteriore, un'enunciazione di cui si rivaluta la componente comunicativa, informativa e la dimensione relazionale dell'istituto».

¹⁰⁵ Più approfonditamente, S. Civitarese Matteucci, *Umano*, cit., nell'affermare che il potere di ricorrere a decisioni automatizzate debba essere previsto dalla legge (p. 34), sostiene come la legalità espressa nei termini della tipicità prevalga su «un generale riconoscimento delle decisioni mediante IA» (p. 38). J.B. Auby, *Il diritto amministrativo*, cit., 640-641, in aggiunta a quanto definito da Civitarese Matteucci, sostiene come l'algoritmo possa essere contraddistinto da un livello normativo clandestino, nella misura in cui al momento della predisposizione dell'algoritmo viene elaborata «una sorta di quasi-legislazione complementare».

¹⁰⁶ A. Simoncini, *Profili costituzionali*, cit., 1184.

¹⁰⁷ A. Police, *La predeterminazione*, cit., spec. 50-73, ritiene che la partecipazione, il procedimento e l'accesso agli atti, pur costituendo un moltiplicatore dell'esigenza di comprendere le scelte dell'amministrazione, non sono sufficienti, in quanto l'A. ritiene che sia necessario garantire l'imparzialità e soprattutto il legittimo affidamento del cittadino. M.C. Cavallaro, G. Smorto, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione*, cit., ha ritenuto che, pur volendo ammettere che la procedura automatizzata possa condurre ad un esito corretto – e ciò, come si è visto, non accade sempre – resta comunque l'ombra di un provvedimento senza motivazione, «con grave pregiudizio per le aspettative di tutela dei privati, dal momento che nella vicenda considerata la decisione amministrativa ha un impatto significativo sulla vita lavorativa dei docenti». Anche la dottrina inglese che si è occupata del tema ha ritenuto che l'intelligibilità dell'algoritmo deve essere garantita per consentire al «lettore» – la cui posizione è stata circoscritta dall'A. esclusivamente con riferimento al privato interessato – di comprendere quali siano stati le conclusioni sulle questioni controverse. Così, M. Oswald, *Algorithm-assisted decision-making*, cit., 5.

che sottese alla decisione amministrativa, ma soprattutto costituirebbe il definitivo tramonto della necessità per l'amministrazione di legittimare l'esercizio del proprio potere, tenuto conto della circostanza per la quale – richiamando gli insegnamenti di autorevole dottrina – la funzione democratica della motivazione non sarebbe in grado di «ostendere al sindacato di opinione pubblica [oltre che a quello giurisdizionale] la decisione autoritativa»¹⁰⁸.

Merita di essere segnalata – per provare a smentirne immediatamente la portata – l'interpretazione di chi ha ritenuto possibile la sovrapposizione della motivazione dell'atto algoritmico a quella dell'atto amministrativo elettronico, sostenendo che fosse sufficiente «l'automatico reperimento, collegamento e giustapposizione di norme e dati» per rendere noto all'amministrazione, ai cittadini ed al giudice l'iter logico-giuridico seguito dalla macchina¹⁰⁹. Tale ragionamento, senz'altro funzionale su un profilo teorico per non sganciare le decisioni automatizzate dal circuito democratico, non tiene tuttavia conto della presenza degli algoritmi di apprendimento – il cui utilizzo nei procedimenti amministrativi si nega dall'inizio del lavoro, ma dei quali non si può contestare la tendenza espansiva – che possono condurre a decisioni non comprensibili neppure per coloro i quali hanno programmato lo strumento informatico e non rispondenti ad un determinato processo logico causale¹¹⁰. In buona sostanza «tali algoritmi non sono costruiti alla domanda sul perché avverrà una certa cosa, ma solo ad indicare con la maggiore accuratezza possibile, la probabilità che essa avvenga»¹¹¹ e ciò

¹⁰⁸ Sono parole di A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti e sindacato giurisdizionale*, Milano, 1987, 70, il quale, sempre nella stessa opera, aggiunge che il potere pubblico aspira a legittimarsi di fronte ai soggetti privati quali «*uti civis* più che *uti singulus*», la cui obbedienza deve fondarsi «sulla credenza collettiva nella legittimità del comando» (p. 78). Sul punto, G. Corso, *Motivazione degli atti amministrativi e legittimazione del potere negli scritti di Antonio Romano Tassone*, in *Dir. amm.*, 2014, 463 ss., pur proponendo una ricostruzione critica del pensiero di Romano Tassone, soprattutto nella parte in cui ritiene che il comparto normativo della legge generale sul procedimento amministrativo sia rivolta esclusivamente ai destinatari potenziali del provvedimento (p. 471), ritiene altrettanto che la «validità giuridica dell'atto – ossia la sua conformità alla legge che stabilisce competenza e provvedimento – non basta a legittimare colui che adotta l'atto, a fondare la sua autorità agli occhi di chi dell'atto è destinatario: ma non è irrilevante in vista di quella fondazione, anzi non concorre a generarla» (p. 475). La funzione della motivazione nelle decisioni automatizzate quale momento di legittimazione del potere è condivisibilmente sottolineata da V. Brigante, *Evolving pathways of administrative decisions*, Napoli, 2019, 143.

¹⁰⁹ C. Giurdanella, E. Guarnaccia, *Elementi*, cit., 42. Si condivide l'interpretazione, in senso contrario rispetto a quella della equiparazione tra atto amministrativo elettronico ed atto algoritmico, di A. Simoncini, *Profili costituzionali*, cit., 1182.

¹¹⁰ Si ritiene di non poter condividere l'idea di S. Civitarese Matteucci, *Umano*, cit., 39, il quale, nel richiamare la bozza di linee guida elaborata dal Gruppo di esperti sull'intelligenza artificiale della Commissione europea, sostiene come anche nei casi di algoritmi di apprendimento – i quali, come si è detto, sono in grado di condurre a decisioni senza seguire un determinato iter logico – possano essere specificate – ancorando a ciò dunque il rispetto al principio di trasparenza ed all'obbligo di motivazione – le ragioni del processo decisionale automatizzato.

¹¹¹ A. Simoncini, *Profili costituzionali*, cit., 1183. La circostanza per la quale gli algoritmi presentano spesso una portata predittiva e probabilistica rispetto ad una logica causale e deterministica è notata, inoltre, da

non solo si pone in contrasto con l'autorevole interpretazione di chi ritiene che il principale problema non attenga l'*an* della motivazione, ma le modalità di esternazione della stessa¹¹², ma non tiene neppure conto di come la motivazione assoluta oggi ad una pluralità di funzioni, tra le quali la giustificazione della scelta alla luce dell'istruttoria e la garanzia della trasparenza dell'azione amministrativa¹¹³.

4. *Esternalizzazione dell'amministrazione per algoritmi. Ammissibilità e limiti*

Nel prendere atto della progressiva implementazione dell'utilizzo di algoritmi informatici e strumenti di intelligenza artificiale nei processi decisionali, pare opportuno avvertire che la strada da percorrere per comprendere le logiche algoritmiche appare ancora lunga. Contestualmente è ormai unanimemente sostenuto che un rinnovato percorso di formazione dei funzionari pubblici, che li pongano al passo con le nuove tecnologie e con le innovazioni digitali, non può più attendere¹¹⁴. La considerazione, infatti, non sembra priva di cittadinanza nel dibattito giuridico sul rapporto tra amministrazione e strumenti informatici, laddove si sostiene che sia proprio il tasso notevolmente basso di alfabetizzazione digitale che investe il personale della pubblica amministrazione¹¹⁵ a fondare le prime critiche in ordine alla legittimazione del potere nelle decisioni automatizzate. Ciononostante, se ad oggi – ed in una lettura orientata sul lungo periodo – sembra condivisibile l'intenzione di voler inserire soggetti dotati delle competenze tecniche per la programmazione dell'algoritmo nell'organizzazione del personale¹¹⁶, permarrebbe sullo sfondo un ulteriore problema, rappresentato dalla necessità di formare i programmatori sotto l'aspetto giuridico, al fine di consentire ai tecnici di conoscere le conseguenze di diritto derivanti dall'inserimento di dati errati.

J.B. Auby, *Il diritto amministrativo*, cit., 639, e da V. Brigante, *Evolving pathways*, cit., 135. L'impostazione così delineata richiama evidentemente la tesi di M.S. Giannini, *Motivazione dell'atto amministrativo* (voce), in *Enc. dir.*, 1977, 226, il quale, nel distinguere tra motivi e motivazione, affermava che fosse sufficiente dimostrare «ciò che si è fatto, non ciò che si è dichiarato di voler fare».

¹¹² A. Romano Tassone, *Motivazione nel diritto amministrativo* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1997, 683.

¹¹³ S. Tuccillo, *Contributo*, cit., 120-121.

¹¹⁴ B. Carotti, *Algoritmi e poteri pubblici: un rapporto incendiario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 9, conferma la necessità di sviluppare «un corredo culturale e tecnico notevolissimo».

¹¹⁵ Su cui ancora S. Cassese, *Che cosa resta*, cit., 8, sostiene che gli uffici pubblici non siano dotati della *expertise* necessaria, e che l'«invecchiamento [del personale] rende impossibile introdurre nuove tecnologie».

¹¹⁶ Tale necessità è altresì rilevata da S. Tranquilli, *Rapporto pubblico-privato*, cit., 298; in precedenza, E. Carloni, *Algoritmi su carta*, cit., 368.

L'idea per la quale l'amministrazione, in primo luogo, non sia organizzata al punto tale da ideare e realizzare l'algoritmo, il quale costituirà il fondamento del provvedimento amministrativo, e, in secondo luogo, che la realizzazione dello strumento informatico dovrà essere esternalizzata ad un soggetto privato sembrerebbe generare, ad avviso di chi scrive, un limite di non poco conto rispetto alla volontà di conformare la decisione al circuito democratico¹¹⁷.

Come afferma autorevole dottrina, «l'amministrazione, più che fare, fa fare»¹¹⁸ e tale attuale tendenza, oltre a generare dei «costi» certi in termini di efficienza dell'azione amministrativa nelle vie ordinarie, con riferimento all'amministrazione per algoritmi un tale atteggiamento può comportare ricadute diverse a seconda che si esternalizzi la programmazione dell'algoritmo, ovvero a seconda che si esternalizzi – sostituendo così la tecnica al decisore politico – la decisione amministrativa.

In un contesto nel quale le competenze digitali del personale non consentano di effettuare delle valutazioni sulla correttezza dell'esito dell'algoritmo, non si può che condividere l'idea di chi ritiene necessaria la creazione di organismi indipendenti di controllo in via amministrativa che svolgano una «funzione di sorveglianza e di approvazione degli algoritmi come codici e del loro modo generale di operare, nonché di garanzia del loro corretto funzionamento»¹¹⁹. Inoltre, sembra agevole sostenere come in assenza di tale organismo indipendente e, più in generale, di una amministrazione in grado di controllare l'esito dell'algoritmo informatico, si potrebbe addirittura ipotizzare che le decisioni siano assunte in contrasto con il principio di legalità – e ciò non solo poiché, come ritenuto da alcuni, l'utilizzo degli algoritmi nel settore pubblico non è regolato da una norma di legge, ma – in quanto la mancanza della fase di controllo consentirebbe (indirettamente) al privato di sostituirsi alla pubblica amministrazione nell'esercizio del potere amministrativo¹²⁰.

Le considerazioni svolte meritano un ulteriore approfondimento, nella misura in cui l'accoglimento di tale prospettiva farebbe venir meno non solo le peculiarità del potere amministrativo, da rinvenirsi in un fondamento legislativo e nella permanenza di un margine di discrezionalità nella produzione dell'effetto¹²¹, ma consentirebbe di sostenere che l'esternalizzazione della realizzazio-

¹¹⁷ S. Cassese, *Che cosa resta*, cit., 7, sostiene come «la fuga dei tecnici da uffici pubblici costringe questi ultimi a far ricorso sempre di più ad esterni. [...]».

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ In questi termini, I.M. Delgado, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi?*, in *Ist. fed.*, 2019, 643 ss.

¹²⁰ In evidente contrasto con quanto sosteneva F. Ledda, *L'attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80. Atti del XXX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1987, 88, il quale affermava che il fondamento del potere amministrativo fosse da rinvenire nella norma di legge, attributiva del potere stesso all'amministrazione per il perseguimento di un determinato scopo.

¹²¹ La letteratura sul potere giuridico e sul potere amministrativo è sconfinata. Tra gli altri, sul potere giuridico, si segnala la contrapposizione della nozione di potere operata da G. Guarino, *Potere giuridico e diritto*

ne dell'algoritmo coincida, a ben vedere, con l'esternalizzazione della funzione amministrativa, da intendersi come esercizio dei poteri amministrativi attribuiti dalla legge ad un apparato amministrativo al fine di curare il pubblico interesse.

Pur non essendo questa la sede per riprendere (con l'intenzione di svolgerle) le posizioni che ancora oggi ritengono centrale la distinzione tra servizio pubblico e funzione pubblica¹²², il cui rapporto sembra muoversi invece nel senso della creazione di uno statuto unico dell'amministrazione per il perseguimento del pubblico interesse¹²³, si ritiene comunque di aderire alla posizione di chi ha ritenuto che la funzione amministrativa non sia esternalizzabile ogni qualvolta l'attività da compiere presenti profili discrezionali¹²⁴. L'accoglimento di tale interpretazione,

soggettivo, Napoli, 1949, 11, che considera il potere come «fattispecie normativa del negozio», e quella delineata da S. Romano, *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, 173-174, il quale, pur facendo rientrare il potere in senso stretto ed il diritto soggettivo nel «*commune genus* dei poteri in senso largo», sostiene che il potere «non avrebbe oggetti singolarmente determinati, non si risolverebbe in pretese verso altri soggetti e perciò non sarebbe correlativo ad obblighi».

L'accezione monista del potere giuridico attribuibile a S. Romano costituisce, secondo S. Civitarese Matteucci, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 744, il fondamento teorico attraverso il quale si giunse a definire il potere giuridico come «energia giuridica». Tale concezione è sposata anche da M. Clarich, *Manuale*, cit., 109, il quale, dopo aver fatto emergere un elemento dinamico del potere, ritiene che lo stesso possa essere considerato come «un'energia giuridica che si sprigiona dalla norma, che viene incanalata nel procedimento e che è diretta a modificare la sfera giuridica dei soggetti destinatari del provvedimento». Nello stesso senso, F.G. Scoca, *Attività amministrativa* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 2002, il quale ritiene che il potere sia una «energia diretta al raggiungimento di un risultato», e F.G. Scoca, M.R. Spasiano, *Nozioni introduttive*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, 2019, 21, per i quali «il potere è la situazione soggettiva dinamica per eccellenza». Di recente, una lettura volta a qualificare il carattere doveroso del potere amministrativo, dopo aver passato in rassegna le principali coordinate evolutive del concetto di potere giuridico, è fornita da S. Tuccillo, *Contributo*, cit., 29 ss.

¹²² Analizza tale profilo, seppur su altro tema, F. Liguori, *I servizi culturali come servizi pubblici*, in *federalismi.it*, n. 1/2018. In termini generali, per una indagine sulla necessità di distinguere la funzione amministrativa dal servizio pubblico, e questo soprattutto per la valenza «verticale» della prima e «orizzontale» della seconda, si veda G. Caia, *I servizi pubblici*, in Aa. Vv. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 143 ss.; ma già in passato, tra gli altri, F. Modugno, *Funzione* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1969, par. 6, in cui l'A., nel richiamare gli artt. 357 e 358 c.p., ritiene sussistente la distinzione tra funzione e servizio pubblico nella misura in cui nell'ultimo manca «la presenza del potere o della potestà intesi, ancora una volta, nel senso di posizione fondamentale dell'autorità e, al tempo stesso [...], della concretizzazione del potere in atti sottoposti dall'ordinamento ad un particolare regime».

¹²³ M.R. Spasiano, *Funzione amministrativa*, cit., 56 ss.

¹²⁴ In tal senso, F. Liguori, *I servizi culturali*, cit., 3. Ciò perché, come affermava M.S. Giannini, *Il potere discrezionale*, cit., 101, la valutazione «dell'interesse essenziale che forma oggetto della sua cura, al lume degli interessi secondari ad esso ordinati», non può certamente essere demandata ad un soggetto privato. Su questo punto, il pensiero di V. Simi, *Il potere discrezionale come carattere essenziale della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 879, risulta essere ancor più incisivo in quanto se in un primo momento del lavoro qualifica il potere discrezionale quale «attributo essenziale e particolare della pubblica amministrazione», successivamente predica la non estendibilità della discrezionalità ai soggetti privati, affermando che il potere discrezionale è «esclusivo della persona giuridica pubblica» (p. 914).

Di recente, S. Vinti, *La circolarità logica del diritto amministrativo*, Torino, 2014, 170, dopo aver messo a sistema le ricostruzioni in ordine al rapporto potere discrezionale ed autoritatività della pubblica amministrazione, ritiene che di discrezionalità amministrativa possa parlarsi solo se «in presenza di un soggetto pubblico che deve ponderare un pubblico interesse istituzionalmente affidato alla sua cura».

oltre a costituire un profilo ulteriore attraverso il quale censurare l'orientamento innovativo della giurisprudenza – in forza del quale, come si è detto, viene stimolato il ricorso agli algoritmi anche nei procedimenti in cui si rinventa l'esercizio del potere discrezionale da parte dell'amministrazione – consente di muovere una critica nei confronti di coloro i quali ritengono di salutare con favore il superamento della distinzione tra attività vincolata e discrezionale nei procedimenti automatizzati nei quali l'amministrazione si avvalga di algoritmi deterministici¹²⁵. La conversione ad una cultura della indistinzione tra le due categorie, spinte dalla logica di garantire efficienza e tendenziale univocità delle decisioni amministrative, non sembra, almeno allo stato attuale, poter essere condivisa, nella misura in cui non pare possibile affidare ad un privato la potestà pubblica di imperio, che la legge attribuisce all'amministrazione per l'esercizio della funzione amministrativa in senso stretto, soprattutto laddove emergano dei procedimenti il cui esito positivo è subordinato esclusivamente ad un corretto bilanciamento degli interessi.

Il ricorso agli algoritmi, da intendersi quale modulo organizzativo dell'azione amministrativa, ovvero come archetipo di un modello sostitutivo della decisione amministrativa, passerà certamente dalla futura ed auspicabile comprensione delle regole tecniche e, contestualmente, dalla loro traduzione in regola giuridica tale da garantire un controllo sull'*output* generato. Un simile approdo consentirebbe, altresì, di risolvere le attuali questioni teoriche in ordine all'esternalizzazione del servizio ovvero della funzione, in quanto è proprio attraverso l'esercizio del potere di controllo da parte dell'amministrazione che sarebbe possibile effettuare una valutazione in concreto sulle finalità di interesse pubblico che si perseguono attraverso il ricorso agli algoritmi, prescindendo dalla gestione pubblica ovvero privata. Tuttavia, non possiamo sfuggire dal ricordare come nel novero degli strumenti informatici dei quali l'amministrazione può avvalersi rientrano – e sembrano assumere con il tempo maggior rilievo – gli algoritmi di apprendimento¹²⁶. È proprio adottando gli strumenti del *machine learning*, per i quali neppure i programmatori hanno talvolta contezza della logica dell'algoritmo che ha condotto a quel determinato esito, che potrebbe emergere prepotentemente il rischio di una moltitudine di ipotesi nelle quali ravvisare una esternalizzazione della funzione amministrativa.

¹²⁵ I.A. Nicotra, V. Varone, *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in *Rivista AIC*, 2019, 102, le quali, inoltre, affermano come il ricorso all'elaboratore elettronico non comporti la dismissione della funzione amministrativa, da intendersi quale momento di composizione degli interessi; in termini simili, N. Muciaccia, *Algoritmi e procedimento decisionale: alcuni recenti arresti della giustizia amministrativa*, in *federalismi.it*, n. 10/2020, 365, e M. Timo, *Il procedimento di assunzione del personale*, cit., 1196.

¹²⁶ Ed è per questo motivo che non si può condividere pienamente la tesi di M. Timo, *Algoritmi e potere amministrativo*, in *Dir. econ.*, 2020, il quale afferma che gli algoritmi informatici possano applicarsi anche ai procedimenti di matrice discrezionale, sempreché garantita l'attività umana di verifica, poiché, come affermato in più riprese nel corso del lavoro, vi sono alcune tipologie di algoritmi che non sono riconducibili ad alcun controllo umano sin dalla fase della programmazione dello strumento informatico.

In altre parole, le ragioni per le quali è dato ritenere che l'utilizzo di algoritmi comporti una progressiva abdicazione della funzione amministrativa non sono certamente da rinvenirsi nella limitazione del potere discrezionale nella fase di predeterminazione dello strumento informatico, ma piuttosto la spia della rinuncia ad amministrare sembra accendersi dal momento in cui l'autorità non sia più nella disponibilità del potere attribuito dalla legge¹²⁷.

5. Sintesi dei risultati raggiunti ed osservazioni conclusive

Nelle pagine che precedono si è tentato di dimostrare come il percorso che conduce ad erigere l'utilizzo degli algoritmi a paradigma di un nuovo modello amministrativo è tutt'altro che compiuto, soprattutto sulla base di un innovativo orientamento giurisprudenziale il quale, in relazione ad eventuali vantaggi che deriverebbero dal ricorso a strumenti informatici, sembra sovvertire l'impalcatura di regole e principi generali che guidano l'esercizio dei pubblici poteri.

Ad avviso di chi scrive, l'eccessivo entusiasmo che ha mostrato la più recente giurisprudenza dilatando il perimetro entro il quale è possibile ricorrere ad algoritmi informatici, come si è detto, dovrebbe trovare un freno in relazione a fattori strutturali e procedurali.

Con riferimento ai primi, si intende in queste battute conclusive rimarcare come non tutti gli strumenti informatici saranno suscettibili di utilizzo nei procedimenti amministrativi; in particolare, il *machine learning* e la pleora degli algoritmi di autoapprendimento mostreranno l'inopportunità del dialogo aprioristico tra strumenti informatici e procedimenti amministrativi, nella misura in cui non solo – come già avviene adesso – non consentiranno né controllo effettivo sui dati prodotti dalla regola tecnica, né tantomeno di scegliere, in sede di programmazione, il risultato al quale debba tendere l'algoritmo.

Diversi, invece, sono i limiti funzionali che incontrerebbe una progressiva espansione dell'amministrazione per algoritmi, soprattutto laddove si cristallizzi il recente orientamento della giurisprudenza, la quale ritiene che anche i procedimenti discrezionali possano ricavare numerosi vantaggi dall'utilizzo di tali strumenti informatici. In primo luogo, si è sostenuto che la necessità di garantire la trasparenza del codice sorgente potrebbe risultare una conquista esclusivamente formale in relazione alla difficoltà di comprendere effettivamente il contenuto dello strumento informatico; in secondo luogo, sono state evidenziate le difficoltà, per la pubblica amministrazione, sottese alla traduzione nel provvedimento conclusivo della regola tecnica in regola giuridica – soprattutto nei casi di

¹²⁷ Sulla distinzione tra teoria della autolimitazione della discrezionalità e rinuncia al potere, si veda N. Paolantonio, *Contributo sul tema della rinuncia in diritto amministrativo*, Napoli, 2003, 114-115.

algoritmi di apprendimento – che rischiano (sempre nei procedimenti nei quali l'amministrazione svolge un bilanciamento di interessi) di culminare in un provvedimento viziato per difetto di motivazione; si è, sommariamente, fatto cenno alla circostanza per la quale uno dei principali problemi che la realtà ci consegna, che non consente all'amministrazione per algoritmi di legittimarsi (non solo giuridicamente, ma anche all'opinione pubblica), è certamente quello delle carenze dei saperi nell'organizzazione del personale. In questo senso, sembrano del tutto condivisibili le opinioni di autorevole dottrina, il quale ritiene che la rivoluzione digitale in atto presupponga una consapevolezza, da parte delle amministrazioni pubbliche, di un loro carattere interdisciplinare¹²⁸ che, nel caso di specie, involga i rapporti tra diritto, scienza e tecnica.

Sembra possibile, giunti a questo punto della trattazione, svolgere un duplice ordine di considerazioni: anzitutto, non sembra peregrino affermare che il predominio della tecnica, laddove non accompagnato da un controllo politico della scelta della pubblica amministrazione, conduca ad una scelta assunta in totale carenza di legittimazione del potere; inoltre, il ricorso agli strumenti informatici, soprattutto nei procedimenti discrezionali, potrebbe comportare una graduale perdita della primazia della legalità procedurale e del principio del giusto procedimento per fare spazio, in nome di un modello di amministrazione che guarda con maggiore interesse il risultato da raggiungere, ad un principio di verità contenutistica¹²⁹.

Un tale approccio porterebbe ad accogliere con favore l'opinione di chi ritiene necessario un intervento normativo che, nel superare la frammentazione delle regole, vada a creare uno statuto unico dell'azione amministrativa, comprendendo al proprio interno anche le disposizioni informatiche nelle loro declinazioni¹³⁰. Per compiere un tale passo, bisognerebbe auspicarsi che la giurisprudenza, la dottrina ed il legislatore ripensino alle concrete utilità degli algoritmi, il cui utilizzo potrebbe condurre a vantaggi in termini di celerità per alcuni procedimenti, ma dei quali l'amministrazione potrà avvalersi solo laddove non vadano ad intaccare il nucleo indefettibile della funzione amministrativa.

In altre parole, recuperando gli spunti di autorevole dottrina, «il diritto deve sì agevolare o non ostacolare il progresso della tecnica, ma come mezzo per il raggiungimento di scopi scelti dalla volontà politica»¹³¹. E l'amministrazione per algoritmi, nel suo percorso evolutivo, sembra ancora lontana dal rendere attuale tale monito.

¹²⁸ S. Cassese, *Amministrazione pubblica*, cit., 158.

¹²⁹ Sul punto, diffusamente, N. Irti, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2007; E. Severino, *Il destino della tecnica*, Milano, 1998.

¹³⁰ In tal senso, M. Timo, *Algoritmi e potere*, cit., 794.

¹³¹ L. Mengoni, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 2.

L'amministrazione per algoritmi ed i pericoli del cambiamento in atto

Il progressivo ricorso ad algoritmi informatici nell'esercizio della funzione amministrativa è un dato del quale ormai bisogna prendere atto. In tale contesto, l'Autore si prefigge l'obiettivo di analizzare i pericoli sottesi all'utilizzo di tali strumenti informatici nella azione amministrativa e sono svolte delle considerazioni critiche in ordine all'apertura all'utilizzo degli algoritmi ai procedimenti discrezionali, ritenendo che la calcolabilità dei risultati trovi un limite proprio nel bilanciamento degli interessi operato dall'amministrazione, che evidentemente l'algoritmo non è in grado di svolgere. Dopo aver tentato di risolvere il rapporto tra l'opacità strutturale degli algoritmi e la necessità di una motivazione rafforzata, funzionale per legittimare l'esercizio del potere amministrativo, si conclude sostenendo che l'esternalizzazione della realizzazione dell'algoritmo possa coincidere, qualora gli algoritmi vengano utilizzati nei procedimenti discrezionali, con l'esternalizzazione della funzione amministrativa, tenuto conto del basso livello di alfabetizzazione digitale che impedisce l'esercizio del potere di controllo da parte dell'amministrazione.

Administration by algorithm and risks due to ongoing change

The progressive use of computer algorithms in the exercise of administrative functions is a fact that must now be acknowledged. In this context, the Author aims to analyse the risks underlying their use in administrative tasks, carrying out critical considerations with regard to the openness to the use of algorithms in discretionary procedures, in the belief that the calculability of the results is limited in the very balance of interests adopted by the administration, which the algorithm is evidently unable to perform. After having tried to solve the relationship between the structural opacity of the algorithms and the reinforced justification of the measure, useful to legitimise the exercise of administrative power, it must be concluded that the use of algorithms in discretionary procedures, if outsourcing of the implementation of the algorithm coincides with the outsourcing of administrative functions, due to the digital divide that prevents the exercise of control by the administration.

Gli effetti della Vigilanza prudenziale sulla performance di esercizio delle banche italiane nell'ambito del nuovo modello di *governance* economica europea

Nicola Dolci*

SOMMARIO: 1. Introduzione. L'Unione bancaria. – 2. Vigilanza prudenziale. Brevi cenni. – 3. Il nuovo modello di integrazione istituzionale e amministrativa. – 4. I requisiti patrimoniali degli enti creditizi dell'UE. – 5. Effetti della vigilanza sulla *performance* delle banche italiane. – 6. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione. L'Unione bancaria*

Come noto la decisione da parte dell'Unione europea (l'Unione) di implementare un sistema di vigilanza unico degli istituti bancari della zona euro, affonda le sue radici nella crisi economico-finanziaria del 2007-2009¹. Il sistema di vigilanza unico è invero solo uno dei pilastri che, insieme, contribuiscono a formare l'Unione bancaria europea. A sua volta, l'Unione bancaria rappresenta, dopo l'Unione economica e monetaria (UEM)², ed al pari delle prospettate Unione fiscale e Unione dei mercati di capitali (le quali di fatto, insieme alla prima, costituiscono il naturale completamento della seconda), una delle più importanti riforme legislative che hanno interessato il quadro normativo dell'Unione³.

* Il presente articolo è stato scritto nel 2019.

¹ La crisi del 2007-09, o crisi dei mutui *subprime*, esplosa nel settembre 2008 con il fallimento della banca d'investimento statunitense Lehman Brothers e che, in breve tempo, ha investito – con diverso grado di intensità – il sistema finanziario e l'economia reale di numerosi stati membri.

² Introdotta nel 1992 con il Trattato di Maastricht.

³ La decisione di consolidare l'UEM, e per l'effetto quella di implementare l'Unione bancaria, è stata presa dal Consiglio europeo nel 2012 al fine di dare vita ad una regolamentazione uniforme capace di integrare maggiormente tra loro le economie degli stati membri e poterne meglio tutelare la stabilità finanziaria, a tal riguardo si veda, Consiglio Europeo, *Verso un'autentica Unione economica e monetaria, Relazione del Presiden-*

Negli scorsi anni l'Unione è intervenuta adottando diversi sistemi di assistenza finanziaria che dessero stabilità agli stati membri più esposti alla crisi⁴ e, al contempo, attraverso una profonda riforma della normativa di settore, alle istituzioni bancarie. Due binari distinti e paralleli che avevano il fine ultimo di restituire stabilità all'UEM nella sua interezza.

Con riguardo a tale secondo spettro di azione, l'Unione ha dapprima ridefinito il sistema della *governance* economica europea modificandone l'assetto dei poteri tramite l'istituzione nel 2010 – sulla base dell'art. 114 TFUE – del Sistema Europeo di Vigilanza Finanziaria (ESFS)⁵. Successivamente è stato poi introdotto il Codice Unico Europeo (*Single Rule Book*): un *corpus* di norme da applicarsi a tutte le istituzioni finanziarie comunitarie. Come noto, il Codice Unico contiene disposizioni *ad hoc* in materia di requisiti patrimoniali delle banche⁶, gestione delle banche in dissesto⁷ e in materia di sistemi di garanzia dei depositi⁸.

L'opera di riforma del mercato finanziario interno, iniziata con l'introduzione del Codice Unico, ha avuto la sua evoluzione naturale nell'Unione bancaria la quale si articola nei tre – ormai noti – pilastri: (i) il Meccanismo di vigilanza

te del Consiglio europeo Herman Van Rompuy, EUCO 120/12, Bruxelles, 26 giugno 2012. Il sistema finanziario europeo non era dotato degli anticorpi necessari per resistere allo *shock* sistemico che, nel 2009, ne scosse le fondamenta e ne rivelò gli squilibri interni. Nei paesi della zona euro più deboli dal punto finanziario (Portogallo, Irlanda, Grecia, Spagna e Italia) la crisi degli istituti di credito si è poi trasformata in crisi del debito pubblico – anche a seguito delle speculazioni a ribasso degli operatori – facendo apparire evidente la stretta correlazione tra rischio bancario e rischio sovrano. Gli istituti di credito avevano sottoscritto ingenti quote di titoli pubblici dei paesi sovrani di appartenenza e l'aumentare del rischio paese determinava un peggioramento di solvibilità delle stesse banche il cui salvataggio a carico degli stati membri li avrebbe costretti ad una nuova emissione di debito pubblico e ad un conseguenziale peggioramento del livello del rischio e delle stesse finanze nazionali. Inoltre, il deprezzamento dei titoli pubblici detenuti dagli istituti di credito ne ha determinato un'erosione degli attivi costringendoli a doversi ricapitalizzare e diminuire il volume degli impieghi ad imprese e famiglie.

⁴ L'Unione è intervenuta a favore degli stati membri con il Meccanismo Europeo di Stabilizzazione e con il Fondo Europeo di Stabilità Finanziaria, prima, e poi, *inter alia*, con il Meccanismo Europeo di Stabilità, il *Six-Pack*, il *Fiscal Compact* e il *Two-Pack*.

⁵ Fanno parte dell'ESFS le autorità di vigilanza europee per le banche, i mercati finanziari e assicurazioni rappresentate rispettivamente dall'European Banking Authority (EBA), l'European Securities and Markets Authority (ESMA) e l'European Insurance and Occupation Pension Authority (EIOPA), il Comitato Europeo per il Rischio Sistemico, il Comitato Congiunto delle Autorità Europee di Vigilanza ed i rappresentanti delle autorità di vigilanza finanziaria degli stati membri.

⁶ Regolamento (UE) n. 575/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento e Direttiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento.

⁷ Direttiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento.

⁸ Direttiva 2014/49/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 relativa ai sistemi di garanzia dei depositi.

unico (SSM)⁹, (ii) il Meccanismo di risoluzione unico (SRM)¹⁰ ed (iii) il Sistema comune di garanzia dei depositi (EDIS)¹¹.

Quest'ultimo, tuttora in fase di gestazione, dovrebbe consistere in una copertura assicurativa dei depositi bancari tale da garantire, attraverso l'utilizzo di un fondo unico a livello europeo, i risparmi dei depositanti in caso di dissesto¹².

Il Meccanismo di vigilanza unico, di cui fa parte la Banca centrale europea (BCE) e le autorità di vigilanza nazionale, ha lo scopo di svolgere un'adeguata attività di vigilanza prudenziale sul sistema bancario europeo, nonché l'*enforcement* pubblico dei requisiti prudenziali. Il Meccanismo di risoluzione unico, strettamente correlato al precedente¹³, è finalizzato a gestire in modo unitario e omogeneo il processo di risoluzione degli istituti di credito in dissesto e di quelli che ne sono a rischio, anche attraverso un apposito fondo denominato Fondo di risoluzione unico.

Con l'accentramento a livello europeo dei poteri di vigilanza e risoluzione delle crisi bancarie, le autorità nazionali sono state integrate verticalmente nella catena di controllo e non svolgono più la funzione di indirizzo che prima rappresentava una delle loro principali prerogative. Come ben noto, ora, infatti, contribuiscono ad attuare in modo uniforme le decisioni adottate a livello europeo in tutti gli stati membri aderenti all'Unione bancaria. Come fatto notare da taluna dottrina, è interessante il dato rappresentato dalla «tendenza al superamento della tradizionale integrazione per composizione, che così a lungo ha caratterizzato l'ordinamento europeo, a favore di una nuova integrazione per accentramento»¹⁴,

⁹ L'acronimo SSM significa *Single Supervisory Mechanism Regulation*, è disciplinato dal Regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio del 15 ottobre 2013, che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi.

¹⁰ L'acronimo SRM significa *Single Resolution Mechanism*, è disciplinato dal Regolamento (UE) n. 806/2014 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 luglio 2014, che fissa norme e una procedura uniformi per la risoluzione degli enti creditizi e di talune imprese di investimento nel quadro del Meccanismo di Risoluzione Unico e del Fondo di Risoluzione Unico e che modifica il regolamento (UE) n. 1093/2010.

¹¹ L'acronimo EDIS significa *European Deposit Insurance Scheme* e la sua creazione è stata auspicata nell'ambito della Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (UE) n. 806/2014 al fine di istituire un sistema europeo di assicurazione dei depositi.

¹² L'EDIS è tuttavia ancora in fase di implementazione e non ancora completato a causa dei rallentamenti dei lavori preparatori dovuti ad una contrapposizione di vedute tra alcuni degli stati membri in merito alla forma e le funzioni che tale pilastro dovrebbe avere. I governanti dei paesi del blocco nordico, così come i loro elettori, si sono dichiarati piuttosto ostili all'idea che le crisi degli istituti bancari europei meno virtuosi – i quali solitamente appartengono all'area mediterranea – debbano essere risolte con i fondi dell'Unione.

¹³ N. Ruccia, *Caratteri, limiti e prospettive dell'Unione bancaria*, Cacucci Editore, Bari, 2018, 49: «Dal combinato disposto degli articoli 2 e 4, Regolamento 806/2014, si vince come l'ambito di applicazione del SRM coincida con quello del SSM. Siffatta coincidenza, è dovuta alla consapevolezza del legislatore europeo che il primo rappresenta, nella sostanza, un completamento del secondo, che quindi deve potersi applicare agli istituti di credito stabiliti negli Stati membri soggetti alla supervisione delle BCE».

¹⁴ L. Torchia, *La nuova governance economica dell'Unione europea e l'Unione bancaria* in M.P. Chiti, V. Santoro (a cura di), *L'Unione bancaria europea*, Pisa, 2016.

la quale risulta più accentuata nel caso della Vigilanza unica e meno nel caso del Meccanismo di risoluzione.

Al vertice del Meccanismo di vigilanza si trova la BCE la quale svolge la duplice funzione di politica monetaria e di vigilanza sul sistema creditizio, come le banche centrali nazionali anteriormente all'introduzione della moneta unica. Il tema riveste una primaria importanza ed è oggetto di numerose indagini dottrinali e orientamenti giurisprudenziali di cui, per esigenze materiali, non è possibile trattare in questa sede e ai quali si rimanda per una disamina approfondita del tema¹⁵.

Il presente contributo si propone di illustrare le caratteristiche principali del Meccanismo di vigilanza unico e quindi analizzare l'impatto che questo ha prodotto sul risultato di esercizio degli istituti di credito italiani. Durante la trattazione verrà data particolare enfasi all'inversione di *trend* che ha riguardato il processo decisionale e di definizione degli indirizzi di politica generale dell'Unione, soffermandosi anche sui profili attinenti alla normativa prudenziale in materia di requisiti patrimoniali ispirata dal Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria.

2. *Vigilanza prudenziale. Brevi cenni*

Il Meccanismo di vigilanza unico, primo e fondamentale pilastro dell'Unione bancaria, è entrato in vigore nel 2014 al fine di creare un apparato di controlli che potesse estrinsecare la propria attività di vigilanza in modo unitario e coordinato nei confronti di tutti gli enti creditizi della zona euro¹⁶.

Le attività bancarie transfrontaliere, che caratterizzano l'attuale mercato del credito, comportano un maggiore rischio di interdipendenza tra istituzioni finanziarie appartenenti formalmente a giurisdizioni diverse. Il mercato del credito europeo, stante l'inefficacia del semplice coordinamento delle autorità di vigilanza degli stati membri, non poteva più prescindere da un impianto di regole e di controlli unico che garantisse la stabilità e l'efficienza¹⁷ del mercato interno dei

¹⁵ Cfr., sull'argomento, a titolo esemplificativo: S. Antoniazzi, *La Banca Centrale Europea tra politica monetaria e vigilanza bancaria*, Giappichelli, Torino, 2013 e T. Beck, D. Gros, *Monetary policy and banking supervision: coordination instead of separation*, in *CEPS Policy Brief No. 286; European Banking Center Discussion Paper No. 2013-003*, 19 marzo 2013.

¹⁶ Mario Draghi, Presidente della BCE, *Global Investment Conference*, Londra, 26 luglio 2012: «The key strategy point here is, if we want to get out of this crisis we have to repair this financial fragmentation».

¹⁷ La "stabilità" consiste nell'interesse ad avere un sistema in cui sia ridotto al minimo il rischio di fallimento, e quindi di risoluzione, degli istituti di credito. L' "efficienza", invece, deve essere intesa sia come efficienza operativa, ovvero minimizzazione dei costi dell'attività finanziaria, e allocativa, che afferisce alle modalità di allocazione delle risorse nei confronti degli impieghi alternativi. Sul punto, G. Forestieri, P. Mottura, *Il sistema finanziario*, Milano, 2017, 342.

servizi bancari – nonché del mercato unico nel suo insieme – ed evitasse crisi di sfiducia¹⁸ tali da alimentare esternalità negative¹⁹.

Come accennato, le attività tradizionali di regolamentazione e supervisione sono state oggetto di un processo di concentrazione in capo alle istituzioni comunitarie, le quali svolgono ora un ruolo di indirizzo e di coordinamento delle singole autorità nazionali. L'attività di vigilanza unica prudenziale viene svolta tanto nei confronti degli istituti bancari della zona euro quanto di quelli degli altri stati membri che vi aderiscono su base volontaria²⁰. Le competenze sono ripartite sulla base della significatività degli enti vigilati²¹. La BCE, attraverso il Consiglio di Vigilanza (costituito al suo interno a tale scopo), vigila direttamente sugli enti creditizi classificati come “significativi”, ma sempre in cooperazione con le autorità di vigilanza nazionali, mentre queste ultime vigilano su quelli ritenuti “meno significativi”²², ma più peculiari, data la loro territorialità.

Il fondamento normativo cui la BCE deve la funzione di supervisione e vigilanza, è da ricercarsi nel regolamento che ha istituito il Meccanismo di vigilanza²³, il quale è stato a sua volta predisposto sulla base della cosiddetta “clausola abilitante” di cui all'art. 127, par. 6 TFUE. La clausola abilitante prevede che il Consiglio, previa consultazione con il Parlamento europeo e la BCE, abbia la facoltà di affidare a quest'ultima compiti specifici in merito alle politiche che riguardano la vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle altre istituzioni finanziarie²⁴. La BCE dispone inoltre di poteri cautelari e sanzionatori che può esercitare nei confronti dei soggetti vigilati, nonché dell'autorità di interve-

¹⁸ Il considerando numero 1 del Reg. (UE) n. 1095/2010 recita: «La crisi ha evidenziato gravi lacune in materia di cooperazione, coordinamento, applicazione uniforme del diritto dell'Unione e fiducia tra le autorità nazionali di vigilanza».

¹⁹ L'Unione bancaria, infatti, come sostenuto da taluna dottrina (Coeuré), non persegue soltanto l'obiettivo di tutelare il mercato bancario interno, ma anche quello della stabilità monetaria.

²⁰ L'art. 2 par. 1 del Regolamento (UE) n. 1024/2013 nell'ambito della definizione di “Stato membro partecipante” specifica che partecipano al Meccanismo di vigilanza unico gli Stati membri la cui moneta è l'euro oppure uno Stato membro la cui moneta non è l'euro che ha instaurato una collaborazione stretta ai sensi dell'art. 7 di cui al medesimo regolamento, in ossequio allo spirito di maggiore cooperazione tra l'economia dell'Unione che caratterizza tale intervento riformatore.

²¹ La segmentazione dei poteri e la definizione delle procedure di vigilanza sono state cristallizzate nel regolamento quadro adottato dalla BCE, il Regolamento (UE) n. 468/2014, entrato in vigore il 15 maggio 2014, che ha istituito il quadro di cooperazione tra BCE e autorità di vigilanza nazionale nell'ambito del Meccanismo di vigilanza unico.

²² L'elenco dei soggetti vigilati, aggiornato dalla BCE la prima settimana di ogni mese, riflette l'insieme delle decisioni sulla significatività degli enti creditizi che sono entrate in vigore entro la data di chiusura fissata per l'aggiornamento. Al 1° gennaio 2020 gli enti significativi ammontavano 117, cfr. ECB, *List of supervised entities. Cut-off date for changes: 1 January 2020*, Frankfurt a.M., 2019, disponibile sul sito internet della BCE.

²³ Ovvero, il citato Regolamento (UE) n. 1024/2013.

²⁴ Il ricorso alla clausola abilitante di cui all'art. 127, par. 6 TFUE ha sollevato in dottrina non pochi dubbi e molti tra gli autori hanno provato ad individuare una base giuridica alternativa, e per tanto idonea, all'attribuzione di tali competenze alla BCE. A tal riguardo si veda N. Ruccia, *Caratteri, limiti e prospettive dell'Unione bancaria*, Bari, 2018, 20 ss.

nire direttamente in via preventiva qualora ravvisi che nei dodici mesi successivi i soggetti vigilati possano incorrere in una violazione dei parametri da rispettarsi, trovandosi così nella posizione di dare diretta applicazione al diritto europeo ed alle norme nazionali di recepimento delle direttive – fino ad ora di competenza delle sole autorità nazionali²⁵.

Anche se brevemente, vale la pena soffermarsi sul ruolo, senz'altro centrale, che l'Autorità Bancaria Europea (EBA) riveste nell'ambito della nuova architettura regolamentare e che ha provocato non poche incertezze circa la ripartizione di competenze con la stessa BCE. La creazione dell'EBA²⁶ risale al 2010 e rientra nell'ambito del sopra menzionato Sistema Europeo di Vigilanza Finanziaria²⁷. Precedentemente basata a Londra, ha da poco spostato la sua sede a Parigi a causa della fuori uscita del Regno Unito dall'Unione e svolge una funzione regolamentare fondamentale in materia di vigilanza. Inizialmente il suo compito principale è stato contribuire, mediante l'adozione di norme tecniche vincolanti e orientamenti, alla creazione del Codice Unico e quindi fornire un insieme unico di norme prudenziali armonizzate per gli enti finanziari in tutta l'Unione. L'EBA è inoltre incaricata di valutare i rischi e le vulnerabilità del settore bancario dell'Unione mediante relazioni periodiche sulla valutazione del rischio e prove di *stress* che vengono effettuate a livello europeo, di indagare sull'applicazione del diritto dell'Unione da parte delle autorità nazionali e prendere decisioni nei confronti di singole autorità competenti, o enti finanziari, in situazioni di emergenza²⁸. A tal fine, l'EBA redige una serie di documenti normativi e non, tra cui norme tecniche vincolanti, orientamenti, raccomandazioni, pareri e relazioni²⁹.

²⁵ L. Torchia, *Nuova governance economica dell'Unione europea e dell'Unione bancaria* in P. Chiti, V. Santoro (a cura di), *op. cit.*, 59: «Si tratta di poteri che incidono direttamente sugli intermediari creditizi che operano sui mercati nazionali e che travalicano quindi i confini nazionali non più in una direzione di *bottom up* – come succede nei casi di autorizzazioni nazionali valide per tutto l'ordinamento europeo – ma piuttosto di *top down*».

²⁶ Istituita dal Regolamento (UE) n. 1093/2010 in sostituzione del Comitato delle autorità europee di vigilanza bancaria (CEBS), il quale aveva semplici funzioni consultive. Il citato regolamento è stato poi in parte modificato dal Reg. (UE) n. 1022/2013 e dal Reg. (UE) n. 806/2014.

²⁷ L'EBA è stata istituita al fine di promuovere l'unità e l'integrità del mercato bancario interno attraverso l'armonizzazione della normativa e la convergenza dell'attività di vigilanza. Un'agenzia con personalità giuridica dotata di competenza regolamentare e poteri di indagine. L'aggravarsi del quadro politico-finanziario della zona euro dovuto a causa della crisi del debito sovrano, ha comportato che il legislatore europeo trasferisse numerose competenze in materia di vigilanza prudenziale in capo alla BCE. A causa di ciò l'architettura regolamentare europea si presenta ora come una struttura complessa e articolata su più livelli, le cui procedure amministrative coinvolgono diversi soggetti e autorità sia a livello europeo che a livello nazionale.

²⁸ Cfr. European Banking Authority, *EBA 2019 work programme*, London, 2018.

²⁹ I confini giuridici che delimitano il raggio di azione dell'EBA e delle altre agenzie dell'ESFS si è andato definendo grazie alla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea. Sul punto si veda Corte di Giustizia, sentenza 13 giugno 1958, causa 10/56, *Meroni c. Alta Autorità*; sentenza 14 maggio 1981, causa 98/80 *Romano c. Institut national d'assurance-maladies* e sentenza 22 gennaio 2014, causa 270/12, *Regno Unito c. Parlamento europeo e Consiglio (Short selling)*.

3. *Il nuovo modello di integrazione istituzionale e amministrativa*

L'Unione bancaria ha determinato, secondo taluna dottrina, un processo di integrazione istituzionale e amministrativa di segno opposto rispetto ai processi di composizione orizzontale e pluralistica, sanciti nei Trattati, che hanno caratterizzato in passato l'esercizio condiviso del potere esecutivo da parte di Stati membri, Consiglio e Commissione³⁰.

L'Unione bancaria sembra avere invertito la precedente tendenza allocando una maggiore quota di potere decisionale ed esecutivo in capo ai vertici dell'Unione, in particolare al Consiglio europeo. La gravità e l'urgenza della spinta riformatrice ha indotto il Consiglio europeo a concentrare su di sé maggiori poteri e competenze rispetto alla semplice partecipazione istituzionale e alla definizione degli indirizzi di politica generale dell'Unione, come previsto dai trattati³¹. Il Consiglio europeo, grazie all'istituzione dell'organo di presidenza permanente³² ed al consolidamento della consuetudine di prendere decisioni in materia economica e finanziaria in occasione dell'Eurosummit³³, ha di fatto ampliato il proprio peso all'interno dell'architettura istituzionale europea modificandone l'assetto e l'equilibrio decisionale.

In dottrina si è dibattuto se tale fenomeno potesse essere interpretato come una crisi del metodo comunitario³⁴. Da un lato è pur vero che l'attività politica di indirizzo economico è stata centralizzata (passando dal livello nazionale a quello comunitario) senza che le competenze siano state integralmente traslate in capo alle istituzioni³⁵ venendo invece per la maggior parte esercitate a livello intergovernativo in seno al Consiglio europeo³⁶. Di contro, non si può non considerare che le istituzioni sovranazionali europee continuano – in ossequio al metodo comunitario – a mantenere comunque le proprie prerogative. Basti pensare, a titolo esemplificativo, ai poteri e alle competenze esercitati dalla Commissione nell'ambito della stessa vigilanza prudenziale (ed anche del Meccanismo di riso-

³⁰ E. Chiti, *L'accountability delle reti di autorità amministrative dell'Unione Europea* in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2012, 45, e M. Macchia, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, Giappichelli, Torino, 2018, 7.

³¹ Cfr. M. Macchia, *op. cit.* e F. Fabbrini, E.H. Ballin, H. Somsen (a cura di), *What form of government for the European Union and the Eurozone?*, Oxford-Portland, 2015.

³² Di cui al Trattato di Lisbona.

³³ Nell'ambito del quale si riuniscono i capi di Stato o di governo dei paesi della zona euro, il presidente dell'Eurogruppo e il presidente della Commissione europea al fine di orientamenti strategici sulla politica economica della zona euro.

³⁴ *Ex multis* a favore: M.P. Chiti; contro: M. Macchia.

³⁵ Perlomeno quelle a rappresentanza diretta.

³⁶ In tal senso F. Fabbrini, *Inter-governmentalism and its Limits: Assessing the EU's Answer to the Euro Crisis*, in *Comparative Political Studies*, 2013, 1003 ss.; e M. Chang, *Fiscal Policy Coordination and the Future of the Community Method*, *Journal of European Integration*, 2013, 255 ss.

luzione unico)³⁷. Oltre al ruolo preminente svolto dal Consiglio europeo, l'altro elemento innovativo che vale la pena rilevare è rappresentato dal fatto che le modifiche del quadro normativo svolte nell'ambito dell'implementazione dell'Unione bancaria, non hanno interessato i Trattati ma sono state realizzate attraverso il ricorso al *genus* dei trattati internazionali. Ciò ha rinvigorito l'idea – sulla scia della teorizzata “crisi del metodo comunitario” – che gli stati nazionali non volessero cedere quote di sovranità né perdere il controllo sui processi legislativi in materia di politiche economico-finanziarie.

Il dibattito in materia è stato arricchito dalla lettura, più circostanziata, offerta da taluna altra dottrina³⁸ la quale ha rappresentato una “terza via” rispetto al dualismo³⁹ di cui sopra, instauratosi successivamente al Trattato di Maastricht. È stato affermato, infatti, che la nuova *governance* economica europea post-2008 rappresenterebbe in realtà un ibrido tra il metodo intergovernativo e quello comunitario, piuttosto che la supremazia dell'uno rispetto all'altro. La ragione di ciò apparirebbe essere che la nuova *governance* combina la struttura decisionale tipica del metodo intergovernativo con poteri di supervisione e di *enforcement* sovranazionali caratteristici del metodo comunitario. La differenza di approccio comporta un diverso riconoscimento legale. Mentre il metodo intergovernativo fa perno sulla legittimazione che gli deriva dai parlamenti nazionali, quello comunitario si fonda invece sul voto del Parlamento europeo. La nuova architettura istituzionale, invece, sembrerebbe ricadere in una zona grigia⁴⁰ in cui il processo decisionale si articola su differenti livelli, i quali si intersecano tra loro per materia e funzione.

Anche per quanto concerne il piano dell'integrazione amministrativa, l'esercizio dei poteri di cui al Codice Unico, delinea un tipo di interazione tra amministrazioni nazionali ed europee dal carattere innovativo. Si tratta di un modello di amministrazione del tutto peculiare che non appare né un modello di integrazione decentrata né di amministrazione diretta. Si configura piuttosto come una cogestione in cui le autorità nazionali prendono parte ad un sistema comune che sostituisce integralmente l'apparato nazionale dello stesso stato membro di origine, formando così un apparato unico⁴¹.

³⁷ A.J. Menendez, *Editorial: A European Union in Constitutional Mutation?*, in *European Law Journal*, 2014, 127 ss.; M.A. Wilkinson, *The Specter of Authoritarian Liberalism: Reflections on the Constitutional Crisis of the EU*, in *German Law Journal*, 2013, 527 ss.

³⁸ M. Dawson, *The Legal and Political Accountability Structure of 'Post-Crisis' EU Economic Governance*, in *JCMS: Journal of Common Market Studies*, 2015, 976 ss.

³⁹ Sulla dualità e le specifiche del metodo intergovernativo e di quello comunitario si vedano, *inter alia*: R. Dehousse, *The Community Method: Obstinate or Obsolete?*, Palgrave Macmillan, 2011 e U. Puetter, *Europe's Deliberative Inter-governmentalism: The New Role of the Council and European Council in EU Economic Governance*, in *Journal of European Public Policy*, 2012, 161 ss.

⁴⁰ D. Chalmers, *The European Redistributive State and a European Law of Struggle*, in *European Law Journal*, 2012, 667 ss.

⁴¹ M. Macchia, *op. cit.*

4. *I requisiti patrimoniali degli enti creditizi dell'UE*

Come noto gli strumenti che vengono utilizzati al fine di perseguire gli obiettivi della vigilanza unica appartengono al *corpus* di norme introdotte dal Codice Unico. Si tratta invero delle disposizioni che fissano i requisiti patrimoniali che le banche devono rispettare, vale a dire la Direttiva sui requisiti patrimoniali CRD IV⁴² ed il Regolamento sui requisiti patrimoniali CRR⁴³, che insieme costituiscono il “Pacchetto CRD IV”.

Tali fonti di diritto primario dell'Unione si fondano sui principi riconosciuti a livello internazionale dal Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria⁴⁴ ed, in particolare, sulla serie di riforme conosciute con il nome di Basilea III pubblicate dal Comitato nel 2010⁴⁵. L'obiettivo che il Comitato ha inteso perseguire attraverso Basilea III è stato rafforzare le previgenti disposizioni in materia di fondi propri e liquidità degli istituti di credito, ciò al fine di garantire una maggiore stabilità del sistema finanziario internazionale. Seguendo il medesimo percorso già tracciato da Basilea I e Basilea II, l'accordo di Basilea III ha fissato puntuali parametri in materia di capitale, copertura del rischio, contenimento della leva finanziaria, gestione del rischio, disciplina di mercato e liquidità⁴⁶.

Vi sono alcuni tra questi elementi, i cui contenuti sono stati recepiti a livello europeo dal Pacchetto CRD IV, che assumono particolare rilevanza ai fini dell'attività di vigilanza prudenziale.

Il primo di questi riguarda il patrimonio e in particolare l'obbligo per le banche di accantonare una porzione di capitale, detta patrimonio di vigilanza, idonea a rimanere solvibili anche in situazioni di crisi inattese⁴⁷. Basilea III ha previsto un rafforzamento della qualità del patrimonio di vigilanza aumentando, rispetto a Basilea II, la quota di capitale primario di classe 1 (CET1) che consiste in azioni ordinarie e riserve di utili⁴⁸ e, per contro, diminuendo la quota di clas-

⁴² Direttiva 2013/36/UE.

⁴³ Regolamento (UE) n. 575/2013 (Reg. CRR).

⁴⁴ Il Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria è stato istituito in seno alla Banca dei Regolamenti Internazionali nel 1974 ed è composto dai rappresentanti delle banche centrali e dalle autorità di vigilanza bancaria di ventisette paesi. Rientrano tra i principali compiti del Comitato il rafforzamento della sicurezza e dell'affidabilità del sistema bancario internazionale, anche attraverso lo scambio di informazioni e la collaborazione tra le autorità di vigilanza dei singoli paesi che lo compongono, nonché l'emanazione di *standard* minimi e direttive.

⁴⁵ Nel 2017 il Comitato di Basilea ha pubblicato la versione finale degli standard di Basilea III che entreranno in vigore nel 2022.

⁴⁶ Basilea III ha rafforzato le previsioni di cui alla normativa precedente, cioè l'accordo di Basilea II, di cui è stata mantenuta la struttura articolata su tre pilastri: quantificazione dei requisiti minimi, processo di controllo prudenziale e disciplina dell'informativa al pubblico.

⁴⁷ Fissata in una soglia pari all'8% delle attività ponderate per il rischio (APR).

⁴⁸ Dal 2 al 4,5% delle attività ponderate per il rischio. La quota di classe primaria (Tier 1) non deve essere comunque inferiore al 6% delle attività ponderate per il rischio.

se secondaria (Tier 2)⁴⁹. Vengono inoltre previste delle componenti di dotazione aggiuntiva rispetto al patrimonio di vigilanza. Si tratta della riserva di conservazione⁵⁰, della riserva anticiclica⁵¹, delle riserve aggiuntive⁵², della riserva per il rischio sistemico⁵³ e delle ulteriori dotazioni che possono essere chieste di essere adottate al fine di coprire altri eventuali rischi.

Il secondo elemento concerne il contenimento della leva finanziaria. Basilea III introduce un coefficiente di leva finanziaria (*Leverage ratio*), ovvero il rapporto tra capitale e le attività a bilancio non ponderate per il rischio⁵⁴, ponendo così un vincolo prudenziale a tutte le attività intermedie e non solo a quelle ponderate per il rischio, contenendo l'accumulo di leva finanziaria a livello sistemico.

Il terzo elemento è invece rappresentato dall'introduzione di vincoli prudenziali che hanno la specifica funzione di mitigare il rischio connesso al livello di liquidità delle banche e alla struttura dei finanziamenti e degli impieghi concessi da queste ultime. Il primo di questi due vincoli, il *Liquidity coverage ratio*, impone alle banche di disporre di una quantità di liquidità sufficiente a fare fronte con proprie riserve di fabbisogno ai flussi di cassa in uscita che si verificherebbero in uno scenario di forte *stress* di liquidità della durata di trenta giorni⁵⁵. Il secondo vincolo, il *Net funding stable ratio*, ha invece la funzione di assicurare l'equilibrio finanziario delle banche sull'arco dei dodici mesi ed incentivare, negli istituti di credito, una gestione prudenziale e bilanciata delle scadenze di attività e passività⁵⁶.

5. *Effetti della vigilanza sulle performance delle banche italiane*

L'implementazione del Meccanismo di vigilanza unico e l'applicazione della normativa di cui al Pacchetto CRD IV hanno prodotto un notevole impatto sul sistema bancario italiano⁵⁷. Al pari di queste e delle altre novità di tenore regolamentare di seguito citate, non si possono però non considerare gli effetti determinati dal contesto macroeconomico come ad esempio il deterioramento della qua-

⁴⁹ Dal 4% al 2% delle attività ponderate per il rischio.

⁵⁰ Pari al 2.5% delle attività ponderate per il rischio.

⁵¹ Pari a fino il 2.5% delle attività ponderate per il rischio.

⁵² Per le istituzioni finanziarie sistemiche.

⁵³ Lasciata alla facoltà degli Stati membri.

⁵⁴ Coefficiente di leva finanziaria = Capitale Classe 1 / Totale attività \geq 3%.

⁵⁵ Rapporto di copertura della liquidità = Attività liquide di alta qualità / uscite monetarie previste entro 30 giorni \geq 100%.

⁵⁶ Coefficiente netto di finanziamento stabile = Finanziamenti stabili oltre i dodici mesi / Fabbisogno di finanziamenti stabili \geq 100%.

⁵⁷ R. Ruozi (a cura di), *Economia della banca*, Milano, 2016, 16: «Vale la pena di segnalare che il sistema finanziario italiano è da sempre bancocentrico in ragione delle rilevante quota di risorse finanziarie intermedie dal sistema bancario rispetto a quelle intermedie dagli operatori non bancari e dai mercati mobiliari».

lità del credito e la politica dei tassi di interesse della BCE, i quali hanno influito negativamente.

Ciò premesso, la geografia del credito italiano da ultimo rilevata si presenta come segue. A fine del 2018 – a quasi dieci anni dallo scoppio della crisi – i gruppi bancari classificati come significativi nell’ambito del SSM erano 11 (così come nel 2017). A questi era riconducibile il 74 per cento del totale delle attività degli intermediari italiani. In generale, in Italia, sono state registrate attive 100 banche incluse in 58 gruppi bancari, 327 banche non appartenenti a gruppi e 78 filiali di banche estere⁵⁸. Nel primo trimestre del 2019 si è concluso il processo di riforma del settore del credito cooperativo⁵⁹. La riforma ha modificato in maniera rilevante la struttura del sistema bancario, che a maggio del 2019 comprende 52 gruppi bancari e 104 banche individuali non appartenenti a gruppi. All’insieme dei gruppi significativi, del quale già faceva parte il gruppo bancario ICCREA e a cui si è aggiunto il gruppo facente capo a Cassa Centrale Banca, è riconducibile l’81 per cento delle attività complessive del sistema⁶⁰. La riforma del settore del credito cooperativo ha avuto l’effetto di concentrare numerosi istituti di credito di piccole dimensioni facendoli così soddisfare il requisito di 30 miliardi di Euro di attivi necessario per acquisire lo *status* di ente significativo e rientrare nell’ambito della vigilanza diretta della BCE⁶¹.

Le attività di vigilanza prudenziale⁶² che sono state svolte nei confronti degli istituti di credito sottoposti a vigilanza si sono concentrate nel valutare la corrispondenza degli istituti alla normativa bancaria europea, seppur brevemente, qui illustrata. Appare interessante notare come il baricentro di tale nuovo impianto regolamentare sia maggiormente traslato sul rischio di credito, piuttosto che su quello di mercato. Mentre quest’ultimo è riferito all’attività finanziaria (incluse le transazioni aventi ad oggetto derivati) quello di credito è un indicatore che, invece, considera e riflette la qualità dei crediti che gli istituti bancari vantano nei confronti dei loro prenditori. In questi primi anni di attività di vigilanza prudenziale, grande è stata l’attenzione della Commissione nei confronti del rischio di credito,

⁵⁸ Banca d’Italia, *Relazione Annuale 2018*, Roma, 2019, 168.

⁵⁹ Decreto legge n. 18/2016 convertito in Legge n. 49/2016.

⁶⁰ ICCREA e Cassa Centrale Banca sono divenute capogruppo di due gruppi bancari, ai quali hanno aderito rispettivamente 143 e 84 banche di credito cooperativo. Le 39 banche Raiffeisen dell’Alto Adige che non hanno aderito ad alcuno dei due gruppi hanno invece optato per la costituzione di un sistema di protezione istituzionale (*institutional protection scheme*, IPS). Banca d’Italia, *Relazione Annuale 2018*, Roma, 2019, 168.

⁶¹ L’attività di vigilanza bancaria di cui al Meccanismo di vigilanza unico, in particolare quella diretta che viene effettuata dalla BCE, produce effetti di copertura molto differenti tra le diverse giurisdizioni a causa delle peculiarità ambientali che caratterizzano il mercato bancario. Il sistema bancario che sembra averne maggiormente beneficiato in questi termini sembrerebbe essere quello tedesco, per la maggior parte costituito da numerose casse di risparmio di piccole e medie dimensioni (*Sparkassen*) che sono direttamente vigilate dall’autorità di vigilanza tedesca.

⁶² Tra cui gli *stress test* e gli *asset quality review*.

considerato uno dei maggiori elementi di destabilizzazione della zona euro. Ciò si è tradotto nell'adozione di regole, prima da parte della BCE⁶³ e da ultimo da parte dell'EBA⁶⁴, che hanno spinto le banche a doversi liberare di elevati quantitativi di *non performing loans* (NPL) in brevissimo tempo e a dover incrementare i livelli degli accantonamenti in relazione alla quantità di NPL ancora detenuti, in modo da dotarsi delle coperture patrimoniali richieste.

A fare da sfondo a tale scenario vi è il rinnovato modello di classificazione dei crediti di cui al nuovo principio contabile internazionale ISFR 19 (Strumenti finanziari)⁶⁵. Il nuovo principio contabile ha sostituito lo *standard* di cui allo IAS 39 in materia di rilevazione e valutazione degli strumenti finanziari prevedendo regole più rigorose per effettuare le rettifiche sui crediti. Secondo l'IFRS 9, infatti, la valutazione degli accantonamenti non avviene più esclusivamente come copertura dei crediti deteriorati, ma deve essere predisposta sulla base delle perdite attese sugli impieghi che ci si aspetta che potranno deteriorarsi in futuro⁶⁶.

Le banche italiane, storicamente impegnate nella tradizionale attività di erogazione del credito, a causa della crisi reale che ha interessato il tessuto economico italiano e del peggioramento della qualità del credito che ne è derivata, si sono trovate fortemente esposte. Gli ultimi dati indicano che, per quanto concerne volumi e redditività, tra il 2009 e il 2018 i crediti delle principali banche italiane verso clientela hanno registrato un moderato calo⁶⁷ mentre la politica monetaria fortemente espansiva della BCE, che ha portato i tassi d'interesse ai minimi storici, ha notevolmente impattato sul margine di interesse (-32,9% tra il 2009 e il 2017, pari a -13,6 miliardi di Euro), generando forti pressioni sulla redditività

⁶³ European Central Bank, *Guidance to banks on non-performing loans*, Frankfurt a.M., 2017, come successivamente integrato dall'*Addendum to the ECB Guidance to banks on nonperforming loans: supervisory expectations for prudential provisioning of non-performing exposures*, pubblicato l'anno successivo, da applicarsi nei confronti degli enti significativi (*Significant Institutions*) alle banche che, seppur non vigilate direttamente dalla BCE, presentano elevati livelli di *NPL ratio*. A gennaio 2018 la Banca d'Italia ha poi pubblicato le *Linee Guida per le banche Less Significant* alle quali si invitavano le banche italiane non significative (*Less Significant*) a fare riferimento per gli aspetti operativi di dettaglio in materia di gestione di crediti deteriorati di cui alla *Guidance* pubblicata dalla BCE.

⁶⁴ European Banking Authority, *Guidelines on management of non-performing and forborne exposures*, London, 2018, da applicarsi a tutti gli istituti di credito dell'Unione europea (più di 6.000) a fare data dal giugno 2019, senza alcun periodo di transizione.

⁶⁵ Reg. (UE) 2016/2067 del 22 novembre 2016.

⁶⁶ L'entrata in vigore di tale nuova normativa ha determinato maggiori accantonamenti per le banche italiane a causa dell'incremento delle rettifiche sui crediti, con una conseguente erosione del *CET1 Ratio*. Per un maggiore approfondimento circa le evoluzioni in termini di *classification & measurement, hedge accounting e impairment* per le principali realtà bancarie italiane, Pricewaterhousecoopers S.p.A., *IFRS 9 Benchmark analysis*, Milano, 2019.

⁶⁷ Nel 2009 gli impieghi verso la clientela erano pari a 1.448,1 miliardi di Euro e negli anni successivi hanno registrato un progressivo calo fino a raggiungere il valore minimo nel 2016 (1.258,6 miliardi di Euro). A partire dal 2017 si è registrato un lieve recupero che ha portato i crediti verso la clientela a 1.368,4 miliardi di Euro a giugno 2018. KPMG Advisory S.p.A., *L'evoluzione del sistema bancario italiano: gli indicatori chiave*, Milano, 2019.

dell'intero settore bancario (il margine di intermediazione è calato del 16,9% tra il 2009 e il 2017, pari a -11,1 miliardi di Euro)⁶⁸. Per quanto concerne la patrimonializzazione, invece, tra aprile 2018 ed aprile 2019 il divario tra il grado di patrimonializzazione medio delle principali banche europee e quello delle banche significative italiane si è ampliato di 20 punti base, portandosi a 200 punti. Il *leverage ratio*⁶⁹ dei gruppi italiani è invece lievemente superiore a quello medio delle principali banche europee (5,6 per cento contro il 5,5)⁷⁰.

La Banca d'Italia, nell'ambito dell'ultima indagine sulla stabilità finanziaria delle banche italiane, ha rilevato a tal riguardo che «nell'area dell'euro migliora la qualità degli attivi delle banche, ma diversi intermediari stentano a raggiungere livelli soddisfacenti di redditività. Per alcune grandi banche è alta l'esposizione verso strumenti di difficile valutazione e potenzialmente illiquidi. [...] Prosegue il rafforzamento del sistema bancario italiano, ma i rischi rimangono elevati per il peggioramento della congiuntura. La riduzione dello *stock* di crediti deteriorati continua a un ritmo sostenuto e migliorano gli indicatori di liquidità e di patrimonializzazione. Nonostante l'aumento del 2018 il rendimento del capitale resta mediamente più basso di quello degli altri intermediari europei. Il rallentamento dell'attività economica limita le possibilità di crescita dei ricavi e potrebbe far nuovamente salire il costo del rischio di credito. Le banche italiane sono vulnerabili a evoluzioni avverse del mercato dei titoli pubblici, anche se l'impatto sul patrimonio delle variazioni dei corsi è inferiore rispetto al passato. Sono riprese le emissioni di obbligazioni sui mercati all'ingrosso, ma i premi per il rischio richiesti dagli investitori risultano più alti di quelli medi degli altri intermediari europei»⁷¹.

Secondo quanto da ultimo rilevato dalla Banca d'Italia⁷², gli indicatori di rischio delle banche italiane che sono stati desunti dai prezzi delle relative attività finanziarie, nonostante in calo rispetto alla seconda metà del 2018, si mantengono su valori elevati. I premi sui *credit default swap* (CDS) permangono superiori (in media di 30 punti base) rispetto a quelli delle altre banche europee (fig. 1.a). Il differenziale tra il rendimento medio delle obbligazioni bancarie *senior* non garantite a cinque anni e quello degli analoghi titoli emessi dagli altri principali istituti di credito europei è pari a 0,7 punti percentuali.

La figura mette a confronto le banche quotate italiane nel contesto internazionale⁷³. Viene inoltre rilevato come il rallentamento della crescita economi-

⁶⁸ KPMG Advisory S.p.A., *L'evoluzione del sistema bancario italiano: gli indicatori chiave*, Milano, 2019.

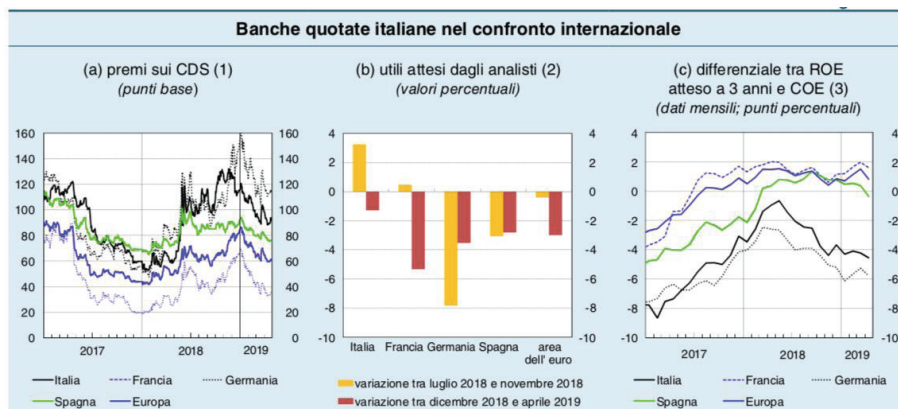
⁶⁹ Il rapporto di leva finanziaria che misura l'adeguatezza patrimoniale rispetto al totale dell'attivo non ponderato per il rischio.

⁷⁰ Banca d'Italia, *Rapporto sulla stabilità finanziaria*, Roma, 1, 2019, 33.

⁷¹ Banca d'Italia, *Rapporto sulla stabilità finanziaria*, Roma, 1, 2019, 5.

⁷² Banca d'Italia, *Rapporto sulla stabilità finanziaria*, Roma, 1, 2019, 24.

⁷³ (1) Media semplice dei premi sui CDS a 5 anni. I dati si riferiscono al seguente campione di banche: per l'Italia, UniCredit, Intesa Sanpaolo; per la Francia, BNP Paribas, Société Générale, Crédit Agricole; per la



ca abbia determinato una diminuzione degli utili previsti dagli analisti, anche se meno accentuata rispetto a quella delle altre banche europee (fig. 1.b). Il rendimento del capitale e delle riserve atteso dai mercati, invece, permane inferiore rispetto a quello medio degli intermediari europei (7,8 e 9,6 per cento, rispettivamente). Anche il premio per il rischio richiesto dagli investitori per detenere il capitale delle banche italiane è rimasto stabile. Il differenziale tra la redditività attesa e il costo atteso del capitale è invece peggiorato, secondo Banca d'Italia, di 80 punti base, a -4,5 punti percentuali. Per i principali istituti europei è, all'opposto, mediamente positivo e pari a 0,8 punti percentuali (fig. 1.c).

Germania, Deutsche Bank, Commerzbank; per la Spagna, Banco Santander, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria; per l'Europa, oltre alle precedenti: Barclays, The Royal Bank of Scotland Group, HSBC Holdings, Lloyds Banking Group. – (2) Stime sugli utili netti per i successivi 12 mesi espressi in euro. Dati relativi agli indici FTSE Italy Banks, FTSE France Banks, FTSE Germany Banks, FTSE Spain Banks, Euro Stoxx Banks. – (3) Rendimento del capitale e delle riserve (*return on equity*, ROE) e costo del capitale proprio (*cost of equity*, COE). I dati si riferiscono alle 34 banche europee quotate che hanno partecipato allo *stress test* dell'Autorità bancaria europea (European Banking Authority, EBA) nel 2016: per l'Italia, UniCredit, Intesa Sanpaolo, UBI Banca, Banco BPM; per l'Austria, Erste Group Bank, Raiffeisen Bank International; per il Belgio, KBC Group; per la Danimarca, Danske Bank, Jyske Bank; per la Finlandia, Nordea Bank; per la Francia, BNP Paribas, Société Générale, Crédit Agricole; per la Germania, Deutsche Bank, Commerzbank; per l'Irlanda, Allied Irish Banks, Bank of Ireland; per la Norvegia, DNB; per i Paesi Bassi, ABN AMRO Groep, ING Groep; per la Polonia, Bank Pekao, Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski; per il Regno Unito, Lloyds Banking Group, HSBC Holdings, The Royal Bank of Scotland Group, Barclays; per la Spagna, Banco Santander, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, Banco de Sabadell, Caixabank; per la Svezia, Swedbank, Skandinaviska Enskilda Banken, Svenska Handelsbanken; per l'Ungheria, OTP Bank. Il livello del costo del capitale è ottenuto utilizzando il modello analitico CAPM (cfr. il riquadro: Il costo del capitale delle banche europee, in *Rapporto sulla stabilità finanziaria*, 2, 2017). I dati si riferiscono ad aprile 2019 ed a medie ponderate per la capitalizzazione di mercato. Banca d'Italia, *Rapporto sulla stabilità finanziaria*, Roma, 1, 2019, 24. Fonte: elaborazioni su dati Bloomberg e Thomson Reuters Datastream.

6. *Considerazioni conclusive*

Come più volte sottolineato nell'ambito del dibattito sull'implementazione dell'Unione bancaria, il principio ispiratore dell'iniziativa è stato ovviare alla frammentazione del mercato interno attraverso la creazione di un sistema unico e coordinato di vigilanza che operasse sulla base di un dettato normativo comune da applicarsi a tutti gli istituti di credito. Ciò anche al fine di spezzare il circolo vizioso tra debito pubblico e debito sovrano che affliggeva le economie di numerosi stati membri, in modo da garantire la stabilità del mercato interno nonché della stessa moneta unica. Sebbene l'obiettivo del legislatore comunitario fosse mantenere un giusto livello di competitività tra i diversi sistemi economici dell'Unione ed assicurare una crescita equilibrata della zona euro, i dati sopra illustrati denotano una certa asimmetria dei risultati prodotti dalla vigilanza unica nei confronti delle banche italiane rispetto a quelle delle maggiori economie della zona euro.

Le rilevazioni commentate sembrano avere una duplice motivazione⁷⁴. La prima, di natura interna, è legata alle specifiche del mercato bancario italiano. Come in precedenza sottolineato le economie dei paesi membri, seppur integrate, sono eterogenee per cultura e fondamentali economici. L'Italia e le sue banche sembrerebbero aver maggiormente subito la nuova legislazione prudenziale, incentrata sul rischio di credito, a causa della specializzazione dell'attività bancaria domestica nelle operazioni di impiego. Una seconda causa, di natura esterna, sembrerebbe lo scarso peso politico italiano in sede decisionale. Fattore senz'altro determinante nell'ambito del nuovo e peculiare contesto decisionale sopra illustrato⁷⁵, in cui l'attività politica di indirizzo economico risulta maggiormente tralasciata a livello intergovernativo in seno al Consiglio europeo. In particolare l'Ecofin.

L'Unione europea è un'istituzione a formazione progressiva e il quadro normativo di riferimento è tuttora in evoluzione. Lo scorso 16 Aprile 2019, il

⁷⁴ M.P. Chiti, V. Santoro (a cura di), *op. cit.*, 15: «L'Italia è fortemente influenzata dall'operatività dell'unione bancaria [...]. È ovvio che l'Unione bancaria incida profondamente su tutti gli Stati che la compongono, ma certo che alcuni – tra cui l'Italia – sono segnati vieppiù, a causa dei problemi del proprio sistema creditizio e dell'estraneità di molte nuove regole europee rispetto alla tradizione nazionale. Più di sempre abbiamo qua la dimostrazione che una debole partecipazione dell'Italia alla fase ascendente della legislazione dell'Unione europea produce poi effetti perniciosi per l'attuazione ed il rispetto delle norme approvate sotto l'influenza dominante di altri Stati membri, delle loro culture giuridiche e dei loro interessi. Del resto, l'analisi delle procedure di infrazione e delle condanne della Corte di giustizia avverso l'Italia mostrano che le violazioni del diritto europeo sono principalmente dovute alle difficoltà del nostro ordinamento ad adeguarsi a regole sostanzialmente estranee alla nostra tradizione giuridica; talora con fenomeni di vero e proprio rigetto. [...] Il caso dell'Unione bancaria è, come detto, una chiara conferma. Se la parte “pubblicistica” del sistema – principalmente quella relativa alla vigilanza centralizzata (il SSM) – può essere considerata un'uropeizzazione di procedure e decisioni, già in larga misura conosciute negli Stati membri, anche in Italia, diverso è il caso della parte sulla risoluzione (il SRM) che confligge in vari punti con collaudati istituti giuridici della nostra tradizione, come dimostra la disciplina europea denominata *bail-in*».

⁷⁵ Cfr. paragrafo 3 sopra.

Parlamento Europeo ha approvato le versioni definitive di CRR II⁷⁶, CRD V⁷⁷, BRRD II⁷⁸, SRMR II⁷⁹ che, insieme, costituiscono il nuovo *framework* regolamentare di “Basilea IV”, il quale prevede nuove disposizioni in materia di determinazione dei requisiti patrimoniali che dovrebbero, *inter alia*, diminuire le complessità operative in tema di adeguamenti patrimoniali delle banche in relazione al rischio di credito e, pertanto, incrementare la loro capacità di erogare prestiti a favore di imprese e famiglie⁸⁰.

⁷⁶ Regolamento (UE) 2019/876 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019 che modifica il regolamento (UE) n. 575/2013 per quanto riguarda il coefficiente di leva finanziaria, il coefficiente netto di finanziamento stabile, i requisiti di fondi propri e passività ammissibili, il rischio di controparte, il rischio di mercato, le esposizioni verso controparti centrali, le esposizioni verso organismi di investimento collettivo, le grandi esposizioni, gli obblighi di segnalazione e informativa e il regolamento (UE) n. 648/2012.

⁷⁷ Direttiva (UE) 2019/878 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019 che modifica la direttiva 2013/36/UE per quanto riguarda le entità esentate, le società di partecipazione finanziaria, le società di partecipazione finanziaria mista, la remunerazione, le misure e i poteri di vigilanza e le misure di conservazione del capitale.

⁷⁸ Regolamento (UE) 2019/877 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019 che modifica il regolamento (UE) n. 806/2014 per quanto riguarda la capacità di assorbimento delle perdite e di ricapitalizzazione per gli enti creditizi e le imprese di investimento.

⁷⁹ Direttiva (UE) 2019/879 Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019 che modifica la direttiva 2014/59/UE per quanto riguarda la capacità di assorbimento di perdite e di ricapitalizzazione degli enti creditizi e delle imprese di investimento e la direttiva 98/26/CE.

⁸⁰ D'altronde, come autorevolmente rilevato, «accantonato lo scopo originario, ovvero scindere il legame perverso tra emittenti sovrani e banche, la vigilanza unica dovrebbe ambire a porre le banche nelle condizioni migliori per svolgere il loro compito fondamentale, ossia erogare credito alla parte sana dell'economia», S. Rossi, *Unione bancaria, risultati raggiunti e prospettive future*, Wolpertinger Conference, Modena, 30 agosto, 2018.

Gli effetti della Vigilanza prudenziale sulla performance di esercizio delle banche italiane nell'ambito del nuovo modello di governance economica europea

Il Meccanismo di vigilanza unico, primo pilastro dell'Unione bancaria europea, è entrato in vigore nel 2014 al fine di creare un apparato di controlli omogeneo nei confronti di tutti gli enti creditizi della zona euro. Ciò anche al fine di spezzare il circolo vizioso tra debito pubblico e debito sovrano che affliggeva le economie di numerosi stati membri e dunque garantire la stabilità della moneta unica.

L'opera di riforma del mercato finanziario interno che si è realizzata nel nome della Vigilanza unica, oltre ad essere stata marcatamente ispirata dal Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria, ha avuto l'effetto di riaccendere il dibattito sulla struttura decisionale della *governance* economica dell'UE. I risultati dell'esercizio 2018 degli enti creditizi italiani hanno messo in luce come il quadro normativo, insieme a taluni fattori di natura ambientale e macroeconomica, abbia prodotto conseguenze dissimili nei diversi stati membri e come l'opera di legislativa non possa quindi definirsi completata.

The effects of the Single Supervisory Mechanism on Italian banks' financial results in the context of the new European economic governance

The Single Supervisory Mechanism, mainstay of the European Banking Union, came into force in 2014 with a view to establishing a common regime of controls over all Eurozone financial institutions. This was also in pursuance of ceasing the vicious circle between public debt and sovereign debt that afflicted the economies of many member states and thus guarantee the stability of the single currency.

In addition to being markedly inspired by the Basel Committee for Banking Supervision, the reform of the internal financial market, which took place in the name of the Single Supervisory, had the effect of reigniting the debate on the decision-making configuration of the EU economic governance. The 2018 financial results of Italian financial institutions highlighted how the regulatory framework, together with environmental and macroeconomic factors, has produced dissimilar consequences in the various member states and the legislative process has yet to be completed.

Il problema delle competenze settoriali e l'adozione di un approccio olistico alla *data-driven economy*

Emanuele Fazio

SOMMARIO: 1. Premessa. Approccio olistico allo spazio comune europeo di dati. – 2. I tre lati giuridici dei dati: un continuo bilanciamento di interessi e principi. – 3. Le *multi-sided platforms* (MSPs) e il mercato a due parti. – 4. La proliferazione delle autorità amministrative indipendenti: autorità di settore e le loro funzioni. – 4.1. Segue: i riflessi procedurali delle interconnessioni tra diritto della concorrenza, tutela del consumatore e protezione dei dati personali. – 5. Confronto tra le decisioni del TAR Lazio del 2020 e dell'Oberlandesgericht Düsseldorf del 2019: una svolta politica da definire. – 6. Il modello europeo del *Digital Clearinghouse*. – 7. Favorire servizi *privacy-enhancing* come vantaggio competitivo. – 8. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa. Approccio olistico allo spazio comune europeo di dati*

Nell'attuale ecosistema digitale, i dati personali e non personali sono raccolti e gestiti da una rete di operatori privati e pubblici, al fine di trarre valore dalle informazioni ottenute.

Un efficace e sostenibile spazio comune europeo di dati presuppone un continuo bilanciamento di interessi e principi (apparentemente) contrastanti, quali primariamente la libertà di iniziativa economica e i valori fondamentali della persona fisica.

Nel momento in cui occorre regolare o decidere casi riguardanti il trattamento di dati, bisogna adottare un approccio olistico.

Allo scopo di contribuire al dibattito, il presente elaborato intende da un lato porre le basi per sostenere la cooperazione tra garanti e “regolatori” delle diverse discipline giuridiche coinvolte nel trattamento di dati e dall'altro offrire

una disamina circa il ruolo del diritto antitrust, quale strumento per favorire servizi *privacy-enhancing*¹.

2. *I tre lati giuridici dei dati: un continuo bilanciamento di interessi e principi*

Per sviluppare efficacemente e, al contempo, in via sostenibile il *Digital Single Market* e la c.d. *data-driven economy*², le istituzioni europee hanno stabilito una nuova libertà fondamentale: la libera circolazione dei dati³.

Nella politica di libera circolazione dei dati, regolata dal GDPR per quanto concerne i dati personali e dal Regolamento UE 2018/1807 per i dati non personali⁴, è necessario un bilanciamento dinamico tra interessi e principi diversi.

Essi attengono alle tre discipline giuridiche da applicare laddove si consenta la circolazione dei dati personali e non personali e si voglia garantire un'adeguata protezione degli stessi: il diritto alla protezione dei dati personali, il diritto della concorrenza (diritto antitrust) e la tutela del consumatore.

Per determinate operazioni concernenti i dati, il legislatore *ex ante* e il giudice *ex post* devono osservare i tre suddetti regimi.

Per esempio, quando l'interessato al trattamento esercita il diritto alla portabilità (Art. 20 del GDPR) intervengono non solo le regole in materia di protezione dei dati personali ma anche quelle del diritto antitrust, perché i dati rappresentano sia un valore fondamentale dell'individuo sia un *asset* economico per le imprese.

¹ Non vi è più alcuna differenza circa i tempi d'azione tra le autorità antitrust e le autorità di regolazione. È ormai pacifico che le prime possono intervenire *ex ante* (per esempio in materia di concentrazioni tra imprese oppure per stabilire impegni di condotta); mentre le seconde possono agire *ex post*, soprattutto quando viene richiesto, da parte dei garanti, l'esercizio di taluni poteri. Cfr. J. Drexler, F. Di Porto, *Competition Law as Regulation*, UK, 2015, 154.

² La *data-driven economy* è un ecosistema digitale nel quale i dati sono generati, raccolti, organizzati, analizzati, elaborati e scambiati da un network di fornitori di servizi e/o beni, con lo scopo di trarre valore dall'informazione raccolta. Cfr. Comunicazione della Commissione europea, «Costruire un'economia dei dati europea», Bruxelles, 10/01/2017, COM (2017) 9 final, 2, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/communication-building-european-data-economy>.

³ Commissione europea, *Digital Single Market conference on the free movement of data*, Tallinn, 17/07/2017, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_17_2024.

⁴ Considerate le maggiori problematiche giuridiche dei dati personali, in origine le istituzioni europee hanno disciplinato la libera circolazione dei soli dati non personali. Cfr. Max Planck Institute for Innovation & Competition, *Position Statement of the MPI for Innovation & Competition on the European Commission's "Public consultation on Building the European Data Economy"*, Munich, 26/04/2017, 4, https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/stellungnahmen/MPI_Statement_Public_consultation_on_Building_the_EU_Data_Eco_28042017.pdf.

Un secondo esempio è fornito dalla teoria del benessere del consumatore⁵ e dalla teoria del danno⁶, costrutti teorici necessari per valutare se il comportamento di un'impresa violi il diritto della concorrenza.

Per effettuare il bilanciamento, occorre individuare i principi garantiti dalle tre discipline.

Iniziando dal diritto alla protezione dei dati personali, bisogna distinguere tra quanto stabilito dall'Art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (CDFUE) e quanto indicato dall'Art. 8.

L'Art. 7 protegge l'individuo primariamente contro le interferenze dello Stato; l'Art. 8 fissa il diritto alla protezione dei dati personali come un diritto a sé stante.

Quest'ultimo articolo garantisce che le informazioni personali possano essere utilizzate, non solo dallo Stato ma da chiunque, soltanto se i requisiti indicati dall'Art. 8 co. 2 e 3 siano rispettati. I dati devono pertanto essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o ad altri fondamenti legittimi. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente.

Nel contesto europeo rintracciamo inoltre l'Art. 16 del TFUE e l'Art. 39 del TUE. Essi richiedono l'adozione di norme che favoriscano la libera circolazione dei dati garantendo al contempo la protezione dei dati personali ed un controllo da parte di un'autorità garante⁷.

Tale bilanciamento ha trovato espressione prima nella Direttiva 95/46/CE e successivamente nel regolamento sulla protezione dei dati personali (GDPR).

Per concludere l'inquadramento giuridico europeo in materia, l'Art. 52, co. 1 della CDFUE stabilisce che limitazioni all'esercizio dei diritti possano essere

⁵ Il diritto antitrust tutela in via indiretta il benessere del consumatore, ossia nella misura in cui una sua diminuzione si sia prodotta (o si sarebbe anche solo potuta produrre) per effetto di una condotta imprenditoriale che ha alterato il funzionamento del mercato. Tale verifica consiste nel controllare se nel breve periodo quella pratica possa produrre una riduzione dell'*output* di mercato o un aumento del prezzo dell'offerta e/o se, nel medio-lungo periodo, essa possa peggiorare il grado di innovazione, varietà e qualità dell'offerta. Pertanto, il benessere del consumatore costituisce solo un indice per valutare una condotta anti-competitiva, ossia lesiva primariamente delle regole antitrust. Cfr. A. Pezzoli, L. Berti, *Le stagioni dell'antitrust – Dalla tutela della concorrenza alla tutela del consumatore*, Milano, 2010; M. Maggiolino, *I Big Data e il Diritto Antitrust*, Milano, 2018, 102; I. Graef, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms – Data as Essential Facility*, in *International Competition Law Series*, The Netherlands, 2016, 330-332.

⁶ Chi agisce per la sospetta violazione del diritto antitrust deve fornire una c.d. teoria del danno, ossia spiegare perché sarebbe razionale per un'impresa tenere una condotta che alteri il funzionamento del mercato, riducendo (indirettamente) il benessere del consumatore. M. Maggiolino, *op. cit.*, 114-115.

⁷ Cfr. EDPS, *Preliminary opinion of the European Data Protection Supervisor, Privacy and competitiveness in the age of Big Data: the interplay between data protection, competition law, and consumer protection in the digital economy*, 2014, 12, https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf.

previste solo se rispettino il loro contenuto essenziale, il principio di legalità⁸ e, soggette al principio di proporzionalità⁹, siano necessarie e rispondano a finalità di interesse generale dell'UE o proteggano i diritti e le libertà altrui.

Trattando la seconda disciplina coinvolta in questa politica europea, il diritto della concorrenza, lo scopo delle relative norme è garantire l'efficienza del mercato interno e tutelare il benessere dei consumatori.

È stato sostenuto che tra i suoi scopi vi sia garantire il soddisfacimento di tutti i bisogni dei consumatori, non soltanto in riferimento ai prezzi competitivi di beni e servizi, ma anche alla varietà di prodotti, innovazione, "qualità" ed altri benefici, inclusa la tutela della *privacy*¹⁰.

Per questi scopi, gli Artt. 101-109 del TFUE vietano intese restrittive della concorrenza (Art. 101 del TFUE), abusi di posizione dominante (Art. 102 del TFUE) e aiuti di Stato (Art. 107 del TFUE).

La Commissione europea svolge il ruolo centrale, investigando sospette violazioni delle regole antitrust.

Le istituzioni hanno adottato regolamenti e direttive in applicazione delle norme dei Trattati, dei quali i principali sono: il Regolamento (CE) 1/2003 «concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli Artt. 81 e 82 del TCE (ora sostituiti dagli Artt. 101-102 del TFUE)», che ha decentralizzato l'applicazione delle norme antitrust alle autorità nazionali, ed il Regolamento (CE) 139/2004 «sul controllo delle concentrazioni tra imprese» con il rispettivo Regolamento di esecuzione (UE) 1269/2013.

Le libertà tutelate attengono al libero gioco della concorrenza, alla libertà di iniziativa economica e alla libertà di impresa, come stabilito dall'Art. 16 della CDFUE e, conseguentemente, soggette al bilanciamento di interessi ivi previsto.

Infine, circa l'ultima disciplina giuridica, la tutela del consumatore vieta comportamenti scorretti da parte di un «professionista» nei confronti di un «consumatore» soprattutto in riferimento ai beni e servizi offerti "gratuitamente"¹¹.

Il diritto europeo del consumatore mira a rimuovere le barriere al mercato interno attraverso l'incremento della fiducia nei rapporti commerciali e nei prodotti che circolano, sulla base del principio di trasparenza e buona fede.

L'Art. 38 della CDFUE richiede alle istituzioni europee di assicurare un elevato livello di protezione del consumatore.

⁸ Cfr. F. Sorrentino, *Lezioni sul principio di legalità*, Torino, 2007, 22-25.

⁹ Per la ricostruzione del principio di proporzionalità, tra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali, si veda D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2019/6, 903-927; V. Fanti, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012.

¹⁰ EDPS, *op. cit.*, 17.

¹¹ EDPS, *op. cit.*, 11.

L'Art. 12 del TFUE prescrive la necessaria considerazione della tutela del consumatore nel definire ed implementare le varie regole europee.

Inoltre, l'Art. 169 del TFUE dichiara che l'UE deve contribuire alla protezione della salute, sicurezza ed interessi economici del consumatore e promuovere i suoi diritti all'informazione, all'educazione e all'autodeterminazione.

Nell'adozione di misure bisogna considerare che la diversità di standard commerciali può avere effetti deleteri per il funzionamento del mercato interno; mentre standard comuni, libertà di scelta e trasparenza nel mercato rappresentano benefici tanto per il professionista quanto per il consumatore¹².

I professionisti hanno spesso il vantaggio di definire termini e condizioni contrattuali unilateralmente, senza alcuna negoziazione con la loro clientela.

Ecco perché la Direttiva 93/13/CEE «concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori», ha introdotto la nozione di «buona fede» e richiede che i termini contrattuali siano redatti con un linguaggio chiaro, preciso, semplice e intelligibile, con interpretazione dei concetti a favore del consumatore.

Secondo la Direttiva 98/6/CE «relativa alla protezione dei consumatori in materia di indicazione dei prezzi dei prodotti offerti», i professionisti devono stabilire i prezzi di vendita in modo che siano facilmente identificabili e chiaramente comprensibili.

La Direttiva 2011/83/UE «sui diritti dei consumatori» procede ulteriormente nell'obiettivo di eliminare costi nascosti nelle transazioni, in particolare in quelle online, in cui gli individui vengono tratti in inganno pagando i *free services*¹³.

Inoltre, la Direttiva 2005/29/CE «sulle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori» definisce una pratica commerciale «ingannevole» laddove siano omesse informazioni (incluso il prezzo) che il consumatore medio necessita per prendere una decisione informata circa la transazione e lo induca (o sia idonea ad indurlo) ad assumere una decisione che non avrebbe altrimenti preso (Art. 7, co. 1 della Direttiva 2005/29/CE).

Dunque, le disposizioni volte a garantire chiare e precise informazioni sul valore di un bene e/o servizio offerto sono al centro della tutela del consumatore.

¹² EDPS, *op. cit.*, 23-24.

¹³ I *free services* sono diffusi nell'economia digitale. Prevalendo l'aspetto pubblicitario sui beni e servizi offerti, tali prodotti sono spesso identificati unilateralmente dall'utente commerciale come servizi "gratuiti". In realtà, il mezzo di pagamento è proprio la pubblicità. Una pubblicità personalizzata, che sfrutta l'analisi di dati personali per ottenere le preferenze dei consumatori e creare un collegamento diretto tra utente-commerciale ed utente-consumatore di una piattaforma online. Questa combinazione tra identità personale e pubblicità determina una pubblicità mirata verso una versione di me, per esempio a quella riconosciuta e identificata da Facebook. Pertanto, i "regolatori" sono tenuti adesso a dover raffrontare i valori economici con quelli della persona. Gli individui hanno un elevato interesse a ricevere pubblicità personalizzate; al contempo però hanno interesse a proteggere la loro identità. Cfr. R. Picker, *Online advertising, Identity & Privacy*, in *Olin Working Paper no. 475*, University of Chicago – Law School, 29/06/2009, 43, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1428065.

Tra di esse rientra anche il diritto ad ottenere informazioni sul trattamento dei propri dati personali.

Possiamo allora delineare le intersezioni tra il diritto alla protezione dei dati personali, il diritto antitrust e la tutela del consumatore nei tre punti seguenti¹⁴:

- il mercato dei servizi “gratuiti” deve ancora essere esplorato, ma dal controllo esercitato su una larga massa di dati deriva un forte potere per coloro che ne sfruttano il trattamento;
- l’abuso di posizione dominante, il rifiuto delle imprese di concedere l’accesso ai dati e condizioni contrattuali (tra cui *data-policies*) non trasparenti o ingannevoli possono giustificare una nuova teoria di danno al consumatore, utilizzabile per l’applicazione delle regole di concorrenza;
- l’applicazione delle regole antitrust al mercato unico digitale ha il potenziale di promuovere servizi *privacy-enhancing* ed un maggiore controllo da parte del consumatore-interessato al trattamento sui propri dati.

Nei seguenti paragrafi, esaminando il ruolo delle piattaforme di intermediazione online, verranno illustrati i predetti risultati, al fine di evidenziare problematiche interdisciplinari e fornire soluzioni, sostanziali e procedurali, che siano al contempo efficaci e rispettose dei diritti fondamentali dell’individuo.

3. *Le multi-sided platforms (MSPs) e il mercato a due parti*

Circa l’analisi del primo punto di contatto, occorre notare che le piattaforme di intermediazione online (MSPs), ad esempio Amazon o Facebook, sono caratterizzate da natura multilaterale, struttura economica di *network* e dalla continua innovazione, con ripercussioni sulla concorrenza.

Date queste caratteristiche, l’approccio tradizionale alla definizione di «mercato rilevante» e alla valutazione di una posizione dominante deve essere adattato, al fine di far fronte ad eventuali condotte anti-competitive di motori di ricerca *online*, *social networks* e piattaforme di *e-commerce*¹⁵.

Secondo il diritto antitrust, infatti, quando occorre stabilire se un’impresa stia abusando della posizione dominante o se un’intesa sia restrittiva della concorrenza, bisogna innanzitutto individuare il bene o il servizio offerto (il c.d. mercato rilevante del prodotto) e il mercato geografico di destinazione.

¹⁴ Cfr. EDPS, *op. cit.*, 26.

¹⁵ I. Graef, *op. cit.*, 77.

Il mercato rilevante del prodotto include tutti i beni e/o servizi che possono essere considerati come sostituti¹⁶ dai consumatori in base alle loro caratteristiche, prezzi e destinazioni d'uso¹⁷.

Il mercato geografico rilevante comprende l'area nella quale le condizioni di concorrenza sono omogenee e tali da distinguersi dalle condizioni di un'altra area geografica di mercato¹⁸.

Nonostante sia stato affermato che la definizione di mercato non sia più così utile nell'attuale ecosistema digitale e si ritiene la combinazione della teoria del danno con il potere di mercato sufficiente ad individuare condotte anti-competitive¹⁹, le corti di giustizia e i garanti della concorrenza tendono tuttora a considerare tale definizione per la soluzione dei casi.

È questione empirica comprendere se ed in quali circostanze gli aspetti multilaterali di un'impresa hanno sufficiente influenza sull'applicazione del diritto antitrust²⁰.

Il mercato a due parti coinvolge due gruppi diversi di utenti che, interagendo, ottengono entrambi benefici di rete²¹.

Le MSPs sono tra le più diffuse imprese ICT ed hanno assunto un ruolo centrale nell'economia globale²².

Dunque, la piattaforma a più parti genera valore consentendo interazioni dirette tra due o più distinti gruppi di utenti affiliati alla stessa.

A causa proprio del collegamento tra i due gruppi di utenti, non è corretto definire ed analizzare «il mercato rilevante» prendendo in considerazione isolatamente i due tipi di clienti. Se la MSP tiene conto delle due o più direzioni a cui si rivolge la sua offerta nello stabilire i prezzi e le decisioni sulla sua produzione, l'adozione di una logica unilaterale potrebbe condurre a valutazioni erranee circa il potere di mercato e la condotta dell'impresa²³.

¹⁶ Due beni sono sostituti se l'aumento del prezzo dell'uno conduce all'aumento della quantità domandata dell'altro. Cfr. R. Pindyck, D. Rubinfeld, *Microeconomia*, IX, Milano-Torino, 2018, 112.

¹⁷ Commissione europea, «Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law», 9/12/1997, OJ C 372/5, § 7, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y1209\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y1209(01)&from=EN).

¹⁸ Commissione europea, «Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law», cit., § 8.

¹⁹ Cfr. I. Graef, *op. cit.*, 77-78.

²⁰ *Ibidem*. Cfr. D. Evans, M. Noel, *Defining Markets that Involve Multi-Sided Platform Businesses: An Empirical Framework With an Application to Google's Purchase of DoubleClick*, 2007, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1027933.

²¹ A. Hagiu, J. Wright, *Multi-sided Platforms*, in *Working Paper 12-024*, Harvard Business School, 12/10/2011, 2, <https://web.archive.org/web/20111112093216/http://www.hbs.edu/research/pdf/12-024.pdf>.

²² *Ibidem*.

²³ I. Graef, *op. cit.*, 79. Cfr. D. Evans, *The Antitrust Economics of Multi-Sided Platforms Markets*, in *Yale Journal on Regulation*, 2003, vol. 20, <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1144&context=yjreg>.

Occorre invece definire il mercato rilevante in conformità al modo in cui la piattaforma a più parti monetizza la propria attività²⁴.

Nel caso delle piattaforme di intermediazione *online*, ciò significa che il mercato rilevante potrebbe consistere nel mercato dei dati personali, dati che assumono valore monetario attraverso la pubblicità.

Tale approccio è coerente con la natura di tali piattaforme, le quali non guadagnano dalla vendita delle loro tecnologie, a differenza delle tradizionali imprese ICT (come Microsoft o Intel), ma ottengono benefici economici dalle informazioni sui loro utenti²⁵.

Tuttavia, una corretta definizione di mercato secondo gli attuali parametri del diritto antitrust richiede l'esistenza di domanda ed offerta di un dato bene o servizio.

Tali standard consentono l'individuazione di un "mercato dei dati" solo nei casi in cui l'informazione è scambiata, commercializzata. Pertanto, il mercato rilevante dei servizi online offerti dai motori di ricerca (es. Google), *social networks* (es. Facebook) e piattaforme di *e-commerce* (es. Amazon) non può avere come oggetto i dati fino a quando non ci sia una transazione economica relativa agli stessi tra i fornitori di tali servizi e gli utenti, o tra i titolari²⁶ delle piattaforme di intermediazione *online* e terze parti²⁷.

Ad oggi, le istituzioni europee non hanno definito un "mercato dei dati personali"²⁸.

Di conseguenza, riguardo alle MSPs la domanda centrale da porsi è se debba essere definito un solo mercato per la piattaforma interamente considerata o se invece debbano essere distinti tanti mercati quanti sono i lati commerciali della piattaforma²⁹.

In dottrina, molteplici sono i punti di vista.

Per esempio, con riferimento ai motori di ricerca, alcuni autori hanno affermato che occorre definire un mercato rilevante per ciascun lato della piattaforma, mentre altri hanno sostenuto una definizione più ampia, in grado di comprendere tutti i lati³⁰.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ I. Graef, *ibidem*. Cfr. S. Waller, *Antitrust and Social Networking*, in *North Carolina Law Review*, 2012, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1948690.

²⁶ Per la definizione di «titolare del trattamento» si veda l'Art. 4, n. 7 del GDPR.

²⁷ Cfr. I. Graef, *op. cit.*, 80-81.

²⁸ Cfr. Commissione europea, *Speech – Competition and personal data protection*, Commissioner Joaquin Almunia, Bruxelles, 27/04/2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_12_860. Cfr. Case No COMP/M.7217; Commissione europea, Case M.7217 - *Facebook/Whatsapp*, Bruxelles, 03/10/2014, in *EUR-Lex*, C(2014) 7239 final.

²⁹ I. Graef, *ibidem*.

³⁰ Cfr. T. Hoppner, *Defining Markets for Multi-Sided Platforms: The Case of Search Engines*, in *World Competition*, vol. 38, The Netherlands, 2015, 352-356, dove si sostiene che: distinti «mercati rilevanti» devono essere identificati per ciascun lato operativo del motore di ricerca; J. Ratliff, D. Rubinfeld, *Is There a Market for*

Ad avviso di Inge Graef, il contributo più significativo sul tema è fornito da Filistrucchi ed altri³¹, i quali distinguono tra i mercati multilaterali nei quali si eseguono transazioni monetarie («tipo dei pagamenti online con carta») e i mercati multilaterali senza transazioni («tipo dei media») al fine di individuare l'approccio appropriato alla definizione di «mercato» delle MSPs³².

Nel primo tipo di mercati, un'evidente transazione economica ha luogo tra i gruppi di utenti e ciò rende impossibile alla MSP profilare solo uno dei gruppi. Le imprese presenti in questi mercati sono pertanto multilaterali³³. Un esempio è quello dei fornitori di carte di pagamento online, dove il fornitore deve essere attivo sia sul fronte degli acquirenti sia sul fronte dei venditori, entrambi affiliati alla piattaforma. Tale approccio si applica anche nei confronti delle piattaforme *e-commerce*.

«I mercati del tipo dei media» possono essere considerati multilaterali senza transazioni monetarie. Data l'assenza di transazioni visibili, un'impresa può essere attiva solo su un lato della piattaforma. In altre parole, in questi mercati le piattaforme possono violare la concorrenza solo da un lato³⁴.

Inoltre, tali imprese multilaterali possono concorrere anche con un solo lato di altre MSPs: ad esempio, un motore di ricerca può, teoricamente, competere con i *social networks* solo sul lato pubblicitario, nonostante i suoi utenti non considerino i servizi offerti dai *social networks* come sostituibili a quelli del motore di ricerca.

Data la varietà di imprese che operano all'interno delle MSPs, è stato asserito che una corretta definizione del «mercato rilevante» deve essere costruita prendendo come oggetto del mercato il servizio che viene offerto³⁵.

Questa è la ragione per cui, riprendendo nuovamente la posizione di Filistrucchi ed altri, l'opzione più praticabile sarebbe quella di definire i separati mercati rilevanti per ciascun lato della piattaforma, tenendo in considerazione gli altri lati nel valutare sospette violazioni della concorrenza.

Organic Search Engine Results and Can Their Manipulation Give Rise to Antitrust Liability?, in *Journal of Competition Law and Economics*, 2014, 534-538, dove l'autore afferma che «il mercato rilevante» dovrebbe comprendere sia le ricerche relative alla pubblicità sia le ricerche sostanziali effettuate dagli utenti.

³¹ L. Filistrucchi, D. Geradin, E. Van Damme, *Identifying Two-Sided Markets*, in *World Competition*, vol. 36, The Netherlands, 2013, 40-41.

³² I. Graef, *op. cit.*, 83.

³³ I. Graef, *op. cit.*, 84.

³⁴ I. Graef, *op. cit.*, 84-85.

³⁵ Cfr. I. Graef, *op. cit.*, 85. Tale considerazione del servizio offerto come oggetto del mercato rilevante viene sostenuta da M. Maggolino anche in riferimento ai servizi di *social networking* delle MSPs.

4. *La proliferazione delle autorità amministrative indipendenti: autorità di settore e le loro funzioni*

Prima di affrontare l'analisi sostanziale del secondo risultato di intersezione, è necessario introdurlo dalla prospettiva procedimentale.

Le «autorità amministrative indipendenti» sono organismi dotati di poteri pubblici, che esercitano funzioni c.d. neutrali in differenti settori, disponendo di un elevato livello di competenze tecniche e che garantiscono il libero ed ordinato svolgimento di interessi costituzionalmente protetti³⁶.

È difficile definire unitariamente tali autorità, poiché esse vengono istituite in base a contingenti esigenze di neutralità e indipendenza in specifici settori³⁷.

Tale fenomeno è sorto in Europa sulla base del modello americano delle «*independent regulatory agencies*» che negli Stati Uniti dovevano attuare un processo di regolazione pubblica dell'economia, finalizzato a disciplinare gli effetti di novità tecnologiche e di massicce urbanizzazioni.

Proprio nell'esperienza statunitense la nozione di «*regulation*» indica l'attribuzione di poteri normativi, amministrativi e giustiziali a tali autorità in determinati settori³⁸.

La peculiarità del modello oltreoceano sta nella delega di poteri in sostanza normativi ma meno vincolati: infatti, le funzioni vengono esercitate senza il limite di stretti vincoli legislativi, ma sulla base di parametri di equilibrio. Ciò assicura un'elevata flessibilità decisionale, in particolare nei settori nuovi (come quello dell'*high-tech*), ma determina anche un rilevante cumulo di poteri in capo a tali organismi³⁹.

Le ragioni storiche che ne hanno determinato la nascita nell'UE sono però diverse da quelle americane: negli Stati Uniti si è passati dall'assenza di disciplina del mercato alla *regulation*, mentre in Europa da una eccessiva e stringente regolazione ad una meno incisiva⁴⁰. Nel continente europeo, ciò è dipeso dalla crescente rilevanza del mercato unico come valore da tutelare, a causa della progressiva penetrazione del diritto comunitario negli ordinamenti nazionali⁴¹. Conse-

³⁶ Cfr. D. Crocco, *Le Autorità Amministrative Indipendenti di Regolazione e Vigilanza dei Mercati – Lineamenti di diritto pubblico dell'economia*, Napoli, 2012, 1; G. Cirillo, R. Chieppa, *Trattato di Diritto Amministrativo*, vol. 41, *XLI Le autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010, 3. Per l'indagine storica circa la natura ed il ruolo delle autorità amministrative indipendenti cfr. G. Corso, *Manuale di Diritto Amministrativo*, VIII, Torino, 2017, 114-119.

³⁷ *Ibidem*. Cfr. E. Bruti Liberati, *La regolazione indipendente dei mercati – tecnica, politica e democrazia*, Torino, 2019, 11-18.

³⁸ Cfr. G. Cirillo, R. Chieppa, *op. cit.*, 4.

³⁹ Cfr. G. Cirillo, R. Chieppa, *op. cit.*, 5.

⁴⁰ Cfr. G. Cirillo, R. Chieppa, *op. cit.*, 6.

⁴¹ Cfr. G. Corso, *op. cit.*, 114.

guentemente si è manifestata l'esigenza di una drastica riduzione della presenza pubblica nell'economia attraverso l'introduzione di un modello neoliberista, caratterizzato dalla privatizzazione dei settori economici in mano pubblica e da un mutamento del ruolo dello Stato, il quale si è trasformato da Stato-interventista a Stato-regolatore⁴².

Il principale compito di tali autorità è la tutela di interessi costituzionalmente protetti, potenzialmente pregiudicati dalla presenza invasiva di gruppi politici ed economici e che trovano il loro bilanciamento nella posizione di alta competenza tecnica, terzietà e di neutralità-indifferenza degli organi chiamati a regolarli⁴³.

Al riguardo, gli interessi relativi a settori particolari (come la privacy e il diritto antitrust), necessitano di una tutela rafforzata poiché delicato e complesso si presenta il confronto e l'eventuale scontro tra diritti privati (connessi alla iniziativa economica), valori primari (ritenuti meritevoli di particolare tutela dagli ordinamenti giuridici) ed esigenze di controllo pubblico.

I legislatori europei e nazionali hanno creato degli ordinamenti settoriali stabilendo, a carico degli agenti economici privati e pubblici, obblighi che nascono da norme e provvedimenti amministrativi, a presidio dei quali sono stati conferiti i poteri all'autorità garante di settore⁴⁴.

Dinanzi ad essa si instaurano, d'ufficio o su istanza di parte, procedimenti contenziosi.

Tali organismi operano parallelamente e senza alcuna riferibilità all'organo di vertice del potere esecutivo.

Infine, non hanno bisogno di uno specifico riconoscimento, ma del riconoscimento costituzionale degli interessi garantiti: nei casi che si esamineranno, interesse generale all'informazione trasparente ed al pluralismo delle fonti, tutela della concorrenza e del mercato, tutela della *privacy*, dell'innovazione e dell'economia c.d. sostenibile.

⁴² Cfr. G. Cirillo, R. Chieppa, *op. cit.*, 8. F. Caringella, *Le Autorità indipendenti tra neutralità e paragiurisdizionalità*, in *Il Consiglio di Stato*, 2000, 3, 541 ss.

⁴³ Cfr. G. Cirillo, R. Chieppa, *op. cit.*, 9.

⁴⁴ *Ibidem*. C. Malinconico, *Le funzioni amministrative delle Autorità indipendenti*, in *Aa. Vv., I garanti delle regole*, a cura di S. Cassese, C. Franchini, Bologna, 1996, 37 ss., dove si nota che i garanti sono solo uno dei possibili strumenti per curare gli interessi generali. L'ordinamento potrebbe non predisporre un intervento di tale tipo e lasciare che i titolari delle posizioni incise agiscano con i rimedi tipici delle situazioni soggettive individuali o collettive.

4.1. *Segue: i riflessi procedurali delle interconnessioni tra diritto della concorrenza, tutela del consumatore e protezione dei dati personali*

Dal paragrafo precedente emerge come il *modus operandi* di un'autorità amministrativa indipendente sia strettamente correlato al diritto costituzionalmente protetto.

Tuttavia, nel *Digital Single Market* operano agenti privati e pubblici, in relazione con i consumatori mediante le MSPs, che sfruttano il potenziale delle informazioni tratte dai dati (personali e non personali), dovendo osservare tanto le regole privacy quanto il diritto antitrust.

Tra le linee d'azione della Commissione Juncker 2014-2019⁴⁵ per lo sviluppo efficace e sostenibile del mercato unico digitale, occorre evidenziare il Secondo Pilastro⁴⁶. Esso concerne gli incentivi da predisporre per lo sviluppo (sostenibile) di piattaforme *online*: bisogna elaborare condizioni idonee a far prosperare i servizi offerti, soprattutto attraverso infrastrutture che favoriscano la comunicazione ad alta velocità, sicura e meritevole della fiducia degli utenti. Ciò deve avvenire attraverso una regolazione che consideri gli interessi dell'innovazione, di un'efficiente concorrenza e di un equo e trasparente trattamento di dati.

È evidente che nella *data-driven economy* gli interessi che giustificano l'intervento delle autorità sono diversi ma interconnessi.

Analizzando la questione dalla prospettiva antitrust, i garanti del settore possono (a scapito di un'applicazione tradizionale di tale diritto) fare considerazioni politiche e giuridiche più ampie. Secondo i Trattati, infatti, la Commissione è tenuta a «collocare la sua valutazione nel quadro generale degli obiettivi e dei valori dell'UE, tra cui la privacy»⁴⁷.

Tuttavia, ad avviso dell'*European Data Protection Supervisor* (EDPS)⁴⁸, le autorità della concorrenza sembrano aver favorito un'interpretazione restrittiva di quanto detto, incentrata unicamente su obiettivi di efficienza economica. Le varie

⁴⁵ J.C. Juncker, *Orientamenti politici del presidente Juncker - Un nuovo inizio per l'Europa - Discorso di apertura della plenaria del Parlamento Europeo*, Strasburgo, 15/07/2014, https://ec.europa.eu/commission/priorities_it.

⁴⁶ Cfr. Comunicazione della Commissione europea, «a Digital Single Market Strategy for Europe», 06/05/2015, COM (2015) 192 final, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/digital-single-market-strategy-europe-com2015-192-final>.

⁴⁷ EDPS, *op. cit.*, 22-23.

⁴⁸ Non esiste un garante europeo che tuteli generalmente, con azioni equiparabili a quelli della DG *for Competition*, il diritto alla protezione dei dati personali. L'EDPS (Garante Europeo della Protezione dei Dati – GEPD) ha un ruolo piuttosto limitato. Il suo compito principale, oltre alle funzioni di consulenza, è garantire che le istituzioni dell'UE rispettino le norme *privacy* (ai sensi dell'Art. 1, co. 3, e dell'Art. 52 del Regolamento UE 2018/1725). Nell'ambito della politica di concorrenza, la Commissione europea ha il compito di coordinare le indagini condotte dalle autorità nazionali e può indagare direttamente su casi transfrontalieri ai sensi degli Artt. 101 e 102 TFUE; invece nessuna istituzione dell'UE svolge un ruolo di controllo equiparabile nel regime di protezione dei dati.

regolamentazioni sono state sviluppate parallelamente, con scarse considerazioni dei problemi giuridici interdisciplinari.

Nonostante ciò, l'EDPS promuove tra le istituzioni dell'UE una "cultura della protezione dei dati"⁴⁹, al fine di stimolare un dialogo tra esperti, professionisti, "legislatori" e garanti nei settori della concorrenza, della tutela del consumatore e della *privacy*.

L'indipendenza e la separazione tra le autorità amministrative indipendenti devono comunque essere pienamente rispettate⁵⁰.

Tuttavia, date le nuove sfide della *data-driven economy*, è ragionevole che la Commissione e l'EDPS, assieme ai garanti nazionali delle discipline sotto esame, concordino un approccio olistico all'applicazione delle regolamentazioni settoriali.

Il dialogo tra le autorità, europee e nazionali, dovrebbe diventare più sistematico ove sorga un caso specifico in cui siano in gioco preoccupazioni relative al benessere dei consumatori e alla protezione dei dati⁵¹.

5. *Confronto tra le decisioni del TAR Lazio del 2020 e dell'Oberlandesgericht Düsseldorf del 2019: una svolta politica da definire*

Trattato il problema di competenza dalla prospettiva procedimentale, ne affrontiamo le ripercussioni sostanziali con l'analisi di due procedimenti nei confronti di Facebook Inc⁵².

Quest'impresa è stata sanzionata dalle autorità garanti della concorrenza, italiana e tedesca, per le modalità di raccolta e gestione dei dati.

A differenza del TAR Lazio, che ha confermato la decisione dell'AGCM, l'Oberlandesgericht Düsseldorf ha respinto la tesi del Bundeskartellamt proprio per motivi di competenza.

Al fine di confrontare la decisione dell'Oberlandesgericht Düsseldorf del 26/08/2019⁵³ con la sentenza del TAR Lazio, Sez. I, n. 260 del 10/01/2020⁵⁴,

⁴⁹ V. EDPS, *Strategy 2013-2014, Towards Excellence in data protection*, Bruxelles, 22/01/2013, https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/13-01-22_strategy_en.pdf.

⁵⁰ EDPS, *Preliminary opinion*, cit., 36-37.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² AGCM, Adunanza del 29/11/2018, *PS11112 - Uso dei dati degli utenti a fini commerciali: sanzioni per 10 milioni di euro a Facebook*, Roma, 07/12/2018, in *AGCM website*; Bundeskartellamt, *Facebook, Exploitative business terms pursuant to Section 19(1) GWB for inadequate data processing*, 15/02/2019, in *Bundeskartellamt website*, Case B6-22/16.

⁵³ The Decision of the Higher Regional Court of Düsseldorf (Oberlandesgericht Düsseldorf) in interim proceedings, *Facebook v. Bundeskartellamt*, 26/08/2019, in *D'Kart Antitrust Blog*, Case VI-Kart 1/19 (V), eng. vers.; OLG Düsseldorf, 26/08/2019, Case VI-Kart 1/19.

⁵⁴ TAR Roma (Lazio) Sez. I, 10/01/2020, n. 260, in *De Jure*, 2020.

analizziamo quest'ultima evidenziando le differenze sostanziali e procedurali rispetto alla statuizione tedesca.

Nel 2018 l'AGCM aveva sanzionato, ai sensi della tutela del consumatore, due pratiche dell'impresa Facebook Inc. (FB).

La prima («ingannevole»⁵⁵) consiste nell'aver adottato, nella fase di prima registrazione dell'utente, un'informativa priva di immediatezza, chiarezza e completezza circa l'attività di raccolta e trattamento dei dati.

La seconda («aggressiva»⁵⁶) riguarda l'applicazione di un meccanismo che, secondo la ricostruzione dell'autorità, consentiva il trasferimento dei dati degli utenti dalla MSP Facebook ai siti web/app di terzi e viceversa (i c.d. *third-party data*), senza consenso espresso dell'interessato, per l'uso degli stessi a fini commerciali e di profilazione.

Avverso la decisione, Facebook Ireland Ltd. aveva presentato ricorso, chiedendo l'annullamento del provvedimento⁵⁷.

I motivi di ricorso ruotavano intorno a ragioni di competenza e al rapporto tra regolamentazioni.

L'impresa lamentava infatti un difetto assoluto di attribuzione dell'AGCM, poiché da un lato non vi era alcuna pratica commerciale, data la mancanza di corrispettivo patrimoniale, e dall'altro l'unica disciplina giuridica applicabile era la protezione dei dati personali.

Circa quest'ultimo punto, la MSP esaminata sosteneva la violazione del principio di specialità tra regolamentazioni, anche in materia sanzionatoria⁵⁸.

Secondo FB, nel caso in esame sussisteva infatti la competenza esclusiva dell'autorità «capofila» (l'autorità garante irlandese della *privacy*, data la sede europea del titolare del trattamento dei dati). Conseguentemente, nessun'altra autorità italiana avrebbe potuto sanzionarla.

Pertanto, l'impresa sarebbe stata sanzionata sulla base di una disciplina (quella sulle pratiche commerciali scorrette) la cui applicazione era imprevedibile, venendo in considerazione quanto meno un'interpretazione estensiva delle sanzioni sulle pratiche commerciali al tema distinto del trattamento dei dati personali.

In primis, il TAR Lazio ha statuito l'erroneità, da parte dell'AGCM, della ricostruzione del modello di integrazione con i *third-party data* della piattaforma FB. Il provvedimento dell'AGCM è stato così confermato solo in riferimento alla prima pratica, essendo illegittimo circa la seconda.

⁵⁵ Cfr. Artt. 21 e 22 del D.lgs. 206/2005.

⁵⁶ Cfr. Artt. 24 e 25 del D.lgs. 206/2005.

⁵⁷ Cfr. TAR Roma (Lazio) Sez. I, cit., 1-3.

⁵⁸ Cfr. Art. 3, co. 4 della Direttiva 2005/29/CE e Art. 19, co. 3 del D.lgs. 206/2005; Art. 9 della legge 689/1981.

Al fine di confermarlo per la prima condotta, l'organo giurisdizionale amministrativo ha scrutinato i motivi di ricorso di FB⁵⁹.

Il TAR Lazio ha sostenuto che la replica della ricorrente presuppone che l'unica tutela dei dati personali sia quella rintracciabile nella loro accezione di diritto fondamentale della persona e, conseguentemente, FB fosse tenuto esclusivamente al corretto trattamento dei dati.

Tuttavia, tale approccio è parziale, poiché ignora le potenzialità insite nella gestione dei dati personali, che sono un *asset* economico idoneo a fungere da controprestazione di un contratto. È erroneo sostenere l'esclusiva competenza dell'autorità irlandese della *privacy*, poiché sussiste un ulteriore campo di tutela dei dati, intesi quale possibile oggetto o "corrispettivo" di una compravendita. Dunque, «il fenomeno della patrimonializzazione del dato personale [...] impone agli operatori di rispettare quegli obblighi di chiarezza, completezza e non ingannevolezza delle informazioni previsti dalla legislazione a tutela del consumatore [...]»⁶⁰;

Inoltre, il TAR Lazio ha ribadito la non sovrapposibilità della disciplina *privacy* con quella a tutela del consumatore. Ciò si desume dalle considerazioni della CGUE nelle cause riunite del 13/09/2018⁶¹, dove viene statuito che la tutela del consumatore non trova applicazione unicamente ove disposizioni esterne (di altre *sector-specific regulations*) impongono ai «professionisti», senza alcun margine di manovra, obblighi incompatibili con quanto stabilito dalla Direttiva 2005/29/CE.

Conseguentemente, nel caso esaminato non sussiste alcuna incompatibilità tra le regole del GDPR e quelle della tutela del consumatore, in quanto le stesse si pongono in termini di complementarità. Per le stesse ragioni, non esiste neppure il rischio di un effetto plurisanzionatorio e non trova applicazione il principio di specialità.

«Dunque, il valore economico dei dati dell'utente impone al professionista di comunicare al consumatore (in modo trasparente, chiaro e comprensibile) che le informazioni ricavabili da tali dati saranno usate per finalità commerciali che vanno al di là dell'utilizzazione nel solo *social network*: in assenza di adeguate informazioni, ovvero nel caso di affermazioni fuorvianti, la pratica posta in essere può quindi qualificarsi come ingannevole⁶²».

La prima pratica presenta tale carattere, in quanto il messaggio adottato dalla MSP ("Iscriviti, Facebook è gratis e lo sarà sempre") lasciava intendere l'assenza di controprestazioni richieste all'utente.

⁵⁹ Sent. TAR Roma (Lazio) Sez. I, cit., 3-7.

⁶⁰ Sent. TAR Roma (Lazio) Sez. I, cit., § 6.

⁶¹ CGUE, Cause riunite C-54/17 e C-55/17, *AGCM contro Wind Tre S.p.A. e Vodafone Italia S.p.A.*, 13/09/2018, in *EUR-Lex*, ECLI:EU:C:2018:710.

⁶² Sent. TAR Roma (Lazio) Sez. I, cit., § 10.

Trattando adesso le pronunce tedesche del 2018-2019, occorre innanzitutto sottolineare che il garante nazionale antitrust aveva già condiviso l'orientamento del principio di complementarietà.

Infatti, il Bundeskartellamt assieme all'Autorité de la concurrence francese aveva espresso l'opinione secondo cui le *data policies* e le modalità di trattamento dei dati personali a fini commerciali devono essere valutate se hanno ripercussioni sulla concorrenza, nonostante (e proprio perché) il regime a protezione dei dati personali e il diritto antitrust mirino ad obiettivi differenti⁶³.

In tale opinione, le due autorità hanno citato il caso *Allianz Hungária* nella parte in cui la CGUE ha ritenuto che la non conformità agli obiettivi perseguiti da una diversa regolamentazione potesse essere presa in considerazione per valutare anche una sospetta restrizione della concorrenza⁶⁴.

Pertanto, circa le questioni giuridiche centrali della *data-driven economy*, possiamo sostenere che un'infrazione della disciplina privacy può essere oggetto di valutazione per accertare violazioni delle regole antitrust.

La diminuzione della privacy dell'utente potrebbe segnalare un presunto abuso di posizione dominante, laddove un operatore raccolga e tratti dati violando le norme sulla loro protezione e vi sia un'interazione tra la raccolta dei dati e la posizione di mercato dell'impresa. L'analisi delle *data policies* servirebbe così per valutare una condotta di sfruttamento (*exploitative*) dei dati, in particolare in un contesto in cui la maggior parte dei consumatori non legge le condizioni contrattuali e i termini di servizio⁶⁵.

Fatte tali premesse, è necessario notare che il Bundeskartellamt, a differenza dell'AGCM, ha proceduto nei confronti di FB ai sensi del diritto della concorrenza (anziché della tutela del consumatore), applicando il § 19 (1) e il § 32 del GWB.

Diversi autori hanno criticato la decisione di accertare la condotta sospetta con il diritto antitrust.

Sostengono infatti che il caso doveva essere risolto secondo la tutela del consumatore o la protezione dei dati⁶⁶. D'altronde, applicare le regole del diritto

⁶³ Cfr. Autorité de la Concurrence & Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, 10/05/2016, 23-24, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=pub; M. Botta, K. Wiedemann, *The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey*, in *Antitrust Bulletin*, 2019, 17, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3462983.

⁶⁴ CGUE, Caso C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító Zrt. e altri contro Gazdasági Versenyhivatal*, 14/03/2013, in *EUR-Lex*, ECLI:EU:C:2013:160, §§ 46-47.

⁶⁵ Cfr. Autorité de la Concurrence & Bundeskartellamt, cit., 25.

⁶⁶ Cfr. G. Colangelo, M. Maggiolino, *Data Accumulation and the Privacy-Antitrust Interface: Insights from the Facebook Case for the EU and the U.S.*, in *Transatlantic Technology Law Forum - Working Paper No. 31*, 13/02/2018, <https://law.stanford.edu/publications/no-31-data-accumulation-privacy-antitrust-interface-insights-facebook-case-eu-u-s/>.

antitrust implica che l'autorità garante della concorrenza deve (tradizionalmente) procedere alla individuazione del mercato rilevante e dimostrare la posizione di dominio della piattaforma. Conseguentemente, quando si tratta di accertare clausole contrattuali sleali, l'onere della prova è significativamente più elevato rispetto a quello delle altre due discipline giuridiche menzionate⁶⁷.

La ragione per cui il Bundeskartellamt ha seguito questa via più difficile è che altrimenti risulterebbe incompetente a decidere. Infatti, in Germania le pratiche commerciali scorrette che ledono il benessere del consumatore possono essere accertate, ai sensi della tutela del consumatore, nei tribunali civili e solo a seguito di istanze da parte di istituzioni, associazioni e camere dell'industria e del commercio.

Notiamo così la prima differenza rispetto al procedimento avviato dall'AGCM: da un lato vi è tale autorità italiana dotata di poteri a garanzia tanto del diritto antitrust quanto della tutela del consumatore (diritto antitrust "largamente considerato"); dall'altro vi è il Bundeskartellamt con competenza esclusiva di diritto della concorrenza⁶⁸.

Proprio tale esclusività è stata considerata in sede giurisdizionale dall'Oberlandesgericht Düsseldorf nella statuizione del 2019.

Contrariamente a quanto sostenuto dal Bundeskartellamt, secondo la decisione dell'Oberlandesgericht, il trattamento dei dati da parte di FB non causa alcun danno competitivo rilevante. Ciò vale sia in riferimento ad un abuso di sfruttamento (*exploitative*) a danno degli utenti del social network, sia per quanto riguarda un abuso di esclusione (*exclusionary*) a danno di un concorrente effettivo o potenziale di Facebook⁶⁹.

Sebbene, sostiene l'organo giurisdizionale, l'autorità garante tedesca abbia correttamente definito il mercato rilevante, non ha però svolto indagini sufficienti sul c.d. *as if*, ossia non ha indicato quali sarebbero stati i termini di utilizzo dei dati se si fosse proceduto in circostanze di concorrenza leale.

Per quanto riguarda la raccolta e il trattamento (aggiuntivo) dei *third-party data*, l'Oberlandesgericht ha ritenuto che i dati possono essere duplicati senza difficoltà e sono a disposizione dei rivali, motivo per cui il loro utilizzo da parte di FB non indebolisce economicamente il consumatore e i concorrenti.

La dipendenza della fruizione dei servizi FB al consenso all'uso di dati aggiuntivi non significa necessariamente una perdita di controllo da parte dell'utente. Infatti, semplicemente rende necessario bilanciare i vantaggi dell'utilizzo di un social network finanziato dalla pubblicità con le conseguenze associate al trattamento dei *third-party data*. L'utente può effettuare questa valutazione autonomamente.

⁶⁷ Cfr. M. Botta, K. Wiedemann, *op. cit.*, 18.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Cfr. The Decision of the Higher Regional Court of Düsseldorf, *cit.*, 6.

Inoltre, l'Oberlandesgericht Düsseldorf ha evidenziato che «l'abuso contemplato dalla clausola generale della Sez. 19, co. 1 GWB presuppone una valutazione che si basa su un bilanciamento globale degli interessi. Questo bilanciamento deve essere effettuato secondo la costante giurisprudenza della Corte suprema tedesca, tenendo conto dell'obiettivo del GWB diretto alla libera concorrenza. Secondo la Corte suprema federale, non qualsiasi illiceità, ai sensi della tutela del consumatore, costituisce un abuso di potere di mercato. Data la formulazione aperta, non si può dedurre che qualsiasi condizione contrattuale contraria alle norme previste per proteggere i consumatori sia inevitabilmente anche una condizione contrattuale abusiva ai sensi del § 19 (1) GWB»⁷⁰.

Infine, il Tribunale tedesco ha precisato che, dal punto di vista antitrust, l'unico fattore decisivo per una violazione è che il consenso richiesto ai consumatori, per elaborare i *third-party data*, sia stato così influenzato dalla piattaforma stessa che la dichiarazione non possa più essere considerata come frutto di una decisione autonoma dell'utente. Il Bundeskartellamt, che ha l'onere della prova a tale riguardo, non ha dimostrato che ciò avvenga.

Quindi, ad avviso dell'Oberlandesgericht Düsseldorf, i risultati dell'indagine che l'autorità garante tedesca ha ottenuto non forniscono indicazioni sulla connessione causale tra il consenso ottenuto da FB per i termini di trattamento dei dati e la sua posizione sul mercato *social networking*.

Il fatto che gli utenti accettino le condizioni d'uso per i dati aggiuntivi senza una lettura attenta non è espressione della dipendenza dell'utente o del potere di mercato dell'operatore di rete, ma l'esito di una valutazione individuale. Il risultato finale è che la partecipazione al *social network* è considerata da loro come più importante rispetto ai rischi associati all'elaborazione dei dati aggiuntivi.

Dunque, possiamo riassumere le differenze tra le decisioni dei garanti antitrust dei due Stati, l'Italia da un lato e la Germania dall'altro, nella seguente tripartizione:

- il Bundeskartellamt ha sanzionato Facebook sulla base del diritto antitrust, non potendo fare altrimenti date le proprie attribuzioni di potere; mentre l'AGCM ha scelto di operare secondo la tutela del consumatore;
- al Bundeskartellamt è stato contestato di non aver fornito sufficienti prove a sostegno delle proprie tesi; una tale contestazione è stata fatta anche all'AGCM dal TAR Lazio ma solo in riferimento alla seconda condotta sospetta, quella «aggressiva» relativa ai *third-party data*;
- il TAR Lazio ha confermato l'asimmetria informativa e la conseguente perdita di controllo degli utenti sui propri dati; mentre l'Oberlandesgericht Düsseldorf ha sostenuto che gli utenti bilanciano, in via autonoma e consa-

⁷⁰ The Decision of the Higher Regional Court of Düsseldorf, cit., 12.

pevole, i vantaggi derivanti dall'utilizzo di un social network "gratuito" con le conseguenze associate al trattamento dei *third-party data*.

La competenza limitata del Bundeskartellamt nell'ambito della tutela del consumatore si potrebbe ampliare: per esempio, a seguito della nona modifica del 2017 al GWB, a tale autorità è stata attribuita la competenza per avviare indagini su presunte gravi violazioni dei diritti di un numero "significativo" di consumatori e procedere così nei corrispondenti giudizi civili⁷¹.

A questo punto, la domanda da porsi circa le sospette condotte di MSPs è la seguente: è sempre necessario sanzionare tali tipologie di pratiche attraverso le regole a tutela del consumatore piuttosto che servirsi del diritto antitrust, poiché quest'ultimo è più complicato da applicare?

Oltre al fatto che le sanzioni previste dalla disciplina a tutela del consumatore sono generalmente meno gravose di quelle della concorrenza, il *consumer protection law* accerta e porta a termine i comportamenti che danneggiano un piccolo gruppo di consumatori, piuttosto che affrontare le questioni strutturali che incidono sul grado di concorrenza nel mercato.

La sanzione imposta dall'AGCM è un buon esempio della limitata deterrenza operata dalle sanzioni previste a tutela del consumatore quando riguardano imprese di livello globale come Facebook. L'autorità garante italiana ha semplicemente imposto un'ammenda e una dichiarazione rettificativa, piuttosto che negoziare un impegno comportamentale volto a modificare i termini di utilizzo della piattaforma⁷².

In attesa della pubblicazione della sentenza, occorre notare che il 23 giugno 2020 il Bundesgerichtshof ha annullato la decisione dell'Oberlandesgericht Düsseldorf, confermando la tesi del Bundeskartellamt circa l'abuso di posizione dominante di Facebook per le modalità di raccolta e gestione dei *third-party data*⁷³. Avvalorando la necessaria considerazione degli aspetti multilaterali delle MSPs nella valutazione di sospette condotte anticoncorrenziali e l'applicazione del principio di complementarità, tale decisione può essere apprezzata come svolta politico-giuridica nell'ambito delle discipline analizzate.

Sicuramente una cooperazione tra le autorità nazionali nei procedimenti esaminati avrebbe favorito analisi più accurate delle pratiche sanzionate e decisioni effettivamente deterrenti⁷⁴.

⁷¹ Cfr. M. Botta, K. Wiedemann, *op. cit.*, 18.

⁷² Cfr. AGCM, Adunanza del 29/11/2018 cit., 39-41; M. Botta, K. Wiedemann, *op. cit.*, 23-24.

⁷³ Bundesgerichtshof, *Bundesgerichtshof bestätigt vorläufig den Vorwurf der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch Facebook*, 23/06/2020, in *Bundesgerichtshof website*, KVR 69/19.

⁷⁴ Il 21/01/2020, l'AGCM ha avviato un procedimento di inottemperanza nei confronti di Facebook Inc. e Facebook Ireland Ltd. per non aver attuato quanto prescritto nel proprio provvedimento del 29/11/2018. Si veda AGCM, Adunanza del 21/01/2020, IP330 – *Avviato procedimento di inottemperanza per Facebook*, Roma, 24/01/2020, in *AGCM website*.

6. *Il modello europeo del Digital Clearinghouse*

Se la circolazione di dati sia vantaggiosa agli interessati (nel caso in esame, gli utenti affiliati ad una MSP) oppure al titolare del trattamento di dati (la MSP), l'analisi economica della *privacy* ha mostrato che non è possibile fornire un'unica risposta. L'efficienza economica dipende infatti da molti fattori, fra i quali il mercato di riferimento, le preferenze degli interessati e le caratteristiche specifiche del caso esaminato⁷⁵.

Il diritto antitrust, la tutela del consumatore e il diritto alla protezione dei dati personali condividono l'obiettivo generale di proteggere il benessere degli individui nella moderna economia di mercato.

Nondimeno, la tutela del consumatore è meno uniforme nell'UE rispetto agli altri due settori giuridici, a causa sia del recepimento nazionale delle direttive che la disciplinano, sia delle modalità procedurali che la garantiscono.

Infatti, mentre alcuni Stati membri hanno conferito ad un'autorità amministrativa il potere di garantire l'osservanza delle regole a protezione del «consumatore»⁷⁶, altri si affidano al sistema di tutela giurisdizionale⁷⁷.

Sosteniamo che le tre discipline giuridiche analizzate possono essere considerate contestualmente anche laddove si debbano applicare le regole di una sola di esse, poiché nel *Digital Single Market* non si può trascurare alcuno degli interessi del trattamento di dati. Come preannunciato, sarebbe opportuno adottare un approccio olistico anche procedimentale, sia nella fase della regolazione, sia nella fase dell'esecuzione e del controllo. Benché da un lato i tre regimi giuridici proteggono interessi e hanno regimi di applicazione diversi, dall'altro essi condividono obiettivi.

Come riconosciuto dall'AGCM, che ha respinto la replica di FB secondo cui le condizioni contrattuali per la registrazione *online* non erano «seali» data la previa approvazione dell'Irish Data Protection Authority⁷⁸, la conformità ad uno dei regimi in questione non garantisce il rispetto degli altri.

Al fine di trovare una soluzione procedimentale, nel 2014⁷⁹ l'EDPS ha proposto di istituire il c.d. *Digital Clearinghouse*, così da favorire la cooperazione tra

⁷⁵ M. Botta, K. Wiedemann, *op. cit.*, 4. Per l'analisi economica della *privacy*, tali autori rinviano a W. Kerber, *Digital Markets, Data and Privacy: Competition Law, Consumer Law and Data Protection*, in *MACIE Paper Series nr. 2016/3*, 2016, https://www.uni-marburg.de/fb02/makro/forschung/magkspapers/paper_2016/14-2016_kerber.pdf.

⁷⁶ Come visto, l'AGCM è responsabile sia dell'*acquis* antitrust, sia di quello a tutela del consumatore.

⁷⁷ La Germania, ad esempio, segue un sistema giurisdizionale. Il consumatore può infatti far valere i propri diritti attraverso azioni civili o tramite sistemi di ricorso alternativi (arbitrato, mediazione, ecc.). Attualmente, non esiste alcuna autorità garante pubblica in Germania incaricata di adottare decisioni amministrative per la tutela del consumatore. Vedi M. Botta, K. Wiedemann, *op. cit.*, 12, nota 58.

⁷⁸ AGCM, *PS11112*, cit., § 48.

⁷⁹ EDPS, *Opinion 8/2016, Opinion on coherent enforcement of fundamental rights in the age of Big Data*, 23/09/2016, https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/16-09-23_bigdata_opinion_en.pdf.

autorità della concorrenza, della tutela del consumatore e della privacy, disposte a discutere le migliori modalità per applicare le norme nell'interesse dell'individuo⁸⁰.

Il *Digital Clearinghouse* mira a creare una piattaforma che faciliti la cooperazione, il dialogo e lo scambio di migliori pratiche tra autorità di regolazione, garanti, responsabili politici, ricercatori ed altre parti interessate. L'obiettivo è garantire una protezione agli individui efficiente e sostenibile nell'era dei *Big Data* e dell'intelligenza artificiale.

Con la risoluzione 2017, il Parlamento europeo ha approvato «l'istituzione e l'ulteriore sviluppo del *Digital Clearinghouse* come rete volontaria di organismi di controllo che possa contribuire a migliorare il loro lavoro e ad approfondire le sinergie e la salvaguardia dei diritti e degli interessi delle persone»⁸¹.

In dettaglio, gli obiettivi di tale progetto sono:

- a) scambiare le migliori pratiche sulla tutela degli individui nei mercati digitali attraverso le diverse discipline giuridiche; e
- b) riunire le parti interessate coinvolte in questa sfida.

Per quanto riguarda i “regolatori”, le riunioni sono organizzate due volte l'anno. Una nota accademica, pubblicata sul link del *Digital Clearinghouse*⁸², costituisce la base della discussione durante ogni tavola rotonda. Tutti i regolatori dell'ecosistema digitale, con sede o meno nell'UE, sono invitati a prendervi parte.

Circa i “legislatori”, l'European Policy Center predispose dei programmi. Il fine di questi indirizzi è quello di trasmettere le informazioni acquisite durante il progetto ai responsabili politici.

Per le “parti interessate”, sono organizzate numerose conferenze internazionali aperte al pubblico. L'obiettivo è quello di riunire diverse parti per scambiare opinioni sulle attuali sfide della protezione degli interessi degli individui.

Infine, per quanto riguarda i “ricercatori”, è stata creata una pagina web per raccogliere ricerche accademiche pertinenti ai temi e condividere conoscenze su azioni di contrasto globali⁸³.

Il *Digital Clearinghouse* potrebbe avere un impatto significativo sulla *data-driven economy*, riunendo periodicamente le autorità antitrust, della tutela del consumatore e della *privacy* al fine di progettare, stabilire e tenere sotto esame le necessarie forme di cooperazione.

Tuttavia, la cooperazione deve ancora migliorare.

A livello nazionale, per esempio, le autorità di regolazione dei tre settori giuridici potrebbero cooperare in vari modi, attraverso lo scambio di informazioni

⁸⁰ Cfr. EDPS, *Big Data & Digital Clearinghouse*, https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/subjects/big-data-digital-clearinghouse_en.

⁸¹ Vedi <https://www.digitalclearinghouse.org>.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ Vedi <https://www.digitalclearinghouse.org/policyreports>.

nelle rispettive indagini, con l'organizzazione stessa di indagini o di discussioni sui rimedi da adottare. Tale cooperazione dovrebbe superare i confini nazionali e condurre alla creazione di una rete transnazionale di regolatori attivi in diversi settori.

Nelle vicende giuridiche esaminate che hanno coinvolto Facebook, il Bundeskartellamt ha collaborato strettamente con autorità garanti *privacy*, mentre l'AGCM ha richiesto il parere del garante italiano per le comunicazioni elettroniche (AGCOM) prima di adottare la sua decisione. Tuttavia, nessuna cooperazione ha avuto luogo tra le due autorità nazionali della concorrenza. Il fatto che le due autorità, entrambe membri dell'European Competition Network (ECN), non abbiano coordinato le loro azioni di contrasto è un segno che il *Digital Clearinghouse* non è stato fino ad oggi istituzionalizzato in modo efficace⁸⁴.

Sicuramente, esso costituisce un tassello innovativo di un sistema sempre più intrecciato ed interdisciplinare, nel quale tradizionalmente si era proceduto a "compartimenti stagni", non affrontando così problemi che il *Digital Clearinghouse* potrebbe porre all'attenzione dei regolatori e agenti che operano nel Mercato Unico Digitale europeo.

7. Favorire servizi *privacy-enhancing* come vantaggio competitivo

Riconoscere il valore effettivo delle informazioni personali negli atti dei garanti, delle istituzioni e nelle pronunce giustiziali e giudiziali, potrebbe favorire i c.d. servizi *privacy-enhancing*⁸⁵. Adottare discipline di favore nei confronti di coloro che offrono tale tipologia di servizi, potrebbe avere effetti positivi altresì sul benessere del consumatore e, indirettamente, sull'applicazione del diritto antitrust.

Per esempio, se le *multi-sided media platforms* fossero severamente obbligate ad essere trasparenti sul valore dei dati e sulle analisi di mercato, inizierebbero a cercare vantaggi competitivi riducendo il periodo di conservazione delle informazioni o fornendo un pulsante "cancella i miei dati"⁸⁶.

Inoltre, le MSPs che adottino un sistema di certificazione di elevata protezione della *privacy* potrebbero anche essere esentate dal divieto di intese restrit-

⁸⁴ Cfr. M. Botta, K. Wiedemann, *op. cit.*, 25.

⁸⁵ La Commissione europea ha definito le tecnologie *privacy-enhancing* come «un sistema coerente di misure tecnologiche della comunicazione che proteggono la *privacy* eliminando o riducendo i dati personali raccolti o impedendo il trattamento non necessario e/o indesiderato dei dati, senza tuttavia perdere le funzionalità del sistema di informazione». Comunicazione della Commissione, «Comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio, sulla promozione della protezione dei dati mediante tecnologie di rafforzamento della tutela della vita privata (PET)», Bruxelles, 02/05/2007, COM (2007) 228 def., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/it/TXT/?uri=CELEX:52007DC0228>.

⁸⁶ *Ibidem*.

tive della concorrenza, purché soddisfino le condizioni di cui all'Art. 101, co. 3 del TFUE⁸⁷.

Proprio nell'adozione di codici di condotta e di meccanismi di certificazione viene rintracciata un'espressione del principio di trasparenza, in quanto entrambi contribuiscono alla corretta applicazione delle regole *privacy*, tenendo in considerazione anche le specificità dei settori di trattamento e le esigenze delle micro, piccole e medie imprese (Sez. 5, Capo IV del GDPR). Non soltanto il GDPR si esprime in tale senso, ma anche il nuovo Regolamento (UE) 2019/1150, ai sensi dell'Art. 17. D'altronde, anche per fronteggiare situazioni di conflitto di interessi, si raccomanda l'adozione di mezzi tecnici, oltre che legali e economici, che consentano una descrizione trasparente dei trattamenti differenziati che la MSP applica ai propri beni e/o servizi offerti rispetto a quelli venduti, sulla sua stessa piattaforma, dagli «utenti-commerciali» concorrenti (v. il considerando 31 del Regolamento 2019/1150).

Tuttavia, il mercato dei servizi *privacy-enhancing* è debole nell'ecosistema digitale. Questo perché la maggior parte dei consumatori appare tuttora inconsapevole del grado di invasività nelle loro ricerche. Di conseguenza, poche imprese hanno rilevato un vantaggio competitivo nel migliorare la *privacy* delle loro offerte⁸⁸.

Nonostante ciò, in alcuni mercati i consumatori potrebbero considerare un'offerta più rispettosa della loro *privacy* come di “qualità” migliore rispetto a un servizio che dispone di una *data policy* poco chiara.

Per esempio, nella consulenza legale o medica, nel *private banking* o nell'offerta di servizi di lusso, le imprese competono proprio nel proteggere la *privacy*. È ragionevole presumere che in tali mercati il mancato rispetto delle regole a protezione dei dati danneggerebbe *in primis* il potere di mercato dell'impresa⁸⁹.

Gli utenti che sono stati finora abituati a usufruire di servizi *online* gratuitamente, sono disposti a fornire informazioni personali in cambio di tali servizi, indipendentemente dalla consapevolezza dei rischi associati. Per tali altri mercati, termini più rispettosi delle regole in materia di *privacy* potrebbero non innescare automaticamente una percezione di “qualità” superiore del prodotto offerto⁹⁰.

Quindi, le imprese che operano nel *Digital Single Market* non considerano ancora la *privacy* come vantaggio competitivo. Al contrario, esiste il pericolo di una “corsa verso il basso” nella protezione dei dati: il mancato rispetto delle

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ Cfr. EDPS, *Preliminary opinion*, cit., 11.

⁸⁹ Cfr. EDPS, *Preliminary opinion*, cit., 33.

⁹⁰ «Quando i consumatori devono scegliere tra l'acquisto di un bene e/o servizio offerto da una impresa rispettosa della *privacy* o da una impresa che offre il prodotto ad un prezzo più economico, quest'ultima ne attira la stragrande maggioranza». Così in S. Preibusch, D. Kuebler, A. Beresford, *Price versus privacy: an experiment into the competitive advantage of collecting less personal information*, 2013, http://test.preibusch.net/publications/Preibusch-Kuebler-Beresford__Price_versus_privacy_experiment.pdf.

regole potrebbe essere sintomatico del potere di mercato, con costi di esternalità sostenuti dagli utenti.

Un approccio olistico alla regolazione (*ex ante* ed *ex post*) delle tre discipline giuridiche considerate e un *modus operandi* interconnesso tra la protezione dei dati e la concorrenza, potrebbe stimolare uno sviluppo efficace e sostenibile della *data-driven economy*⁹¹.

Per un'economia digitale e una società fondata sui valori dell'UE, le istituzioni europee e nazionali possono ancora fare tanto per garantire prodotti rispettosi della *privacy*.

Maggiore trasparenza, trattamento equo, scelta libera e consapevole del consumatore e assenza di barriere all'entrata dei mercati costituiscono tutti obiettivi compatibili e complementari tra loro⁹².

Come ha espressamente sostenuto l'EDPS nel 2016: «L'Unione Europea dovrebbe [...] prendere in considerazione la fattibilità di un'area comune in cui le persone possano interagire senza timore di essere rintracciate e di subire inferenze ingiuste. [...] Ciò potrebbe portare a termine la scelta binaria tra servizi “gratuiti” che sono finanziariamente sostenibili solo attraverso le inserzioni pubblicitarie personalizzate e servizi a pagamento (da cui gli utenti fuggono): la *privacy* non è un lusso ma un diritto universale e non dovrebbe essere disponibile solo a coloro che dispongono delle risorse per pagare. [...] Questo dovrebbe essere il vero spazio comune europeo, con garanzie adeguate e pieno rispetto della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, comprese le condizioni che regolano eventuali limitazioni di diritti e libertà stabilite nell'articolo 52, co. 1»⁹³.

8. *Considerazioni conclusive*

Alla luce dei risultati illustrati, il bilancio che si può trarre è positivo.

Il recente modello europeo del *Digital Clearinghouse*, di ricerca e cooperazione amministrativa per le problematiche esaminate, è stato recepito nel sistema italiano.

Il 10 febbraio 2020, l'AGCM, l'AGCOM e il Garante per la Protezione dei dati personali hanno pubblicato infatti nelle rispettive *home page*, il rapporto

⁹¹ Cfr. EDPS, *Preliminary opinion*, cit., 33-34; A. Colaps, *Garantire la protezione dei diritti fondamentali nel mercato unico digitale: verso un approccio sinergico tra il diritto della concorrenza e la protezione dei dati*, in *Mercato Unico Digitale, dati personali e diritti fondamentali*, a cura di F. Rossi Dal Pozzo, Milano, 20/07/2020, 71-94, <http://rivista.eurojus.it/mercato-unico-digitale-dati-personali-e-diritti-fondamentali/>.

⁹² EDPS, *Opinion 8/2016*, cit., 16.

⁹³ *Ibidem*.

finale delle indagini conoscitive condotte congiuntamente in materia di *Big Data*, risultando così precursori nazionali di un approccio innovativo⁹⁴.

Tale rapporto finale è frutto di analisi olistiche, sviluppate con il contributo di professori universitari, esperti delle discipline giuridiche coinvolte e a seguito di riunioni con le parti interessate.

I risultati dell'indagine sono distribuiti in cinque capitoli più uno conclusivo, assegnati allo studio delle relative autorità amministrative indipendenti. Infine, nel capitolo conclusivo sono descritte le linee guide e le raccomandazioni da seguire⁹⁵.

Per valutare se quanto auspicato dall'EDPS è stato recepito a livello nazionale, esaminiamo il capitolo conclusivo del rapporto finale in riferimento ai due obiettivi del presente elaborato.

Per quanto concerne il primo, le indagini conoscitive confermano che l'AGCM, come le altre autorità garanti coinvolte, partecipa al *Digital Clearinghouse* per valutare le implicazioni dei *Big Data* sotto il profilo della protezione dei dati personali, della tutela del consumatore e della concorrenza. Inoltre, il rapporto finale si esprime nel senso di favorire l'istituzione di un "coordinamento permanente" tra le tre autorità italiane (AGCM, Garante Privacy e AGCOM), in quanto un'efficace politica pubblica sui dati richiede non solo l'*enforcement*, ma anche un'adeguata attività di *advocacy*⁹⁶. In particolare, tale coordinamento potrebbe favorire soluzioni olistiche, consentendo alle regole di concorrenza di trovare applicazione anche laddove vengano in gioco elementi inesplorati dal diritto antitrust ma regolati dagli altri diritti, i quali singolarmente considerati lasciano illegittimi spazi d'azione alle MSPs.

Per quanto riguarda il secondo obiettivo, gli effetti di rete e l'estrema capacità di profilazione possono agevolare comportamenti abusivi idonei a ridurre la concorrenza negli ecosistemi digitali delle MSPs. In particolare, considerato che grandi imprese digitali sono attive su più mercati («mercati multilaterali»), la definizione del mercato rilevante ai fini dell'accertamento del potere di mercato dovrebbe essere adeguata, tenendo in considerazione ulteriori elementi. Tra questi spicca la tutela del benessere del consumatore e, conseguentemente, diventa opportuno non confinare l'analisi ai tradizionali parametri antitrust, legati a prezzi e quantità, ma estenderla anche alla qualità, all'innovazione e all'equità. D'altronde, proprio la "qualità" del bene e/o servizio offerto rappresenta il collegamento tra diritto della concorrenza e diritto alla protezione dei dati⁹⁷.

⁹⁴ AGCM, AGCOM e Garante per la protezione dei dati personali, *Indagine Conoscitiva sui Big Data*, Roma, 10/02/2020, <https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2020/2/Big-Data-pubblicata-indagine-Agcom-Agcm-e-Garante-privacy>.

⁹⁵ AGCM, AGCOM e Garante per la protezione dei dati personali, *op. cit.*, 5.

⁹⁶ Cfr. AGCM, AGCOM e Garante per la protezione dei dati personali, *op. cit.*, 114-115 e 120.

⁹⁷ Cfr. AGCM, AGCOM e Garante per la protezione dei dati personali, *op. cit.*, 118.

Il problema delle competenze settoriali e l'adozione di un approccio olistico alla data-driven economy

Il contributo analizza la *data-driven economy*, intesa come ecosistema digitale in cui i dati sono raccolti e gestiti per ricavare valore dalle informazioni ottenute.

Uno spazio comune di dati necessita un continuo bilanciamento di interessi e diritti (apparentemente) contrastanti: *in primis* la libertà di iniziativa economica e i valori fondamentali dell'individuo. Occorre pertanto individuare un equilibrio efficiente e sostenibile tra il diritto antitrust, la tutela del consumatore e il diritto alla protezione dei dati personali.

Per regolare settori e decidere casi concernenti il trattamento di dati, bisogna adottare un approccio olistico, date le loro caratteristiche.

Duplici è l'obiettivo dell'elaborato: da un lato si vuole sostenere la necessità di cooperazione tra garanti e regolatori delle discipline giuridiche menzionate; dall'altro si vuole offrire una disamina circa il ruolo del diritto antitrust e la possibilità che lo stesso funga da strumento di regolazione *ex post*, al fine di favorire servizi *privacy-enhancing*.

The issue of sector-specific competences in the data-driven economy and the adoption of a holistic approach

This article analyses the digital ecosystem in which data are collected and managed by a network of agents seeking to generate profit from the information gathered: the so-called data-driven economy.

The common European data space requires continuous balancing between (apparently) conflicting interests and principles: primarily between the freedom of economic initiative and the fundamental rights of the individual. Overall, an efficient and sustainable equilibrium must be determined between competition law, consumer protection law and data protection law. Given these characteristics, it is necessary to adopt a holistic approach to both the regulation of the sectors involved in the treatment of data and the resolution of cases concerning this issue.

The aim of the article is twofold: firstly, it argues in favour of the need for cooperation between supervisory authorities and regulators of the aforementioned legal disciplines; secondly, it provides an examination of the role of competition law and its potential to act as an instrument of regulation *ex post*, favouring the development of privacy-enhancing services.

Il Piano d'azione europeo sulla finanza sostenibile: il punto sullo stato di realizzazione

Enea Franza

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Regolamento *Discosure*. – 3. Regolamento Benchmark (BMR). – 4. Il Regolamento di Tassonomia. – 5. Gli atti delegati: MIFID, AIFMD, IDD ed UCITS. – 6. *Ecolabel* Europeo per i prodotti finanziari e *Green Bond Standards*. – 7. Altre modifiche di *framework* conferenti con il Piano d'azione. – 8. Conclusione.

1. *Premessa*

Adottando l'accordo di Parigi sul cambiamento climatico¹ e l'Agenda 2030 delle Nazioni Unite per lo sviluppo sostenibile², l'U.E. si è impegnata a favore

¹ La Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (UNFCCC) è il principale accordo internazionale sull'azione per il clima ed è stata una delle tre convenzioni adottate al vertice sulla Terra di Rio nel 1992. Finora è stata ratificata da 195 paesi. All'inizio ha rappresentato uno strumento che consentiva ai paesi di collaborare al fine di limitare l'aumento della temperatura globale e i cambiamenti climatici e di affrontarne le conseguenze. Il Consiglio si occupa di due questioni collegate all'UNFCCC: - la ratifica dell'emendamento di Doha al protocollo di Kyoto, che riguarda gli impegni relativi al secondo periodo, dal 2013 al 2020; - l'accordo di Parigi, un nuovo accordo globale sui cambiamenti climatici esteso a tutti i paesi dell'UNFCCC, la sua ratifica, attuazione ed entrata in vigore nel 2020. La conferenza di Parigi sul clima si è tenuta dal 30 novembre all'11 dicembre 2015, raggiungendo il 12 un nuovo accordo globale sui cambiamenti climatici, che prevede un piano d'azione per limitare il riscaldamento globale "ben al di sotto" dei 2°C. L'accordo di Parigi è entrato in vigore il 4 novembre 2016, in seguito all'adempiimento delle condizioni per la ratifica da parte di almeno 55 paesi che rappresentano almeno il 55% delle emissioni globali di gas a effetto serra. Tutti i paesi dell'UE hanno ratificato l'accordo.

² Il 25 settembre 2015, le Nazioni Unite hanno approvato l'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile e i relativi 17 Obiettivi di sviluppo sostenibile (Sustainable Development Goals – SDGs nell'acronimo inglese), articolati in 169 Target da raggiungere entro il 2030. I 17 punti sono i seguenti: - Porre fine alla povertà in tutte le sue forme; - Azzerare la fame, realizzare la sicurezza alimentare, migliorare la nutrizione e promuovere l'agricoltura sostenibile; - Garantire le condizioni di salute e il benessere per tutti a tutte le età; - Offrire un'educazione di qualità, inclusiva e paritaria e promuovere le opportunità di apprendimento durante la vita per tutti; - L'istruzione può davvero garantire ai giovani un futuro migliore; - Realizzare l'uguaglianza di genere e migliorare le condizioni di vita delle donne; - Garantire la disponibilità e la gestione sostenibile di acqua e condizioni igieniche per tutti; Assicurare l'accesso all'energia pulita, a buon mercato e sostenibile per tutti; - Promuovere una crescita economica duratura, inclusiva e sostenibile, la piena e produttiva occupazione e un lavoro decoroso per tutti; - Costruire infrastrutture resistenti, promuovere l'industrializzazione sostenibile e inclusiva e favo-

dell'obiettivo di un'economia ed una società più sostenibili³. Per conseguire una tale crescita occorre, naturalmente, che ciascun attore della società faccia la sua parte e il sistema finanziario non fa eccezione ed anzi è chiamato ad intervenire come motore di tale necessario sviluppo; in tale contesto riorientare i capitali privati verso investimenti più sostenibili comporta, in una visione necessariamente a lungo termine, un riesame globale del funzionamento del nostro sistema finanziario, che tuttavia, garantisca, nel contempo, la stabilità dello stesso ed assicuri la maggiore trasparenza possibile⁴. Adesso è il turno della *green economy*, una versione aggiornata dello sviluppo sostenibile, anche se non necessariamente sostitutiva di quella più "datata", anche perché i due concetti non solo possono convivere ma l'ultima si inserisce perfettamente nella prospettiva della prima.

Il concetto che sta alla base dell'idea della finanza sostenibile è che la soluzione alla crisi mondiale climatica possa passare per l'economia di mercato, ma riconvertita al "verde" (automobile "verde", energia "verde", abitazione "verde", ecc.) e che ciò sia possibile con il sostegno alle imprese (e dunque della finanza), dando priorità alle innovazioni tecnologiche, ai meccanismi di mercato ed agli strumenti finanziari che permettano il passaggio verso un modo di produrre ad impatto prossimo allo zero. La scommessa è che anche le grandi multinazionali del petrolio, della chimica, dell'agricoltura riconvertano le loro produzioni in

rire l'innovazione; - Riduzione delle disuguaglianze tra i Paesi; - Rendere le città e le comunità sicure, inclusive, resistenti e sostenibili; - Garantire modelli di consumo e produzione sostenibili; - Fare un'azione urgente per combattere il cambiamento climatico e il suo impatto; Salvaguardare gli oceani, i mari e le risorse marine per un loro sviluppo sostenibile; - Proteggere, ristabilire e promuovere l'uso sostenibile degli ecosistemi terrestri, la gestione sostenibile delle foreste, combattere la desertificazione, fermare e rovesciare la degradazione del territorio e arrestare la perdita della biodiversità; - Promuovere società pacifiche e inclusive per lo sviluppo sostenibile, garantire a tutti l'accesso alla giustizia, realizzare istituzioni effettive, responsabili e inclusive a tutti i livelli; - Rinforzare i significati dell'attuazione e rivitalizzare le collaborazioni globali per lo sviluppo sostenibile. Vedi anche <https://www.unric.org/it/agenda-2030>.

³ L'enciclica "Laudato Si'" e l'umanesimo integrale di Papa Francesco hanno inaugurato un rinnovato impegno della Chiesa Cattolica a sostegno di una valorizzazione dell'ambiente e della dimensione umana nelle attività economico-finanziarie; Certificazioni e linee guida ispirate ai valori cattolici possono rappresentare importanti strumenti operativi a supporto della crescita degli investimenti sostenibili.

⁴ In merito, sono stati presentati diversi modelli per la misurazione dello sviluppo sostenibile per l'azienda, uno di questi, il modello del Capital Approach, misura lo sviluppo aziendale sostenibile basandosi sulla relazione tra il benessere delle generazioni future e quello delle generazioni presenti. Per sostenere il benessere nel tempo è necessario mantenere o sostituire, a mano a mano che viene consumata, la ricchezza (o capitale) nelle sue diverse forme che sono: 1. Capitale finanziario (es. azioni, obbligazioni, conti correnti); 2. Capitale di produzione (es. impianti, edifici, telecomunicazioni e infrastrutture in generale); 3. Capitale naturale: risorse naturali, terra, ecosistemi; 4. Capitale umano: forza lavoro; 5. Capitale sociale: organismi, enti e reti sociali. Secondo la teoria della sostenibilità debole, per garantire il benessere delle generazioni future, la somma delle varie forme di capitale deve essere mantenuta costante nel tempo: nel caso in cui una tipologia di ricchezza decresca, deve essere sostituita con un'altra forma di capitale in modo da compensare la perdita. Una forma più forte di tale approccio sostiene, invece, che il capitale naturale non può essere sostituito e che la sua distruzione può essere irreversibile, perciò ogni forma di capitale deve essere tramandata intatta alle generazioni future. Vedi, Rassegna OCSE. Sviluppo sostenibile: Interazione tra economia, società, ambiente. OECD 2008.

senso ambientale, così da avere benefici sull'inquinamento, sull'effetto serra, sui cambiamenti climatici ecc.

Tuttavia, nel passaggio dall'economia del carbonio a quella dell'energia pulita o meglio, a quelle fonti di energia rinnovabili, ci sono almeno un paio di aspetti di cui occorre tener conto e che, a nostro avviso, sono da sottolineare, ovvero: le energie pulite implicano il ricorso a minerali, indispensabili per tutte le nuove tecnologie verdi, che sono rari e la cui estrazione richiede un processo altamente inquinante⁵, spesso – è il caso di evidenziarlo – portato avanti in condizioni di lavoro molto difficili⁶. In occasione del simposio organizzato a Le Bourget nel 2015, a margine delle negoziazioni di Parigi sul clima, infatti, un gruppo di esperti ha pronosticato che da qui al 2040 dovremo estrarre tre volte più terre rare, cinque volte più tellurio, dodici volte più cobalto e, sedici volte più litio di oggi per sostenere il nostro stile di vita *high tech*. Le energie “rinnovabili”, dunque, si basano sull'uso intensivo di materie prime che non sono rinnovabili. Peraltro, è stato calcolato che la produzione di un pannello solare, tenuto conto del silicio che contiene, genera più di 70Kg di CO₂; ipotizzando una crescita dei pannelli solari del 23% su base annua, le installazioni solari fotovoltaiche produrranno 10 gigawatt di elettricità supplementare ogni anno, rigettando nell'atmosfera terrestre 2,7 miliardi di tonnellate di carbonio. L'estrazione di tali minerali avviene a costi crescenti⁷.

A ben vedere, poi, il tema ripropone la questione fondamentale della sostenibilità, ovvero, realizzare uno sviluppo (o crescita) tale che le generazioni presenti soddisfino i propri bisogni, senza impedire a quelle future di soddisfare i loro, dichiarazione di principio a cui è possibile dare un contenuto operativo seguendo il criterio di sostenibilità forte (*strong sustainability*), ovvero, il criterio di sosteni-

⁵ Come confermato nel rapporto del *Blacksmith Institute* (2016 report: *The Toxics Beneath Our Feet - Top Polluting Industries*), l'industria mineraria è la seconda più inquinante al mondo.

⁶ Nella Repubblica Democratica del Congo, tanto per fare un esempio, dove viene prodotto la metà del cobalto utilizzato nel mondo, migliaia di minatori sono quotidianamente esposti ad altissimi livelli di inquinamento e, lo stesso vale per le miniere di cromo in Kazakistan e per quelle di litio in America Latina o per quelle di terre rare in Cina.

⁷ Un pianeta abitato da 7,5 miliardi di persone consumerà, nei prossimi tre decenni, più metalli delle cinquecento generazioni che ci hanno preceduto. La quantità dei depositi di minerale nella crosta terrestre è spesso descritta come inversamente proporzionale alla concentrazione. Questo andamento viene detto “legge di Lasky”. Questo significa che depositi a bassa concentrazione sono più comuni di quelli ad alta concentrazione e contengono una quantità di materiali più grande. L'esaurimento progressivo dei minerali ad alta concentrazione forza inevitabilmente l'industria mineraria a spostarsi verso minerali a concentrazioni più basse, ma la quantità di energia necessaria per estrarre qualcosa cresce più rapidamente della semplice proporzionalità. Questo problema diventa particolarmente evidente quando parliamo di minerali che vengono utilizzati per produrre energia: i combustibili fossili e quelli nucleari. C'è un limite evidente che è dato da quel livello per il quale l'energia che possiamo ottenere dal minerale estratto non compensa quella spesa per estrarlo. Questo indice si chiama “resa energetica” o EROEI dall'acronimo di Energy Return for Energy Invested. Detta in altro modo il rapporto tra l'energia ottenuta e quella spesa nel processo di estrazione e consumo, EROEI, deve essere maggiore di 1 affinché l'investimento renda un profitto. Il graduale esaurimento delle risorse porta inesorabilmente a una diminuzione di EROEI, quindi il problema non è se questo accadrà, ma quando.

bilità debole (*weak sustainability*), imperniati sulla possibilità o meno della sostituzione tra capitale prodotto dall'uomo (macchinari, costruzioni, computer ecc.) e capitale naturale (petrolio, minerali, foreste ecc.). L'ipotesi di sostituibilità può, a sua volta, essere più o meno ampia a seconda che si ritenga possibile la completa sostituibilità oppure la si escluda per alcuni tipi di capitale naturale (capitale critico)⁸. Al centro della discussione è il progresso tecnico che eventualmente rende possibile produrre con mezzi alternativi, meno o affatto inquinanti.

L'8 marzo 2018, alla luce delle raccomandazioni contenute nel *Final Report* del gennaio 2018 dell'*High-Level Expert Group on Sustainable Finance*⁹ ed in linea con l'impegno preso dall'UE ed i suoi Stati membri con il patto sul clima del 2015, la Commissione europea ha pubblicato un "Piano d'Azione per la finanza sostenibile" (v. oltre "Piano"), in cui vengono delineate la strategia e le misure da adottare per la realizzazione di un sistema finanziario in grado di sostenere il programma dell'Unione europea per il clima e la crescita sostenibile¹⁰.

Il "Piano" prevede il ri-orientamento dei flussi di capitale verso investimenti "verdi", la gestione dei rischi finanziari derivanti dai cambiamenti climatici, dal degrado ambientale e dalle questioni sociali e, l'incremento della trasparenza delle attività economiche. Peraltro, tra le azioni proposte c'è quella di creare un linguaggio comune per la finanza sostenibile, ovvero, un sistema unificato di classificazione dell'UE (o "tassonomia") per definire ciò che è sostenibile ed identificare

⁸ https://www.minambiente.it/sites/default/files/archivio/notizie/report_financing_the_future_en_2.pdf.

⁹ L'High-Level Expert Group on Sustainable Finance (HLEG) è un gruppo di esperti costituito nel dicembre del 2016 dalla Commissione Europea con il compito di elaborare delle linee guida per lo sviluppo della finanza sostenibile in Europa; l'obiettivo è stato quello orientare il mercato europeo dei capitali verso il finanziamento di progetti che favoriscano una "crescita economica sostenibile", ovvero in grado di garantire benessere nel lungo periodo, inclusione sociale e riduzione dello sfruttamento delle risorse naturali e dell'ambiente. Il gruppo di lavoro comprendeva 20 rappresentanti di attori dell'industria finanziaria, del mondo accademico e della società civile, affiancati da osservatori di istituzioni europee e internazionali. Tra i membri del gruppo di lavoro c'era anche Flavia Micilotta, che ricopriva la carica di Executive Director di Eurosif. Il 13 luglio 2017 l'HLEG ha diffuso un Interim Report che è stato sottoposto a consultazione pubblica. Il 31 gennaio 2018 è stato pubblicato il Final Report con raccomandazioni rivolte alla Commissione Europea.

¹⁰ Il 28 novembre 2018, la Commissione ha presentato «Un pianeta pulito per tutti», la sua visione strategica a lungo termine per raggiungere un'economia climaticamente neutra entro il 2050. I percorsi illustrati nella strategia si basano su sette componenti strategiche: una maggiore efficienza energetica; una diffusione più capillare delle energie rinnovabili; una mobilità più pulita e connessa; un'industria competitiva basata sull'economia circolare; una serie di infrastrutture intelligenti e interconnesse; uno sviluppo considerevole della bioeconomia e dei pozzi naturali di assorbimento del carbonio; l'uso della cattura e dello stoccaggio del carbonio. Il 14 marzo 2019 il Parlamento ha adottato una risoluzione sul cambiamento climatico in cui accoglie con favore la pubblicazione della visione strategica, discute in merito ai percorsi mirati all'azzeramento delle emissioni nette di gas a effetto serra entro il 2050 e ritiene che tale obiettivo sia l'unico compatibile con gli impegni dell'Unione nel quadro degli accordi di Parigi. Nel giugno del 2019, il Consiglio europeo ha invitato il Consiglio e la Commissione a portare avanti i lavori sui processi e sugli strumenti da adottare per assicurare la transizione verso un'UE a impatto zero sul clima. Il Consiglio europeo definirà i suoi orientamenti entro la fine del 2019. L'UE sottoporrà la sua strategia a lungo termine alla convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (UNFCCC) entro il 2020, in conformità alle richieste dell'accordo di Parigi.

gli ambiti in cui gli investimenti sostenibili possono incidere maggiormente; conseguentemente, sulla base di questo sistema di classificazione, il “Piano” si propone di creare marchi per i prodotti finanziari “verdi” dell’UE, permettendo così agli investitori di individuare agevolmente gli investimenti che rispettano i criteri ambientali o di basse emissioni di carbonio. La Commissione spiega nel “Piano” la necessità di chiarire l’obbligo, per i gestori di attività e gli investitori istituzionali, di tenere conto dei fattori di sostenibilità nel processo di investimento e di rendere più stringenti gli obblighi di comunicazione, nonché, di imporre alle imprese di assicurazione e di investimento di consigliare i clienti in base alle loro preferenze in materia di sostenibilità.

Un altro intervento previsto nel citato “Piano”, riguarda l’integrazione della sostenibilità nei requisiti prudenziali. Le banche e le imprese di assicurazione, infatti, sono una fonte importante di finanziamento esterno per l’economia europea; in tal senso la Commissione si fa carico di esaminare la fattibilità di una calibrazione dei requisiti patrimoniali delle banche (il cosiddetto “fattore di sostegno verde”) per gli investimenti sostenibili, quando ciò si giustifichi sotto il profilo del rischio, assicurando, al tempo stesso, la tenuta della stabilità finanziaria¹¹.

Infine, si prevede di migliorare la trasparenza per quanto riguarda le comunicazioni societarie ed in tal senso si propone di rivedere le linee guida sulle informazioni non finanziarie¹² per allinearle maggiormente alle raccomandazioni della

¹¹ In tale contesto, la Commissione ha altresì invitato l’ESMA ad analizzare le prassi in essere presso le agenzie di rating del credito in merito all’utilizzo dei fattori ESG. L’ESMA, nel Technical Advice del 18 luglio 2019, ha evidenziato, quale possibile indicazione di policy per la Commissione Europea, l’opzione di modificare il Regolamento (CE) n. 1060/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 settembre 2009, relativo alle agenzie di rating del credito (modificato da ultimo dal regolamento (UE) n. 462/2013- CRAs, introducendo espressamente delle disposizioni che prevedano obblighi di *disclosure* dei fattori di sostenibilità utilizzati da una agenzia di rating del credito nei propri processi di valutazione del merito di credito e di come essi “impongono” sui relativi rating. Inoltre, nel citato Technical Advice, quale ulteriore possibile indicazione di policy per la Commissione Europea, viene prevista anche la valutazione se i giudizi di sostenibilità predisposti da varie entità meritino, come avvenuto per i giudizi di rating, una salvaguardia di tipo regolamentare (e di vigilanza), al fine di tutelare gli investitori che utilizzano tali valutazioni. Pertanto verso, in merito alle modalità attraverso cui migliorare la qualità e la coerenza delle informazioni relative ai fattori ESG all’interno dei giudizi di rating, l’ESMA ha osservato come, dette informazioni, rilevino e debbano essere oggetto di *disclosure*, solo nel caso in cui esse costituiscano elementi alla base della valutazione del merito di credito; viceversa, per tali informazioni non sussisterebbe un obbligo cogente di *disclosure* e l’agenzia di rating non è tenuta a fornire alcuna “attestazione negativa”. Inoltre, l’ESMA suggerisce che le agenzie di rating possano prevedere all’interno della press release o del report relativi a un giudizio di rating del credito, un collegamento ipertestuale diretto a una specifica sezione del proprio sito web, o meglio ad un documento esplicativo, che contengano informazioni in merito alle modalità attraverso cui la stessa prende in considerazione i fattori ESG nei propri processi di valutazione. Esse, peraltro, debbono indicare nella press release o nel report la presenza di fattori ESG alla base della modifica del rating o dell’*outlook*, fornendo una descrizione di ciascuno di essi e delle ragioni per le quali sono da considerarsi “materiali” ai fini dell’attribuzione di un giudizio sul merito di credito e/o del relativo *outlook*.

¹² Le Linee Guida hanno lo scopo di aiutare le imprese a redigere dichiarazioni di carattere non finanziario di qualità, pertinenti, utili, coerenti e più comparabili, che possano favorire una crescita e un’occupazione sostenibile e garantisca trasparenza agli stakeholder, in conformità con gli obblighi sanciti dalla Direttiva. Il 26 Giugno 2017 la Commissione europea ha pubblicato gli orientamenti (Linee Guida) non vincolanti sulla

task force del Consiglio per la stabilità finanziaria sull'informativa finanziaria collegata al clima¹³.

Per inciso si evidenzia che dal febbraio 2016 è stato avviato in Italia il c.d. “Dialogo nazionale per la finanza sostenibile”, promosso dal Ministero dell’Ambiente e dal programma ambientale delle Nazioni Unite. Il dialogo ha visto il coinvolgimento di istituzioni finanziarie e soggetti protagonisti dei mercati bancario, assicurativo, della gestione del risparmio e dei capitali. Come si legge nel Rapporto conclusivo presentato presso la Banca d’Italia il 6 febbraio 2017, il dialogo si è incentrato soprattutto sulla dimensione ambientale della sostenibilità, richiamando il concetto di finanza verde che mira non solo alla mobilitazione delle risorse finanziarie necessarie per le politiche e i progetti ambientali, ma anche ad allineare tutte le attività finanziarie alle esigenze di sostenibilità.

Il citato Rapporto evidenzia per l’Italia l’opportunità strategica di orientare il proprio sistema finanziario al fine di sostenere la transizione verso un modello di sviluppo a bassa intensità di carbonio, inclusivo e sostenibile, che rafforzi l’azione di contrasto al cambiamento climatico.

2. *Regolamento Discosure*

Nell’ambito del Piano di azione per la finanza sostenibile, la Commissione europea ha pubblicato la proposta di “Regolamento sulla *disclosure* in materia di sostenibilità nel settore dei servizi finanziari” (vedi oltre, “Regolamento”)¹⁴ e, conformemente, lo scorso 7 marzo 2019 è stato raggiunto l’accordo politico

metodologia di comunicazione delle informazioni di carattere non finanziario previsti dall’art. 2 della Direttiva 2014/95/UE sulla rendicontazione di informazioni non finanziarie.

¹³ La Presidente eletta Ursula von der Leyden ha collocato le politiche per il clima al primo posto nei propri orientamenti politici, sottolineando nel discorso di apertura della seduta plenaria del Parlamento europeo sulle linee programmatiche 2019-2024 della Commissione UE (16 luglio 2019) come la sfida più pressante che l’Unione dovrà affrontare nel nuovo decennio sia la salute del pianeta. Aderendo all’obiettivo di fare dell’Europa il primo continente a impatto climatico zero del mondo entro il 2050, ha indicato come necessari: - un approccio in due fasi per ridurre le emissioni di CO₂ del 50%, se non del 55%, entro il 2030, guidando al contempo negoziati internazionali volti ad aumentare il livello di ambizione delle altre principali economie entro il 2021; - la presentazione, entro i primi 100 giorni di mandato, di un “Green Deal” per l’Europa: una “legge europea” sul clima, che traduca in disposizioni giuridicamente vincolanti l’obiettivo della neutralità climatica entro il 2050; - il rafforzamento degli investimenti nel settore ambientale, attraverso il lancio di un piano di investimenti per un’Europa sostenibile (*Sustainable Europe investment plan*) e la parziale trasformazione della BEI in una banca per il clima; - la revisione del sistema di scambio di quote di emissioni, per includervi il settore dei trasporti marittimi (e in futuro anche l’edilizia e il sistema dei trasporti); - l’introduzione di un’imposta sul carbonio alle frontiere (*Carbon border tax* - CBT), per evitare la rilocalizzazione delle emissioni di carbonio e garantire che le imprese europee possano competere in condizioni di parità; - la creazione di un Fondo di transizione (Just transition Fund), da affiancare ai fondi di coesione per garantire l’equità della transizione verso la neutralità climatica.

¹⁴ Proposal for a Regulation on disclosures relating to sustainable investments and sustainability risks and amending Directive (EU) 2016/2341, COM(2018) 354, del 24 maggio 2018.

in sede di Trigolo¹⁵. Il testo finale del Regolamento è quindi stato approvato dal COREPER¹⁶ il 27 marzo 2019 e, dal Parlamento europeo il 18 aprile 2019. Il Regolamento entrerà in vigore venti giorni dopo la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione e sarà applicabile, salvo alcune eccezioni, dal quindicesimo mese successivo a detta pubblicazione.

Il Regolamento *disclosure* mira ad armonizzare gli obblighi informativi in capo ai *financial market participants*¹⁷ ed ai *financial advisers*¹⁸ in merito alle c.d. “*sustainability related disclosures to end-investors*” e, dunque, alle modalità adottate per l'integrazione nelle scelte di investimento e nell'attività di consulenza dei c.d. “fattori di sostenibilità” (ovvero, i c.d. *Environmental, Social and Governance factors*, o più in breve, ESG)¹⁹. L'iniziativa regolamentare, peraltro, prende atto e registra l'aumento della richiesta da parte degli investitori di rendere le società più trasparenti riguardo l'impatto ambientale, intraprendendo azioni concrete per migliorare le loro prestazioni. Gli investitori, infatti, riconoscono già da tempo l'importanza ed i vantaggi di prendere in considerazione il settore sostenibile e sociale, in particolare, ricevendo dagli emittenti corrette informazioni sugli effetti climatici degli investimenti aziendali.

Questo compito, oltre che dalle imprese, è naturalmente svolto dai rapporti che analizzano lo stato di salute delle stesse ed ecco la necessità di una più ampia estensione della armonizzazione ad una ampia casistica di soggetti coinvolti nella catena del “valore finanziario”. Le tante ricerche effettuate in materia evidenziano, tra l'altro, gli elementi che gli investitori si aspettano di trovare nei rapporti di rendicontazione della sostenibilità aziendale. Ed in particolare: l'Identificazione del problema, ovvero su quale parte della catena di valore l'organizzazione ha

¹⁵ Al “Trigolo” partecipano tre delegazioni guidate, rispettivamente, da un funzionario della Commissione Europea; da un plenipotenziario della presidenza del Consiglio UE; dal parlamentare europeo *rapporteur* su quell'argomento. Il testo uscito dal “Trigolo” viene poi sottoposto – separatamente – all'approvazione del Parlamento e del Consiglio UE.

¹⁶ Il Comitato dei rappresentanti permanenti (COREPER, dal francese *Comité des représentants permanents*) è un organo del Consiglio dell'Unione europea, composto dai capi o vice-capi delegazione degli stati membri presso l'Unione europea e da un alto numero di comitati e gruppi di lavoro ad esso subordinati. Il suo compito principale è preparare gli incontri a livello ministeriale del Consiglio dell'Unione europea. Il COREPER svolge un ruolo fondamentale nell'elaborazione delle politiche dell'Unione europea, dato che gran parte dei negoziati tra gli stati membri sulle decisioni da prendere si svolge al suo interno.

¹⁷ Ovvero, imprese d'investimento ed enti creditizi che prestano il servizio di gestione di portafogli, imprese assicurative che offrono prodotti di investimento assicurativi (IBIP) nei confronti di investitori al dettaglio o professionali, gestori di fondi alternativi, di fondi UCITS o di fondi EuVECA o EuSEF, enti pensionistici aziendali o professionali, produttori di fondi pensione e PEPP (art. 2 punto n. 1 del Regolamento).

¹⁸ Intermediari assicurativi che prestano il servizio di consulenza assicurativa in merito a IBIP, enti creditizi e imprese d'investimento che prestano il servizio di consulenza in materia di investimenti, gestori di fondi UCITS e alternativi che prestano il servizio di consulenza in materia di investimenti (art. 2 punto n. 11 del Regolamento).

¹⁹ ESG è l'acronimo di *environmental, stakeholder e governance* ed indica gli investitori attenti alla sostenibilità.

scelto di divulgare i dati e come gli stessi stakeholder hanno partecipato alla divulgazione degli stessi. La strategia e *governance*, ovvero il modello aziendale, le attività e la proposta di creazione di valore sostenibile presentati dalle aziende. I dati e gli obiettivi, che dovrebbero dare conto delle modalità con le quali le aziende traducono le intenzioni in obiettivi ambiziosi e attuabili. L'affidabilità, caratteristica che gli investitori ritengono sempre più utile, assicurando la presenza di dati credibili e alta qualità delle informazioni.

In definitiva, il Regolamento dovrebbe porre le basi anche a ch  le aziende siano molto pi  esplicite riguardo al proprio impegno, cos  come ai documenti che ne analizzano il percorso di sostenibilit .

Conseguentemente, il Regolamento citato ruota attorno a tre pilastri principali: - eliminazione (almeno nelle intenzioni) del *greenwashing*, ossia delle dichiarazioni infondate o fuorvianti sulle caratteristiche ed i benefici di sostenibilit  di un prodotto d'investimento; - aumento della conoscenza del mercato per quanto riguarda gli aspetti di sostenibilit ; - neutralit  normativa, ovvero, norme che stabiliscono un quadro informativo che i diversi operatori del mercato finanziario devono applicare in modo identico.

Le tre autorit  europee di vigilanza²⁰, ed in particolare il loro Comitato congiunto, provvederanno a potenziare la convergenza e l'armonizzazione dell'informativa in tutti i settori interessati; parit  di condizioni, nel senso che il regolamento disciplina i seguenti settori dei servizi finanziari: i) fondi di investimento; ii) prodotti assicurativi con elementi di investimento (prodotti di assicurazione sulla vita con componenti di investimento disponibili tanto come polizze vita al dettaglio individuali che come polizze vita collettive); iii) pensioni private e professionali; iv) gestione di portafogli individuali; v) consulenza in materia assicurativa e di investimento. Il Regolamento introduce una definizione armonizzata di "*sustainable investments*" (investimenti sostenibili), intendendo per tali gli investimenti in attivit  economiche che contribuiscono alla realizzazione di obiettivi ambientali o sociali, o ad una combinazione di essi, senza recare danno ("*do not*

²⁰ Le tre Autorit  europee di vigilanza (*European supervisory authorities - ESAs*), in particolare l'Autorit  bancaria europea (*European Banking Authority*), l'Autorit  europea di vigilanza delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali (*European Insurance and Occupational Pensions Authority*) e l'Autorit  europea degli strumenti finanziari e dei mercati (*European Securities and Markets Authority*) costituiscono, insieme alle autorit  nazionali di vigilanza degli Stati membri, il pilastro microprudenziale della vigilanza sui mercati finanziari dell'UE. Mentre la sorveglianza corrente degli istituti finanziari resta appannaggio delle autorit  nazionali di vigilanza, la missione delle Autorit  europee di vigilanza   sviluppare e far applicare all'interno dell'UE un dispositivo normativo comune e prassi prudenziali convergenti. In particolare spetta alle Autorit  europee di vigilanza fornire consulenza agli organi dell'UE nell'iter legislativo, sviluppare standard normativi e coordinare le autorit  nazionali di vigilanza. Ad esse si affianca il Comitato europeo per il rischio sistemico (CERS) responsabile della vigilanza macro-prudenziale sui mercati finanziari, che elabora segnalazioni e raccomandazioni per le misure di limitazione dei rischi e vigila sulla loro attuazione. Il CERS, tuttavia, fa parte della Banca centrale europea come organismo privo di personalit  giuridica.

significant harm”) agli altri obiettivi ambientali e sociali ed adottano pratiche di buon governo societario, con lo scopo ultimo di ridurre le asimmetrie informative in materia di investimenti e rischi sostenibili nella relazione tra intermediario e investitore²¹.

Un punto di riferimento per gli investimenti sostenibili è rappresentato dai sei principi noti come PRI (*Principles for responsible investment*), sviluppati da un gruppo internazionale di investitori istituzionali promosso dal Segretario Generale delle Nazioni Unite e riflettono la crescente importanza delle tematiche ESG nelle pratiche di investimento. Più di 1.400 firmatari da oltre 50 paesi, con un patrimonio complessivo pari a 59.000 miliardi di dollari hanno (a fine 2019) seguito l'iniziativa²². Chi aderisce ai PRI si impegna ad incorporare le tematiche ESG nell'analisi e nei processi di investimento, nelle proprie politiche e pratiche aziendali, a ricercare trasparenza su questi fattori nelle controparti, a promuovere la responsabilità sociale nell'industria, a cooperare per raggiungere questi scopi ed a documentare le attività e i progressi realizzati.

Per tali tipologie di prodotti finanziari²³ vengono previsti specifici obblighi informativi relativi a come viene perseguito il contributo agli obiettivi di sostenibilità ed alla coerenza del *benchmark* eventualmente utilizzato con le caratteristiche perseguite dall'investimento. In linea generale gli obblighi informativi sono distinguibili in cinque categorie: (i) informativa relativa alle *policies* adottate a livello di entità (*financial market participants* e *financial advisers*); (ii) informativa precontrattuale; (iii) informativa da pubblicare sul sito internet; (iv) informativa periodica e (v) informativa veicolata per il tramite delle comunicazioni di marketing.

Al fine di migliorare la trasparenza in tale ambito, pertanto, si è ritenuto opportuno stabilire obblighi di informativa precontrattuale e periodica maggiormente specifici e armonizzati a livello europeo e, a tal riguardo, è delegato all'ABE, EIOPA e ESMA anche il compito di sviluppare, tramite il sopracitato Comitato congiunto, progetti di norme tecniche di regolamentazione che specificino ulteriormente il contenuto di tali informazioni in materia di sostenibilità e di fattori ESG. Per ciascuna categoria di obblighi informativi, il Regolamento *disclosure* attri-

²¹ Le Nazioni Unite hanno definito l'investimento sostenibile, in occasione del lancio dei Principi per l'investimento responsabile (UNPRI) nel 2005, l'investimento responsabile «un approccio all'investimento che mira a integrare i fattori ambientali, sociali e di governance (ESG) nelle decisioni d'investimento, per gestire meglio il rischio e generare rendimenti sostenibili a lungo termine» (vedi <https://www.unpri.org/pri/what-is-responsible-investment>). In linea generale, nel 2013 dal Gruppo di Lavoro del Forum della Finanza Sostenibile, ha inteso per investimento sostenibile e responsabile quell'investimento che mira a creare valore per l'investitore e per la società nel suo complesso attraverso però una strategia di investimento orientata al medio-lungo periodo che, nella valutazione di imprese e istituzioni, integra l'analisi finanziaria con quella ambientale, sociale e di buon governo.

²² Vedi: *Principles for responsible investment*, cfr. www.unpri.org.

²³ Ricordiamo che la categoria dei *financial products* include: i fondi UCITS e AIF, gli IBIP, i prodotti pensionistici e gli schemi pensionistici, il servizio di gestione di portafoglio e i PEPP.

buisce alle ESAs il compito di sviluppare, per il tramite del Comitato congiunto, progetti di standard tecnici. Nel mese di maggio 2019, il Comitato congiunto delle ESAs ha istituito, nell'ambito dello *Standing Committee Consumer Protection and Financial Innovation* (JC-CPFI), un sottogruppo di lavoro avente il mandato di sviluppare i *drafts* di standard tecnici e ha incaricato l'ESMA di coordinarne i lavori.

In relazione a ciascuna categoria di obblighi informativi previsti dal Regolamento²⁴, le ESAs hanno il compito di sviluppare, per il tramite del Comitato congiunto, progetti di standard tecnici, per un totale di: n. 6 standard tecnici di regolamentazione (ovvero, in breve RTS) obbligatori e n. 1 standard tecnico di implementazione (ovvero, in breve ITS) opzionale. I sei RTS obbligatori riguardano:

- a) il contenuto, le metodologie e la presentazione delle informazioni che i *Financial Market Participants* ed i *Financial Authorities* devono pubblicare sul proprio sito *internet*, con riguardo ai principali impatti negativi delle decisioni, ovvero, raccomandazioni di investimento sui fattori di sostenibilità, c.d. *adverse impact reporting* ;
- b) le informazioni che i FMPs devono includere nella documentazione precontrattuale prevista dalla normativa di settore per illustrare:
 - come i prodotti con caratteristiche ambientali e/o sociali soddisfano tali caratteristiche e, nel caso in cui sia stato identificato un *benchmark*, se e come tale indice risulti coerente con le caratteristiche di sostenibilità del prodotto, nonché dove può essere reperita la metodologia per il calcolo di tale *benchmark*;
 - come i prodotti che hanno come obiettivo investimenti sostenibili soddisfino tali obiettivi o, nel caso in cui sia stato designato un indice di riferimento, come l'indice designato sia allineato a tali obiettivi e se e come detto indice differisca da un "*broad market index*", nonché dove può essere reperita la metodologia per il calcolo dell'indice;
- c) il contenuto e la presentazione delle informazioni da pubblicare sui siti web da parte dei FMPs in merito alle caratteristiche ambientali o sociali e agli obiettivi di investimento sostenibile dei prodotti e alla metodologia di valutazione, misurazione e monitoraggio utilizzata;
- d) le informazioni da fornire da parte dei FMPs nell'ambito dell'informativa periodica prescritta dalla normativa di settore sul grado di raggiungimento delle caratteristiche ambientali o sociali dei prodotti aventi tali caratteristiche o, per i prodotti aventi come obiettivo investimenti sostenibili, sulla valutazione dell'impatto sulla sostenibilità globale nonché, ove sia stato desi-

²⁴ Ovvero, informativa relativa alle *policies* dell'intermediario; informativa precontrattuale; informativa da pubblicare sul sito *internet* dell'intermediario; informativa periodica e informativa veicolata per il tramite delle comunicazioni di marketing.

gnato un benchmark, sul confronto di tale impatto con l'indice designato e con un "broad market index".

Lo *standard* tecnico facoltativo (ITS) riguarda lo standard di presentazione delle informazioni sulla promozione delle caratteristiche ambientali o sociali e degli investimenti sostenibili nelle comunicazioni di marketing ad opera di FMPS ed ai FAs. Gli *standards* tecnici di regolamentazione (in breve RTS) dovrebbero essere prodotti secondo la seguente tempistica: entro 12 mesi (dall'entrata in vigore del Regolamento) per: RTS su *adverse impact on environmental aspects*; RTS su *pre contractual disclosure*; RTS su *pre contractual disclosure*; RTS su *website disclosure*; RTS su *periodic disclosure*, mentre, entro 24 mesi (dall'entrata in vigore del Regolamento) per RTS su *adverse impact on social aspects*. Dunque, cinque dei sei RTS obbligatori devono essere presentati alla Commissione entro 12 mesi dall'entrata in vigore del Regolamento ed uno solo entro 24 mesi dall'entrata in vigore dello stesso, ovvero, quello sulla dichiarazione delle *due diligence policies* relative ai principali impatti negativi delle decisioni di investimento sui fattori di sostenibilità in materia sociale e dei dipendenti, il rispetto dei diritti umani, anticorruzione e concussione. Gli RTS sono sottoposti all'*endorsement* della Commissione europea ed entrano in vigore in assenza di obiezioni da parte di Parlamento europeo e Consiglio. In ogni caso, osservato, il Regolamento non impedisce agli Stati membri di adottare o mantenere in vigore disposizioni più severe in materia di trasparenza sulle politiche di sostenibilità.

Il Regolamento in esame, dunque, mira a rafforzare la protezione degli investitori finali, anche nel caso di acquisti transfrontalieri, assicurando agli stessi gli strumenti per prendere decisioni più consapevoli sulle scelte di investimento²⁵, ed imponendo un obbligo di informativa da parte dei partecipanti ai mercati finanziari e dei consulenti finanziari nei confronti dei rispettivi clienti circa l'impatto correlato alla sostenibilità dei loro investimenti nei prodotti finanziari con caratteristiche ambientali o sociali, ovvero, nei prodotti finanziari che perseguano obiettivi di sostenibilità.

3. *Regolamento Benchmark (BMR)*

I *benchmark* rappresentano uno strumento strategico per la transizione verso un'economia sostenibile e, a tal fine la Commissione si è concentrata sul loro ruolo nel favorire la transizione verso attività a bassa concentrazione carbonica, con l'obiettivo di allineare l'economia europea all'Accordo di Parigi, atteso, infatti,

²⁵ Naturalmente sempre nell'ottica degli impegni assunti in seno all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con l'adozione dell'Agenda 2030 e degli obiettivi di sviluppo sostenibile SDG.

che, com'è noto, la determinazione del prezzo di molti strumenti finanziari e contratti finanziari dipende dall'accuratezza e dall'integrità degli indici di riferimento (*benchmark*). Per questo, allo scopo di contribuire al corretto funzionamento del mercato interno e di garantire un elevato livello di protezione dei consumatori e degli investitori, il Regolamento *Benchmark* (di seguito anche "il Regolamento") ha dettato norme armonizzate per gli indici usati come parametri di riferimento finanziari nell'Unione europea²⁶, affrontando il tema della forte eterogeneità delle metodologie utilizzate per la creazione dei *benchmark* ESG, ed i problemi legati alla trasparenza dei processi. Al crescere della domanda, si è infatti affermata la necessità di fornire *standard* per i criteri di selezione, per il tipo di dati e le metodologie utilizzate per pesare i diversi strumenti finanziari che compongono i *benchmark*.

Il 29 giugno 2016 è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea il Regolamento *Benchmark*²⁷. Esso si applica alla fornitura degli indici di riferimento, alla contribuzione di dati per gli indici di riferimento ed all'uso degli indici di riferimento nell'Unione Europea, introducendo un regime di autorizzazione e vigilanza degli amministratori di *benchmark*, con la relativa previsione di requisiti organizzativi e operativi nonché di *governance* per gli amministratori, e definisce requisiti specifici per le altre entità vigilate che contribuiscono dati di *input* per il calcolo dei *benchmark* o che ne fanno uso nell'ambito di strumenti finanziari, contratti finanziari e fondi di investimento. Il regolamento introduce peraltro, inoltre, misure di rafforzamento dell'oggettività, integrità ed accuratezza dei *benchmark* e specifici presidi di trasparenza.

Peraltro, la Commissione europea, in data 24 maggio 2018, ha pubblicato una "Proposta" di modifica del citato Regolamento introducendo, tra l'altro, la previsione di due nuove categorie di indici di riferimento che tengono conto di alcuni aspetti di sostenibilità ambientale: "*EU Climate Transition Benchmarks*"

²⁶ I benchmark ESG sono costruiti in modo da rappresentare il mercato di riferimento, inserendo, tuttavia, «un filtro di sostenibilità». Il procedimento di costruzione dell'indice, pertanto, non cambia, se non che l'universo di società da cui scegliere i componenti dell'indice non sarà composto da tutte le società quotate su quel mercato, ma solo da quelle con determinate caratteristiche o che rispettano determinati parametri in materia di difesa dell'ambiente, della società e di pratiche di buon governo. In questo genere di indici nessun settore, quindi, viene escluso a priori, ma in tutti i settori sono selezionate solo le società con uno standard minimo Esg.

²⁷ Regolamento (UE) 2016/1011 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2016, sugli indici usati come benchmark in strumenti finanziari e contratti finanziari o per misurare la performance dei fondi di investimento. Con il D.Lgs. 13 febbraio 2019, n. 19 sono state emanate le norme di adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/1011, sugli indici usati come parametri di riferimento negli strumenti finanziari e nei contratti finanziari o per misurare la performance di fondi di investimento e recante modifica delle direttive 2008/48/CE e 2014/17/UE e del regolamento (UE) n. 596/2014, nonché di adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2015/2365, sulla trasparenza delle operazioni di finanziamento tramite titoli e del riutilizzo e che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012. Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 61 del 13 marzo 2019.

(EU CTBs) e “EU Paris-aligned Benchmarks” (EU PABs)²⁸. La Proposta, ormai definitiva, ha concluso la fase di Trilogo in data 25 febbraio 2019, mentre il testo finale di compromesso è stato approvato dal COREPER in data 13 marzo 2019. Le modifiche concernono i requisiti minimi per gli indici le cui attività sottostanti seguono una traiettoria di de-carbonizzazione (EU CTBs) o siano allineate agli obiettivi dell'accordo di Parigi adottato nell'ambito della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (EU PABs). Il Regolamento stabilisce, inoltre, alcuni requisiti informativi a carico di tutti i gestori di benchmark (esclusi quelli su tassi di interesse e valute) relativi alla sostenibilità delle attività incluse negli indici e che sono funzionali anche agli obblighi di trasparenza derivanti dal regolamento disclosure²⁹. Il Regolamento entrerà in vigore il giorno successivo a quello di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione e sarà applicabile dal 30 aprile 2020.

Per altro, il Regolamento delega alla Commissione europea il potere di adottare atti delegati su *benchmarks e benchmark ESG disclosure*, per precisare, tra le altre cose, il contenuto minimo degli obblighi di comunicazione cui gli amministratori dovrebbero essere soggetti e per specificare le norme minime per l'armonizzazione della metodologia degli indici di riferimento UE di transizione climatica e degli indici di riferimento UE allineati con l'accordo Parigi³⁰. Il *Technical Expert Group on Sustainable Finance* (TEG)³¹ a giugno 2019, in linea pertan-

²⁸ Proposal for a Regulation amending Regulation (EU) 2016/1011 on low carbon benchmarks and positive carbon impact benchmarks, COM(2018) 355, del 24 maggio 2018. V. nota al TIAN del 12 aprile 2019

²⁹ Il Regolamento Benchmark viene modificato al fine di introdurre: 1) ulteriori obblighi informativi relativi a tutti i benchmark (esclusi quelli su tassi di interesse e valute) per i profili di sostenibilità); 2) un quadro normativo che stabilisca requisiti minimi per gli indici di riferimento UE di transizione climatica (definendosi tali quelli le cui attività sottostanti sono selezionate, ponderate o escluse in modo che il portafoglio cui l'indice si riferisce segua una traiettoria di de-carbonizzazione) e gli indici di riferimento UE allineati con l'accordo di Parigi a livello dell'Unione (definendosi tali quelli nei quali: a) le attività sottostanti sono selezionate, ponderate o escluse in modo che le emissioni del portafoglio cui l'indice si riferisce siano allineate agli obiettivi dell'accordo di Parigi adottato nell'ambito della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici; b) le attività collegate alle attività sottostanti non danneggiano significativamente altri obiettivi ESG).

³⁰ Il potere di adottare gli atti delegati è conferito alla Commissione per un periodo di cinque anni a decorrere dalla data di entrata in vigore del regolamento Benchmark.

³¹ Il *Technical Expert Group on Sustainable Finance* (TEG) è un gruppo di 35 esperti in materia di finanza sostenibile, costituito dalla Commissione europea. La sua funzione è quella di supportare la Commissione ad attuare l'*Action Plan* approvato a maggio 2018, attraverso studi approfonditi su: tassonomia SRI, ovvero un sistema unico di classificazione delle attività economiche che possono essere definite “sostenibili” (con priorità ai temi della mitigazione e dell'adattamento al cambiamento climatico); miglioramento delle linee guida sulla rendicontazione delle attività legate al cambiamento climatico da parte di banche, compagnie assicuratrici e altre imprese di grandi dimensioni; criteri comuni per la costruzione di *benchmark low-carbon e positive-carbon impact*, ossia di parametri di riferimento affidabili per ridurre il rischio di *greenwashing* e aumentare la trasparenza del mercato; Green Bond Standard, una certificazione di qualità europea per le obbligazioni verdi. Il TEG ha iniziato i suoi lavori nel luglio 2018. Il mandato dei sottogruppi relativi a tassonomia SRI, benchmark e *Green Bond Standard*, la cui conclusione dei lavori era prevista a giugno 2019, è stato ufficialmente esteso fino alla fine del 2019. I membri del TEG provengono dalla società civile, dal mondo accademico e finanziario, nonché

to con quanto previsto nel Regolamento, ha presentato un *interim report*, a cui ha fatto seguito un *final report* del 30 settembre 2019 avente ad oggetto il *technical advice* che sarà utilizzato dalla Commissione come base per gli atti delegati del regolamento stesso. Nel parere tecnico, il TEG raccomanda (i) requisiti tecnici minimi per le metodologie concernenti le due nuove tipologie di benchmark, con l'obiettivo di mitigare il rischio di *greenwashing*, e (ii) requisiti di *disclosure* sui fattori ESG per tutti gli indici (esclusi, come detto, di quelli su tassi di interesse e valute) allo scopo di rafforzare la trasparenza e comparabilità delle informazioni tra i benchmark.

Nel dettaglio, il Report del TEG prevede che debbano essere soddisfatti stringenti requisiti affinché un indice di riferimento si possa qualificare come indice europeo di clima, ovvero, EU *Climate Transition Benchmark* (EU CTB) and EU *Paris-aligned Benchmark* (EU PAB)³² benchmark. Infatti, i benchmarks relativi al clima devono dimostrare una riduzione significativa dell'intensità complessiva delle emissioni di Gas a effetto serra rispetto ai loro universi di investimento. Tale valutazione deve integrare gradualmente le emissioni dell'ambito 3 in un periodo di quattro anni per i settori in cui l'impatto sui cambiamenti climatici è significativo ma situato al di fuori dei confini operativi diretti (quali petrolio e gas e trasporti). Questa relativa de-carbonizzazione minima è fissata al 30% per gli EU CTBs e al 50% per gli EU PABs.

Peraltro, i *benchmarks* relativi al clima devono essere sufficientemente esposti ai settori rilevanti per la lotta ai cambiamenti climatici, in altre parole, la decarbonizzazione³³ non può avvenire attraverso uno spostamento nell'allocazione da settori ad alto potenziale impatto sui cambiamenti climatici e la sua mitigazione (ad esempio energia, trasporti, produzione) a settori con impatto intrinsecamente limitato (ad esempio assistenza sanitaria, media). L'esposizione a "settori ad alto impatto" deve pertanto essere almeno l'esposizione dell'universo di investimenti sottostante. Infine, i *benchmarks* relativi al clima devono dimostrare la loro capacità di ridurre la propria intensità di emissioni di gas a effetto serra su

da organismi pubblici europei e internazionali. Il TEG lavora attraverso sessioni plenarie e riunioni dei sottogruppi che sono stati costituiti per ciascuno dei quattro temi di studio.

³² Vedi: https://ec.europa.eu/info/publications/sustainable-finance-technical-expert-group_en.

³³ Nel dettaglio, le principali statistiche indicano che le emissioni fossili di CO² mondiale nel 2018 hanno toccato 37,1 gigatoni (quindi 37,1 miliardi di tonnellate di anidride carbonica). L'incremento, rispetto al 1990 è del 63%. Nel 2017 i 6 maggiori produttori di CO² (Cina, Usa, Unione Europea, India, Russia e Giappone) hanno emesso il 68% dell'anidride carbonica fossile globale. Tuttavia, tutti eccetto gli Usa (-0,8%) rispetto al 2016 hanno accresciuto le emissioni: India (+3,5%), Unione Europea e Russia (+ 1,1 %), Cina (+ 0,9%) e Giappone (+ 0,1%). La Cina ha prodotto 9,8 miliardi di tonnellate, USA 5,3, EU28 3,5 mentre l'India 2,5. Insieme costituiscono il 58% delle emissioni globali di CO². Le emissioni di CO² in Europa sono diminuite del 19,5% rispetto al 1990 e del 16,5% rispetto al 2005. Le emissioni globali di CO² del 2017 dipendono: per il 40% dal carbone, per il 35% dal petrolio, per il 20% dal gas, per il 4% dal cemento e per l'1% da altre forme di combustione.

base annua. Questo tasso minimo di “auto-decarbonizzazione” è stato fissato in conformità con la traiettoria globale di de-carbonizzazione implicita nello scenario dell’IPCC: 1,5°C (senza o con superamento limitato). Inoltre, la percentuale di riduzione dell’intensità di Gas a effetto serra deve essere pari al 7% in media all’anno. Gli EU CTBs e gli EU PABs dovrebbero escludere le società coinvolte in armi (vendita, produzione, ecc.), le società che sono state trovate in violazioni delle norme globali (ovvero il “UN Global Compact principles” e Linee Guida OCSE) o in controversie derivanti da danni significativi di almeno uno dei sei obiettivi ambientali e le società che: 1. derivano l’1% o più delle loro entrate dalle attività di esplorazione o lavorazione del carbone; 2. derivano il 10% o più dei loro ricavi dalle attività di esplorazione o lavorazione del petrolio; 3. derivano il 50% o più dei loro ricavi dalle attività di esplorazione o lavorazione del gas naturale o 4. derivano il 50% o più dei loro ricavi dalla produzione di elettricità con un Gas a effetto serra del ciclo di vita intensità superiore a 100 gCO_{2e} / kWh; inoltre, il rapporto definito dal “coefficiente di azioni da verde a marrone” deve essere almeno uguale per gli EU CTBs e moltiplicato almeno per almeno 4 per gli EU PABs.

Il Regolamento benchmark prescrive, altresì, i criteri per quanto riguarda la “trasparenza della metodologia” ed il “*Benchmark statement*”³⁴. I nuovi requisiti di informativa si applicano ad una vasta gamma di indici disponibili sul mercato ed in relazione alle diverse classi di attività sottostanti. Il TEG propone di stabilire requisiti di informativa basati su come il mercato attualmente comprende che i fattori ESG e le considerazioni relative al clima possono essere integrate nella valutazione delle attività tra le varie classi di attività. Conseguentemente, le raccomandazioni sulle informazioni minime per il documento relativo alla metodologia e le specifiche per il “benchmark statement” vanno adattate in base alla validità dei dati relativi ai fattori ESG ed alle considerazioni per una determinata classe di attività e, di conseguenza, gli indicatori sono proposti per classe di attività. Vengono descritti i modelli di divulgazione ESG, nonché le specifiche per la pubblicazione delle informazioni ESG.

4. *Il Regolamento di Tassonomia*

Il sistema di classificazione (“tassonomia”) costituisce, nelle intenzioni del Consiglio, lo strumento per dare ad imprese e investitori una definizione chiara ed univoca delle attività economiche che possono essere considerate ecosostenibili, intendendo in particolare ridurre la frammentazione derivante da iniziative basate sul mercato e da prassi nazionali ed il “*greenwashing*”, ossia la pratica di

³⁴ Vedi: Article 13 BMR Transparency of methodology) end Article 27 BMR Benchmark statement.

commercializzare prodotti finanziari come “verdi” o “sostenibili” ma che, in realtà, non soddisfano gli standard ambientali di base³⁵. L’intenzione, nella sostanza, è creare una classificazione comune per le attività economiche sostenibili, coinvolgendo i mercati finanziari nella lotta ai cambiamenti climatici.

Il Regolamento tassonomia, dunque, mira a circoscrivere il quadro giuridico di riferimento necessario all’instaurazione di criteri uniformi per determinare la sostenibilità ambientale di un’attività economica, al fine di individuare il grado di sostenibilità di un investimento; esso si applica alle misure adottate dagli Stati membri o dall’Unione che stabiliscono obblighi per gli operatori del mercato rispetto a prodotti finanziari o obbligazioni societarie commercializzate come ecosostenibili, nonché ai partecipanti ai mercati finanziari che offrono prodotti finanziari definiti come investimenti ecosostenibili.

In particolare, per essere considerate ecosostenibili le attività economiche dovranno contribuire in modo sostanziale al raggiungimento di almeno uno dei seguenti sei obiettivi ambientali, ovvero, mitigazione e adattamenti ai cambiamenti climatici, uso sostenibile e protezione delle acque e delle risorse marine, transizione a un’economia circolare, prevenzione e controllo dell’inquinamento, protezione e ripristino della biodiversità e degli ecosistemi, inoltre, dovranno non arrecare un danno significativo a nessuno dei sopra indicati obiettivi ambientali, essere svolte nel rispetto delle garanzie minime di salvaguardia sul piano sociale e della governante, essere conformi ai criteri di vaglio tecnico (stabiliti dalla Commissione con atti delegati per ciascun obiettivo ambientale)³⁶.

³⁵ L’emissione di prodotti di finanza etica nel senso più ampio è presente da anni nel panorama finanziario, non sono europee. In tale contesto segnaliamo le “obbligazioni verdi”, o *Green Bond*, strumenti finanziari relativamente nuovi, ma che hanno conosciuto un tasso di crescita straordinario dal 2007 a oggi. Sono obbligazioni come tutte le altre, la cui emissione è legata a progetti che hanno un impatto positivo per l’ambiente, come l’efficienza energetica, la produzione di energia da fonti pulite, l’uso sostenibile dei terreni ecc. L’emissione dei *Green Bonds* si aggiunge a quella dei *Social Bonds* e dei *Sustainable Bonds*. I *Social Bonds* rappresentano un prestito obbligazionario finalizzato al sostegno di iniziative di elevato interesse sociale e permettono di coniugare, nelle scelte di investimento, obiettivi economici individuali (ottenere un’adeguata remunerazione dell’investimento) con quelli valoriali di interesse generale (favorire la realizzazione di iniziative che creano valore per la società). Attraverso i *Sustainable Bonds*, invece, viene offerta agli investitori l’opportunità di accostare i loro obiettivi finanziari con quelli di sostenibilità sociale e ambientale, per sostenere progetti sostenibili nei paesi membri beneficiari. Questi progetti sono finalizzati alla riduzione della povertà e allo sviluppo di diversi settori quali, ad esempio, istruzione, sanità, agricoltura e infrastrutture.

³⁶ Vedi: Technical Expert Group on Sustainable Finance - Taxonomy pack for feedback and workshops invitations, December 2019 «*An EU taxonomy would fill these gaps, as it would inter alia*: • create a uniform and harmonised classification system, which determines the activities that can be regarded as environmentally sustainable for investment purposes across the EU; • address and avoid further market fragmentation and barriers to cross-border capital flows as currently some Member States apply different taxonomies; • provide all market participants and consumers with a common understanding and a common language of which economic activities can unambiguously be considered environmentally sustainable/green; • provide appropriate signals and more certainty to economic actors by creating a common understanding and single system of classification while avoiding market fragmentation • protect private investors by avoiding risks of green-washing (i.e. preventing that marketing is used to promote the perception that an organization’s products, aims or policies are environmentally-friendly when they are in fact not); • provide the

Nello scorso mese di settembre, le Istituzioni europee hanno avviato i lavori del Trilogo sulla proposta di Regolamento Tassonomia, sulla base del *general approach* raggiunto dal Consiglio in data 24 settembre 2019 e conformemente alla risoluzione del Parlamento Europeo del 28 marzo 2019.

In merito va segnalato che, sul gruppo tecnico costituito per l'elaborazione del Regolamento, si sono riversate una serie di critiche che, partendo dalla considerazione della scarsa rappresentazione dell'industria nel gruppo medesimo, ritengono forte il rischio che la maggior parte degli investimenti idonei a mitigare i cambiamenti climatici rimarranno al di fuori della "Tassonomia" e, quindi, impossibilitati ad accedere ai "finanziamenti verdi".

La critica, al di là della fondatezza, è estremamente rilevante, poiché in effetti non sarà possibile commercializzare prodotti finanziari come sostenibili all'interno dell'UE a meno che non siano conformi alla tassonomia. Un buon esempio è la cattura dell'anidride carbonica dai processi industriali. Secondo il rapporto degli esperti, sembra che la cattura sia considerata sostenibile solo quando l'anidride carbonica recuperata viene sequestrata in modo permanente. Ne consegue che la produzione su larga scala dei tanto discussi combustibili sintetici non sarebbe sostenibile. Ma, secondo le voci critiche, questi sono esattamente i tipi di carburanti che dovrebbero ridurre considerevolmente le emissioni del trasporto aereo a lungo termine. Un altro esempio è la bio-plastica. Chiunque desidera fabbricare materie plastiche dalle piante anziché dal petrolio greggio dovrebbe dimostrare che la catena di materie prime non contiene materiale proveniente da terreni in cui gli animali pascolano dal 1994 (di tal guisa, sostengono i critici ci si trova di fronte ad una prova tanto diabolica quanto difficilmente dimostrabile).

5. *Gli atti delegati: MIFID, AIFMD, IDD ed UCITS*

La Commissione europea, nel complesso delle iniziative legislative per la finanza sostenibile poste in consultazione nel maggio 2018, ha incluso anche la bozza di un Regolamento recante modifiche al Regolamento delegato (UE) 2017/565 di attuazione della MiFID II - *Markets In Financial Instruments Directive* ed al Regolamento delegato (UE) 2017/2359 di attuazione della Direttiva 2016/97 IDD - *Insurance Distribution Directive*. Le proposte di modifica Regolamento delegato di attuazione della MiFID II, pubblicate a gennaio 2019, sono volte ad integrare la finanza sostenibile nella prestazione dei servizi d'investimen-

basis for further policy action in the area of sustainable finance, including standards, labels, and any potential changes to prudential rules». https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/sustainable-finance-taxonomy-feedback-and-workshops_en.pdf.

to. In particolare, sono oggetto di revisione le seguenti aree: misure organizzative, inclusi i presidi di *risk management* e per la gestione dei conflitti d'interesse; informativa alla clientela (per es. sulla natura e i rischi degli strumenti finanziari); valutazione di adeguatezza. Con riferimento all'informativa alla clientela, vengono prospettate modifiche: i) alla *disclosure* in merito alla natura e i rischi degli strumenti finanziari che dovrà tenere conto anche di eventuali considerazioni di tipo ESG; ii) all'informativa sul servizio di gestione individuale con riguardo alla tipologia di strumenti finanziari che possono essere inclusi nel portafoglio del cliente, che dovrà basarsi anche sulle preferenze del medesimo in tema di sostenibilità; iii) all'informativa da fornire nel servizio di consulenza in merito alla descrizione dei fattori da considerare nel processo di selezione degli strumenti finanziari da raccomandare, che dovrà valorizzare anche fattori di tipo ESG. Invece, circa la valutazione di adeguatezza, le proposte di modifica sono incentrate sui seguenti profili: i) nella fase di acquisizione e valutazione delle informazioni relative agli obiettivi di investimento del cliente, dovranno essere valorizzate eventuali preferenze di tipo ESG, in aggiunta agli aspetti di natura finanziaria già considerati; ii) nell'ambito dei processi e delle procedure volti ad assicurare un'ideale conoscenza dei prodotti che s'intendono raccomandare, dovranno essere incluse eventuali considerazioni di tipo ESG; iii) nel *suitability report* destinato ai clienti al dettaglio dovrà essere fornita evidenza dell'adeguatezza della raccomandazione fornita anche in ragione delle eventuali preferenze ESG del cliente.

In parallelo, la Commissione europea ha chiesto all'ESMA di fornire un parere tecnico in ordine all'individuazione di ulteriori possibili modifiche da apportare alle disposizioni di attuazione di MiFID II sui servizi d'investimento, nonché alle disposizioni di attuazione delle direttive UCITS (*Undertakings for Collective Investment in Transferable Securities*) ex Direttiva 2009/65/CE del Parlamento europeo del 13 gennaio 2009³⁷ e AIFMD (*Alternative Investment Fund Managers Directive*) ex Direttiva 2011/61/EU del Parlamento e del Consiglio europeo dell'8 giugno 2011 al fine di addivenire ad una compiuta integrazione dei profili di sostenibilità degli investimenti all'interno della vigente disciplina sui servizi finanziari.

Conseguentemente, il 30 aprile 2019 l'ESMA ha inviato alla Commissione Europea il suo *advice* tecnico ESMA35-43-1737 su MiFID II³⁸, ed il documen-

³⁷ Direttiva Delegata (Ue) 2017/593 della Commissione del 7 aprile 2016 che integra la direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda la salvaguardia degli strumenti finanziari e dei fondi dei clienti, gli obblighi di governance dei prodotti e le regole applicabili per la fornitura o ricezione di onorari, commissioni o benefici monetari o non monetari.

³⁸ https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma35-43--737_final_report_on_integrating_sustainability_risks_and_factors_in_the_mifid_ii.pdf.

to ESMA34-45-688, relativo al *framework* UCITS ed a quello AIFM³⁹. In dettaglio, nel *Technical advice* relativo ai servizi di investimento (MiFID II), l'ESMA ha prospettato interventi con riferimento alle misure organizzative, inclusi i presidi di *risk management* e per la gestione dei conflitti d'interesse, nonché alla disciplina della *product governance*. Peraltro, sono stati proposti interventi e modifiche anche con riferimento al servizio di consulenza e gestione. In merito, circa al "risk management", le proposte di modifiche dall'ESMA formulate sulla direttiva, l'autorità prevedono la modifica dell'art. 21 "Requisiti organizzativi generali", con l'aggiunta degli elementi ESG nei processi aziendali, ad esempio, per il *training dello staff* ed dell'art. 23 "Risk management", con integrazione del *sustainability risk* nelle *policy* e, quindi, nei processi di *risk management* introducendo controlli da parte della *compliance* e dell'*internal audit*.

Quanto alla questione dei "conflitti d'interesse", la proposta ESMA si sostanzia in un nuovo "Considerando" con esempi pratici, nonché, nel principio che la distribuzione di prodotti sostenibili potrebbe essere fonte di nuovi conflitti e, pertanto, essi vanno individuati e gestiti. Inoltre, le proposte di modifiche sul Regolamento delegato si focalizzano, in primo luogo, circa i requisiti per produttori e distributori di prodotti finanziari, con integrazione dei fattori ESG nel mercato di riferimento dei prodotti; nel dettaglio, circa l'art. 9 "Requisiti per i produttori", con la previsione dell'obbligo di considerare elementi ESG nella definizione del mercato di riferimento dei prodotti (ove, naturalmente, ciò fosse rilevante, e nella considerazione anche nella *review* periodica dei prodotti degli elementi ESG); modifiche speculari sono previste a quelle suggerite per i produttori sono previste per i distributori, ex art. 10 reg. del. "Requisiti per i distributori".

Con riferimento, invece, al servizio di consulenza e gestione, le modifiche proposte riguardano, in particolare, la "Raccolta d'informazioni", ex art. 54 reg. del. dell'obbligo di raccogliere informazioni dai clienti in merito alle loro preferenze in materie ambientali, sociali e di *governance*, e le "Caratteristiche degli strumenti", ex art. 54 reg. rel. Infine, corre l'obbligo di considerare le caratteristiche ESG dei prodotti oggetto di consulenza in materia d'investimento e/o gestione di portafoglio (oltre a costo, rischi e complessità).

Nel *Technical advice* relativo al risparmio gestito (atti delegati delle direttive UCITS e AIFM) sono state evidenziate proposte di modifica concernenti la disciplina in materia di misure organizzative, condizioni di esercizio dell'attività ed al risk management. Il 30 aprile 2019, EIOPA ha pubblicato un *Technical advice* riguardante l'integrazione della finanza sostenibile nelle discipline IDD (a integrazione della predetta proposta di regolamento delegato della Commissio-

³⁹ https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma34-45-688_final_report_on_integrating_sustainability_risks_and_factors_in_the_ucits_directive_and_the_aifmd.pdf.

ne europea) e Solvency II (EIOPA-BoS-19/172, “*Integration of sustainability risks and factors in the delegated acts under Solvency II and IDD*”) per tener conto dei fattori e dei rischi ESG nell’ambito dell’attività di strutturazione dei prodotti assicurativi e dell’attività distributiva⁴⁰.

Per quanto concerne la IDD, le modifiche proposte dall’EIOPA riguardanti la disciplina dei conflitti di interesse si sostanziano nell’introduzione di un nuovo considerando nel Regolamento delegato (UE) 2017/2359, che richiede alle imprese di assicurazione ed ai distributori di IBIP (ovvero, *Insurance based investment products*)⁴¹ di tenere in considerazione anche i conflitti derivanti dalla considerazione dei fattori ESG nell’identificazione e gestione dei conflitti di interesse; inoltre, anche l’art. 3, par. 1, del medesimo Regolamento delegato, verrebbe integrato con la previsione per cui gli obiettivi ESG dei clienti, ove rilevanti, debbano essere inclusi tra i fattori da considerare nell’identificazione dei tipi di conflitti di interessi che possono insorgere nell’ambito dell’attività.

6. Ecolabel Europeo per i prodotti finanziari e green bond standards

Come già abbiamo avuto modo di rilevare, il Piano di azione della Commissione contempla una specifica condotta volta a definire norme e marchi per i prodotti finanziari sostenibili. La Commissione, infatti, ha ritenuto che la presenza di un marchio dedicato contribuisca a tutelare la fiducia nel mercato finanziario sostenibile e l’integrità dello stesso e, che ciò possa rivelarsi particolarmente utile per gli investitori *retail* con preferenze di investimento ESG, agevolando l’accesso a tali prodotti. Essa rimarca, altresì, che, al contrario, l’assenza sul mer-

⁴⁰ La bozza di regolamento di modifica del regolamento delegato (UE) 2359/2017 è finalizzata a integrare le norme concernenti le valutazioni di adeguatezza dei prodotti oggetto di distribuzione prendendo in considerazione anche le eventuali preferenze della clientela in materia ESG. Il Technical Advice dell’EIOPA è invece volto a individuare il contenuto di un regolamento delegato di modifica agli atti delegati delle direttive Solvency II e IDD, nell’ottica di includere la finanza sostenibile nelle disposizioni concernenti i conflitti di interesse e la product governance.

⁴¹ La IDD definisce IBIP un prodotto assicurativo che presenta una scadenza o un valore di riscatto e in cui tale scadenza o valore di riscatto è esposto in tutto o in parte, in modo diretto o indiretto, alle fluttuazioni del mercato, e non include: - i prodotti assicurativi non vita elencati all’allegato I della direttiva 2009/138/CE (Rami dell’assicurazione non vita); - i contratti assicurativi vita, qualora le prestazioni previste dal contratto siano dovute soltanto in caso di decesso o per incapacità dovuta a lesione, malattia o disabilità; - i prodotti pensionistici che, ai sensi del diritto nazionale, sono riconosciuti come aventi lo scopo precipuo di offrire all’investitore un reddito durante la pensione e che consentono all’investitore di godere di determinati vantaggi; - i regimi pensionistici aziendali o professionali ufficialmente riconosciuti che rientrano nell’ambito di applicazione della direttiva 2003/41/CE o della direttiva 2009/138/CE; - i singoli prodotti pensionistici per i quali il diritto nazionale richiede un contributo finanziario del datore di lavoro e nei quali il lavoratore o il datore di lavoro non può scegliere il fornitore o il prodotto pensionistico.

cato di prodotti muniti di un idoneo marchio di identificazione, possa addirittura impedire un impiego diretto di capitali privati verso investimenti di questo tipo.

A tal fine, la Commissione ha annunciato nel più volte richiamato Piano di azione di voler utilizzare il *framework* normativo del marchio Ecolabel UE (Regolamento europeo n. 66/2010) per creare un regime di assegnazione di marchi di tipo facoltativo sui prodotti finanziari sostenibili⁴². Conseguentemente, la DG Ambiente della Commissione europea ha avviato, alla fine del 2018, avvalendosi del supporto tecnico del *Joint Research Centre* (“JRC”) della stessa Commissione⁴³, il processo per definire i criteri per un marchio Ecolabel facoltativo sui prodotti finanziari. Il Progetto di proposta dei criteri, pubblicato a marzo 2019, ha individuato un primo gruppo di prodotti finanziari potenzialmente interessati dal marchio e definito i criteri di investimento in attività sostenibili e di tipo informativo connessi all’uso del marchio. In particolare, i prodotti finanziari marchiati *Ecolabel* sono i PRIIPS (*Packaged Retail Investment And Insurance-Based Investments*)⁴⁴, gli UCITS (*Undertakings for Collective Investments in Transferable Securities*)⁴⁵ ed i RAIF (*Retail Alternative Investment Funds*) nonché i prodotti assicurativi con componente di investimento.

Sono, quindi, individuati cinque criteri per la definizione del nuovo marchio Ecolabel, di cui i primi tre riguardano l’attività degli emittenti (se corporate, stati sovrani, ecc.) i cui strumenti finanziari (ovvero, azioni e bond in particolare) sono oggetto di investimento da parte del fondo o, comunque, inseriti nel prodotto strutturato. Gli ultimi due criteri si occupano di definire gli obblighi informativi e di pubblicità a beneficio dell’investitore *retail* e del pubblico in generale.

⁴² Il sistema del marchio Ecolabel UE si inserisce nella politica comunitaria relativa al consumo e alla produzione sostenibili, il cui obiettivo è ridurre gli impatti negativi del consumo e della produzione sull’ambiente, sulla salute, sul clima e sulle risorse naturali. Il sistema è inteso a promuovere, attraverso l’uso del marchio Ecolabel UE, i prodotti che presentano elevate prestazioni ambientali. In tal senso, Ecolabel UE è il marchio di qualità ecologica dell’Unione Europea che contraddistingue prodotti e servizi che pur garantendo elevati standard prestazionali sono caratterizzati da un ridotto impatto ambientale durante l’intero ciclo di vita. L’Ecolabel è il marchio europeo di certificazione ambientale per i prodotti ed i servizi nato nel 1992 con l’adozione del Regolamento europeo n. 880/92.

⁴³ Il Centro comune di ricerca (JRC), (in inglese: *Joint Research Centre*, JRC), è una direzione generale della Commissione europea: DG-JRC (*Directorate-General Joint Research Centre*), che dispone di sette istituti di ricerca dislocati in cinque paesi membri dell’Unione europea (Belgio, Germania, Italia, Paesi Bassi e Spagna).

⁴⁴ I PRIIPs sono prodotti il cui valore è soggetto a fluttuazioni a causa dell’esposizione a variabili di riferimento o al rendimento di una o più attività sottostanti. Sono caratterizzati da un processo di assemblaggio finalizzato alla creazione di prodotti che abbiano esposizioni, caratteristiche o strutture dei costi diverse rispetto ad una detenzione diretta. Sono Fondi comuni di investimento, Prodotti assicurativi con una componente di investimento (*Unit-linked* ecc.), Prodotti e depositi strutturati, Obbligazioni convertibili, Derivati e Prodotti emessi da SPV.

⁴⁵ Si tratta Fondo armonizzato aperto di diritto europeo ai sensi della direttiva 2009/65/CE (Organismi d’investimento collettivo in valori mobiliari - OICVM). I fondi UCITS, costituiti come società di investimento (Sicav) o come fondo di investimento (FCP), possono essere commercializzati in tutto il territorio dell’Unione Europea, e sottoscritti da tutte le categorie di investitori (istituzionali, qualificati e *retail*).

Quanto al primo criterio, esso riguarda la selezione degli strumenti da inserire in portafoglio scadenzati secondo un sistema di soglie percentuali di investimento; si prevede, infatti, che almeno il 70% del valore patrimoniale del portafoglio debba essere investito in “attività economiche verdi”. Per le azioni detenute in portafoglio, almeno il 90% deve essere riconducibile a un numero di emittenti con fatturato costituito per almeno il 50% da “attività verdi”, secondo la definizione del Regolamento tassonomia. Per le obbligazioni, invece, almeno il 70% del valore di tutte le obbligazioni comprese nel portafoglio devono essere totalmente conformi al *Green Bond Standard* dell’Unione Europea (EU GBS)⁴⁶. Per concludere, a livello nazionale si rappresenta che i lavori relativi all’Ecolabel sono seguiti dal Ministero dell’Ambiente che partecipa ai *meeting* a livello europeo e che si occupa di coinvolgere emittenti, gestori, intermediari ed associazioni di categoria al fine di raccogliere indicazioni utili da riportare nelle successive fasi del processo di definizione dei criteri.

7. *Altre modifiche di framework conferenti con il Piano d’azione.*

Oltre agli atti normativi previsti dal Piano di azione sulla finanza sostenibile, il nuovo approccio determina di necessità una serie di “aggiustamenti” su diversi atti normativi, quali in primo luogo il Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica i Regolamenti istitutivi delle Autorità di vigilanza europee⁴⁷, il Regolamento EUVECA, EUSEF e ELTIF, il Regolamento MiFIR, Regolamento (UE) 2017/1129 c.d. “Regolamento Prospetto” e Regolamento delegato (UE) 2019/980, la Direttiva 2013/36/UE e il Regolamento (UE) 575/2013 relative alla CRD IV e CRR, nonché il Regolamento (UE) 2019/1238 c.d. “PEPP-prodotti pensionistici individuali paneuropei” e sulla Direttiva (UE) 2017/828 la c.d. “*Shareholders Right*”.

In tal senso, le correzioni proposte nel Regolamento di modifica dei Regolamenti istitutivi delle Autorità di vigilanza europee prendono atto che il sistema

⁴⁶ Il Piano di azione prevede che il TEG, nell’ambito delle misure volte a creare norme e marchi per i prodotti finanziari sostenibili, pubblichi un rapporto sulla definizione di uno standard europeo sui green bond (EU-GBS), pubblicato poi a giugno 2019. Il Report “EU Green Bond Standard” propone alla Commissione uno standard per le obbligazioni verdi a cui qualunque emittente bond o altri strumenti di debito può aderire su base volontaria. Per tale via, qualunque strumento di debito emesso da un emittente (dell’Unione o meno) potrà essere classificato come EU Green Bond nel momento in cui risulti allineato agli EU-GBS.

⁴⁷ Si tratta in particolare dei regolamenti (UE) n. 1093/2010, che istituisce l’Autorità bancaria europea (EBA), n. 1094/2010 che istituisce l’Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali (EIOPA), n. 1095/2010 che istituisce l’Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA), n. 1092/2010 relativo alla vigilanza macroprudenziale del sistema finanziario nell’Unione europea e che istituisce il Comitato europeo per il rischio sistemico (CERS).

finanziario si faccia carico delle sfide della sostenibilità e segnalano l'obiettivo generale della sostenibilità in aggiunta agli obiettivi già previsti di rafforzare la stabilità e l'efficacia del sistema finanziario in tutta l'Unione Europea e di migliorare la tutela dei consumatori e degli investitori⁴⁸. Ciò significa per le autorità vigilanti l'onere di contribuire ad individuare e segnalare i rischi che i fattori ambientali, sociali e di *governance* comportano per la stabilità finanziaria e, in quanto autorità con vasta conoscenza del settore finanziario, di fornire orientamenti su come integrare efficacemente le considerazioni relative alla sostenibilità nella pertinente normativa finanziaria dell'UE e promuoverne l'attuazione coerente al momento dell'adozione.

In conclusione, alla luce di quanto sopra, è fatto carico alle autorità europee, di attivarsi concretamente non solo per garantire una accezione normativa e regolamentazione che permetta un'applicazione uniforme dei fattori ESG da parte di tutti i soggetti che ne facciano uso, ma direi di operare affinché la c.d. finanza sostenibile e gli investimenti socialmente responsabili possano diffondersi ed ottenere sempre maggior applicazione. Ciò, come detto, proprio nel rispetto dell'ambiente, ma anche delle dimensioni sociale e di *governance*, non più ignorabili nello svolgimento di un'attività economica necessariamente responsabile e produttiva di risultati nel lungo termine.

Le modifiche al "Regolamento Prospetto" (ed al Regolamento delegato) consistono essenzialmente nell'integrazione, nel set informativo relativo alle offerte di prodotti finanziari di soggetti ad obbligo di prospetto, dei rischi di tipo ambientale, sociale e di governo societario, quando essi stessi possono costituire rischi specifici e significativi per l'emittente ed i suoi titoli; in particolare, la descrizione della strategia e degli obiettivi aziendali dell'emittente deve prendere in considerazione le sfide e le prospettive future dell'emittente, nella misura necessaria alla comprensione dell'andamento, dei risultati dell'emittente o della sua situazione, con indicatori chiave di prestazione sia finanziari che, se del caso, non finanziari pertinenti per l'attività specifica dell'emittente.

Più incisive, invece, le modifiche al Regolamento (UE) 2019/1238 c.d. PEPP (sui prodotti pensionistici individuali paneuropei) pubblicato lo scorso 25 luglio 2019, che, come noto, stabilisce norme uniformi in materia di registrazione, creazione, distribuzione e vigilanza dei prodotti pensionistici individuali distribuiti nell'Unione sancisce sono essenziali per la stabilità dell'Unione nel suo complesso. Le modifiche partono dalla considerazione che, in primo luogo, sia l'adeguatezza del reddito che la sostenibilità finanziaria (parte aggiunta, n.d.r.) dei sistemi pensionistici nazionali sono essenziali per la stabilità dell'Unione nel

⁴⁸ Considerando 1, 8 e 9 del Regolamento, nonché agli articoli 1, 2 e 3 del Regolamento.

suo complesso⁴⁹ e che i risparmi in PEPP dovrebbero essere investiti tenendo «conto dei fattori ESG come quelli di cui agli obiettivi dell'Unione in materia di clima e sostenibilità quali definiti nell'accordo di Parigi sui cambiamenti climatici (accordo di Parigi), negli obiettivi di sviluppo sostenibile e nei principi guida delle Nazioni Unite su imprese e diritti umani»⁵⁰. Di tal guisa, «il PEPP rappresenterà un passo avanti per il miglioramento dell'integrazione dei mercati dei capitali, grazie al suo sostegno al finanziamento a lungo termine dell'economia reale, tenendo conto del carattere pensionistico a lungo termine del prodotto e della sostenibilità degli investimenti»⁵¹. Da ciò se ne ricava che la «creazione di un prodotto pensionistico individuale che avrà un carattere pensionistico a lungo termine» dovrà tenere conto «dei fattori ambientali, sociali e di governance (fattori ESG) di cui ai principi per l'investimento responsabile sostenuti dalle Nazioni Unite»⁵². Pertanto, atteso che il prodotto pensionistico individuale ha natura di investimenti di lungo termine, si prevede che: «i fornitori di PEPP siano incoraggiati ad allocare una parte sufficiente del loro portafoglio di attività in investimenti sostenibili nell'economia reale, con benefici economici a lungo termine».⁵³

Tali indicazioni, peraltro, impattano anche sul livello meramente informativo; In effetti, il KIID⁵⁴ dovrà esplicitare informazioni sul rendimento degli inve-

⁴⁹ Considerando 4: «Una parte sostanziale delle pensioni di vecchiaia è erogata nell'ambito di regimi pubblici. Ferma restando la competenza nazionale esclusiva per quanto concerne l'organizzazione dei sistemi pensionistici, come stabilito dai trattati, l'adeguatezza del reddito e la sostenibilità finanziaria dei sistemi pensionistici nazionali sono essenziali per la stabilità dell'Unione nel suo complesso».

⁵⁰ Considerando 51: «Dato che gli investimenti relativi ai prodotti pensionistici individuali sono di lungo termine, è opportuno prestare un'attenzione particolare alle conseguenze a lungo termine dell'allocazione delle attività. In particolare è opportuno tenere conto dei fattori ESG. I risparmi in PEPP dovrebbero essere investiti tenendo conto dei fattori ESG come quelli di cui agli obiettivi dell'Unione in materia di clima e sostenibilità quali definiti nell'accordo di Parigi sui cambiamenti climatici (accordo di Parigi), negli obiettivi di sviluppo sostenibile e nei principi guida delle Nazioni Unite su imprese e diritti umani».

⁵¹ Considerando 11: «L'Unione dei mercati dei capitali contribuirà a mobilitare capitali in Europa e a convogliarli verso tutte le imprese, comprese le piccole e medie imprese, le infrastrutture e i progetti sostenibili a lungo termine, che ne hanno bisogno per espandersi e creare posti di lavoro. [...] A tale fine, il PEPP rappresenterà un passo avanti per il miglioramento dell'integrazione dei mercati dei capitali, grazie al suo sostegno al finanziamento a lungo termine dell'economia reale, tenendo conto del carattere pensionistico a lungo termine del prodotto e della sostenibilità degli investimenti».

⁵² Considerando 8: «Il presente regolamento consente la creazione di un prodotto pensionistico individuale che avrà un carattere pensionistico a lungo termine e terrà conto dei fattori ambientali, sociali e di governance (fattori ESG) di cui ai principi per l'investimento responsabile sostenuti dalle Nazioni Unite, per quanto possibile, sarà semplice, sicuro, a prezzi ragionevoli, trasparente, favorevole ai consumatori e portabile a livello di Unione e integrerà i sistemi esistenti negli Stati membri».

⁵³ Considerando 49: «Considerando la natura a lungo termine delle loro passività, i fornitori di PEPP sono incoraggiati ad allocare una parte sufficiente del loro portafoglio di attività in investimenti sostenibili nell'economia reale, con benefici economici a lungo termine, in particolare in progetti e società nel settore delle infrastrutture».

⁵⁴ Il KIID, ossia *Key Information Document*, è un documento che affianca l'offerta di qualsiasi fondo comune commercializzato in Europa e che sintetizza le informazioni più rilevanti per un investitore riguardo ad un fondo di investimento. Insieme al prospetto, il KIID viene presentato come allegato della documentazione

stimenti in relazione ai fattori ESG (se disponibili), il prospetto dovrà illustrare la politica di investimento relativa ai fattori ESG ed indicare come reperire informazioni supplementari e, per tutta la durata del contratto, i risparmiatori dovranno essere informati tempestivamente del modo in cui la politica di investimento tiene conto dei fattori ESG.

Anche la Direttiva (UE) 2017/828 la c.d. “*Shareholders Right*”, che a seguito dell’adozione in data 3 settembre 2018 del Regolamento di esecuzione (CE) 2018/1212, va recepita entro il 3 settembre 2020, prevede disposizioni connesse alla sostenibilità. In effetti, essa si rivolge le società ammesse alla negoziazione in un mercato regolamentato, ed l’oggetto relativo ai principi d’identificazione degli azionisti, di trasparenza degli investitori istituzionali, dei gestori di attivi e dei consulenti in materia di voto, nonché coinvolgimento dei soci nella definizione delle politiche di remunerazione e di trasparenza e controllo da parte degli azionisti sulle operazioni con parti correlate, impone la comunicazione delle informazioni attinenti la politica aziendale e, dunque, anche con riferimento alla sostenibilità delle attività poste in essere. In tal senso, i Considerando 29⁵⁵, 20⁵⁶ e 22⁵⁷, nonché gli articoli 9 bis “diritto di voto sulla politica di remunerazione”, e all’art. 3-*octies*, paragrafo 1, art. 3-*nonies*, paragrafo 2 e, sempre art. 3-*decies*, paragrafo 1.

8. *Conclusion*

La crescita economica è per definizione espansione del prodotto dell’attività umana, e per svolgere tale attività, oltre al contributo dell’uomo, occorrono evidentemente risorse, come che il capitale possono essere riprodotte, ma anche risorse naturali e ambientali che, al contrario, sono per loro natura limitate. Ciò pone di fronte l’uomo, ad uno dei più rilevanti e discussi problemi del nostro tem-

che viene inoltrata alla Consob e ha una natura precontrattuale. Il KIID ed il prospetto sono molto importanti per gli investitori, perché permettono a quest’ultimi di poter comprendere ragionevolmente la natura e rischi dell’investimento proposto, e di conseguenza, effettuare una scelta consapevole.

⁵⁵ Considerando 29: «La politica di remunerazione dovrebbe contribuire alla strategia aziendale, agli interessi a lungo termine e alla sostenibilità della società e non dipendere in tutto o in parte da obiettivi a breve termine. I risultati degli amministratori dovrebbero essere valutati utilizzando criteri sia finanziari sia non finanziari, inclusi, ove del caso, fattori ambientali, sociali e di governo».

⁵⁶ Considerando 20: «stabilisce che i gestori degli attivi forniscano sufficienti informazioni all’investitore istituzionale al fine di consentirgli di valutare “se e in che modo il gestore agisce nell’interesse superiore a lungo termine dell’investitore e se il gestore degli attivi attua una strategia che permette un efficiente impegno degli azionisti [...]”. Tale comunicazione dovrebbe comprendere la relazione sui principali rischi materiali a medio e lungo termine associati agli investimenti del portafoglio, incluse le questioni di governo societario e altri rischi a medio e lungo termine».

⁵⁷ Considerando 22: «Il gestore di attivi dovrebbe inoltre informare l’investitore istituzionale se il gestore di attivi adotti decisioni di investimento sulla base di una valutazione dei risultati a medio e lungo termine della società partecipata, compresi i risultati non finanziari, e in caso affermativo secondo quali modalità».

po, ovvero, la possibilità che la crescita economica possa procedere senza erodere in maniera indiscriminata lo *stock* di risorse naturali ma anche senza deteriorare la qualità dell'ambiente naturale. I fatti ci mostrano, tuttavia, come il modello di crescita è caratterizzato da un sistema di crescita incessante ed esponenziale e tale da non ammettere rallentamenti. Come la recente e, purtroppo, ancora in atto crisi pandemica ha dimostrato un rallentamento, infatti, produce una situazione di crisi.

Tuttavia, si deve necessariamente fare i conti coi limiti del pianeta, con la finitezza della biosfera⁵⁸.

Come evidenziato da Herman Daly, uno dei maggiori economisti ambientali, «l'economia è un sottoinsieme della biosfera finita che la supporta. Quando l'espansione dell'economia preme con troppa intensità sull'ecosistema circostante, si comincia a sacrificare capitale naturale (come pesce, minerali, combustibili fossili...) che vale più del capitale artificiale (strade, industrie e strumenti) raggiunto con la crescita. Un eccessivo sfruttamento delle risorse da un lato e la considerazione dell'ambiente quale sversatolo dei rifiuti della produzione dall'altro, crea una crescita "diseconomica" (cioè non si verifica un effettivo miglioramento del benessere sociale e della qualità di vita delle persone) la quale crescita diseconomica produce mali più rapidamente che beni rendendoci più poveri invece che più ricchi. Una volta superata la scala ottimale, la crescita diviene insostenibile da mantenere nel lungo periodo».

Pertanto, le iniziative in corso, anche con i limiti e le incoerenze evidenziate, rappresentano un passo indispensabile per un ripensamento necessitato dell'attuale modello di sviluppo, e necessitano di più attenzione da parte della comunità scientifica che, invece, sembra maggiormente essere attratta da altre pur importanti questioni.

⁵⁸ Si richiamano in merito i lavori di Mathis Wackernagel ed i suoi collaboratori (D. e D. Meadows, 2006) qualche anno fa hanno misurato la c.d. impronta ecologica dell'umanità e l'hanno messa a confronto con la capacità dell'ambiente di riprodursi inalterato. L'impronta ecologica è definita come la porzione di superficie terrestre che occorrerebbe per produrre le risorse (cereali, foraggio, legname, pesce e superficie urbana) e per assorbire le emissioni (diossido di carbonio) della popolazione globale. Il carico del pianeta evidenziando come il consumo di risorse da parte dell'umanità, messo a confronto con la superficie disponibile, oltrepassa, dagli anni '80 sino ad oggi la capacità di carico globale di circa il 20%.

Il Piano d'azione europeo sulla finanza sostenibile: il punto sullo stato di realizzazione

Il mercato dei *green bond* è in crescita a livello globale da oltre un decennio. Parallelamente alle obbligazioni verdi, si stanno diffondendo nuove tipologie di strumenti come i *sustainable bond*, i *social bond* ed i *transition bond* che, in modalità diversa, contribuiranno al raggiungimento degli SDGs delle Nazioni Unite. Tuttavia, la sfida per un *green new deal* impone un percorso lungo ed articolato. L'articolo affronta il dibattito europeo, facendo il punto sul quadro normativo, senz'altro in evoluzione, ma che denota la convinzione che gli investimenti sostenibili possono fungere da fattori trainanti per la crescita del mercato finanziario stesso e certificano, peraltro, l'impegno dell'Unione per affrontare le emergenze climatiche anche sotto l'aspetto delle opportunità offerte dal mercato finanziario.

The European Action Plan on Sustainable Finance: the state of play

The green bond market has been growing globally for more than a decade. In parallel to green bonds, new types of instruments such as sustainable bonds, social bonds and transition bonds are emerging which, in different ways, will contribute to the achievement of the UN's SDGs. However, the challenge for a green new deal requires a long and articulated process. The article deals with the European debate, taking stock of the regulatory framework, which is undoubtedly evolving, but which denotes the conviction that sustainable investments can act as driving factors for the growth of the financial market itself and certify, moreover, the Union's commitment to tackling the climate emergency also from the point of view of the opportunities offered by the financial market.

La pratica del *deaccessioning*. Una comparazione tra l'ordinamento italiano e l'ordinamento inglese

Costanza Gallo

SOMMARIO: 1. La pratica del *deaccessioning*: origine e definizione. – 2. Il *deaccessioning* negli Stati Uniti. Brevi cenni. – 2.1. Il *deaccessioning* durante l'emergenza *Covid-19*. – 3. *Deaccessioning* in Europa: Regno Unito e Italia. – 3.1. Il quadro inglese. – 3.2. Il quadro normativo italiano. – 4. Conclusioni.

1. *La pratica del deaccessioning: origine e definizione*

Per affrontare il tema del *deaccessioning*, è di sicuro interesse prendere le mosse dalla vicenda che nel 2018 ha coinvolto il *Baltimore Museum of Art*. In quel caso, il direttore del BMA Christopher Bedford decise di vendere dipinti di Warhol, Rauschenberg e Kline per poter acquistare opere d'arte contemporanea di artiste donne o artisti di colore. Partendo dal presupposto che la collezione del BMA, e più in generale le collezioni dei musei mondiali, sono prevalentemente composte da opere di artisti maschi bianchi, Bedford voleva lanciare un segnale forte, a maggior ragione in una città in cui il 64% dei cittadini è di colore; affidando la vendita a *Sotheby's* a New York nel maggio 2018, aveva infatti dichiarato «aspiriamo ad essere una migliore rappresentazione della nostra comunità¹». Il ricavato è stato poi effettivamente investito negli acquisti prefissati.

È questo sicuramente uno dei casi più significativi di *deaccessioning*. Con tale termine, evidentemente opposto a quello di *accessioning*, con cui si indica l'ingresso di nuove opere all'interno della collezione, si fa riferimento alla controversa pratica di gestione museale², che consiste nella rimozione permanente di un

¹ A. Greenberger, *After Selling Holdings for Sake of Diversity, Baltimore Museum of Art Acquires Work by Jack Whitten, Amy Sherald, and More*, 26 giugno 2018, <http://www.artnews.com/2018/06/26/selling-holdings-sake-diversity-baltimore-museum-art-acquires-work-jack-whitten-amy-sherald/>.

² Relativamente alla pratica del *deaccessioning* vedi: A. Pizzi, *Alcune considerazioni in materia di deaccessioning delle collezioni dei musei; writing e diritto d'autore; restauro dell'arte contemporanea* in G. Ajani, A. Dona-

oggetto dalla collezione del museo e nel suo successivo “disposal”, per trasferirne la proprietà ad altro soggetto, pubblico o privato.

Si è cominciato a parlare di questa pratica nel 1972, quando il termine è apparso per la prima volta sul New York Times in un articolo³ in cui veniva raccontata la vendita da parte del *Metropolitan Museum of Art* di New York di una serie di dipinti della collezione di arte moderna di autori quali Manet, Cézanne, Moore, Gauguin, Picasso, il cui ricavato venne poi investito nell’acquisto del “Ritratto di Juan de Pareja” di Velázquez.

Il quotidiano newyorkese criticò duramente questa scelta, sostenendo che i musei sono «depositi di cose preziose» e non «mercati di scambio di azioni finanziarie» e descrivendo il *deaccessioning* come «*the polite term for 'sold'*», il termine educato per indicare la vendita. La critica più pesante che venne mossa al museo fu quella di non rispettare la volontà dei donatori, infatti la maggior parte dei quadri venduti era stata donata al museo da importanti collezionisti.

Per far luce su questa vicenda venne aperta un’inchiesta giudiziaria sul *modus operandi* del *Metropolitan Museum of Art* al termine della quale il Procuratore Generale dello Stato di New York prescrisse una serie di buone pratiche, tuttora utilizzate, che il museo avrebbe dovuto rispettare durante le procedure di vendita, tra cui quella di riportare nel *report* annuale il ricavato delle vendite ed elencare ogni oggetto “deaccessionato” il cui valore superasse i 5.000 \$. Tali oggetti dovevano essere venduti tramite asta e doveva essere data pubblica notizia della vendita nel caso in cui l’opera fosse stata esposta al pubblico nei 10 anni precedenti⁴.

La vicenda del *Metropolitan Museum of Art* spinse il sistema museale internazionale a riflettere sulla necessità di regolare il *deaccessioning* attraverso modalità che permettessero ai musei un utilizzo corretto e limpido di questa pratica. A partire dagli anni '70 infatti il dibattito su questo tema si intensificò portando le associazioni museali a creare *best practices* sulla corretta gestione museale che avrebbero dovuto essere seguite da tutti gli associati.

ti (a cura di), *I diritti dell'arte contemporanea*, Torino, 2011, 127; P. Davies, *Museums and the disposal debate*, Edinburgh, 2011; C. Burgess; R. Shane, *Deaccessioning: a policy perspective*, *The Journal of Arts Management, Law and Society*, vol. 41 (3), 2011, 170-185; J. O'hagan, *Art museums: collections, deaccessioning and donations*, *Journal of cultural economics*, vol. 10 (3), 245-253; R. Harrison, *Forgetting to remember, remembering to forget: late modern heritage practices, sustainability and the “crisis” of accumulation of the past*, *International Journal of Heritage Studies*, vol. 19 (6), 2013, 579-595; R. Fry, *Art and commerce*, *Journal of cultural economics*, Vol. 22 (1), 1998, 49-59; M. Vecco, M. Piazzai, *Deaccessioning of museum collections: What do we know and where do we stand in Europe?*, *Journal of Cultural Heritage* (2014); M. Gammon, *Deaccessioning and Its Discontents. A Critical History*, *The MIT press*, 2018.

³ J. Canaday, *Very quiet and very dangerous*, 27-02-1972, https://www.nytimes.com/1972/02/27/archives/very-quiet-and-very-dangerous.html?_r=0.

⁴ R. Pogrebin, *The Permanent Collection May Not Be So Permanent*, 26-01-2011, www.nytimes.com/2011/01/27/arts/design/27sell.html.

Oggi la fonte più autorevole in materia è il *Code of Ethics* dell'ICOM, *l'International Council of Museums*⁵, adottato nel 1986, modificato nel 2004 e tradotto in 38 lingue.

Come definito nella sua introduzione, il Codice Etico è «uno strumento di autoregolamentazione professionale», contenente linee guida che hanno l'obiettivo di individuare standard minimi «di pratica e condotta» che possano essere adottati dai professionisti museali in tutto il mondo. Il codice è nato infatti dalla volontà dell'ICOM di riunire in un unico testo «principi generalmente accettati dalla comunità museale internazionale» perché fungano da riferimento nella stesura di codici deontologici nazionali e specialistici⁶. Trattandosi di un codice etico non è legalmente vincolante e quindi la violazione dei suoi principi non è giuridicamente sanzionabile. Il suo rispetto è vincolante per i soggetti membri dell'ICOM dal momento che aderendo all'organizzazione «ogni suo membro si impegna a rispettarlo». Il Codice però non approfondisce quale tipo di conseguenza sanzionatoria sia posta in essere se le sue norme non vengono rispettate.

All' art. 2, dal comma 12 al comma 17, del Codice Etico si trovano i principi di riferimento in materia di «alienazione di collezioni».

L'art. 2, comma 13, stabilisce che «l'alienazione di un oggetto o esemplare da una collezione museale deve avvenire solo a condizione che siano stati attentamente considerati la rilevanza del bene, la sua natura (rinnovabile o meno), lo *status* giuridico e il danno che tale de-accessione può comportare alla funzione di pubblico servizio del museo». A decidere deve essere l'organo dirigente del museo, coadiuvato dal direttore e dai curatori⁷. Il ricavato della vendita può essere usato unicamente «a beneficio delle collezioni, di norma per l'incremento delle collezioni stesse», dal momento che queste «sono costituite a fini di pubblico interesse e non possono essere considerate fonte di reddito»⁸. Non possono acquistare i beni messi in vendita né il personale del museo, né i membri della dirigenza e le loro famiglie. Inoltre, la vendita del bene a un privato può essere effettuata solo dopo averlo offerto prima a un museo il quale ha dichiarato di non essere interessato al bene⁹. L'art. 2, comma 15 afferma inoltre che ogni museo è «tenuto ad avere una politica che definisca i metodi autorizzati per procedere all'alienazione permanente di un oggetto dalle collezioni».

⁵ *L'International Council of Museums* (ICOM) è un'organizzazione non governativa con sede a Parigi, l'unica che rappresenta a livello internazionale i musei e i professionisti del settore. Il suo principale scopo è promuovere la conoscenza e la tutela del patrimonio museale e culturale mondiale stabilendo standard professionali e principi etici per i musei.

⁶ ICOM, *Code of Ethic*, 2, https://icom.museum/wp-content/uploads/2018/07/code_italian.pdf.

⁷ Art. 2 comma 14, ICOM, *Code of Ethic*, *op. cit.*

⁸ Art. 2 comma 16, ICOM, *Code of Ethic*, *op. cit.*

⁹ Art. 2.17-2.15, ICOM, *Code of Ethic*, *op. cit.*

2. *Il deaccessioning negli Stati Uniti. Brevi cenni*

Negli Stati Uniti la pratica del *deaccessioning* è utilizzata maggiormente che in Europa, principalmente per due motivi, uno curatoriale e l'altro finanziario.

Va in primo luogo osservato che i musei americani sono nati tra la fine del 1800 e l'inizio del 1900 dalla volontà di individui privati che, per accrescere rapidamente le proprie collezioni, hanno accettato ingenti donazioni di oggetti senza basarsi su un reale criterio di acquisizione e selezione, trovandosi ad accumulare negli anni pezzi totalmente scollegati tra loro. Da qui l'esigenza di utilizzare la pratica del *deaccessioning* a scopo curatoriale, per razionalizzare la collezione e crearne una caratteristica e coerente¹⁰.

In secondo luogo, negli Stati Uniti prevale ancora oggi il modello di museo come istituzione privata, che non percepisce sussidi da parte dello Stato e, dunque, deve auto-finanziarsi, ricorrendo anche a strumenti quali il *deaccessioning* di opere.

È significativa la definizione di *deaccessioning* che viene data dall'*Association of Art Museum Directors* (AAMD) – formata dai direttori dei musei di USA, Canada e Messico – nell'art.IA della "*Policy on deaccessioning*" del 2010, modificata nel 2015: «Deaccessioning is a legitimate part of the formation and care of collections and, if practiced, should be done in order to refine and improve the quality and appropriateness of the collections, the better to serve the museum's mission»¹¹. L'AAMD, attraverso questo *statement*, dà una connotazione positiva del *deaccessioning* interpretandolo quale strumento capace di migliorare la qualità e l'organicità della collezione, nell'ottica di perseguire la missione del museo. La dettagliata regolamentazione di questa pratica è contenuta nella citata *policy* dell'AAMD, che si basa sul "Code of Ethics for Museums" del 1993, modificato nel 2000, dell'*American Alliance Museums* (AAM)¹², l'associazione che riunisce i musei americani¹³. In linea con le prescrizioni del *Code of Ethics* dell'ICOM, il *Code of Ethics* della AAM stabilisce che la dismissione di un oggetto può essere autorizzata solo se ne deriva il «progresso della missione del museo» e i proventi devono essere utilizzati esclusivamente per implementare la collezione esisten-

¹⁰ M.E. Kociscak, *Art museum deaccessioning: conflict between museum professionals, donor intent, the public, and living artists*, 2013, *Electronic Theses and Dissertations*, 4.

¹¹ Association of Art Museum Directors, *Policy on Deaccessioning*, https://aamd.org/sites/default/files/document/AAMD%20Policy%20on%20Deaccessioning%20website_0.pdf.

¹² American Alliance Museums, <https://www.aam-us.org/programs/ethics-standards-and-professional-practices/code-of-ethics-for-museums/>.

¹³ Le due associazioni museali americane si differenziano nel seguente modo: l'AAMD, fondata nel 1916, è composta dai direttori di musei esclusivamente d'arte e conta oggi 227 membri tra USA, Canada e Messico. L'AAM, fondata nel 1906, invece rappresenta i musei statunitensi di ogni genere e tipo (musei di scienza, d'arte, per bambini, acquari, zoo, case museo...) e tutti i livelli del personale museale. La maggior ampiezza di interessi tutelati dall'AAM fa sì che sia un'associazione più grande e strutturata rispetto all'AAMD.

te o per investimenti relativi alla sua conservazione¹⁴. La *Policy on Deaccessioning* dell'AAMD entra più nel dettaglio, affermando che «i fondi ottenuti dalla vendita di un oggetto deaccessionato possono essere utilizzati esclusivamente per l'acquisto di nuove opere»¹⁵. Vengono anche indicati quali debbano essere i metodi di dismissione: cessione ad un'istituzione pubblica, vendita ad un'asta pubblica o attraverso un dealer di consolidata reputazione o scambio con un'altra opera dello stesso artista, se vivente¹⁶.

La *Policy on Deaccessioning* e il *Code of Ethics* sono le fonti più autorevoli sulla materia nel sistema museale statunitense. Si tratta di una serie di buone pratiche, che gli iscritti alle organizzazioni si impegnano a seguire nel momento in cui decidono di aderirvi. Nel caso in cui un museo membro non rispetti il processo di *deaccessioning* illustrato nella *Policy on Deaccessioning*, vengono poste in essere delle sanzioni, non vincolanti giuridicamente dal momento che si tratta di strumenti di *soft law*, ma con un forte impatto sull'attività del museo.

L'art. VIII del documento elenca i quattro gradi di sanzioni che possono essere applicati dal *Board* dell'AADM: richiamo ufficiale, sospensione della *membership* per un periodo di tempo limitato, espulsione dall'AADM per cinque anni a seguito dei quali il soggetto può richiedere l'iscrizione e infine la sanzione, cioè la sospensione dei prestiti e delle mostre in collaborazione con le altre istituzioni delle quali i direttori sono membri dell'AAMD.

Subire una di queste azioni disciplinari per un museo americano è un fatto molto grave che incide sulla reputazione del museo e compromette donazioni e finanziamenti privati su cui questi musei si fondano. A tal proposito è esemplificativo il caso del *National Academy Museum* di New York. Nel 2008 il museo newyorkese vendette ad una fondazione privata due dipinti della propria collezione, "Scene on the Magdalene" di Frederic Edwin Church del 1858 e "Mount Mansfield, Vermont" di Sanford Robinson Gifford del 1859, per la cifra di 13.5 milioni di dollari. Il ricavato della vendita doveva servire a fronteggiare la grave crisi finanziaria che il museo stava attraversando e ad evitare di dover vendere i propri edifici situati nella prestigiosa *Fifth Avenue's Museum Mile*. Come visto in precedenza, tuttavia, la *Policy on Deaccessioning* dell'AAMD afferma che il ricavato delle vendite deve essere investito esclusivamente nell'acquisto di nuove opere;

¹⁴ American Alliance Museums, <https://www.aam-us.org/programs/ethics-standards-and-professional-practices/code-of-ethics-for-museums/>.

¹⁵ Art. I. B, Association of Art Museum Directors, *Policy on Deaccessioning*, https://aamd.org/sites/default/files/document/AAMD%20Policy%20on%20Deaccessioning%20website_0.pdf.

¹⁶ Association of Art Museum Directors, *Policy on Deaccessioning*, https://aamd.org/sites/default/files/document/AAMD%20Policy%20on%20Deaccessioning%20website_0.pdf.

il *National Academy Museum* aveva evidentemente violato questa regola e, pertanto, venne sanzionato dall'AAMD¹⁷.

2.1. *Il deaccessioning durante l'emergenza Covid-19*

L'enorme crisi economica che il mondo della cultura sta affrontando oggi a causa della pandemia *Covid-19* ha spinto i musei americani a considerare la pratica del *deaccessioning* tra gli strumenti utili a generare entrate. L'*Association of Art Museum Directors* ha infatti approvato ad aprile 2020 due risoluzioni¹⁸ che alleggeriscono le rigide regole delle sue *policies* per consentire nei prossimi due anni una maggiore flessibilità finanziaria ai musei che stanno vivendo un'incertezza senza precedenti causata dalla chiusura prolungata dell'attività, dal ridotto flusso di visitatori e dalla sospensione del *fundraising*¹⁹.

Con la prima risoluzione l'AAMD si impegna nei prossimi due anni a non sanzionare i musei che decideranno di usare per spese di gestione, come ad esempio gli stipendi dei dipendenti, i proventi degli *endowment funds*²⁰, dei *trust*²¹ o delle donazioni ricevute. Tra le azioni permesse in questo campo, quella più significativa riguarda i ricavi originati dagli investimenti delle cifre ottenute dal *deaccessioning*. Si tratta infatti di un'affermazione dirompente, soprattutto se proveniente da una delle associazioni museali più autorevoli al mondo, che capovolge uno

¹⁷ A.E. Strong, *Deaccessioning: A Pragmatic Approach*, 24 *J. L. & Pol'y*, 2016, 242.

¹⁸ AAMD April 2020 *COVID-19 Emergency Resolution*, <https://aamd.org/for-the-media/press-release/aamd-board-of-trustees-approves-resolution-to-provide-additional>.

¹⁹ S. Smee, *This is how bad things are for museums: They now have a green light to sell off their art*, 30 aprile 2020, in https://www.washingtonpost.com/entertainment/museums/this-is-how-bad-things-are-for-museums-they-now-have-a-green-light-to-sell-off-their-art/2020/04/29/b5492a5e-899e-11ea-8ac1-bfb-250876b7a_story.html; G. Giardini, *I direttori dei musei Usa ammettono la vendita delle collezioni permanenti*, 7 maggio 2020, https://www.ilssole24ore.com/art/i-direttori-musei-usa-ammettono-vendita-collezioni-permanenti-ADbzUnO?refresh_ce=1; D. Zaretsky, *To Keep the Industry Alive, the AAMD Should Permanently Give Museums Freer Rein to Sell Work*, 27 aprile 2020, <https://www.artnews.com/art-news/news/aamd-guidelines-deaccessioning-op-ed-1202684952/>; N. Kenney, *AAMD loosens rules for museums seeking to divert income amid coronavirus crisis*, 15 aprile 2020, <https://www.theartnewspaper.com/news/aamd-loosens-rules-for-museums-that-look-to-divert-income-in-response-to-coronavirus-crisis>.

²⁰ L'*endowment fund* è un fondo, solitamente associato a entità *no-profit* il cui capitale è costituito da donazioni e non prevede un ritorno economico per gli investitori. Il capitale viene investito in attività finalizzate allo sviluppo e alla sostenibilità delle entità associate.

²¹ Il *Trust* è un istituto di *equity* in cui la proprietà della cosa è dissociata dal controllo sulla stessa. In estrema sintesi lo schema del *Trust* può essere: un *settlor* trasferisce beni o diritti a un *trustee* con il patto che questi li amministrerà nell'interesse di un *beneficiary* oppure per il perseguimento di uno scopo. La peculiarità sta nel fatto che il diritto sul bene costituito in *trust* è dissociato in *legal title*, appartenente al *trustee* e *equitable interest* che è allocato al *beneficiary*. Il soggetto che dispone il *Trust*, il *settlor*, può indirizzarne l'attività attraverso la *Letter of Wishes*. Da U. Mattei, *La Proprietà*, Torino, 2015, 256.

dei capisaldi della regolamentazione del *deaccessioning*, ovvero il divieto assoluto di utilizzare questa pratica per finanziare spese di gestione, anche in periodi di crisi.

Con una svolta senza precedenti, l'AAMD afferma, attraverso la seconda risoluzione, che i musei possono utilizzare legittimamente i proventi della vendita delle opere museali per le spese legate alla “*direct care*” delle collezioni, derogando così all' art. I.B della “*Policy on Deaccessioning*” che, come visto in precedenza, delimita l'utilizzo del ricavato all'acquisto di nuove opere²².

Quali attività rientrino nella “*direct care*” deve essere stabilito da ciascun museo all'interno di apposite linee guida approvate dal proprio *board* e pubblicamente accessibili, basandosi sulla definizione che ne viene data nel documento “*Direct Care of Collections: Ethics, Guidance and Recommendations*”, pubblicato dalla AAM nel 2016: «Direct care is an investment that enhances the life, usefulness or quality of a museum's collection»²³. Nonostante l'AAMD sottolinei che rimane fermo il principio per cui il ricavato delle attività di *deaccessioning* non può essere utilizzato per le generali spese di gestione e che tale “apertura” temporanea non rappresenta in alcun modo un incentivo alla vendita di opere d'arte, è evidente come il significato di “*direct care*” sia molto vago e suscettibile di svariate interpretazioni. Infatti quasi tutte le spese di un museo sono finalizzate, direttamente o indirettamente, alla “cura diretta” delle collezioni, dagli stipendi del personale ai costi di mantenimento della struttura.

Gli effetti di questa apertura da parte dell'AAMD sono stati immediati: a fare da apripista è stato il Brooklyn Museum vendendo a ottobre 2020 da Christie's per 6.6 milioni di dollari nove opere, tra cui lavori di Cranach, Courbet and Corot – che il museo ha deciso di cedere per sopravvivere alla crisi che lo ha colpito²⁴. Anne Pasternak, la direttrice del *Brooklyn Museum*, ha voluto sottolineare che il ricavato verrà utilizzato per la “*direct care*” della collezione, cioè ad esempio per la pulizia o per il trasporto delle opere d'arte, ma anche per coprire parte degli stipendi del personale coinvolto in queste attività di cura come i registrar, i curatori, i manager. Le opere che sono state oggetto di *deaccessioning*, afferma la direttrice, «are good examples of their kind but don't diminish our collections in their absence», sottolineando come la loro vendita non danneggi la collezione nel suo insieme, rispettando così quanto stabilito nei codici etici americani²⁵.

²² Art. I. B, Association of Art Museum Directors, *Policy on Deaccessioning*, https://aamd.org/sites/default/files/document/AAMD%20Policy%20on%20Deaccessioning%20website_0.pdf.

²³ American Alliance of Museums, *Direct Care of Collections: Ethics, Guidance and Recommendations*, 2019, 7, https://www.aam-us.org/wp-content/uploads/2018/01/Direct-Care-of-Collections_March-2019.pdf.

²⁴ A. Villa, *Deaccessioned Brooklyn Museum works sell for \$6.6 M. at Christie's*, in *Art News*, 15 ottobre 2020, <https://www.artnews.com/art-news/market/brooklyn-museum-deaccessioned-works-lucas-cranach-1234574087/>.

²⁵ R. Pogrebin, *Brooklyn Museum to Sell 12 Works as Pandemic Changes the Rules*, *The New York Times*, 16 settembre 2020, https://www.nytimes.com/2020/09/16/arts/design/brooklyn-museum-sale-christies-coronavirus.html?mc_cid=2711b8b44b&mc_eid=3fed0f1811.

Motivi analoghi stanno alla base della decisione del *Baltimore Museum* di affidare a Sotheby's la vendita di tre opere di Warhol, Marden e Still durante le sue aste di ottobre 2020, puntando a ricavare \$65 milioni. La scelta della vendita in questo caso, contrariamente a quella del Brooklyn Museum, è stata ritenuta inappropriata e fortemente criticata sia da diversi membri del museo sia dall'AAMD, tanto da costringere il museo a ritirare le opere dall'asta a poche ore dal suo inizio. Brent Benjamin, direttore dell'AAMD ha sottileato come «le collezioni non devono essere monetizzate se non in limitate ed eccezionali circostanze», ritenendo che la tentata vendita del Baltimore Museum non rientrasse in questi casi²⁶. Tra le istituzioni museali più importanti a riflettere sull'opportunità di ricorrere al deaccessioning agevolato dalle disposizioni dell'AADM c'è il *Metropolitan Museum of Art* di New York, il cui direttore Max Hollein afferma che «sarebbe inappropriato non considerare il deaccessioning in una situazione tanto incerta», lasciando intendere che potrebbe ricorrere a tale pratica per far fronte al potenziale deficit di \$150 milioni, conseguenza della pandemia in corso²⁷.

L'*endorsement* dell'AAMD costituisce sicuramente un precedente importante in materia di *deaccessioning* e fa riflettere sul fatto che in circostanze straordinarie, come il momento storico che stiamo vivendo, è forse necessario ripensare ai propri valori e compiere un bilanciamento di interessi in nome della salvaguardia dei musei stessi.

3. Deaccessioning in Europa: Regno Unito e Italia

In Europa il tema del *deaccessioning* è meno esplorato che negli Stati Uniti, ma la sua importanza è tale che è stato creato un *website*, *museumsanddeaccessioning.com*, con l'obiettivo di mostrare come il *deaccessioning* sia legalmente regolato in ogni paese della UE, monitorando costantemente le novità legislative e i casi concreti.

Questo progetto nasce a seguito di una dettagliata ricerca, "Deaccessioning and disposal in Europe 2008-2017. A research on possibilities and attitudes across the European Member States" a cura di Dieuwertje Wijsmuller, finanziata dal Mondriaan Fund, il fondo pubblico olandese per le arti visive e il patrimonio culturale²⁸.

²⁶ A. Greenber, *Baltimore Museum of Art Calls Off Controversial Deaccession Plan Hours Before Sale*, *Art News*, 28 ottobre 2020, <https://www.artnews.com/art-news/news/baltimore-museum-of-art-deaccession-called-off-sothebys-1234575295/>.

²⁷ R. Pogrebin, *Facing Deficit, Met Considers Selling Art to Help Pay the Bills*, *The New York Times*, 5 febbraio 2021, <https://www.nytimes.com/2021/02/05/arts/design/met-museum-considers-selling-art.html>.

²⁸ <https://www.museumsanddeaccessioning.com/deaccessioning-research/>.

La ricerca evidenzia come le tradizioni museali europee si possano dividere principalmente in due gruppi: quelle dei paesi con tradizione latina (principalmente Italia, Spagna, Grecia, Romania, Francia) e quelle dei paesi di tradizione anglosassone (Regno Unito, Olanda, Danimarca). Il primo gruppo ha come regola l'inalienabilità degli oggetti museali, di conseguenza il *deaccessioning* è una pratica giuridicamente vietata. Nei secondi, più pragmatici, il *deaccessioning* è accettato, il dibattito sull'argomento è vivo e si investe nella creazione di *guidelines* che regolino la materia²⁹. Questa diversità di approcci che fonda le sue radici anche nella contrapposta tradizione giuridica di *common law* e *civil law*, si può ricondurre al fatto che i musei anglosassoni sono generalmente “*visitor-oriented*”, cioè maggiormente focalizzati sulle mostre, mentre i musei dell'Europa del sud sono storicamente “*item-oriented*”, privilegiando le funzioni di salvaguardia e tutela dei beni museali³⁰. Le politiche legislative degli altri paesi europei si collocano su una linea intermedia di queste due tradizioni.

In materia, si possono mettere a confronto da un punto di vista giuridico due paesi europei di tradizioni opposte, Regno Unito e Italia, i quali sono molto distanti anche dal punto di vista della gestione culturale. Il Regno Unito infatti affronta la questione in modo decisamente più pratico e concreto rispetto all'Italia, ponendo al centro dell'attenzione la redditività del proprio patrimonio culturale e comunicando dati finanziari e principi regolatori della materia con una chiarezza nettamente superiore rispetto alla normativa italiana³¹.

3.1. *Il quadro inglese*

Nel Regno Unito esistono diverse tipologie museali: musei nazionali, musei universitari, musei locali e musei indipendenti, cioè privati. La distinzione tra queste tipologie è dovuta più alla loro differente fonte di finanziamento che alla loro forma organizzativa e alla tipologia di beni che possiedono³². Ad eccezione dei musei nazionali, istituiti tramite *Acts of Parliament* e regolati da statuti speciali che contengono “modelli giuridici a loro misura”³³, i musei inglesi non sono

²⁹ D. Wijsmuller, *Deaccessioning and Disposal in Europe 2008-2017. A research on possibilities and attitudes across the European member states*, 2017, 11.

³⁰ G. Mossetto, M. Vecco, in G. Mossetto, P.A. Valentino (a cura di), *Museo contro museo: le strategie, gli strumenti, i risultati*, Milano, 2001.

³¹ Per un approfondimento sulla comparazione tra gestione museale italiana e inglese e relativi risultati finanziari vedi: A.L. Tarasco, *Diritto e gestione del patrimonio culturale*, Bari, 2019, 170.

³² A. Babbidge, R. Ewles, J. Smith, *Moving to Museum Trusts: Learning from Experience. Advice to Museums in England and Wales*, 15 in <http://www.egeria.org.uk/online-resources/>.

³³ G. Cerrina Feroni, in G. Cerrina Feroni, G. Morbidelli (a cura di), *I musei. Gestioni, discipline, prospettive*, Torino, 2010, 224.

disciplinati giuridicamente, ma regolati attraverso un articolato sistema di norme di *soft law* composto dal *Code of Ethics* e dal *Disposal Toolkit* della *Museum Association* (MA) e dal *UK Museum Accreditation Scheme*.

Centrale tra queste fonti è il *Code of Ethics* della *Museum Association* (MA), la più antica associazione museale del mondo, fondata nel 1889 con lo scopo di proteggere gli interessi del settore museale inglese e dei suoi operatori.

Relativamente al *deaccessioning*, la Sezione 2 del *Code of Ethics*, “*Stewardship of collections*”, Amministrazione delle collezioni, contiene i principi di riferimento sul tema del *deaccessioning* delle collezioni. Il *Code* si basa sull’assunto che il *disposal* di un’opera museale, se supportato da ragioni curatoriali e gestito in maniera responsabile, è una pratica necessaria allo sviluppo sostenibile della collezione. Di conseguenza, il motivo che sta alla base del *deaccessioning* non può essere quello di risanare i fondi del museo ma l’alienazione deve essere l’ultima soluzione possibile dopo aver vagliato attentamente tutte le altre possibili forme di finanziamento. Il ricavato della vendita può essere utilizzato «solo ed esclusivamente a beneficio della collezione, vale a dire per la sua sostenibilità, utilizzo e sviluppo»³⁴. Infine, il *Code* afferma la necessità di assicurare trasparenza e pubblicità durante tutto il processo: i musei vengono esortati a coinvolgere nella decisione sulla cessione tutti gli *stakeholder* interessati ad una determinata opera e a documentare ogni passaggio che porti all’alienazione.

Partendo dai principi contenuti nel *Code of Ethics*, nel 2008 la MA ha creato il “*Disposal Toolkit*” una guida pratica, contenente tutte le informazioni concrete di cui i musei hanno bisogno per intraprendere un processo di *deaccessioning* etico e responsabile³⁵. Il *Toolkit* afferma che, in linea generale, i *disposal* sono consentiti sempre a seguito di una scelta curatoriale, «curatorially motivated disposal», non essendo permessa, al di fuori di casi straordinari disciplinati nell’*Appendix 4*, una vendita il cui obiettivo principale sia generare ricavi. Per quanto qui di interesse, si possono individuare quattro principi fondamentali enunciati nel *Toolkit*:

1) Nel *Toolkit* vengono identificati gli unici oggetti della collezione museale che possono essere oggetto di cessione, ossia, oggetti che non fanno parte del nucleo centrale della collezione, duplicati, oggetti inutilizzati, oggetti per i quali il museo non può garantire sufficiente cura, oggetti eccessivamente danneggiati, oggetti di dubbia provenienza³⁶.

2) Dopo aver verificato quali oggetti possano essere venduti, viene consigliato ai musei di coinvolgere nella decisione finale, che spetta sempre al consiglio direttivo, una serie di soggetti fondamentali per l’istituzione: i suoi lavoratori, i

³⁴ Museum Association, *Code of Ethics*, <https://www.museumassociation.org/download?id=1155827>.

³⁵ Il *Disposal Toolkit* è stato in seguito aggiornato nel 2014. È consultabile online: <http://www.museumassociation.org/download?id=1075416>.

³⁶ Section 2, *Disposal Toolkit*, <http://www.museumassociation.org/download?id=1075416>.

finanziatori, i donatori, i visitatori, i ricercatori, gli artisti nel caso si tratti di opere di arte contemporanea. In particolare, l'opinione dei donatori è fondamentale, da un lato perché il museo deve evitare che le sue azioni compromettano future donazioni, ma soprattutto perché devono essere verificati eventuali vincoli legali relativi all'oggetto che si vuole vendere, il quale potrebbe trovarsi nella collezione del museo a seguito di una donazione o di un lascito.

3) Nel caso in cui il museo decida di alienare un bene della collezione, viene suggerito che la vendita ai privati sia esperita solo dopo che si dimostri che nessun museo o ente pubblico è interessato all'acquisto. Il Toolkit infatti, basandosi su quanto contenuto nel *Code of Ethics*, promuove il "lato pubblico" del museo: nel momento in cui il museo decide di alienare un'opera, deve cercare innanzitutto di farla rimanere nella sfera pubblica, offrendola ad un altro museo. Solo nel caso in cui nessun altro museo mostri interesse nel bene, allora il museo d'origine potrà venderlo³⁷.

4) Il ricavato della vendita può essere utilizzato «esclusivamente a beneficio della collezione»³⁸ ed è consigliato che sia investito nello sviluppo e sostenibilità della collezione, come per esempio in nuovi acquisti. La vendita deve sempre essere deliberata dal curatore e caratterizzata da trasparenza e pubblicità, infatti il *Code of Ethics* definisce questa procedura come «*responsible disposal*», cessione responsabile³⁹. La Sezione 5 del "*Disposal toolkit*" raccomanda che, per garantire trasparenza e pubblicità, gli oggetti che non siano venduti direttamente a un museo o a un ente pubblico vengano venduti attraverso asta pubblica. Nel caso estremo di acquirenti privati, la vendita è consigliata solo se questi consentono la pubblica fruizione del bene e accettano di prestare l'opera a musei in caso di richiesta⁴⁰.

Per disciplinare e delimitare le situazioni eccezionali in cui i musei possono far uso del *deaccessioning* a fronte di ragioni di tipo economico, la MA ha elaborato l'*Appendix 4*⁴¹, un'appendice speciale per «financially motivated disposal» che guida i musei in questi casi straordinari. L'*Appendix* stabilisce dei criteri da seguire affinché questa modalità di *disposal* sia «*ethical acceptable*», in particolare deve essere dimostrato che la vendita: migliorerà significativamente il beneficio che il pubblico potrà trarre dalla collezione rimanente; non può essere esperita per profitti a breve termine, come ad esempio saldare un deficit del bilancio; deve essere l'ultima opzione presa in considerazione dopo aver analizzato tutte le possibi-

³⁷ J. Ulph, *Dealing with UK museum collections: law, ethics and the public/private divide*, *International Journal of Cultural Property*, vol. 22, n.2-3/2015, 178.

³⁸ Art. 6 comma 15, *Museum Association Code of Ethics*, cit.

³⁹ Art. 2 comma 8, *Museums Association Code of Ethics*, cit.

⁴⁰ Section 5, *Disposal Toolkit*, <https://www.museumsassociation.org/download?id=15852>.

⁴¹ MUSEUM ASSOCIATION, *Disposal Toolkit Appendix 4: additional guidance on financially motivated disposal*, <https://www.museumsassociation.org/download?id=1075417>.

li fonti di finanziamento; deve essere immediatamente richiesta una consulenza agli organi competenti della *Museum Association*; l'oggetto della vendita non può far parte del nucleo centrale della collezione. Inoltre sono esclusi dal «*financially motivated disposal*» le opere con valore «*pre-eminent*»⁴², ovvero quegli oggetti che rispondono ai cosiddetti “pre-eminence criteria”: 1) Does the object have an especially close association with our history and national life? ; 2) Is the object of especial artistic or art-historical interest?; 3) Is the object of especial importance for the study of some particular form of art, learning or history?; 4) Does the object have an especially close association with a particular historic setting?

Secondo l'art. 2, comma 1 dell'*Appendix*, gli oggetti che rispondono positivamente a questi criteri possono essere trasferiti o venduti esclusivamente ad altri musei inglesi per garantirne la fruizione pubblica all'interno del Regno Unito.

L'autorizzazione finale sul «*financially motivated disposal*» è data dalla MA e dagli *Accreditation Assessing Organisation*⁴³ dopo aver analizzato il *report* finale in cui devono essere dettagliati il metodo di vendita, il prezzo e i dettagli su come verrà utilizzato il ricavato della vendita.

Se i musei non rispettano le disposizioni del *Code of Ethics* e del *Disposal Toolkit*, non vengono poste in essere sanzioni legali, dal momento che le norme etiche non sono vincolanti, ma si verificherà un impatto negativo sul piano dell'immagine e della credibilità del museo. La conseguenza più rilevante è sicuramente la perdita di registrazione all'*Accreditation Scheme for Museums and Galleries in the United Kingdom*⁴⁴, la fonte più autorevole in materia di standard museali inglesi, gestito congiuntamente da *Arts Council England* (ACE), *the Welsh government*, *Museums Galleries Scotland* (MGS) e *the Northern Ireland Museums Council* (NIMC).

Lo *Scheme*, aggiornato nel 2018, contiene *standard* di efficienza museale relativamente a tre ambiti: gestione del museo, gestione della collezione e coinvolgimento del pubblico.

⁴² Il *Financial Act* del 2012 stabilisce quali siano gli oggetti di valore “pre-eminent”: “ogni foto, stampa, libro, manoscritto, opera d'arte, oggetto scientifico o ogni altra cosa che il Ministero competente stabilisca sia “pre-eminent” a causa del suo interesse nazionale, scientifico, storico o artistico; ogni collezione o gruppo di foto, stampe, libri, manoscritti, opere d'arte, oggetti scientifici o qualsiasi altra cosa che il Ministro competente reputi “pre-eminent” nella sua dimensione di collezione e non singolarmente”. *Financial Act 2012, Schedule 14, Part 4, art. 22.*

⁴³ L'*Accreditation Assessing Organisation* (AAO) è un organismo che si occupa di valutare se i musei sono idonei ad ottenere l'Accreditamento. In Inghilterra, *Isle of Man e Channel Islands* è gestito dall'*Arts Council England*, in Galles da *Museums Archives and Libraries Wales*, in Scozia da *Museums Galleries Scotland*, e in Northern Ireland da *Northern Ireland Museums Council*.

⁴⁴ L'*Accreditation Scheme* venne adottato nel 1988 con il nome di *Museum Registration Scheme* e successivamente modificato nel 2004 quando gli venne conferita la denominazione attuale. L'ultimo aggiornamento risale al 2018 <https://www.artscouncil.org.uk/accreditation-scheme/about-accreditation#section-3>.

Questi standard devono essere rispettati dai musei per poter entrare a fare parte della lista degli “*Accredited Museums*”, i musei accreditati⁴⁵, che ad oggi conta 1700 musei britannici. Ottenere l’accreditamento, che ha una durata quinquennale, è fondamentale per un museo inglese perché significa vedersi riconosciuta una corretta gestione e soprattutto contribuisce a stabilire un’immagine positiva e professionale agli occhi degli *stakeholder*, portando più finanziamenti, donazioni, prestiti e *partnership*. Dunque, l’eliminazione di un museo dall’*Accreditation Scheme* a fronte di violazioni dei principi dei codici etici è una conseguenza fortemente negativa, che comporta un danno enorme ai musei sia in termini di fiducia presso il pubblico che in termini economici.

A riguardo, l’esempio del *Northampton Museum and Gallery* è emblematico. Nel 2014 il museo vendette per 15.76 milioni di *pound* un’antica statua egizia di Sekhemka. Il ricavato della vendita venne diviso tra il museo e il Settimo Marchese di Northampton, discendente dal Marchese di Northampton che sembra avesse in origine donato la statua al museo. Questa vendita ha evidentemente violato le regole relative al *deaccessioning* del *Code of Ethics*, nello specifico l’art. 6, comma 14 (la *Museums Association* afferma che il museo non abbia vagliato altre possibilità prima di optare per la vendita⁴⁶), e l’art. 6, comma 15 (il ricavato, essendo diviso con un privato, non sarà completamente destinato a beneficio della collezione). L’*Arts Council of England*, l’ente pubblico denominato *non-departmental public body* che fa capo al *Department for Digital, Culture, Media and Sport* e responsabile della gestione delle risorse governative in materia culturale nella regione inglese, ha ritenuto di sospendere l’accreditamento del museo all’*Accreditation Scheme* per cinque anni, comportando la sospensione dei finanziamenti pubblici⁴⁷.

In una lettera pubblicata dal *Guardian*, tre archeologi dello *University College of London* riflettono sul fatto che sia necessaria una nuova legislazione che protegga i beni museali: «nel museo la statua era tutelata dalla legge nazionale. Una volta nelle mani private non è più protetta dalla legge. Ciò non deve più accadere»⁴⁸. La proposta degli archeologi è proprio di rendere il *Code of Ethics* della *Museums Association* legalmente vincolante.

Tali principi etici sono pensati in particolare per i musei locali, cioè i musei appartenenti agli enti locali, «pericolosamente non protetti» relativamente alla pratica del *deaccessioning*⁴⁹. Anzi, sembra che alla base della loro attività vi sia

⁴⁵ <https://www.artscouncil.org.uk/about-accreditation/accreditation-statistics>.

⁴⁶ P. Steel, *Northampton sale breaches code of ethics*, 30 aprile 2014, <http://www.museumsassociation.org/news/29042014-northampton-sale-breaches-code-of-ethics>.

⁴⁷ N. Palmer, *Art, Adventure, Advocacy*, Leicester, Institute of art and law, 2015, 58.

⁴⁸ S. Quirke, R. Bussmann, A. Stevenson, *Sale of Northampton’s Sekhemka statue sets dangerous precedents*, *The Guardian*, 29 luglio 2015, <http://www.theguardian.com/culture/2015/jul/29/sale-of-northampton-sekhemka-statue-sets-dangerous-precedent>.

⁴⁹ House of Commons, *Caring for our collections. Sixth Report of Session 2006-07*, vol. II, London, 4.

una completa libertà d'azione. La sezione 111 del *Local Government Act 1972* stabilisce, infatti, che alle autorità locali è conferito il potere di agire nel modo che ritengono più opportuno per svolgere le loro funzioni, incluso vendere beni di loro proprietà⁵⁰. E il *Local Government Act 2000* conferma che le autorità locali non hanno vincoli nell'attività di promozione e miglioramento dell'economia dell'area di loro competenza⁵¹.

Si pensi al *Southampton City Council*, che nel 2009 propose di vendere un dipinto di Sir Alfred Munnings, *After the Race*, e uno dei due bronzi di Rodin, *Crouching Woman* o *Eve*. La vendita di queste opere, che non venne effettuata per le forti proteste locali, sarebbe servita per finanziare una nuova attrazione turistica, il *Sea City Heritage Centre*⁵².

È interessante notare come in questo caso la legge, che attraverso gli *Acts* sopra citati non impedisce la vendita di opere museali, si scontri con il *Code of Ethics*, i cui principi non permettono di utilizzare il ricavato della vendita del bene per fini estranei all'interesse della collezione. Il *Code of Ethics* promuove infatti il "lato pubblico" del museo: nel momento in cui il museo decide di alienare un'opera, deve cercare innanzitutto di farla rimanere nella sfera pubblica, offrendola ad un altro museo. Nel caso in cui nessun altro museo mostri interesse nel bene, allora il museo d'origine può venderlo⁵³. Il ricavato della vendita, come visto in precedenza, può essere utilizzato «esclusivamente a beneficio della collezione»⁵⁴. I musei locali quindi possono legittimamente alienare opere delle proprie collezioni, ma se non rispettano i contenuti delle varie linee guida che regolano la materia, andranno incontro alle sanzioni "etiche" sopracitate, rischiando un notevole danno d'immagine e la perdita di finanziamenti.

Un esempio virtuoso di *deaccessioning* attuato nel rispetto delle linee guida della *Museum Association* è la vendita da parte del *Leighton House Museum* di Londra del dipinto di Joseph Wright of Derby raffigurante «un paesaggio fluviale italiano al tramonto con un ponte, una torre, con figure in primo piano»⁵⁵. Il *Leighton House Museum* aveva ricevuto in dono il dipinto nel 1925 dalla circoscrizione londinese di Kensington, ma raramente l'aveva esposto perché la collezione che caratterizza questo museo si compone di quadri di epoca tardo vittoriana. Da

⁵⁰ Sezione 111 comma 1, *Local Government Act 1972*, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1972/70/section/111>.

⁵¹ Sezione 2 comma 1, *Local Government Act 2000*, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/22/section/2>.

⁵² T. Jenkins, *Just Say No: You Cannot be Too Careful in Embracing Disposal*, in P. Davies (a cura di), *op. cit.*, 73.

⁵³ J. Ulph, *op. cit.*, 178.

⁵⁴ Art. 6 comma 15, *Museum Association Code of Ethics*, *op. cit.*

⁵⁵ <https://www.sothebys.com/en/buy/auction/2019/old-masters-evening-sale/joseph-wright-of-derby-a-r-a-an-italian-river>.

qui la decisione di vendere il dipinto di Wright of Derby per poter ricavare fondi e acquistare nuove opere tardo vittoriane. Il Museo ha offerto il dipinto prima di tutto agli altri musei del Regno Unito, per la cifra di £70,000, e successivamente, non avendo riscontrato un loro interesse, ne ha commissionato la vendita a *Sotheby's*. La casa d'aste inglese, che aveva valutato il dipinto tra £100,000 e £150,000, l'ha infine battuto per £300,000⁵⁶. Il bene museale è stato sottratto alla pubblica fruizione e acquistato da un privato, ma in modo lecito e rispettoso delle prescrizioni della *Museum Associations*.

Come anticipato, il discorso è diverso per i musei nazionali inglesi, governati da propri Statuti, ciascuno legato alle esigenze di ogni singolo museo. Per questi musei lo Statuto ha valore giuridico perché proveniente da un *Act of Parliament* – ovvero una fonte di diritto primaria che viene utilizzata per emanare una nuova legge o modificarne una già esistente – che stabilisce se le collezioni possano essere oggetto di *deaccessioning*.

Secondo l'art. 5 del *British Museum Act* del 1963, che regola l'amministrazione del *British Museum*, il *deaccessioning* è consentito per duplicati di oggetti, stampe posteriori al 1850 e di cui il trustee sia in possesso di una fotografia, oggetti che secondo i *trustees* sono inadatti alla collezione museale, la cui cessione non danneggi la conoscenza degli studiosi. Inoltre i *trustee* possono disfarsi degli oggetti non più utilizzabili in quanto deteriorati⁵⁷.

A regolare invece la politica delle acquisizioni di *National Gallery*, *National Portrait Gallery*, *Tate Gallery* e *Wallace Collection* è il *Museum and Gallery Act* del 1992. Il *Board of Trustees* della *Tate*, secondo l'art. 4 comma 4, può vendere, donare o scambiare un oggetto della collezione con uno degli altri musei elencati nell'*Act*, se viene ritenuto che tale oggetto sia più appropriato al contesto di un altro museo. Sono elencati altri due casi per cui l'oggetto può essere ceduto: se è inadatto per la collezione del museo e la sua cessione non danneggia l'interesse degli studiosi o del pubblico in generale, oppure nel caso in cui l'oggetto sia diventato superfluo per lo scopo della collezione, perché danneggiato. Nell'ultimo caso l'oggetto può anche essere distrutto⁵⁸. L'unico caso di *deaccessioning* che ha coinvolto la *Tate Gallery*, nello specifico la *Tate Modern*, è stata la vendita di una stampa duplicata di Roy Lichtenstein.

I poteri del *Board of Trustees* della *National Gallery* in materia di *deaccessioning* sono invece molto limitati. La *National Gallery*, secondo l'art. 3 del *Museums*

⁵⁶ B. Grosvenor, *Disneyfication at the National Gallery? Plus, the problem with deaccessioning in the UK*, *The Art Newspaper*, 13 gennaio 2020, <https://www.theartnewspaper.com/blog/why-deaccessioning-guidelines-can-work-against-the-public-interest>.

⁵⁷ *The British Museum Act* 1963, <https://www.britishmuseum.org/PDF/BM1963Act.pdf>.

⁵⁸ *The Museums and Galleries Act* 1992, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1992/44/section/4>.

and *Galleries Act*, può esclusivamente cedere un bene della propria collezione a uno dei musei elencati nell'*Act*.

Infine il *Museums and Galleries Act* disciplina il regime di disposizione delle opere della *National Portrait Gallery*, il cui *Board* oltre che avere il potere di vendere e scambiare opere con gli altri musei dell'*Act* e cedere duplicati di altri oggetti od opere danneggiate, può disporre dei ritratti relativamente ai quali la persona identificata nel ritratto è stata screditata dall'esposizione dello stesso⁵⁹.

È evidente come siano privilegiati gli scambi permanenti tra musei rispetto alla vendita. Un esempio è l'accordo stipulato tra la *Tate Gallery* e il *Victoria and Albert Museum*. I due musei si sono scambiati i rispettivi esemplari di sculture post-barocche, in modo che la Tate potesse esporre tutte le sculture "pre-Rodin" e il *Victoria and Albert* tutte quelle "post-Rodin"⁶⁰.

3.2. *Il quadro normativo italiano*

L'ordinamento italiano regola la materia dei beni culturali attraverso il Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio⁶¹.

I beni museali sono considerati *automaticamente* beni culturali solamente ove si tratti di raccolte «dello Stato, delle regioni, degli altri enti pubblici territoriali, nonché di ogni altro ente ed istituto pubblico», come recita l'art. 10, comma 2, lett. a del Codice⁶².

Le collezioni dei musei pubblici rientrano tra le tipologie di beni demaniali già indicate dall'art. 822 del Codice Civile, e oggi fanno parte del demanio culturale ex art. 53, comma 1, del Codice dei Beni Culturali. Il comma 2 dell'art. 53, riprendendo quanto disposto dall'art. 823, comma 1, del Codice Civile, afferma che i beni del demanio culturale «non possono essere alienati, né formare oggetto di diritti a favore di terzi, se non nei limiti e con le modalità previsti dal presente codice». La *ratio* di questa scelta sta nel fatto che si ritiene che il proprietario pubblico sia il miglior proprietario possibile per garantire l'arricchimento culturale

⁵⁹ Art. 7, *The Museums and Galleries Act 1992*, *op. cit.*

⁶⁰ A.B. Smith, *Freedom of museums to sell, trade or otherwise dispose of objects of art in their collections* in M. Brait, J.A. Freedberg (a cura di), *Legal aspect of International trade in art*, Kluwer International, 1996, 72.

⁶¹ D. Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42.

⁶² M. Renna, *I beni museali (privati ed ecclesiastici) nel Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Aedon, 2005, in www.aedon.mulino.it, 2005, 1.

della collettività e assicurare la migliore tutela e conservazione di tali beni⁶³ che rappresentano l'identità culturale, politica o religiosa della collettività⁶⁴.

L' unica eccezione a questo rigido sistema di proprietà è costituita dalla possibilità di trasferimento dei beni del demanio culturale tra lo Stato, le regioni e gli altri enti pubblici territoriali, come stabilito dall' art. 54, comma 3, del Codice. Per trasferimento si intende sia l'ipotesi di alienazione, sia tutte le cessioni contemplate nel diritto pubblico. Infatti il passaggio da un ente territoriale all'altro non modifica il regime cui il bene è assoggettato, ma ne preserva la naturale destinazione alla fruizione collettiva⁶⁵.

L'ordinamento italiano sembra quindi non consentire, fatta eccezione forse per il trasferimento tra Stato ed Enti territoriali, la pratica del *deaccessioning* nei musei pubblici.

Nonostante la rigida normativa in materia di alienazione delle collezioni museali, esistono una serie di istituti che permetterebbero ai musei italiani di «riappropriarsi delle scelte circa la propria dotazione culturale»⁶⁶, cedendo le proprie collezioni. Questi istituti sono lo smembramento delle collezioni, la sdemanializzazione, la permuta e le concessioni d'uso.

Come visto in precedenza, gli art. 53 e 54, riprendendo gli art. 822 e 823 del Codice Civile relativi ai beni demaniali, affermano l'inalienabilità delle «raccolte dei musei», cioè delle universalità di mobili, non dei singoli beni museali. È il Codice stesso che prevede infatti all'art. 21, comma 1, lett. c) la possibilità di smembramento di collezioni, serie e raccolte, senza specificare l'appartenenza di tali beni. Lo smembramento deve essere preceduto da un'autorizzazione ministeriale «resa su progetto o, qualora sufficiente, su descrizione tecnica dell'intervento, presentati dal richiedente, e può contenere prescrizioni»⁶⁷. Una volta che il bene sia stato «smembrato», ammesso che per smembramento si possa intendere la sottrazione di un singolo bene da una collezione, parrebbe poter essere alienato; tuttavia, potrebbe sostenersi verosimilmente che il bene, una volta «smembrato», non cessi per ciò solo di essere «bene culturale» e pertanto, anche in questo caso, sarebbe comunque necessaria un'autorizzazione da parte del Ministero⁶⁸, la quale, in base all'art. 56, comma 4-*bis*, del Codice, può essere rilasciata solo alla

⁶³ A. Serra, *Art. 53*, in M. Cammelli (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, 2007, 248.

⁶⁴ G. Famiglietti, D. Carletti, *Art. 53-54*, in R. Tamiozzo (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2005, 241.

⁶⁵ M. Martinelli, *Art. 54*, in M. Sandulli (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2012, 477.

⁶⁶ M. Ainis, M. Fiorillo, *L'ordinamento della cultura. Manuale di legislazione dei beni culturali*, Milano, 2015, 409.

⁶⁷ Art. 21, comma 5, Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio.

⁶⁸ L'art. 56 comma 2 a) afferma che l'autorizzazione ministeriale è richiesta nel caso di vendita, anche parziale da parte di soggetti pubblici diversi dallo Stato, dalle Regioni e da altri enti pubblici territoriali o da

condizione che «dall'alienazione non derivi danno alla conservazione e alla pubblica fruizione dei beni medesimi»; la stessa autorizzazione deve poi, in ogni caso, dettare una serie di prescrizioni sulle misure conservative da adottare e sulla fruibilità pubblica dei beni⁶⁹.

Per quanto riguarda la sdemanializzazione, non esiste nessuna disposizione di legge che affermi chiaramente la possibilità di sdemanializzazione per i beni museali: infatti i commenti relativi a questo istituto, disciplinato dall'art. 829 del Codice Civile, si concentrano prevalentemente sulla sdemanializzazione di beni culturali immobili⁷⁰.

Il bene è soggetto a sdemanializzazione nel momento in cui, a seguito di atti incompatibili con la destinazione a pubblico servizio⁷¹, smette di svolgere quelle finalità che lo classificavano come demaniale e di conseguenza non è più vincolato, tra l'altro, al regime dell'inalienabilità. La sdemanializzazione del bene viene dichiarata dall'autorità amministrativa e successivamente pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale⁷².

Relativamente alle collezioni museali, ci si può domandare, per esempio, se le opere tenute per anni nei magazzini dei musei e mai esposte continuano a svolgere la funzione propria dei beni demaniali. Ci si può pertanto chiedere se eventualmente il mantenimento di questi beni in luoghi non fruibili dalla collettività sia configurabile come esempio di sdemanializzazione tacita.

Con la sentenza n. 7739/2020 le sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno chiarito che «il passaggio del bene pubblico al patrimonio disponibile dello Stato consegue direttamente al realizzarsi del fatto della perdita della destinazione pubblica del bene, cosiddetta sdemanializzazione tacita, locuzione che evidenzia come la declassificazione prescinde dal provvedimento dell'autorità amministrativa»⁷³. Anche se non si tratta di giurisprudenza specifica sulle col-

persone giuridiche private senza fini di lucro, compresi gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, di collezioni o serie di oggetti e di raccolte librarie.

⁶⁹ A. Crosetti, D. Vaiano, in *Beni culturali e paesaggistici*, Torino, 2018, 87.

⁷⁰ In dottrina è stato osservato che la sdemanializzazione potrebbe applicarsi ai beni museali a seguito dell'autorizzazione ministeriale ex art. 55 del Codice che costituisce il presupposto per l'alienazione di beni culturali immobili. M. Ainis, M. Fiorillo, *L'ordinamento della cultura, op. cit.*, 409.

⁷¹ Cons. Stato, sez. IV, 5 novembre 2004, n. 7245.

⁷² Sull'art. 829 vedi E. Castorina, G. Chiara, *I beni pubblici*, Milano, 2008, 363 ss.; P. Cendon, *Commentario al Codice Civile*, Milano, 2009, 263.

⁷³ Cass., ss.uu., 7 aprile 2020, n. 7739, relativa all'accertamento della natura non più demaniale dell'area sulla quale era stato eretto un "edificio razionalista", già sede della "Associazione Motonautica Italiana Lario".

La giurisprudenza, in passato, pronunciandosi relativamente a controversie che hanno ad oggetto la sdemanializzazione di immobili (non culturali), ha affermato che la sdemanializzazione tacita non può desumersi dalla sola circostanza che un bene non sia più adibito, anche da lungo termine, ad uso pubblico, ma si realizza solo in casi eccezionali, ossia in presenza di atti e comportamenti che evidenzino in maniera inequivocabile la volontà dell'Amministrazione di sottrarre definitivamente il bene all'uso e alla destinazione pubblica e di rinunciare una volta per tutte al suo ripristino. V. T.A.R. Venezia, sez. I, 18 marzo 2020, n. 268; T.A.R. Campania,

lezioni museali, si può dire che trattasi di principio generale e che come tale parrebbe da ritenersi applicabile anche alla fattispecie *de qua*.

Si deve ricordare però che, seppur non esposte al pubblico, le opere presenti nei magazzini possono essere oggetto di studio e quindi svolgere in ogni caso una funzione pubblica, portando ad escludere una possibile sdemanializzazione tacita.

Diverso discorso va fatto sulla permuta, che è invece disciplinata dall'art. 1552 del Codice Civile e dall'art 58 del Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio ed è lo strumento che secondo Michele Ainis e Mario Fiorillo gioverebbe di più ai musei, «senza impoverirne il patrimonio ma viceversa migliorandolo»⁷⁴. Lo scambio, che deve essere autorizzato dal Ministero, ha come oggetto i beni ex art. 55 e 56 del Codice, ma anche quelli appartenenti alle pubbliche raccolte, che possono essere scambiati con beni appartenenti ad enti pubblici e privati, italiani o stranieri. La *ratio* della permuta sta nel controvalore del bene, nella sua utilità richiamata dall'incremento del patrimonio nazionale e dall'arricchimento delle pubbliche raccolte. Solo a fronte di un concreto incremento patrimoniale lo Stato ammette la permuta⁷⁵.

Alla permuta si applicano, in quanto compatibili, le norme relative alla vendita e quindi anche quelle relative alla denuncia di trasferimento e alla prelazione⁷⁶.

La permuta però si distingue dalla vendita in quanto è differente «l'interesse finale» perseguito dai contraenti: «quest'interesse viene realizzato immediatamente nella permuta. Nella vendita, invece soltanto il compratore lo realizza subito, mentre il venditore dovrà attendere l'impiego del prezzo ricevuto»⁷⁷.

Anche rispetto alla permuta viene escluso che possano esserne oggetto i beni inalienabili dell'art. 54 del Codice, tra cui le raccolte museali, perché si esclude che i beni del patrimonio statale possano subire una modificazione della titolarità. L'articolo in realtà prevede la possibilità di permutare beni appartenenti alle raccolte pubbliche di cui sia stato autorizzato lo smembramento ai sensi dell'art. 21, comma 1, lettera c). Invece, nel caso in cui lo smembramento non sia già stato autorizzato, l'assenso alla permuta vale come autorizzazione al distacco del bene dall'universalità in cui è inserito⁷⁸. Il bene in questo modo perde il suo carattere demaniale e diventa suscettibile di cessione.

Nel Codice c'è un istituto, la concessione d'uso disciplinata agli art. 106 e 107, scarsamente indagato da dottrina e giurisprudenza, che potrebbe essere uti-

Napoli, sez. VIII, 11 ottobre 2019, n. 4836; Cons. Stato, sez. V, 30 novembre 2011, n. 6338; Cass., ss. uu., 26 luglio 2002, n. 11101 e Cass., ss. uu., 21 aprile 1989, n. 1889.

⁷⁴ M. Ainis, M. Fiorillo, *L'ordinamento della cultura*, op. cit., 411.

⁷⁵ M. Sinisi, in M. Sandulli (a cura di), op. cit., 504.

⁷⁶ F. Florian, *Art. 54*, in M. Cammelli (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, 2007, 280.

⁷⁷ P. Cendon, *Art. 1552*, op. cit., 85.

⁷⁸ M. Sinisi, in M. Sandulli (a cura di), op. cit., 505.

lizzato come alternativa all'alienazione. Secondo Antonio Leo Tarasco⁷⁹ infatti, la concessione d'uso di beni culturali pubblici a soggetti terzi è l'unica via percorribile per sfruttare economicamente i beni culturali nel rispetto della demanialità, e quindi dell'inalienabilità e del mantenimento della proprietà pubblica del bene: «può rappresentare un serio ed equilibrato punto di mediazione tra riserva della proprietà pubblica e sollecitazione dell'iniziativa economica privata»⁸⁰. Tarasco individua proprio nelle concessioni d'uso l'istituto a cui ricondurre il prestito di beni culturali pubblici in occasione di mostre ed esposizioni, di cui manca una specifica disciplina nel Codice⁸¹, e a cui, in tal modo, verrebbe associato l'obbligo del pagamento di un canone (*loan fee*)⁸². Conseguentemente, Tarasco sostiene che⁸³, dal momento che il prestito di beni culturali non è disciplinato come istituto giuridico e che il diritto amministrativo ammette solamente la concessione d'uso come unica forma di circolazione per i beni demaniali, non ricondurre il prestito alla disciplina *ex art.* 106 e 107 del Codice e al relativo obbligo di canone sia *contra legem*⁸⁴.

Per quanto riguarda il profilo temporale della concessione d'uso individuale *ex art.* 106, il MIBACT ha chiarito, con nota dell'ufficio legislativo prot. n. 13014 del 16 giugno 2009, che «la concessione d'uso individuale disciplinata dall'art. 106 non può prevedere una durata che, per lo spazio temporale che occupa, sia suscettibile di vanificare la persistenza del rapporto dominicale tra la *res*, oggetto della concessione in uso, e l'amministrazione cui essa pertiene. In pratica, si vuol dire che l'art. 106 trova applicazione ogni qual volta la concessione in uso

⁷⁹ Antonio Leo Tarasco analizza l'istituto delle concessioni d'uso dei beni culturali e ne ravvisa le elevate potenzialità legate al tema della redditività del patrimonio culturale. V. A.L. Tarasco, *Diritto e gestione del patrimonio culturale*, Roma-Bari, 2019; A. L. Tarasco, *Il problema giuridico ed economico delle concessioni d'uso dei beni culturali*, in *Questa Rivista*, vol. 30, n. 94 (3 2017), 731-770.

⁸⁰ A.L. Tarasco, *Il problema giuridico ed economico delle concessioni d'uso dei beni culturali*, *op. cit.*, 732.

⁸¹ Il prestito dei beni culturali non è espressamente disciplinato dal Codice. Viene citato nell'art. 48 che stabilisce quali beni siano sottoposti ad autorizzazione per il "prestito per mostre ed esposizioni". L'autorizzazione è «rilasciata tenendo conto delle esigenze di conservazione dei beni e, per quelli appartenenti allo Stato, anche delle esigenze di fruizione pubblica». L'accento quindi è posto sulla protezione del bene, così come all'art. 66 che disciplina l'uscita temporanea per manifestazioni «sempre che ne siano garantite l'integrità e la sicurezza». In entrambi gli articoli non è dettagliato quali figure debbano disporre il prestito, né a quali condizioni economiche possa essere effettuato. Le indicazioni pratiche che i musei italiani seguono in materia di prestito sono contenute nella "Guida per l'organizzazione di mostre d'arte", elaborata dal MIBACT, che si basa sui "Principi generali per la gestione dei prestiti e lo scambio di opere d'arte tra istituzioni culturali" del 1995 e rivisti nel 2009, noti come "Principi di Londra".

⁸² I canoni di concessione, disciplinati dall'art. 108 del Codice, sono determinati dall'autorità che ha in consegna i beni, in base ai criteri indicati nella norma. Gli importi minimi dei canoni sono fissati, come stabilito al comma 6 dell'articolo, con provvedimento dell'amministrazione concedente. La funzione orientativa per la determinazione delle tariffe da parte delle Amministrazioni è contenuta nel "Tariffario per la determinazione di canoni, corrispettivi e modalità per le concessioni relative all'uso strumentale e precario dei beni in consegna al Ministero" emanato con d.m 8 aprile 1994 con carattere provvisorio, ma ad oggi mai aggiornato.

⁸³ A.L. Tarasco, *Diritto e gestione del patrimonio culturale*, *op. cit.*, 32.

⁸⁴ Allo stesso modo si è espressa l'Avv.ra gen. Stato con parere 23 maggio 2013 n. 224565.

richiesta non rappresenti una cesura temporale significativa nella persistenza della titolarità dei poteri dominicali in capo all'amministrazione consegnataria». Quindi gli elementi che caratterizzano la concessione individuale sono «l'uso durevole e stabile, non provvisorio, ma comunque non così prolungato da sottrarre di fatto i poteri sulla cosa delle amministrazioni affidatarie del bene culturale»⁸⁵. L'art. 107, disciplinando l'uso strumentale e precario e la riproduzione dei beni culturali, si differenzia dal 106 in quanto «riferito ad un più ampio ventaglio di ipotesi in ragione dell'uso meramente occasionale e di breve durata del bene culturale»⁸⁶.

Grazie all'utilizzo delle concessioni d'uso quindi si regolamenterebbe il prestito, ad oggi caratterizzato da prassi amministrative non univoche e, attraverso i ricavi dei canoni concessori, si otterrebbe un ritorno economico in linea con le politiche di valorizzazione del patrimonio culturale. Infatti, ad oggi, le opere museali sono concesse in prestito tendenzialmente in modo gratuito. Facendo un esempio concreto, tra il 2016 e il 2018, lo Stato italiano ha esportato all'estero per mostre ed esposizioni 4003 beni culturali, il cui valore assicurativo totale ammontava a 5.351.172.152 euro, incassando 2.864.760,66 euro. L'indice di redditività è stato quindi dello 0,005%. Se fosse stato ammesso il pagamento del canone concessorio anche solamente all'1%, calcolato sul valore assicurativo dei beni prestati all'estero, il Mibac avrebbe ricavato un gettito di oltre 50 milioni di euro (53.511.721,52 euro)⁸⁷. È evidente quindi il potenziale dell'istituto della concessione.

Differente è la disciplina dei musei privati⁸⁸ cioè quei musei che appartengono a soggetti privati, sono aperti al pubblico ed «espletano un servizio privato di utilità sociale», come afferma l'art. 101, comma 4, del Codice. Le raccolte di tali musei – a differenza di quelle appartenenti a soggetti pubblici – non sono beni culturali *ex lege*, né fanno parte del demanio culturale, essendo di proprietà privata. L'art. 10, comma 3, lettera e), del Codice, afferma che tali raccolte sono dichiarate beni culturali solo se rivestono come complesso un «eccezionale interesse artistico o storico» e solamente previa dichiarazione dell'interesse culturale ai sensi dell'art. 13 del Codice. Se la raccolta non riveste nel suo complesso un interesse «eccezionale», i pezzi che la compongono – se presentano i requisiti stabiliti dalla legge – possono essere dichiarati beni culturali singolarmente. Di conseguenza le collezioni o i singoli beni dei musei privati possono essere liberamente trasferiti, secondo l'art. 59 comma 1 del Codice, denunciando il cambio di proprietà o detenzione al Ministero. Lo Stato può impedire il trasferimento di beni culturali privati, e quindi anche dei beni dei musei privati, esercitando il diritto

⁸⁵ G. Famiglietti, N. Pignatelli, *Art. 106*, Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio, Molfetta, 2018, 725.

⁸⁶ G. Famiglietti, N. Pignatelli, *Art. 106*, *op. cit.*, 732.

⁸⁷ A.L. Tarasco, *Diritto e gestione del patrimonio culturale*, *op. cit.*, 31.

⁸⁸ G. Severini, *Musei pubblici e musei privati: un genere, due specie*, Aedon, 3003, 2.

di prelazione ex art. 60 e acquistando egli stesso «in via di prelazione» i beni in oggetto in modo tale da continuare a garantirne la tutela e la pubblica fruizione.

4. Conclusioni

Va rilevato come il pragmatismo che caratterizza il *deaccessioning* mal si adatti alla concezione italiana dei beni culturali e del museo. Il fondamentale ostacolo alla sua introduzione è la regolazione della materia dei beni culturali a livello legislativo e il divieto di alienazione dei beni culturali pubblici, come visto in precedenza.

Il vantaggio di poter disporre dei beni museali, entro determinati e rigidi limiti normativi, gioverebbe ai musei italiani introducendo una nuova visione della gestione culturale, dinamica e capace di cogliere le opportunità economiche legate al nostro patrimonio culturale. Come sostiene Lorenzo Casini, le norme italiane, ancora rigidamente improntate alle esigenze di tutela e non a quelle di valorizzazione, non sono più attuali in quanto non permettono la circolazione internazionale dei beni, oggi strumento essenziale per la promozione della cultura: «lo sviluppo di una politica di prestiti ben regolamentata, inoltre, potrebbe essere un giusto compromesso per far fronte a esigenze di cassa senza giungere a modificare il regime di alienabilità dei beni e correre così il rischio di svenuta dei beni culturali»⁸⁹. È necessario dunque sfruttare maggiormente l'istituto delle concessioni d'uso e i relativi canoni, riconducendo ad esso il prestito, come visto in precedenza.

Si è già osservato come sia difficile inserire il *deaccessioning* all'interno di una cornice giuridica, ma si è notato che, se regolato attraverso dettagliate linee guida e *policies*, come avviene nel Regno Unito, sia un efficace strumento di gestione museale, permettendo di razionalizzare le collezioni e far funzionare il museo, soprattutto in periodi di difficoltà finanziaria. La crescita perpetua delle collezioni non è infatti sostenibile. I direttori dei musei denunciano che almeno la metà delle opere nella loro collezione non viene mai esposta al pubblico e parallelamente, cresce l'urgenza di trovare soluzioni alla carenza di spazio nei magazzini dal momento che le collezioni subiscono un incremento del 1-2% ogni anno⁹⁰. Non sarebbe più produttivo dunque poter vendere le opere conservate nei magazzini oppure i duplicati e gli altri oggetti indicati nelle varie linee guida e investire il ricavato nella tutela delle opere esposte o nell'acquisto di nuovi pezzi, motivato da scelte curatoriali precise?

⁸⁹ L. Casini, *Ereditare il futuro*, Bologna, 2016, 129.

⁹⁰ B. Lord, G.D. Lord, J. Nicks, *The cost of collecting: collection management in UK museums*, Office of Arts&Libraries, London, 1989.

La vendita comporta però una serie di problemi. La fruizione pubblica e la possibilità di studio delle opere presenti nei magazzini sarebbero precluse. Inoltre c'è il forte rischio che i musei inizino a seguire strategie commerciali, basandosi sui trend del mercato dell'arte. Come ha affermato lo storico dell'arte Tommaso Montanari, «se intorno al 1880 tutti i musei italiani si fossero disfatti delle opere secondarie non esposte oggi non possederebbero probabilmente un solo Caravaggio»⁹¹.

Una soluzione virtuosa potrebbe essere l'alienazione di opere tra musei, facendo rimanere l'oggetto nella sfera pubblica, pratica che come abbiamo visto è consentita anche in Italia per quanto riguarda i musei statali. Un esempio a cui guardare è quello del *Brookling Museum*, che decise di dismettere la sua importante collezione di costumi cedendola al *Metropolitan Museum of Art*. In questo modo la collezione è rimasta all'interno della sua comunità, la città di New York, ed è conservata in uno dei musei di costume più importanti al mondo⁹². Un altro interessante esempio è quello del *Centraal Museum* di Utrecht, che nel 2006 offrì a un altro museo olandese la prelazione nella cessione di 1400 opere della sua collezione, prevedendo che l'invenduto sarebbe stato messo all'asta da *Sotheby's*⁹³. Il *Centraal Museum* ha dimostrato da un lato di privilegiare la permanenza delle opere nella sfera pubblica e dall'altro di agire pragmaticamente e trasferire in mani private i beni che non sono stati d'interesse per istituzioni statali.

In secondo luogo, spesso i beni entrano nei musei sotto forma di donazione o lascito, il che potrebbe scoraggiare i donatori a lasciare i loro beni ai musei se questi fossero autorizzati a disporne liberamente. Molti infatti donano per poter essere ricordati piuttosto che per il desiderio di contribuire al beneficio pubblico⁹⁴, come dimostra il caso della *John Rylands University Library of Manchester* che dopo aver venduto una serie di libri nel 1988, ha incontrato enormi difficoltà ad attrarre nuovi donatori. Un altro importante esempio è quello del *Croydon Museum* di Croydon in Inghilterra che nel 2013 ha venduto all'asta per 8.4 milioni di *pounds* 24 pezzi di una collezione di porcellane cinesi lasciate in eredità al museo da Raymond Riesco nel 1959⁹⁵. La vendita è stata fortemente criticata dal presidente della *Museum Association* David Anderson. Dopo aver dichiarato che «vendere manufatti di una collezione museale non è la risposta. Le collezioni

⁹¹ T. Montanari, *La Repubblica*, 19 aprile 2015, <http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2015/04/19/museiin-vendita40.html>. Il discorso dell'articolo partiva da un fatto accaduto poche settimane prima: l'unico modello noto per la fontana di Trevi, una terracotta, è stata venduta all'asta dall'*Art Museum* di Seattle ed acquistata da un antiquario italiano.

⁹² S. Miller, *Subtracting Collections: practice makes perfect (usually)*, in P. Davies (a cura di), *op. cit.*, 410.

⁹³ D. Thompson, *Lo squalo da 12 milioni di dollari*, Milano, 2008, 264.

⁹⁴ National Museum Director's Council, *Too much stuff?*, 2003, http://www.nationalmuseums.org.uk/media/documents/publications/too_much_stuff.pdf.

⁹⁵ N. Palmer, *op. cit.*, 57.

museali sono il risultato della generosità delle generazioni passate per quelle presenti e future»⁹⁶, Anderson ha ritirato l'accreditamento al museo.

Per tutelarsi da future disposizioni del bene, il donatore può vincolare il lascito alla perpetua permanenza nel museo. Uno dei più importanti lasciti di questo tipo è la *Wallace Collection* di Londra, formata tra il 1780 e il 1880 dai Marchesi di Hertford e da Sir Richard Wallace, lasciata in eredità alla nazione inglese da Lady Wallace nel 1897. Nel suo testamento Lady Wallace scrisse che la collezione avrebbe dovuto essere conservata come un museo nazionale, «keep together, unmixed with other work of art»⁹⁷, mantenuta intatta senza essere mescolata ad altre opere d'arte.

Il caso del *Baltimore Museum of Arts* ci pone di fronte un ulteriore problema, ovvero la pericolosità del *deaccessioning* come conseguenza di una scelta ideologica del direttore del museo. La pratica così intesa diventa pericolosa, perché potrebbe implicare un cambio d'identità del museo ad ogni nuovo direttore e la collezione diventerebbe frutto di una scelta soggettiva. Le linee guida che regolano la materia dovrebbero dunque essere più rigide su questo punto.

Infine la scelta dell'AAMD di allentare le restrizioni sull'utilizzo dei fondi derivanti dalla pratica del *deaccessioning* per far fronte alla grave crisi economica legata al Covid-19 ci porta a interrogarci sul precedente che costituisce questa scelta e sulle ripercussioni che avrà in futuro. Come evidenziato dal *Report on Museums Around the World in the Face of COVID-19*, redatto dall'Unesco nel maggio 2020, il 90% dei musei mondiali ha dovuto chiudere temporaneamente durante questa crisi e più del 10% potrebbe non riaprire mai più⁹⁸. A tal proposito, oltre ai casi citati del *Brooklyn Museum* e del *Baltimore Museum*, è significativa, perché proveniente da un'istituzione britannica meno abituata all'utilizzo massiccio del *deaccessioning*, la proposta di alcuni membri della *Royal Academy* di Londra di vendere il "Taddei Tondo", l'unico basso rilievo di marmo di Michelangelo presente nel Regno Unito, stimato attorno a 100 milioni di sterline, per evitare il licenziamento di circa 150 persone, il 40% dello staff, a causa della difficilissima situazione finanziaria che sta affrontando il museo⁹⁹.

⁹⁶ BBC News, *Croydon Council confirms antique Riesco ceramics sell off*, 25/07/2013, <http://www.bbc.com/news/uk-england-london-23449118>.

⁹⁷ House of Commons, *The Wallace collection annual report and account 2014-2015*, London, 2015 https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/451577/The_Wallace_Collection_annual_report_and_accounts_2014_-_2015.pdf.

⁹⁸ UNESCO, *Museums around the world in the face of COVID-19*, Parigi, 2020, <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000373530>.

⁹⁹ V. Thorpe, *Royal Academy's cruel dilemma: sell a Michelangelo or lose 150 jobs*, *The Guardian*, 20-09-20, <https://www.theguardian.com/artanddesign/2020/sep/20/royal-academys-cruel-dilemma-sell-a-michelangelo-or-lose-150-jobs>; A. Herman, *Done right, selling museum pieces can work – but probably not with Michelangelos*, *The Art Newspaper*, 25 settembre 2020, <https://www.theartnewspaper.com/comment/museums-deaccessioning>; T. Marks, *Setting people against objects makes for a grim discussion*; *Done right, selling museum pieces can*

Di fronte a questo momento storico, unanimemente riconosciuto come il più difficile dal secondo dopoguerra, può infatti essere legittimo permettere ai musei di razionalizzare la propria collezione per poter sopravvivere e tutelare i lavoratori, il cui licenziamento costituisce una tema serio e importante al pari della cessione di opere d'arte da parte dei musei¹⁰⁰.

È però assolutamente necessario che, oltre a rispettare la temporaneità di questi provvedimenti, circoscrivendo tali misure straordinarie a eventi eccezionali, ci sia un monitoraggio costante e rafforzato sui comportamenti dei musei in tal senso. Garantire che i beni venduti rimangano nella sfera pubblica, o quantomeno fruibili dalla collettività, dovrebbe essere il criterio fondamentale da cui partire anche in questi tempi di emergenza.

Il *deaccessioning* non risolve i problemi dei musei contemporanei ma è tuttavia un'opportunità da valutare, con prudenza e pragmatismo, alla luce della tradizione e dei fini delle collezioni, per migliorare la gestione e assicurare la sostenibilità dei bilanci economici.

work – but probably not with Michelangelos, *Apollo Magazine*, 5 ottobre 2020, <https://www.apollo-magazine.com/michelangelo-royal-academy-deaccessioning-finances/>.

¹⁰⁰ Si segnala un'originale idea per salvare i musei dalla crisi economica che è stata avanzata da Hellmouth Banner, il quale ha proposto di "tokenizzare" la Gioconda per 50 miliardi, ovvero venderla a porzioni digitali e immateriali attraverso la *blockchain*. L'idea è stata ripresa da Stephane Distinguin che nella rivista "Usbek & Rica", il 6 maggio ha concluso: «Et si on vendait la Joconde pour ne pas avoir à vendre le monde?» Vendere la Gioconda per evitare di vendere il mondo intero. V. l'intervista di Marilena Pirrelli a A.L. Tarasco in *Il Sole 24 ore - Plus 24*, 16 maggio 2020, 18; S. Montefiori, *La proposta: «Vendere la Gioconda per salvare la cultura dal Covid-19»*, *Il Corriere della Sera*, 12 maggio 2020, https://www.corriere.it/esteri/20_maggio_12/proposta-vendere-gioconda-salvare-cultura-covid-19-d3ce7046-947b-11ea-9026-0ed4807e0a45.shtml; H. Banner, *Tokeniser la Joconde pour 50 milliards : la meilleure idée depuis Bitcoin ?*, *The Coin Tribune*, 1-05-20, <https://www.thecointribune.com/actualites/tokeniser-la-joconde-pour-50-milliards-la-meilleure-idee-depuis-bitcoin/>.

La pratica del deaccessioning. Una comparazione tra l'ordinamento italiano e l'ordinamento inglese

Il lavoro analizza il tema del *deaccessioning*, controversa pratica di gestione museale che consiste nella rimozione permanente di un oggetto dalla collezione del museo e nel suo successivo potenziale trasferimento di proprietà ad altro soggetto, pubblico o privato. Tale pratica, per ragioni storiche e culturali, è sviluppata e utilizzata in particolare modo negli Stati Uniti. L'articolo però si concentra sull'approccio europeo al *deaccessioning*, comparando l'esperienza sul tema di due paesi di tradizioni giuridiche opposte, ovvero Regno Unito e Italia. Gli ordinamenti giuridici italiano e inglese affrontano la questione in modo differente. Mentre il Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio, che regola la materia dei beni culturali nell'ordinamento italiano, non sembra consentire il *deaccessioning* nei musei pubblici, nel Regno Unito tale pratica è permessa ma nel rispetto di un articolato sistema di "soft law", non giuridicamente vincolante, composto da Codici Etici e Linee Guida. Al termine della comparazione il lavoro offre un ragionamento critico circa le opportunità che tale pratica, se utilizzata con prudenza, può offrire per migliorare la gestione museale.

The practice of deaccessioning. A comparison between the Italian and the English system

The work analyses the theme of deaccessioning, a controversial museum management practice that consists of the permanent removal of an object from the museum collection and its subsequent potential transfer of ownership to another subject, be it public or private. For historical and cultural reasons, this practice has been developed and used in particular in the United States. However, the article focuses on the European approach to deaccessioning, comparing the experience of two countries of opposing legal traditions, namely the United Kingdom and Italy. The Italian and British legal systems approach the issue differently. While the Cultural Heritage and Landscape Code, which regulates the matter of cultural heritage in the Italian legal system, does not seem to allow deaccessioning in public museums, in the UK this practice is permitted but in compliance with a complex 'soft law' system, one not legally binding, dictated by Codes of Ethics and Guidelines. At the end of the comparison, the work offers a critical reasoning about the opportunities that this practice, if used with caution, might provide with a view to improving museum management.

Alcune considerazioni sul danno all'immagine della Pubblica Amministrazione

Manfredi Matassa

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Origine e sviluppo della figura del danno all'immagine della Pubblica Amministrazione. – 3. Gli elementi strutturali della fattispecie. – 4. L'intervento del legislatore: il c.d. Lodo Bernardo e i sospetti di illegittimità costituzionale. – 5. Il danno all'immagine nella disciplina del nuovo Codice: da rimedio contro la mala amministrazione a strumento di tutela della *reputation*. – 6. Danno all'immagine come risarcimento punitivo? – 7. Conclusioni.

1. *Premessa*

In assenza di una definizione legislativa la nozione di danno all'immagine¹ è riconducibile al danno derivante dal discredito provocato nell'opinione pubblica nei confronti della Pubblica Amministrazione dal comportamento illecito del pubblico dipendente².

Il profondo mutamento delle funzioni e dei compiti della Pubblica Amministrazione e le sempre più pressanti esigenze provenienti dalla realtà sociale hanno dato luogo a una complessa e articolata evoluzione di tale figura.

Ritenuto a lungo l'ultima frontiera della responsabilità amministrativa³, il danno all'immagine occupa oggi un posto centrale nella nuova conformazione dell'attività affidata alla giurisdizione della Corte dei conti. A dispetto dei ripetuti interventi normativi registratisi nell'ultimo decennio, però, tale fattispecie rappresenta ancora una figura dai lineamenti incerti e di non facile definizione⁴.

¹ Per trattazioni di respiro monografico in argomento si vedano: F. Aversano, A. Laino, A. Musio, *Il danno all'immagine delle persone giuridiche: profili civilistici, penalistici ed erariali*, Torino, 2012; S. Casto, *Il danno all'immagine*, Torino, 2008; W. Cortese, *La responsabilità per danno all'immagine della pubblica amministrazione*, Padova, 2004; G. Di Rago, *Il danno all'immagine della pubblica amministrazione*, Matelica, 2004.

² M. Dentamaro, *Il danno ingiusto nel diritto pubblico*, Milano, 1996, 80.

³ R. Ursi, *Danno all'immagine e responsabilità amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2001, 2-3, 309.

⁴ S. Pilato, *La responsabilità amministrativa. Profili sostanziali e processuali nelle leggi 19/94, 20/94 e 639/96*, Padova, 1999, 262.

Appare, dunque, opportuno partire dalla stessa matrice dell'istituto e ripercorrere i diversi interventi che hanno disegnato l'attuale quadro normativo in materia. L'analisi si svilupperà attraverso la ricostruzione degli elementi essenziali che hanno indotto a riconsiderare il concetto di danno non patrimoniale e la conseguente spinta pretoria che ha condotto alla configurabilità della risarcibilità del danno all'immagine in capo alla Pubblica Amministrazione. In seguito, partendo dall'approccio estensivo della giurisprudenza contabile, si approfondiranno le restrizioni legislative in materia attuate con il discusso intervento del 2009 (c.d. Lodo Bernardo) e gli ulteriori contributi pretori. La trattazione si incentrerà quindi sull'analisi dei contenuti del nuovo Codice della Giustizia Contabile, che con pochi incisi ha modificato la disciplina del diritto all'immagine della Pubblica Amministrazione, attribuendo alla Corte dei Conti una cognizione più ampia e non limitata ai reati di cui al Capo I del Titolo II del Libro Secondo del codice penale. In ultimo, tenendo in considerazione quanto affermato della Corte di Cassazione in merito alla questione dei risarcimenti punitivi, saranno analizzati i punti più critici del vigente assetto che meriterebbero una maggiore attenzione del legislatore.

2. *Origine e sviluppo della figura del danno all'immagine della Pubblica Amministrazione*

Una corretta impostazione dell'analisi della figura del danno all'immagine della Pubblica Amministrazione non può prescindere da una considerazione dell'evoluzione giurisprudenziale del concetto di danno non patrimoniale⁵. L'importanza pratica di tale rapporto emerge con assoluta chiarezza già a partire dalla sentenza delle Sezioni Riunite della Corte dei conti del 1988, che ha definito per la prima volta le competenze giurisdizionali in tale materia.⁶ In quell'occasione, i giudici contabili, dopo aver qualificato il danno erariale come un nocumento patrimoniale effettivo subito dalla Pubblica Amministrazione, hanno negato la possibilità in sede di giudizio di responsabilità amministrativa di pronunciarsi in tema di danno morale conseguente al reato. L'orientamento trovava le sue basi nella considerazione secondo la quale il danno all'immagine andava ricondotto al perimetro applicativo di cui all'art. 2059 del codice civile (affidato alla giurisdizione del giudice ordinario) in quanto lesivo di una posizione soggettiva pubblica non patrimoniale.

Ciò nonostante, l'effetto nomofilattico della pronuncia non ha impedito alle sezioni regionali della Corte dei conti di riconoscere la propria giurisdizio-

⁵ Per una più completa analisi della questione si veda la brillante analisi di D. Perrotta, *Il danno all'immagine della pubblica amministrazione, tra tendenza giurisprudenziali (espansive), scelte del legislatore (restrittive) e il nuovo codice di giustizia contabile*, in *Federalismi.it*, 2018, 2 ss.

⁶ Corte dei conti, Sez. Giurisdiz. Riunite, 6 maggio 1988, n. 580/A, in *Riv. Corte conti*, 1988, 4, 61.

ne su tale danno⁷. All'indomani del citato intervento, infatti, le sezioni regionali hanno affermato in diverse occasioni la propria giurisdizione anche al di là delle questioni relative al danno meramente patrimoniale arrecato alla Pubblica Amministrazione dall'attività illecita dei propri amministratori o dipendenti⁸.

Seppur con argomenti del tutto diversi, la giurisdizione contabile in materia di valutazione del danno all'immagine è stata confermata dai successivi orientamenti della sezione centrale della Corte dei conti⁹ e dalla Corte di Cassazione. Pur riconoscendo la giurisdizione contabile di tale danno, l'intervento pretorio ha negato con rigore la possibilità di derogare ai criteri ordinari del riparto di giurisdizione. Più specificatamente, le Sezioni Unite hanno ricondotto la giurisdizione in materia di risarcimento del danno all'immagine in capo alla Corte dei conti sulla base del carattere patrimoniale della spesa necessaria al ripristino del bene giuridico leso (perdita di prestigio e grave detrimento dell'immagine e della pubblica dello Stato) e non, come invece sostenuto dalla giurisprudenza pretoria, al *pretium doloris*, cioè al ristoro di sofferenze di natura fisica o morale¹⁰.

Nonostante la giurisdizione in *subiecta materia* fosse ormai pacificamente attribuita alla Corte dei Conti, l'indirizzo della prevalente giurisprudenza – contabile e ordinaria – ha subito ulteriori sviluppi che hanno avuto come esito un ridi-

⁷ Corte dei conti, Sez. Umbria, 28 novembre 1995, n. 20, in *Riv. Corte conti*, 1995, 6, 169; Corte dei conti, Sez. Lombardia, 17 giugno 1996, n. 133, in *Riv. Corte conti*, 1996, 4, 105; Corte dei conti, Sez. Lombardia, 17 giugno 1996, n. 1290, in *Riv. Corte conti*, 1996, 3, 117.

⁸ Per un approfondimento si veda la sentenza con la Corte dei conti, Sez. Lombardia, 24 marzo 1994, n. 31, in *Finanza locale*, 1996, 843: «Il danno morale (non patrimoniale) consegue al discredito subito dall'ente pubblico in ragione dei riflessi negativi derivanti dall'apertura di procedimenti penali a carico di pubblici amministratori e dipendenti, ove detti fatti siano riportati con evidenza sulla stampa, per l'effetto di amplificazione dell'attenzione della collettività che naturalmente ne deriva; e, pertanto, va ritenuto responsabile di danno non patrimoniale il consigliere regionale il quale, avendo assunto una posizione di intermediazione tra un consorzio di comuni per la gestione della discarica ed un privato imprenditore, abbia illecitamente agevolato quest'ultimo a danno dell'ente pubblico percependo indebitamente una somma in denaro».

⁹ V. Corte dei conti, Sez. II, 13 ottobre 1998, n. 207/A, in *Foro amm.*, 1999, 1121, secondo cui: «La non patrimonialità del danno non comporta una deroga ai principi che presidono al riparto della giurisdizione fra il giudice ordinario e il giudice della responsabilità amministrativa; [...] pertanto giudice naturale del danno non patrimoniale, e nella specie del danno morale, ove l'amministrazione danneggiata non si costituisca parte civile in un processo penale, è la Corte dei conti».

¹⁰ Cassazione Civile, Sez. Unite, 23 giugno 1997, n. 5668, in *Danno e Resp.*, 1997, 6, 767. Sul superamento della fattispecie romanistica del *pretium doloris* si veda il contributo di M. Franzoni, *Il nuovo danno non patrimoniale: un primo bilancio*, in *Resp. Civ.*, 2004, 1, 9 ss. Più in particolare, si veda la sentenza della Cass. n. 2367 del 3/3/2000, in *Danno e resp.*, 2000, 490, con nota di Carbone: «danno non patrimoniale e danno morale sono nozioni distinte: il primo comprende ogni conseguenza pregiudizievole di un illecito che, non prestandosi ad una valutazione monetaria di mercato, non possa essere oggetto di risarcimento sebbene di riparazione, mentre il secondo consiste nella c.d. *pecunia doloris*; poiché il danno non patrimoniale comprende gli effetti lesivi che prescindono dalla personalità giuridica del danneggiato, il medesimo è riferibile anche a enti e persone giuridiche (nella specie, in applicazione di tale principio, la Suprema Corte ha confermato la decisione di merito che aveva riconosciuto in favore di una società di capitali il risarcimento del danno non patrimoniale con riguardo a reato di diffamazione, accertato incidentalmente, quale fatto idoneo a pregiudicare l'immagine e la credibilità anche di persona giuridica)».

mensionamento della centralità acquisita dall'art. 2043 c.c. (danno patrimoniale) e al conseguente ampliamento, anche se non omogeneo, dell'ambito di applicazione dell'art. 2059 c.c. (danno non patrimoniale). Si è affermato così il carattere non più riparatorio, ma prevalentemente sanzionatorio¹¹ del danno conseguente alla perdita d'immagine dell'amministrazione. Su queste premesse, al giudice contabile è stato poi permesso di compiere una valutazione equitativa della lesione subita indipendentemente dai costi necessari al ripristino del bene tutelato¹².

Quest'ultimo orientamento interpretativo ha trovato una significativa conferma nell'ampliamento del concetto di danno non patrimoniale attuato dalle emblematiche sentenze gemelle della Corte di Cassazione del 2003¹³. Segnatamente, in forza dell'anzidetta ricostruzione si è assistito a un'estensione del concetto di danno non patrimoniale della Pubblica Amministrazione tale ricomprendere anche quei danni non previsti da una specifica fattispecie criminosa.

Il danno all'immagine di una pubblica amministrazione è stato inquadrato così dalla giurisprudenza contabile¹⁴ come fattispecie del danno esistenziale¹⁵, con la conseguente qualificazione di danno-evento piuttosto che di danno-conseguenza.

Il lento spostamento delle frontiere della responsabilità del danno all'immagine «verso un orizzonte più "civilistico"»¹⁶ ha inevitabilmente condotto a una proliferazione delle domande di ristoro del danno non patrimoniale. Unitamente all'evoluzione registrata in sede civilistica, si è riconosciuta al giudice una maggiore discrezionalità in ordine alla quantificazione delle somme da liquidare. Proprio nel momento di massima estensione della tutela risarcitoria, il legislatore è inter-

¹¹ C. Salvi, *La responsabilità civile*, Milano, 1998, 33.

¹² Corte dei conti, Sez. Piemonte, 14 febbraio 2000, n. 935, in *Riv. Corte conti*, 2000, 4, 47.

¹³ Cass. Civ., Sez. III, 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, in *Foro amm.*, 2003, 1542: «In relazione alla questione cruciale del limite, al quale l'art. 2059 c.c. assoggetta il risarcimento del danno non patrimoniale mediante la riserva di legge, deve escludersi, allorché vengano in considerazione valori personali di rilievo costituzionale, che il risarcimento del danno non patrimoniale, che ne consegua, sia soggetto al limite derivante dalla riserva di legge correlata all'art. 185 c. p.: ciò che rileva, ai fini dell'ammissione a risarcimento, in riferimento all'art. 2059 c.c., è l'ingiusta lesione di un interesse alla persona, dal quale conseguano pregiudizi non suscettibili di valutazione economica. In particolare, una lettura della norma costituzionalmente orientata impone di ritenere inoperante il detto limite, se la lesione ha riguardato valori della persona costituzionalmente garantiti».

¹⁴ Per uno studio più approfondito della questione si veda G. Cassano, *Il danno all'immagine della pubblica amministrazione come danno esistenziale?*, in *Danno e Resp.*, 2001, 3, 1201 ss., nota a Corte dei conti, Sez. giurisd. Umbria, 18 ottobre 2000, n. 557; M. Poto, *Il danno esistenziale e la pubblica amministrazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 4-5, 1132, nota a Corte dei conti, Sez. Giurisd. Riun., 23 aprile 2003, n. 10; F.M. Longavita, M. Longavita, *Il danno all'immagine della P.A. come danno esistenziale*, Rimini, 2006, 24 ss.; A. Riccò, *Il cosiddetto danno all'immagine della p.a. nella tematica della riparazione del danno non patrimoniale e la giurisdizione della Corte dei conti*, in *Riv. Corte conti*, 2004, 4, 258 ss.; M. Bona, *La morte del danno evento*, in *Foro it.*, 2004, 1, 782.

¹⁵ La Cassazione ha aderito in un primo momento alla teoria secondo la quale il danno esistenziale rientrerebbe nell'ambito di previsione dell'art. 2043 c.c., salvo successivamente cambiare posizione e ritenere applicabile la disciplina di cui all'art. 2059 c.c..

¹⁶ In questi termini G. Cangialosi, *L'immagine della pubblica amministrazione, ovvero il valore all'esteriorità*, in *Giureta*, 2009, 7, 12.

venuto per la prima volta nel disciplinare il danno all'immagine attraverso l'inserimento di incisive restrizioni all'esercizio dell'azione contabile.

3. *Gli elementi strutturali della fattispecie*

Prima di approfondire la disciplina introdotta dal legislatore del 2009 e le sue dibattute conseguenze sul piano applicativo appare opportuno delineare gli elementi strutturali che fino a quel momento hanno caratterizzato il danno all'immagine della Pubblica Amministrazione. In particolare, ci si può limitare a brevi cenni che riguardano l'ambito soggettivo, le condotte imputabili e la rilevanza del *clamor fori* rispetto alla qualificazione del danno¹⁷.

Quanto all'ambito soggettivo della disciplina, la giurisprudenza pretoria¹⁸ ha individuato la sussistenza di un rapporto di servizio come presupposto fondamentale per la configurazione dell'anzidetta forma di responsabilità. Il prevalente indirizzo interpretativo della Corte dei conti¹⁹ ha affermato il proprio potere di cognizione sul danno all'immagine anche in presenza di un rapporto di servizio inteso in senso lato, tale cioè da collocare il soggetto in relazione funzionale con l'ente pubblico rendendolo compartecipe fattivo dell'ente medesimo. Segnatamente, in applicazione della nozione di rapporto di servizio ampliata dall'art. 1, comma 4, della L. n. 20/1994, tale orientamento ha affermato la sussistenza della responsabilità non solo nel caso in cui il danno provochi un discredito all'amministrazione di appartenenza, ma anche qualora il danno sia diretto a un'amministrazione diversa (c.d. danno obliquo)²⁰. Si è giunti ad ampliare in tal modo i confini della responsabilità, fino a ricomprendervi tutte le fattispecie in base alle quali ogni persona fisica o giuridica si trovi a svolgere funzioni per conto di un'organizzazione amministrativa²¹.

In alcuni casi specifici l'area di applicazione del danno all'immagine è stata ulteriormente estesa da alcune pronunce delle sezioni regionali. Fra queste può segnalarsi l'indirizzo pretorio che ha ritenuto l'attività illecita, svolta da un grup-

¹⁷ Un valido e più approfondito contributo sulla questione è offerto da D. Perrotta, *Il danno all'immagine della pubblica amministrazione, tra tendenza giurisprudenziali (espansive), scelte del legislatore (restrittive) e il nuovo codice di giustizia contabile*, cit., 8 ss.; S. Brizi, *Il danno all'immagine della pubblica amministrazione*, in *RAmmRI*, 2006, 11-12, 1031 ss.

¹⁸ Sulla tema cfr. Corte dei conti, Sez. I App., 18 giugno 2004, n. 222, in *Giur. It.*, 2004, 1964; Corte dei conti, Sez. Friuli-V. Giulia, 28 aprile 2006, n. 228, in CED Cassazione, 2006; Corte dei conti, Sez. I App., 5 ottobre 2006, n. 192, in CED Cassazione, 2006.

¹⁹ Corte dei conti, Sez. Lombardia, 11 aprile 2005, n. 249.

²⁰ E. Capasso, *Il danno conosciuto dal Giudice Contabile*, in *Amm. cont. Stato enti pubbl. (online)*, 21 giugno 2011, 3 ss.

²¹ In questi termini D. Perrotta, *Il danno all'immagine della pubblica amministrazione, tra tendenza giurisprudenziali (espansive), scelte del legislatore (restrittive) e il nuovo codice di giustizia contabile*, cit., 8.

po di militari all'infuori del loro orario di lavoro, idonea a integrare la fattispecie del danno all'immagine in forza del rapporto di "fedeltà qualificata" ex art. 54 Cost. a cui sono soggetti gli appartenenti delle forze dell'ordine²².

Con riferimento alle condotte imputabili e ai criteri di imputazione del danno all'immagine occorre innanzitutto fare riferimento ai principi generali in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti introdotti con l'art. 1, comma 1, della L. 14 gennaio 1994 n. 20²³. Per quanto riguarda la questione delle condotte imputabili vale la pena di approfondire il tema dell'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali compiute dall'amministrazione. In questa sede appare sufficiente sottolineare che tale limite è stato interpretato dalla giurisprudenza in modo del tutto difforme – in senso ovviamente estensivo – rispetto alla lettera della disposizione.

Negli anni precedenti alla riforma legislativa si sono registrati numerosi indirizzi giurisprudenziali diretti, seppur con modalità diverse, ad aggirare il limite della insindacabilità del giudice amministrativo fino a snaturarlo dalla sua impostazione originaria. Alcune pronunce²⁴, difatti, non hanno ritenuto applicabile il limite in esame con riferimento a tutte le scelte gravemente illogiche, arbitrarie, irrazionali o contraddittorie funzionalmente idonee a ledere il superiore e basilare principio del buon andamento dell'azione amministrativa. Considerando anche le deroghe che i Collegi hanno individuato in relazione a specifiche

²² A tale riguardo si veda la sentenza della Corte dei conti, Sez. Friuli-V. Giulia, 21 luglio 2007, n. 491: «sussiste la responsabilità amministrativa per danno all'immagine della P.A. nella ipotesi in cui militari appartenenti alla Polizia di Stato ed alla guardia di finanza partecipino – fuori dall'orario di servizio – alla organizzazione, con ruoli diversi, di un'attività illecita contraddistinta dalla commercializzazione di ingenti quantitativi di sostanze anabolizzanti, poiché il rapporto di servizio delle forze dell'ordine possiede una particolare e più intensa connotazione che discende dal dovere di fedeltà di cui all'art. 54 della Costituzione, da intendersi come "fedeltà qualificata, con contenuto più ampio di quello riguardante la totalità dei cittadini", essendo "idonea a fondare doveri più impegnativi nei confronti di chi, essendo tenuto a prestare giuramento, contrae anche un vincolo di ordine morale, che a quelli giuridici si aggiunge", la cui rilevanza assorbe anche i comportamenti esterni all'adempimento dei doveri tipici del servizio».

²³ Con riferimento specifico a quanto disposto nel primo periodo: «La responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica è personale e limitata ai fatti e alle omissioni commessi con dolo o colpa grave, ferma restando l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali. In ogni caso è esclusa la gravità della colpa quando il fatto dannoso tragga origine dall'emanazione di un atto vistato e registrato in sede di controllo preventivo di legittimità, limitatamente ai profili presi in considerazione nell'esercizio del controllo»; inoltre, occorre precisare che l'art. 3 del d.l. 23 ottobre 1996, n. 543 ha qualificato la colpa grave come grado minimo di colpevolezza.

²⁴ Si veda la sentenza della Corte dei conti, Sez. I App, 28 luglio 2008, n. 346: «Il limite della insindacabilità non sussiste, e dunque non può essere invocato dal presunto responsabile del danno, allorché le scelte discrezionali, da cui sia derivato il nocumento patrimoniale, siano contrarie alla legge o si rivelino gravemente illogiche, arbitrarie, irrazionali o contraddittorie, atteso che la predetta insindacabilità concerne la valutazione delle scelte tra più comportamenti legittimi attuati per il soddisfacimento dell'interesse pubblico perseguito e non ricomprende, al contrario, le scelte funzionalmente deviate rispetto al superiore e basilare postulato del buon andamento dell'azione amministrativa».

questioni²⁵, è da ritenere che, in realtà, l'insindacabilità ha trovato un margine di applicazione molto più ristretto rispetto a quanto previsto dall'art. 1, comma 1, della L. 14 gennaio 1994 n. 20.

Quanto, invece, al criterio dell'imputazione, occorre sottolineare che la responsabilità è limitata ai soli casi di dolo o colpa grave. Richiamando un indirizzo giurisprudenziale consolidato, quest'ultima può essere definita come la condotta del pubblico impiegato che ha dimostrato inescusabile negligenza, imprudenza o imperizia nell'espletamento delle mansioni o nell'adempimento dei propri doveri istituzionali, nonché un atteggiamento di estrema superficialità nella cura dei beni e degli interessi pubblici, per avere, con grave leggerezza istituzionale, sottovalutato evidenti segnali di gravità tale da rendere prevedibile o comunque probabile il concreto verificarsi di un fatto dannoso²⁶. Circa la classificazione del dolo occorre affermare che questo non deve essere verificato sulla base dei presupposti penalistici *ex art. 43 c.p.* (coscienza e volontarietà), ma con riguardo agli elementi propri del c.d. dolo contrattuale: si deve cioè riferire al proposito consapevole di non adempiere a un obbligo, ossia di violare intenzionalmente i doveri riconducibili all'espletamento del rapporto di impiego, ovvero di servizio per quanto concerne i soggetti privati²⁷.

In secondo luogo, è bene sottolineare la rilevanza di uno degli elementi più controversi della disciplina del danno all'immagine della Pubblica Amministrazione: il c.d. *clamor fori*, definito dalla dottrina come l'eco mediatica suscitata dallo svolgimento di fatti causativi del pregiudizio dell'amministrazione. Nel corso dell'evoluzione della figura in esame tale elemento è stato soggetto a diverse letture. Un orientamento della giustizia contabile, affermatosi nei primi anni del duemila, ha qualificato dapprima il *clamor fori* come un elemento essenziale per la configurazione del danno all'immagine²⁸ attribuendo così all'attore pubblico l'onere di fornire una prova (in senso ampio) della diffusione della notizia a mezzo stampa e dei costi sostenuti dall'amministrazione per il ripristino dell'immagi-

²⁵ Per un'analisi più approfondita v. Corte dei conti, Sez. I App. Sent., 07 aprile 2008, n. 154; Corte dei conti, Sez. Puglia, 16 settembre 2008, n. 735; Corte dei conti, Sez. I App., 22 settembre 2008, n. 407; Corte dei conti, Sez. Friuli-V. Giulia, 05/11/2008, n. 451.

²⁶ Da ultimo v. la sentenza Corte dei conti, Sez. Sicilia, 22 marzo 2019, n. 204.

²⁷ La definizione è data dalla recente sentenza della Corte dei conti, Sez. Piemonte, 23 gennaio 2017, n. 7.

²⁸ Per una trattazione più approfondita si veda la sentenza della Corte dei conti, Sez. I App., 05 febbraio 2004, n. 44, in *Foro amm.*, 2004, 557: «Va esclusa la giurisdizione della Corte dei conti in ordine al danno all'immagine derivato dalla riscossione di tangenti da parte di un dipendente dell'ANAS, avvenuta, nell'ambito dell'attività imprenditoriale dell'azienda, anteriormente alla sua trasformazione in ente pubblico economico, laddove emerga che il *clamor fori*, che costituisce un elemento essenziale della fattispecie, sia intervenuto solo successivamente alla trasformazione stessa»; sulla stessa linea Corte dei conti, Sez. I App., 10 gennaio 2005, n. 3 e Corte dei conti, Sez. Basilicata, 21 marzo 2005, n. 57. È bene, altresì, sottolineare il prezioso contributo sul criterio del *clamor fori* di I. Palmigiani, *Il "danno all'immagine" della Pubblica amministrazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 280 ss.

ne²⁹. Successivamente, una volta superata la concezione patrimoniale di tale danno, il *clamor fori* ha progressivamente perso la sua centralità, fino a essere considerato un elemento di cui tenere conto ai fini della sola quantificazione del danno³⁰ o, secondo un altro indirizzo interpretativo, come una circostanza aggravante³¹.

4. *L'intervento del legislatore: il c.d. Lodo Bernardo e i sospetti di illegittimità costituzionale*

Come è noto, l'ampio perimetro raggiunto dalla fattispecie del danno all'immagine della Pubblica Amministrazione è stato oggetto di notevole ridimensionamento per effetto di quanto disposto dall'art. 17, comma 30-ter, del d.l. n. 78/2009 (c.d. Lodo Bernardo). Tale intervento legislativo, ancora oggi al centro di un intenso dibattito, ha inteso modificare la disciplina della figura in esame attraverso tre canoni fondamentali che meritano di essere qui analizzati.

Anzitutto, la richiamata normativa ha attribuito alle procure della Corte dei conti la possibilità di avviare l'attività istruttoria solo a fronte di specifica e concreta notizia di danno (*notitia damni*), con eccezione delle fattispecie direttamente sanzionate dalla legge. In un secondo momento, l'azione per il risarcimento del danno è stata ricondotta ai soli casi e modi previsti dall'art. 7 della L. n. 97 del 2001. Si è resa necessaria, cioè, la presenza di una sentenza penale di condanna irrevocabile e dell'accertamento di un reato "proprio" di cui al capo I, Titolo II del secondo libro del codice penale. Infine, è stata sancita la nullità, rilevabile in ogni momento e da qualunque soggetto che ne abbia interesse, di ogni atto istruttorio o processuale posto in essere in violazione dei precedenti presupposti.

La dottrina ha accolto la novella con molte perplessità³². Il nuovo assetto normativo è stato ritenuto irrazionale, non solo per l'evidente inadeguatezza dell'assai ridotto potere d'intervento attribuito al procuratore contabile nonché per il conseguente limite alla tutela risarcitoria, ma altresì per il parallelo amplia-

²⁹ Corte dei conti, Sez. Sicilia, 04 aprile, 2005, n. 720.

³⁰ Corte dei conti, Sez. Campania, 10 giugno 2009, n. 686.

³¹ Sulla qualificazione del *clamor fori* come circostanza aggravante e non come elemento essenziale del danno all'immagine si veda Corte dei conti, Sez. Piemonte, 11 marzo 2014, n. 26.

³² Si veda M. Perin, *Lodo Bernardo, decreto correttivo ancora molto limitativo delle indagini e la quasi abolizione della lesione all'immagine pubblica*, in *LexItalia.it*, 7-8 del 2009 e A. Vetro, *Problematiche relative al danno all'immagine della pubblica amministrazione, perseguibile innanzi alla Corte dei conti, dopo l'entrata in vigore del c.d. codice di giustizia contabile*, in *Amm. cont. Stato enti pubbl. (online)*, 6 gennaio 2018; R. Galli, *Nuovo corso di diritto amministrativo*, Milano, 2019, 1781 ss.; C.E. Gallo, *Passato presente e futuro del danno all'immagine della pubblica amministrazione*, in *Urbanistica e Appalti*, 2011, 4, 412 ss.; un'interpretazione meno critica sulla riforma è invece offerta da G. Marena, *Il danno all'immagine da illegittimo esercizio della funzione pubblica*, in *Danno e resp.*, 3, 2011, 303.

mento che il legislatore ha deciso di attuare in relazione a fattispecie specifiche³³. Al riguardo, appare opportuno evidenziare che se da un lato il legislatore ha bruscamente ristretto il perimetro applicativo del danno all'immagine al presupposto di un accertamento in sede penale di un reato contro la Pubblica Amministrazione, dall'altro, con successivi interventi, ha assoggettato al giudizio contabile fattispecie senz'altro meno lesive di quelle escluse.

La reazione della giurisprudenza è stata ben più articolata. Una parte dei collegi ha tentato di estendere il *numerus clausus* di fattispecie di reato conoscibili dalla Corte stessa attraverso vari espedienti giuridici. Fra questi assume particolare rilievo la decisione della sezione lombarda della Corte dei conti n. 765 del 16 novembre 2009, che ha affermato la possibilità di risarcire un danno conseguente all'accertamento di un reato, nel caso di specie quello di falso e calunnia, diverso da quello contro la Pubblica Amministrazione. Altre sezioni regionali³⁴ hanno preferito sollevare invece questione di legittimità dinanzi alla Corte costituzionale per violazione di numerosi principi contenuti nella Carta fondamentale (artt. 2, 3, 24, 25, 54, 77, 81, 97, 103, 111 e 113 Cost.), ritenendo irrazionale tanto la differenziazione di tutela tra le fattispecie di danno all'immagine e le altre tipologie di danno subito dalla Pubblica Amministrazione, quanto la scelta, di carattere più processuale, di introdurre una tutela giurisdizionale differenziata fra giudizio contabile e ordinario in base al tipo di reato accertato³⁵.

Le censure di illegittimità costituzionale sono state però disattese dalla sentenza della Consulta del 15 dicembre 2010 n. 355. La Corte costituzionale, infatti, le ha giudicate infondate chiarendo che, sul versante processuale, il nuovo

³³ L'art. 55-*quinquies*, comma 2, del d. lgs. n. 165/201, aggiunto dall'art. 69, comma 1, del d. lgs. n. 150 del 2009 (c.d. decreto brunetta) prevede che «nei casi di cui al comma 1 [attestazione falsa della presenza in servizio], il lavoratore, ferme la responsabilità penale e disciplinare e le relative sanzioni, è obbligato a risarcire il danno patrimoniale, pari al compenso corrisposto a titolo di retribuzione nei periodi per i quali sia accertata la mancata prestazione, nonché il danno d'immagine di cui all'articolo 55-*quater*, comma 3-*quater*»; l'art. 1, comma 12, della legge 6 novembre 2012, n. 190 ha introdotto una disciplina specifica nella parte in cui afferma che «in caso di commissione, all'interno dell'amministrazione, di un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato, il responsabile individuato ai sensi del comma 7 del presente articolo risponde ai sensi dell'articolo 21 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, nonché sul piano disciplinare, oltre che per il danno erariale e all'immagine della Pubblica Amministrazione [...]» e, infine, l'art. 46, comma 1, del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 così come modificato dall'art. 37 del d.lgs. 11 agosto 2016, n. 17 ha stabilito che «l'inadempimento degli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente e il rifiuto, il differimento e la limitazione dell'accesso civico, al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 5-*bis*, costituiscono elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale, eventuale causa di responsabilità per danno all'immagine dell'amministrazione e sono comunque valutati ai fini della corresponsione della retribuzione di risultato del trattamento accessorio collegato alla performance individuale dei responsabili».

³⁴ Sezione Umbria con ord. n. 331 del 2009, Campania con ord. n. 25, n. 26 e n. 27 del 2010, Sicilia con ord. n. 44 del 2010, Toscana con ord. n. 145 del 2010, Lombardia con ord. n. 125 del 2010 nonché sezione prima giurisdizionale centrale d'appello con ord. n. 162 del 2010.

³⁵ Così D. Perrotta, *Il danno all'immagine della pubblica amministrazione, tra tendenza giurisprudenziali (espansive), scelte del legislatore (restrittive) e il nuovo codice di giustizia contabile*, cit., 18.

disposto normativo ha inteso circoscrivere l'azione risarcitoria per il danno all'immagine alla sola giurisdizione della Corte dei conti³⁶ e ai soli reati di cui al Capo I del Titolo II del Libro Secondo del codice penale (escludendo *a contrario* la possibilità per il giudice ordinario di conoscere gli altri reati) mentre, sul versante sostanziale, ha ritenuto "non manifestamente irragionevole" la scelta di non estendere l'azione risarcitoria anche in presenza di condotte non costituenti reato ovvero costituenti un reato diverso da quello previsto dalla legge. In tal modo la Pubblica Amministrazione è rimasta – paradossalmente – l'unica persona giuridica dell'ordinamento a non essere risarcita del danno all'immagine, al di fuori delle ipotesi legislativamente previste³⁷.

Le reazioni pretorie nei confronti di tale pronuncia non sono state uniformi. Le sezioni giurisdizionali di appello della Corte dei conti, unitamente a un numero limitato di sezioni regionali³⁸, hanno disatteso l'interpretazione della Consulta, ritenendo l'utilizzo del principio di tassatività di matrice penalistica del tutto incompatibile con le necessità di tutela dell'immagine della Pubblica Ammini-

³⁶ Tale di orientamento ha successivamente trovato avallo nella giurisprudenza della Corte di cassazione, secondo cui «in tema di responsabilità contabile, la norma dell'art. 17, comma 30-ter, del d.l. n. 78 del 2009, convertita in l. n. 102 del 2009 che ha circoscritto la possibilità del p.m. presso il giudice contabile di agire per il risarcimento del danno all'immagine di enti pubblici (pena la nullità degli atti processuali compiuti) ai soli fatti costituenti delitti contro la p.a., accertati con sentenza passata in giudicato, introduce una condizione di mera proponibilità dell'azione di responsabilità davanti al giudice contabile (incidente, dunque, sui soli limiti interni della giurisdizione di tale giudice) e non una limitazione della giurisdizione contabile, posto che la citata norma, nel disciplinare l'esercizio, da parte delle procure regionali della Corte dei conti, dell'azione per il risarcimento del danno all'immagine subito dall'Amministrazione ha solo circoscritto i casi in cui è possibile chiedere il risarcimento di tale danno imputabile a un suo dipendente» (Cass. civ., Sez. un., 23 novembre 2012, n. 20728). Nello stesso senso Cass. civ., Sez. Unite., 7 giugno 2012, n. 9188.

³⁷ In questi termini V. Reali, *Il danno all'immagine della P.A. tra giurisprudenza e legislazione*, in *Federalismi.it*, 2014, 34. Per una trattazione più approfondita sulla questione si veda il contributo di A. Lamorghese, *Il danno all'immagine delle persone giuridiche*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 234; V. Rapelli, *Il danno all'immagine della pubblica amministrazione innanzi alla Corte costituzionale: confini e prospettive*, in *Giur. It.*, 8-9, 2011, 1907; G. Costantino, *Corte costituzionale sentenza 15 dicembre 2010 n. 355*, Nota a sentenza, in *Foro it.*, 2001, parte I, col. 664; G. Marena, *Il danno all'immagine da illegittimo esercizio della funzione pubblica*, in *Danno resp.*, 2011, n. 3, 298; V. Rapelli, *Il danno all'immagine della pubblica amministrazione innanzi alla Corte costituzionale: confini e prospettive*, in *Giur. it.*, 2011, 8-9, 1907; E. Follieri, *L'autonomia e la dipendenza tra processi in materia di responsabilità pubbliche*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 2, 39; A. Vetro, *L'evoluzione della giurisprudenza in materia di danno all'immagine*, in *Lexitalia.it*, 2012, 7; A. Vetro, *Sentenza della Corte costituzionale 1° dicembre 2010 n. 355 sul danno all'immagine delle pubbliche amministrazioni. Problematica sulla vincolatività dell'interpretazione della normativa esaminata dalla Consulta*, in *Lexitalia.it*, 2011, 2.

³⁸ Si veda la sentenza della Corte dei conti, sez. III App., 13 aprile 2012, n. 286, nella parte in cui stabilisce che «non essendo il processo di responsabilità amministrativa assimilabile al processo penale) non valgono le tassatività previste in quella giurisdizione e sarebbe illogico e non conforme a Costituzione che il legislatore abbia inteso limitare la risarcibilità del danno all'immagine alle sole ipotesi di delitti contro la pubblica amministrazione di cui al titolo I capo II del codice penale, trascurando altre ipotesi di delitti contro la pubblica amministrazione non meno gravi e anzi puniti con pene anche più pesanti di quelle previste per alcuni reati di cui al titolo I capo II del libro II c.p., come l'ipotesi di truffa di cui al capoverso dell'articolo 640 c.p. o addirittura le ipotesi di cui all'art. 640-bis c.p.». Sulla stessa linea v. le sentenze della Corte dei conti, Sez. I App., 14 dicembre 2012, n. 809 e sez. Toscana, 19 giugno 2012, n. 321.

strazione. Diversamente, la maggioranza delle Sezioni regionali della Corte hanno accolto supinamente il “principio dell'autorità”³⁹, avallando la – in termini di ragionevolezza – discutibile interpretazione della Corte costituzionale.

Il legislatore, non intenzionato a porre fine allo scontro giurisprudenziale in atto, ha poi complicato ulteriormente la lettura del quadro normativo attraverso la previsione di diverse e frammentarie disposizioni. Fra i già accennati interventi che hanno comportato la previsione di ulteriori e specifiche fattispecie di danno all'immagine, merita un'analisi più approfondita la L. n. 190 del 2012 (c.d. Legge Severino).

Le misure da essa introdotte si orientarono in una duplice direzione: da un lato, il comma 12 ha previsto una specifica responsabilità per illeciti non strettamente riconducibili ai reati contro la Pubblica Amministrazione; dall'altro, il comma 62 ha introdotto il primo criterio legislativo per la quantificazione del danno all'immagine nella misura del *duplum* della somma di denaro del valore patrimoniale di altra utilità illecitamente percepita dal dipendente pubblico.

5. *Il danno all'immagine nella disciplina del nuovo Codice: da rimedio contro la mala amministrazione a strumento di tutela della reputation*

Dopo più di un ventennio dalla sua introduzione la disciplina del danno all'immagine risultava di difficile lettura e fondata su presupposti di dubbia legittimità costituzionale. Al discusso Lodo Bernardo è seguita infatti l'emanazione di numerose norme di carattere speciale di spinta opposta, che hanno stravolto il fragile equilibrio normativo che la Corte costituzionale aveva ritenuto legittimo con il citato intervento del 2010.

Sulla base di queste considerazioni la sezione Giurisdizionale della Liguria ha sollevato una nuova questione di legittimità costituzionale dell'art. 17, comma 30-ter del d.l. n. 78 del 2009, riproponendo al vaglio della Consulta il contrasto della disciplina con l'articolo 3 della Costituzione sotto il profilo dell'intrinseca irragionevolezza. Nel caso di specie, la sezione ligure, chiamata a decidere sulla risarcibilità del danno conseguente ai fatti accaduti a Genova in occasione del G8 del 2001, ha ritenuto illogica l'esclusione della configurabilità del danno all'immagine in conseguenza dei gravissimi reati accertati con sentenza penale irrevocabile a fronte dell'inclusione di fattispecie di quasi irrilevante lesività. Basti pensare che l'allora vigente impianto normativo esponeva alla risarcibilità del danno all'immagine il dipendente pubblico che, attestando falsamente la sua presenza

³⁹ Così A. Vetro, *Evoluzione giurisprudenziale sul danno all'immagine della pubblica amministrazione*, in *Amm. cont. Stato enti pubbl. (online)*, 7 luglio 2012, 1 ss.

sul posto di lavoro, si recava all'esterno per poche decine di minuti e non, invece, un membro delle forze dell'ordine condannato per l'arresto illegale di persone, accusate della commissione di gravi delitti sulla base di false prove prodotte da appartenenti alle forze di polizia⁴⁰.

Nelle more del giudizio, tuttavia, il legislatore ha anticipato l'intervento della Consulta, intervenendo sulla disciplina attraverso pochi e decisivi interventi. Nello specifico, sul versante sostanziale, l'art. 4, comma 1, lett. g), dell'Allegato 3 del decreto legislativo 26 agosto 2016 n. 174 (Codice della Giustizia Contabile) ha abrogato l'art. 7 della legge 27 marzo 2001, n. 97, volto a delimitare il perimetro applicativo di tale risarcimento ai soli reati "propri" contenuti nel Capo I, del titolo II, del secondo libro del codice penale; sul versante processuale, invece, il comma 6 dell'art. 51 del Codice ha introdotto un'ipotesi di nullità rilevabile d'ufficio per le ipotesi di violazione delle norme sui presupposti di proponibilità della relativa azione. Alla luce del rinnovato assetto normativo, la Corte costituzionale con ordinanza n. 145 del 2017 ha ritenuto che le sopravvenute modifiche avessero reso ineludibile il riesame da parte del remittente lasciando, così, a quest'ultimo la valutazione delle modifiche in ordine alla rilevanza e alla non manifesta infondatezza della sollevata questione.

Le modifiche in materia di danno all'immagine attuate attraverso il Codice di Giustizia Contabile del 2016, sono da considerare troppo esigue per chiarire una normativa già deficitaria per coerenza e ragionevolezza⁴¹. Inoltre, sembra corretto ritenere che la non eccellente tecnica legislativa con cui è stato realizzato tale intervento abbia messo in risalto tutti i gravissimi limiti della disciplina incrementando ulteriormente i dubbi interpretativi⁴². Infatti, va sottolineato che il nuovo codice – pur abrogando il primo periodo del primo comma dell'art. 17, comma 30-ter, del d.l. n. 78 del 2009 – ha lasciato invariato il secondo periodo, contenente la limitazione dell'azione per il risarcimento del danno all'immagine; e tuttavia, allo stesso tempo, con l'art. 4, comma 1, lettera g), dell'Allegato 3

⁴⁰ Corte dei conti, *Relazione del Procuratore Regionale Claudio Mori*, 16 febbraio 2017, 23, reperibile su www.cortedeiconti.it.

⁴¹ A. Vetro, *Problematiche relative al danno all'immagine della pubblica amministrazione, perseguibile innanzi alla Corte dei conti, dopo l'entrata in vigore del c.d. codice di giustizia contabile*, cit., 4.

⁴² Il nuovo assetto normativo delineato dal codice offre all'interprete la possibilità di giungere a due soluzioni diametralmente opposte. L'abrogazione attuata dall'art. 4, comma 1, lett. g), dell'Allegato 3 del decreto legislativo 26 agosto 2016 n. 174 può infatti essere intesa come una riespansione dei presupposti del danno all'immagine (interpretazione questa ormai pacificamente accolta dalla giurisprudenza) o, secondo un'interpretazione più letterale e meno logica, come l'impossibilità delle fattispecie contenute nell'art. 7 della legge 27 marzo 2001, n. 97 di integrare i presupposti per la configurazione del risarcimento. Sulla questione v. D. Perrotta, *Il danno all'immagine della pubblica amministrazione, tra tendenza giurisprudenziali (espansive), scelte del legislatore (restrittive) e il nuovo codice di giustizia contabile*, cit., 18. Sugli altri dubbi interpretativi v. A. Vetro, *Problematiche relative al danno all'immagine della pubblica amministrazione, perseguibile innanzi alla corte dei conti, dopo l'entrata in vigore del c.d. codice di giustizia contabile*, cit., 4.

(Norme transitorie e abrogazioni), ha abrogato l'art. 7 della L. n. 97 del 2001, cui tale previsione faceva rinvio nel delimitare i casi nei quali il Pubblico Ministero contabile poteva promuovere l'azione risarcitoria. In altri termini, dopo l'entrata in vigore del Codice è rimasta in vita una norma di rinvio che circoscrive la proponibilità della domanda a casi specifici che si rivolge, però, a una previsione che lo stesso codice ha contestualmente abrogato. Tutto ciò senza alcuna indicazione circa la natura del rinvio.

La giurisprudenza è stata nuovamente investita, dunque, del compito di chiarire la reale portata innovativa della riforma. Anzitutto, la sentenza della Corte dei conti, Sez. Lombardia, n. 201 del 2016⁴³ ha ricostruito, partendo da un'interpretazione *sedes materiae* delle disposizioni contenute nel nuovo codice, i presupposti necessari per la qualificazione del danno all'immagine deducendo la sua riconducibilità al generale e omnicomprensivo istituto del danno erariale di cui agli art. 51 e ss. del Codice. Tale considerazione, ricavata dal combinato disposto dell'art. 51, comma 6, del Codice (l'unica disposizione che fa espresso riferimento al danno all'immagine) e del successivo comma 7, ha permesso al giudice contabile di affermare che qualsiasi delitto commesso da pubblici dipendenti, o più in generale da soggetti legati da un rapporto di servizio con la Pubblica Amministrazione, accertato con sentenza penale definitiva, fosse idoneo a configurare il presupposto per l'eventuale promovimento dell'azione risarcitoria per il danno all'immagine.

In seguito, l'ambiguità della nuova formulazione legislativa ha condotto la sezione ligure della Corte dei conti a sollevare (nuovamente) una questione di legittimità costituzionale dell'art. 51, commi 6 e 7, dell'Allegato 1 al decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 174, recante riferimento agli artt. 3, 76, 97 e 103 della Costituzione, «nella parte in cui esclude l'esercizio dell'azione del Pubblico Ministero contabile per il risarcimento del danno all'immagine conseguente a reati dolosi commessi da pubblici dipendenti a danno delle pubbliche amministrazioni, dichiarati prescritti con sentenza passata in giudicato pienamente accertativa della responsabilità dei fatti ai fini della condanna dell'imputato al risarcimento dei danni patiti dalle parti civili costituite»⁴⁴. L'ordinanza, tuttavia, è stata dichiarata inammissibile con sentenza n. 191 del 2019 per «inadeguata rappresentazione del quadro normativo entro il quale la disposizione impugnata è ricompresa», in quanto, secondo la Corte, il giudice *a quo* non aveva approfondito il profilo della perdurante operatività della delimitazione del risarcimento ai soli casi di cui all'art. 7, L. n. 97/2001, né la nozione di «reato a danno» dell'amministrazione

⁴³ Nello stesso senso si vedano le sentenze della Corte dei conti, Sez. Emilia-Romagna, nn. 73, 98, 105, 106, 172 e 225 del 2017 e anche Corte dei conti, Sez. Veneto, 17 maggio 2019, n. 73.

⁴⁴ Corte dei conti, Sez. Liguria, ord. 29 maggio 2018, n. 165.

sottesa alla formulazione dell'art. 51, comma 7, del Codice di Giustizia Contabile. In questa prospettiva, si stabilisce che spetta al giudice remittente approfondire la natura del rinvio operato dall'art. 17, comma 30-ter, del decreto legge n. 78 del 2009 e, con ciò, le sue diverse conseguenze applicative⁴⁵.

L'*obiter dictum* della Corte ha inteso ricordare alla sezione regionale contabile che, essendo stata abrogata esclusivamente la disciplina di cui all'art. 7 della l. n. 97/2001 e non anche la norma di rinvio contenuta nel c.d. Lodo Bernardo, solo un rinvio mobile comporterebbe il superamento del limite della risarcibilità dei soli reati contro la Pubblica Amministrazione accertati con sentenza penale definitiva. Nei fatti, dunque, la palla è tornata nuovamente alla giurisprudenza contabile.

L'orientamento che allo stato attuale, seppur con qualche isolato arresto⁴⁶, si è consolidato nella giurisprudenza pretoria ritiene che qualora l'attività istruttoria del Pubblico Ministero contabile si sia conclusa dopo l'entrata in vigore del Codice di giustizia contabile, può essere perseguito il danno all'immagine cagionato a seguito del compimento di un delitto che abbia leso l'immagine della Pubblica Amministrazione, accertato con sentenza penale irrevocabile, senza che operi la limitazione ai soli delitti previsti al libro secondo, titolo II, capo I del codice penale⁴⁷.

6. *Danno all'immagine come risarcimento punitivo?*

Alla luce di quanto osservato sembra corretto ritenere che, quantomeno nelle intenzioni, il nuovo disegno del legislatore in materia di danno all'immagine fosse diretto ad abbandonare il percorso del mero contenimento degli atti di mala amministrazione in nome della ricerca – ben più ambiziosa – di una tutela *tout court* del diritto all'onore della Pubblica Amministrazione (*reputation*). Infatti, all'indomani del Codice di Giustizia Contabile la giurisprudenza ha attribuito al

⁴⁵ Si veda la sentenza della Corte cost., 19 luglio 2019, n. 191 al §4.1: «A fronte di ciò, osserva questa Corte che il giudice *a quo* non ha vagliato la possibilità che il dato normativo di riferimento legittimi un'interpretazione secondo cui, nonostante l'abrogazione dell'art. 7 della legge n. 97 del 2001, che si riferisce ai soli delitti dei pubblici ufficiali contro la PA, non rimanga privo di effetto il rinvio ad esso operato da parte dell'art. 17, comma 30-ter, del d.l. n. 78 del 2009, e non si è chiesto se si tratta di rinvio fisso o mobile. L'ordinanza, quindi, trascura di approfondire la natura del rinvio, per stabilire se è tuttora operante o se, essendo venuto meno, la norma di riferimento è oggi interamente costituita dal censurato art. 51, comma 7».

⁴⁶ Rileva, ad esempio, l'orientamento della sezione emiliana della Corte dei conti, 11 giugno 2017, n. 229, secondo cui, in forza delle ancora vigenti disposizioni contenute all'interno della c.d. legge Severino, l'azione per il risarcimento del danno all'immagini della pubblica amministrazione può essere esercitata solo a seguito dell'accertamento con sentenza penale passata in giudicato di un reato di cui al Capo I del Titolo II del Libro Secondo del codice penale.

⁴⁷ Così, da ultimo, Corte dei conti, Sez. Veneto, 17 maggio 2019, n. 73. Nello stesso senso si vedano, *ex multis*, Corte dei conti, Sez. Sicilia, 22 maggio 2018, n. 449; Corte dei conti, Sez. Sicilia App., 13 ottobre 2016, n. 181.

concetto di danno all'immagine un indissolubile legame con la lesione dei beni immateriali della reputazione e dell'estimazione dell'ente, incidendo in via immediata sul rapporto di *affectio societatis* e, in via mediata, sulla capacità di realizzazione dei fini istituzionali trovando un collegamento funzionale con i principi di legalità, trasparenza e buon andamento di cui all'articolo 97 della Costituzione.⁴⁸

Tuttavia, ad oggi, nonostante i numerosi interventi citati, la disciplina del danno all'immagine della Pubblica Amministrazione non può essere considerata idonea a perseguire gli scopi prefissati tanto sul profilo del contenimento degli atti di *maladministracion* quanto sul profilo della tutela dei suindicati principi costituzionali. In altri termini, l'istituto si trova in un limbo tra inefficienza e illegittimità.

Premettendo che i problemi teorici e applicativi derivanti dall'intricato quadro normativo del danno all'immagine possono ritenersi risolvibili soltanto attraverso l'introduzione di un'unica disciplina organica della materia (attesa ormai da più di un ventennio), appare utile interrogarsi quali specifici interventi correttivi possano affinare la compatibilità del quadro normativo con i principi generali dell'ordinamento e garantire un livello minimo di efficienza dell'istituto in esame. Ciò posto, in considerazione del recente intervento della Consulta che ha interessato la disciplina del danno all'immagine, appare opportuno dedicare in via preliminare alcuni cenni circa la reale funzione del risarcimento per danno all'immagine della Pubblica Amministrazione.

Nel suo intervento del 2010 la Corte costituzionale aveva sottolineato la peculiare connotazione sanzionatoria del danno all'immagine rispetto alle altre forme di responsabilità previste dall'ordinamento⁴⁹. Tale aspetto si mostra oggi ancora più marcato (se non predominante) a causa dei diversi interventi legislativi che nel tempo hanno introdotto alcuni criteri di quantificazione del danno del tutto indipendenti rispetto agli indicatori capaci di rilevare il pregiudizio effettivamente subito dall'amministrazione.

In primo luogo, l'art. 1, comma 1-*sexies*, L. n. 20/1994, così come modificato dall'art. 1, comma 62, della l. n. 190/2012, ha introdotto una presunzione secondo cui l'entità del danno all'immagine della Pubblica Amministrazione causato dall'accertamento di un reato contro la Pubblica Amministrazione passato in giudicato equivale, salvo prova contraria, al doppio della somma di denaro o del valore di altra utilità illecitamente percepita dal dipendente.

⁴⁸ Corte dei conti, Sez. II App., 29 dicembre 2016, n. 1456.

⁴⁹ Si veda la sentenza della Corte cost., 15 dicembre 2010, n. 355 nella parte in cui afferma che: «[è] indubbio che la responsabilità amministrativa, in generale, presenti una peculiare connotazione, rispetto alle altre forme di responsabilità previste dall'ordinamento, che deriva dalla accentuazione dei profili sanzionatori rispetto a quelli risarcitori».

Quest'ultima modifica – che trova precedenti lontani sul piano storico⁵⁰ – solleva tutt'oggi diversi dubbi tanto in relazione alla possibile violazione del principio del *ne bis in idem* quanto, a seconda dei casi, alla sua inadeguatezza a soddisfare le spese necessarie a ripristinare la perdita di prestigio e il grave detrimento dell'immagine della Pubblica Amministrazione. Invero, sul piano pratico, la quantificazione del danno *ex art. 1, comma 62, della l. 90 del 2012* conseguente all'accettazione di una cospicua tangente potrebbe non superare il test dei c.d. *Engels criteria*⁵¹ (e quindi essere considerata sostanzialmente penale); diversamente, nel caso di una tangente molto esigua, un risarcimento equivalente al *duplum* di quanto percepito non sarebbe idoneo a garantire il pieno ristoro del danno all'immagine subito dalla Pubblica Amministrazione. Si tratta di considerazioni di carattere non affatto secondario, in quanto il criterio in esame, seppur privo di portata tassativa, trova una diffusa applicazione nella pratica dovuta alla difficoltà (se non all'impossibilità) per la parte di fornire una prova contraria.

In secondo luogo, il carattere punitivo del danno all'immagine è emerso in modo ancor più evidente nel recente intervento con cui la Corte costituzionale si è espressa circa l'illegittimità dell'art. 55-*quater*, comma 3-*quater*, del d.lgs. 31 marzo 2001, n. 165 inserito dall'art. 1, comma 1, lettera b), del decreto legislativo 20 giugno 2016, n. 116 in materia di licenziamento disciplinare. Sulla questione è bene soffermarsi ulteriormente.

Attraverso la citata disposizione il legislatore aveva inserito nel complesso di norme volte a sanzionare la falsa attestazione della presenza in servizio⁵² di un dipendente pubblico un criterio *ad hoc* per calcolare il danno all'immagine della Pubblica Amministrazione⁵³ che prevedeva un ammontare non inferiore a sei

⁵⁰ Lo stesso criterio, seppur con finalità diverse, fu utilizzato infatti nel sistema di repressione degli illeciti pubblici dell'antica Roma con lo scopo di arginare la diffusione di condotte corruttive. Segnatamente, la *lex Acilia* del 122 a.C., in tema di *crimen de pecuniis repetundis* (una figura criminosa che oggi potrebbe ricondursi a una fattispecie intermedia fra concussione e corruzione), prevedeva come pena l'obbligo di versare all'erario una somma pari al *duplum* del valore delle cose o del denaro estorto. Non può tacersi, tuttavia, che già in quell'epoca tale criterio determinò profili critici circa la sua applicazione.

⁵¹ Seppur con qualche perplessità, l'aspetto della possibile lesione del divieto di *bis in idem* è stato affrontato dalla Corte EDU con la sentenza 13 maggio 2014, ric. n. 20148/09, sul caso Rigolio c/ Italia. Nel caso di specie, la Corte, dopo aver attribuito al risarcimento per danno all'immagine della pubblica amministrazione una funzione ripristinatoria (ripristino dell'immagine lesa) piuttosto che preventiva (tutela di un interesse generale), ha ritenuto infondate le censure con cui il ricorrente chiedeva il riconoscimento della lesione dei principi di cui agli artt. 6 e 7 della Convenzione. Per una trattazione più approfondita sulla questione si veda il contributo di P. PATRITO, *La responsabilità amministrativa tra reintegrazione e sanzione in Italia e in Francia: il danno alla concorrenza e il danno all'immagine*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2019, 1, 38.

⁵² Sulle conseguenze di natura disciplinare, patrimoniale o penale derivanti dall'assenteismo fraudolento si veda il contributo di G. Astegiano, *La falsa attestazione della presenza in servizio: una questione non del tutto risolta*, in *Azienditalia*, 2019, 10, 1448.

⁵³ Art. 55-*quater*, comma 3-*quater*, del d. lgs. 31 marzo 2001, n. 165 (dichiarato illegittimo dalla Consulta con sentenza del 10 aprile 2020, n. 61): «Nei casi di cui al comma 3-*bis*, la denuncia al pubblico ministero e la segnalazione alla competente procura regionale della Corte dei conti avvengono entro quindici gior-

mensilità dell'ultimo stipendio percepito dal dipendente. In tale contesto normativo la Procura della Corte dei conti ha imputato a una dipendente rea di essersi assentata dal servizio per un totale di quattro ore un danno patrimoniale € 64,81, derivante dalla percezione indebita della retribuzione nei periodi per il quali è mancata la prestazione, nonché, facendo una meccanica applicazione della disciplina *de qua*, un danno all'immagine equivalente a € 20.000. Vista «l'evidente torsione sanzionatoria»⁵⁴ all'azione di responsabilità contabile imposta dalla norma la Corte dei Conti, Sez. Giur. Umbria, con ord. del 9 ottobre 2018 ha ritenuto rilevanti e non manifestamente infondate le questioni di costituzionalità presentate dalla difesa rimettendo così la questione alla Consulta.

Quest'ultima, tuttavia, pur dichiarando l'illegittimità costituzionale del secondo, terzo e quarto periodo del comma 3-*quater* dell'art. 55-*quater* del d.lgs. n. 165 del 2001, come introdotto dall'art. 1, comma 1, lettera b), del d.lgs. n. 116 del 2016 ha affrontato la questione con estrema prudenza.⁵⁵ Nello specifico, il Giudice delle Leggi si è limitato ad accertare l'eccesso di delega della normativa *de qua* per «inequivocabile il contrasto con l'art. 76 Cost.» senza però esprimersi circa la questione più importante ai fini del nostro studio, cioè la legittimità costituzionale della misura sanzionatoria. Così, le ritenute violazioni degli artt. 3, 23 e 117 della Cost. – nonché, in quanto norme interposte, dell'art. 6 della CEDU e dell'art. 4 del Protocollo n. 7 – per violazione dei principi di gradualità e proporzionalità non sono state analizzate nel merito. Dunque, a oggi, il legislatore potrebbe introdurre una disposizione analoga rispetto a quella dichiarata illegittima, se non addirittura inasprire i profili sanzionatori conseguenti a un accertamento di falsa attestazione di presenza in servizio senza alcuna remora.

È indubbio che si tratta di un'occasione persa su più fronti. La Consulta avrebbe potuto porre fine al dibattito in atto circa la legittimità delle misure ana-

ni dall'avvio del procedimento disciplinare. La Procura della Corte dei conti, quando ne ricorrono i presupposti, emette invito a dedurre per danno d'immagine entro tre mesi dalla conclusione della procedura di licenziamento. L'azione di responsabilità è esercitata, con le modalità e nei termini di cui all'articolo 5 del decreto-legge 15 novembre 1993, n. 453, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 gennaio 1994, n. 19, entro i centoventi giorni successivi alla denuncia, senza possibilità di proroga. L'ammontare del danno risarcibile è rimesso alla valutazione equitativa del giudice anche in relazione alla rilevanza del fatto per i mezzi di informazione e comunque l'eventuale condanna non può essere inferiore a sei mensilità dell'ultimo stipendio in godimento, oltre interessi e spese di giustizia».

⁵⁴ Corte dei conti, Sez. Umbria, ordinanza del 9 ottobre 2018, n. 180: «venendo al danno all'immagine, il Collegio rileva che sussistono nella fattispecie tutti gli elementi oggettivi, soggettivi e sociali della posta risarcitoria avendo avuto la vicenda risonanza nella stampa locale puntualmente allegata da parte attrice. Nuove previsioni normative applicabili alla specie presentano, del resto, funzioni sanzionatorie e deterrenti onde rendere efficace il contrasto dei comportamenti assenteistici. [...] La disposizione, quindi, viola i principi fondamentali e generali in materia sanzionatoria impedendo a Giudicante una valutazione appropriata della fattispecie concreta, adeguando essa a complessiva risposta sanzionatoria del sistema come imposto dalla citata giurisprudenza sovranazionale convenzionale EDU ed eurounitaria».

⁵⁵ Si veda la sentenza della Corte cost., 10 aprile 2020, n. 61, in *Foro amm.*, 2020, 5, 955.

loghe rispetto a quella in causa che, come osservato in dottrina⁵⁶, sono sostanzialmente sanzioni accessorie rispetto a quelle penali. In più, indipendentemente dall'esito, che a parer di chi scrive non potrebbe che essere negativo, il *dictum* costituzionale avrebbe dato al legislatore un necessario impulso (forse uno strattone) per attuare un coerente riordino della disciplina.

Visto il disinteresse della giurisprudenza costituzionale, per tracciare il legittimo campo di applicazione del risarcimento del danno all'immagine occorre fare riferimento alla nozione di "danno punitivo"⁵⁷ introdotta della recente sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 16601 del 2017⁵⁸. Tale sentenza si dimostra di fondamentale importanza ai fini della nostra analisi per aver ridotto il perimetro di legittimità di tale forma di risarcimento alla presenza congiunta di tre condizioni fondamentali: la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa e i limiti quantitativi⁵⁹. Ciascun elemento merita una trattazione più approfondita.

Come già ricordato, l'azione per danno all'immagine può essere avviata solo a seguito dell'accertamento di un delitto lesivo dell'immagine della Pubblica Amministrazione accertato con sentenza penale irrevocabile. Ciò nondimeno, se nella teoria il parametro della tipicità delle ipotesi di condanna sembrerebbe soddisfatto, la stessa considerazione non può essere di certo estesa a livello applica-

⁵⁶ P. Patrito, *La responsabilità amministrativa tra reintegrazione e sanzione in Italia e in Francia: il danno alla concorrenza e il danno all'immagine*, cit., 38.

⁵⁷ Nonostante il suo diffuso utilizzo in letteratura la locuzione «danni punitivi» non è da considerare del tutto appropriata in quanto, come sapientemente evidenziato da M. La Torre, *Un punto fermo sul problema dei "danni punitivi"*, in *Danno e Resp.*, 2017, 4, 423, «nella lingua inglese questo sostantivo, al singolare (*damages*) corrisponde in italiano a "danno", ma al plurale (*damages* appunto) significa: indennizzo; risarcimento».

⁵⁸ Si veda la sentenza della Corte di Cassazione, Sez. Unite, 05 luglio 2017, n. 16601, §8: «Nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile. Non è quindi ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi. Il riconoscimento di una sentenza straniera che contenga una pronuncia di tal genere deve però corrispondere alla condizione che essa sia stata resa nell'ordinamento straniero su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i limiti quantitativi, dovendosi avere riguardo, in sede di delibazione, unicamente agli effetti dell'atto straniero e alla loro compatibilità con l'ordine pubblico», in *Foro It.*, 2017, 9, 2613. La pertinenza della sentenza richiamata rispetto al caso in esame emerge con assoluta chiarezza dal fatto che tra gli esempi indicati nell'ordinanza di remissione alle S.U. si rinviene un richiamo espresso all'art. 12 della l. 8 febbraio 1948, n. 47 (riparazione pecuniaria nel caso di diffamazione a mezzo stampa) a mente del quale: «Nel caso di diffamazione commessa col mezzo della stampa, la persona offesa può chiedere, oltre il risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 185 del Codice penale, una somma a titolo di riparazione. La somma è determinata in relazione alla gravità dell'offesa ed alla diffusione dello stampato».

⁵⁹ Sull'impatto dell'anzidetta pronuncia nell'ordinamento italiano è da ricordare A. Di Majo, *Risarcimento anche con funzioni punitive*, in *Giur. It.*, 8-9, 2017, 1987; E. Ferrari, *Sul riconoscimento di sentenze straniere di condanna ai danni punitivi*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2018, 4-5, 1356. Inoltre, circa l'ordinanza di remissione (Cass. Pen, 16 maggio 2016, n. 9978) si veda il contributo di E. D'Alessandro, *Riconoscimento in Italia di danni punitivi: la parola alle Sezioni unite*, in *Foro it.*, 2016, 1, 1982; C. Campeis, M. De Paolis, *Danni punitivi, ordine pubblico e sentenze straniere delibande a contenuto anfibio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, 1, 765.

tivo. Infatti, le sempre più frequenti interpretazioni estensive, o per meglio dire creative, della giurisprudenza della Corte dei conti hanno allontanato in maniera significativa la disciplina del diritto all'immagine della Pubblica Amministrazione dal suo fondamento legislativo. Possono rilevarsi, senza alcuna pretesa di esautività, almeno tre ipotesi in cui la giurisprudenza contabile ha presumibilmente agito (e agisce) al di là del limite della tipicità delle ipotesi dell'azione contabile.

In primo luogo, si registra l'indirizzo pretorio, avallato sia dalle sezioni regionali⁶⁰ sia dalla sezione d'appello⁶¹, che ha equiparato *tout court* la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti *ex art. 444*, comma 2, del c.p.p. alla «sentenza penale di condanna irrevocabile». L'ormai consolidato orientamento della Corte dei conti ritiene, infatti, che la sentenza di «patteggiamento» divenuta irrevocabile, essendo equiparata a una sentenza di condanna *ex art. 445* c.p.p., possa costituire valido presupposto per l'esercizio dell'azione per il risarcimento del danno erariale. In altri termini, secondo il riportato orientamento la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti, pur non contenendo un accertamento capace di rivestire efficacia vincolante in altri giudizi, costituisce pur sempre un'ipotesi di responsabilità di cui il giudice di merito non può escludere il rilievo senza adeguata motivazione. Tuttavia, tale argomentazione si scontra tanto con le previsioni legislative che regolano l'applicazione della pena su richiesta delle parti, quanto con principi di carattere più generale.

Anzitutto, se è vero che l'inciso finale dell'art. 445, comma 1-*bis*, del c.p.p. afferma che «salve diverse disposizioni di legge, la sentenza è equiparata a una pronuncia di condanna», allo stesso tempo non può ignorarsi che il periodo precedente stabilisce *claris verbis* che la sentenza di «patteggiamento» non ha efficacia nei giudizi civili o amministrativi. È quindi un fuor d'opera utilizzare una norma generale nel momento in cui vi è una norma speciale, tra l'altro posta all'interno del medesimo capoverso, che si esprime in senso chiaramente contrario. Detto ciò, qualsiasi interpretazione estensiva della disposizione in esame, quale per esempio quella offerta dal recente indirizzo della Cassazione Civile⁶², può dar luogo a ipotesi di responsabilità di natura esclusivamente patrimoniale e non anche, come nel caso di danno all'immagine della Pubblica Amministrazione, ad accertamenti di natura latamente sanzionatoria. Ove così non fosse, si verificherebbe

⁶⁰ Corte dei conti, Sez. Lombardia, 27 luglio 2008, n. 135; Corte dei Conti, Sez. Sicilia App., 30 marzo 2010 n. 103; in senso opposto, invece, cfr. Corte dei conti, Sez. Puglia, 11 marzo 2011, n. 261.

⁶¹ Corte dei conti, Sez. I App, 26 maggio 2015, n. 333; Corte dei Conti, Sez. III App., 21 aprile 2010, n. 305.

⁶² Si veda la sentenza della Cass. civ., Sez. III, 2 febbraio 2017, n. 2695, nella parte in cui afferma che «secondo l'orientamento costante della giurisprudenza di legittimità, la sentenza penale di applicazione della pena ai sensi degli artt. 444 e 445 c.p.p. pur non implicando un accertamento capace di fare stato nel giudizio civile contiene pur sempre una ipotesi di responsabilità di cui il giudice di merito non può escludere il rilievo senza adeguatamente motivare».

una palese violazione del parametro di tipicità delle ipotesi di condanna rappresentativo delle forme di risarcimento non patrimoniali o punitive.

Riflessioni simili possono estendersi all'istituto della sospensione del processo con messa alla prova regolato dagli artt. da 168-*bis* a 168-*quater* c.p., e da 464-*bis* a 464-*novies*, e 657-*bis* c.p.p. Anche in questo caso la giurisprudenza contabile, partendo dal presupposto secondo cui tale modalità alternativa di definizione del processo non facesse venire meno il disvalore giuridico ed etico delle condotte del dipendente infedele, ha ritenuto che l'istituto *de quo* fosse idoneo a dimostrare la sussistenza del reato e la responsabilità dell'imputato per ottenere il risarcimento del danno all'immagine⁶³. Il citato orientamento solleva tuttavia alcuni dubbi non facilmente trascurabili, visto che l'art. 168-*ter* riconduce al buon esito del periodo di prova l'estinzione del reato imputato⁶⁴; un effetto indiscutibilmente non assimilabile a una sentenza di condanna neanche utilizzando l'interpretazione più creativa.

In via più generale va sottolineato che la sentenza che dichiara l'estinzione del reato ha una natura prevalentemente processuale e non di merito; essa, quindi, non potendo valutare il fatto, non può di certo accertare la colpevolezza dell'imputato in sede contabile⁶⁵. Infatti, essendo noto l'indirizzo della Casazione Penale⁶⁶ che ha stabilito l'inidoneità dalla sentenza di proscioglimento a esprimere un compiuto accertamento sul merito dell'accusa e sulla responsabilità in un autonomo giudizio civile, non si comprendono le ragioni per cui debbano ritenersi valide regole diverse circa il giudizio contabile.

Pertanto, l'equiparazione della pronuncia di proscioglimento per estinzione del reato alla pronuncia di condanna ai fini dell'avvio dell'azione contabile per danno all'immagine della Pubblica Amministrazione, oltre a violare il principio di tipicità delle ipotesi di risarcimento "punitivo", dà luogo a una possibile violazione del diritto alla difesa.

Infine, merita un particolare approfondimento l'analisi del rapporto fra la sentenza penale con cui viene accertata l'avvenuta prescrizione e l'azione di risarcimento di danno all'immagine della Pubblica Amministrazione. La giurisprudenza più recente ha interpretato l'art. 51, commi 6 e 7 del Codice valorizzando

⁶³ Corte dei conti, Sez. Emilia-Romagna, 11 aprile 2019, n. 54.

⁶⁴ Art 168-*ter* c.p.p.: «Valutata dunque la relazione nel contraddittorio tra le parti, il giudice, allorquando ritenga che la prova abbia conseguito i risultati prefissati, pronuncia sentenza, ordinariamente impugnabile, con la quale dichiara il reato estinto, senza tuttavia pregiudizio per l'applicazione delle sanzioni amministrative accessorie che rimangono di competenza dell'autorità amministrativa».

⁶⁵ Cass. pen., Sez. II, 5 ottobre 2016, n. 53648: «La valutazione da parte del giudice, non si basa su elementi di prova e non è idonea ad esprimere un compiuto accertamento sul merito dell'accusa e sulla responsabilità sicché, la decisione assunta, nell'ipotesi di esito positivo della messa alla prova, non potrà avere alcuna incidenza sull'eventuale giudizio civile instaurato per il risarcimento del danno».

⁶⁶ Cass. pen., Sez. V, 28 marzo 2017, n. 33277.

al massimo il principio di efficacia e buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost. piuttosto che la lettera della disposizione. Risulta agevole sottolineare come, anche in questo caso, la normativa di riferimento sia stata soggetta a una interpretazione piuttosto creativa. In particolare, emerge quell'orientamento⁶⁷ secondo il quale risulta possibile avviare l'azione per danno all'immagine della Pubblica Amministrazione anche quando nei confronti del soggetto responsabile sia stata emessa una sentenza di primo grado dichiarata prescritta in un secondo momento; un altro orientamento⁶⁸, ancor più distante dalla lettera dell'art. 51, commi 6 e 7 del Codice, si spinge fino a considerare la sentenza penale declaratoria di prescrizione di per sé idonea a configurare il presupposto per l'azione del danno all'immagine.

A ben vedere, occorre evidenziare che non tutte le sezioni regionali hanno proceduto in tal senso. La sezione regionale ligure, più consapevole dell'impossibilità di superare il *dictum* legislativo in via interpretativa, ha sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 51, commi 6 e 7, dell'Allegato 1 al decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 174 «nella parte in cui esclude l'esercizio dell'azione del Pubblico Ministero contabile per il risarcimento del danno all'immagine conseguente a delitti commessi da pubblici dipendenti a danno delle pubbliche amministrazioni, dichiarati prescritti con sentenza passata in giudicato ma pienamente accertativa della responsabilità dei fatti, ai fini della condanna dell'imputato al risarcimento dei danni patiti dalle parti civili costituite». Tuttavia, la Corte costituzionale con sentenza n. 191 del 2019 ha dichiarato la questione inammissibile per inadeguata rappresentazione del quadro normativo entro il quale la disposizione impugnata è ricompresa, lasciando insolte tutte le questioni relative al caso.

Posto, quindi, che diritto vivente ha esteso in modo creativo la nozione di «sentenza penale definitiva» fino a giungere a un sostanziale svuotamento della previsione normativa, sembra corretto configurare ammissibile un risarcimento di carattere punitivo anche in assenza dei requisiti di tipicità delle ipotesi di danno. In quest'ottica, non può che auspicarsi un intervento legislativo che permetta al Pubblico Ministero contabile di avviare l'azione per danno all'immagine in

⁶⁷ Si veda, ad esempio, Corte dei conti, Sez. Emilia-Romagna, 27 dicembre 2017, n. 249: «qualora nel giudizio penale di primo grado vi sia stata condanna per un reato contro la pubblica amministrazione e in appello sia stata dichiarata l'estinzione del giudizio per intervenuta prescrizione, deve ritenersi comunque promuovibile il giudizio per l'accertamento della responsabilità patrimoniale per danno all'immagine nei confronti del soggetto condannato in primo grado poiché la pronuncia di intervenuta prescrizione è da ritenere esterna al fatto corruttivo accertato in primo grado».

⁶⁸ Corte dei conti, Sez. Lombardia, 27 dicembre 2018, n. 284: «La lettura costituzionalmente orientata dell'art. 17, co. 30-ter del D.L. n. 78 del 2009, conv. dalla legge n. 102 del 2009 e dell'art. 2 del Codice di giustizia contabile induce a ritenere che il danno all'immagine dell'Amministrazione è perseguibile anche quando nei confronti del soggetto responsabile è stata emessa sentenza penale con la quale è stata accertata l'intervenuta prescrizione».

modo autonomo, slegandosi dai tempi e dagli esiti imposti da una pregiudizialità penale che non ha motivo di esistere. In questo modo verrebbero risolti in larga parte i profili di illegittimità della disciplina derivanti sia dalla mancata tipicità delle ipotesi di provvedimenti sanzionatori *ex artt.* 23 e 25 Cost. (l'azione rimarrebbe pur sempre legata alle ipotesi di reato presenti all'interno del c.p.), sia dal sospetto contrasto con i principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione.

Neppure le due successive condizioni richieste dalla citata sentenza n. 16601 del 2017 possono ritenersi integrate dall'attuale indirizzo seguito dalla giurisprudenza pretoria. Il requisito della prevedibilità della sanzione non può ritenersi soddisfatto in quanto l'estensione (o presunta tale) del perimetro d'azione del procuratore contabile in tema di danno all'immagine attuata dal Codice ha effetti sostanzialmente retroattivi. Cioè, per meglio dire, il divieto di retroattività non opera in riferimento alla commissione del fatto ritenuto lesivo per la Pubblica Amministrazione, ma all'attività istruttoria del procuratore contabile. In altri termini, la limitazione ai soli delitti previsti al libro secondo, titolo II, capo I, del codice penale non opera qualora l'istruttoria si sia conclusa dopo l'entrata in vigore del Codice⁶⁹.

Posto che il complesso normativo in tema di danno all'immagine introdotto nel 2016 introduce per il responsabile un regime manifestamente peggiorativo delle regole processuali, il richiamato indirizzo della Corte dei conti non è da ritenere conforme al principio costituzionale racchiuso nell'art. 25 Cost. secondo cui «nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso» nonché alle analoghe norme di stampo sovranazionale. Si auspica, dunque, che la Consulta avrà la possibilità di intervenire sulla questione.

Da ultimo, occorre sottolineare che l'attuale indirizzo pretorio in tema di danno all'immagine non sembra rispettare quanto statuito dalla richiamata sentenza a S.U. della Cassazione n. 16601 del 2017 in tema di predeterminazione del *quantum* del c.d. danno punitivo. Tale limite non trova rispondenza nel sempre diffuso orientamento pretorio secondo cui sarebbe possibile imputare un risarcimento per danno all'immagine della Pubblica Amministrazione anche in assenza di prove di una locupletazione patrimoniale rilevante nei confronti della stessa.

A tal proposito si segnala l'indirizzo, ormai accolto sia a livello centrale sia regionale⁷⁰, secondo cui il risarcimento del danno all'immagine della Pubblica Amministrazione può essere disposto anche a prescindere dalla prova delle spese in concreto sostenute per il ripristino dell'immagine attraverso una valutazione equitativa del danno *ex art.* 1226 cod. civ. Pur essendo notorio l'impiego delle risorse finanziarie impiegate dalla Pubblica Amministrazione per promuovere

⁶⁹ Da ultimo Corte dei conti, Sez. Veneto, 17 maggio 2019, n. 73.

⁷⁰ Corte dei conti, Sez. Sicilia, 22 maggio 2018, n. 449; Corte dei conti, Sez. II App., 26 marzo 2019, n. 93.

la diffusione di un'immagine caratterizzata dal rispetto dei principi posti a tutela degli interessi della collettività, è bene sottolineare che in assenza di un criterio di quantificazione uniforme introdotto in via legislativa l'anzidetto orientamento non può che risultare difforme da quanto statuito dal *dictum* della Suprema Corte di Cassazione.

7. Conclusioni

Nelle pagine precedenti si è posto in luce come la disciplina danno all'immagine della Pubblica Amministrazione, nonostante i numerosi interventi legislativi attuati nell'ultimo decennio, sollevi numerosi interrogativi tanto sul versante della legittimità costituzionale di alcuni dei suoi elementi essenziali quanto su quello della effettiva realizzazione degli scopi perseguiti.

Essendo ormai chiaro che tale forma di responsabilità sia ormai caratterizzata in larga parte da una funzione di tipo sanzionatorio e deterrente, con non trascurabili effetti sui parametri relativi alla determinazione del *quantum* del danno, emergono numerosi dubbi circa la compatibilità del sistema vigente con i limiti costituzionali in materia di prevedibilità e proporzionalità delle ipotesi di condanna. Peraltro, questo sacrificio sul piano delle tutele non sembra poter garantire una maggiore efficienza della disciplina.

Il Codice di Giustizia Contabile del 2016 è stato indubbiamente un'occasione persa. In assenza di una specifica disciplina in materia di azione per il risarcimento del danno all'immagine della Pubblica Amministrazione, l'operazione di riespansione voluta dal legislatore non ha fatto altro che evidenziare le contraddizioni di una normativa già deficitaria in termini di ragionevolezza.

Visto che la Consulta non sembra prendere una posizione ben definita circa le sempre più frequenti interpretazioni "creative" della normativa di riferimento adottate dalla giurisprudenza contabile, allo stato dell'arte non sembra possibile trovare il delicato punto di equilibrio tra le necessità sanzionatorie e risarcitorie dell'istituto *de quo*.

Sarebbe ingenuo pensare che i numerosi dubbi sulla disciplina del danno all'immagine della Pubblica Amministrazione, a partire dalla natura giuridica dello stesso e dall'individuazione del novero delle figure riconducibili a tale forma di responsabilità, possano essere risolti in via ermeneutica dall'interprete. A parer di chi scrive, l'unica soluzione prospettabile non può che essere un riconoscimento effettivo in fonte primaria dell'ormai indiscussa centralità acquisita dall'istituto in esame nell'ambito della responsabilità amministrativa.

Alcune considerazioni sul danno all'immagine della Pubblica Amministrazione

Il profondo mutamento della struttura amministrativa ha attribuito al danno all'immagine della Pubblica Amministrazione una rilevanza centrale nell'ambito della responsabilità amministrativa. La disciplina vigente, frutto di una interpretazione sempre più creativa di un quadro normativo già deficitario per logica e contenuti, solleva numerosi interrogativi tanto sul profilo della legittimità quanto su quello dell'efficienza. Allo stato dell'arte, infatti, le principali questioni giuridiche relative al danno all'immagine della Pubblica Amministrazione si dimostrano controverse in relazione sia alla natura giuridica – patrimoniale, non patrimoniale o “punitiva” – sia all'individuazione del novero delle figure riconducibili a tali forme di responsabilità. Quanto al punto di vista della concreta applicazione, invece, i presupposti per l'azione contabile previsti dalla legge si dimostrano spesso non osservati o interpretati come “scatole vuote”. Il presente lavoro, oltre a ripercorrere la complessa evoluzione del danno all'immagine della Pubblica Amministrazione, intende analizzare i punti nevralgici del quadro normativo vigente con particolare riferimento – visto anche il recente intervento della Consulta del 2020 – all'evidente torsione sanzionatoria dell'istituto in esame.

Various considerations on damage to the image of the Public Administration

The profound change in the administrative structure has given central importance to damage to the image of the Public Administration in the context of administrative liability. The regulations in force, which are the result of an increasingly creative interpretation of a regulatory framework that was already insufficient in terms of logic and content, raise numerous questions in terms of both legitimacy and efficiency. In fact, as things stand, the main legal issues relating to damage to the image of the Public Administration are controversial in relation to both the legal nature – patrimonial, non-patrimonial or 'punitive' – and the identification of the range of figures attributable to such forms of liability. On the other hand, from the point of view of its concrete application, the prerequisites for accounting action laid down by law often prove to be unobserved or interpreted as 'empty boxes'. The present work, in addition to reviewing the complex evolution of damage to the image of the Public Administration, intends to analyse the key points of the regulatory framework in force with particular reference – also in view of the recent intervention of the Constitutional Court in 2020 – to the evident sanctioning pressure of the institution in question.

La standardizzazione europea nel settore dell'ICT nell'era dell'*Internet of Things*: qualificazione giuridica e controllo di validità degli standard tecnici armonizzati

Gabriella Perotto

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La standardizzazione europea nel settore ICT. – 3. Il controllo di validità degli standard tecnici armonizzati. – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione*

La standardizzazione è un'area del diritto a cui spesso gli studiosi non dedicano l'attenzione che meriterebbe: così Harm Schepel introduceva il suo libro «*The Constitution of Private Governance: Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*» nel 2005¹. In particolare, ipotizzava che la ragione della mancanza di interesse per questa materia da parte della dottrina non fosse dovuta dalla scarsa rilevanza o spessore delle questioni giuridiche che solleva quanto per il fatto che questa risulti difficilmente collocabile in un categoria specifica poiché «*standards hover between the state and the market; standards largely collapse the distinction between legal and social norms; standards are very rarely either wholly public or wholly private, and can be both intensely local and irreducibly global*»². Pertanto la dottrina, incardinata su rigidi schemi che separano Stato e mercato, pubblico e privato, diritto e società, piano nazionale e internazionale, difficilmente riesce a comprendere il complesso fenomeno della standardizzazione³. Quindici anni dopo il panorama offerto, soprattutto con riferimento alla standardizzazio-

¹ H. Schepel, *The Constitution of private governance: product standards in the regulation of integrating markets*, Oxford, 2005, 2-3.

² *Ibidem*.

³ *Ibidem*.

ne europea, è ancora molto limitato se si considera il notevole impatto di questo fenomeno sul mercato e le ricadute dal punto di vista giuridico.

Nonostante la difficoltà che incontrano gli accademici nel decifrare i complicati rapporti che sottendono queste procedure – siano essi di natura commerciale, politica o giuridica – gli effetti e, soprattutto, la necessità della standardizzazione è evidente agli occhi di tutti. A questo proposito un chiaro esempio si può ritrovare nella controversa *querelle* relativa all'introduzione di uno standard europeo da applicare ai caricabatterie per cellulari ed altri dispositivi simili (apparecchiature radio mobili)⁴. Il dibattito in merito è stato recentemente riportato in auge dalla Risoluzione del Parlamento europeo adottata il 30 gennaio 2020⁵ e dall'*Impact Assessment* elaborato dalla Commissione e pubblicato il 31 gennaio 2020⁶. Il pragmatismo della questione permette di comprendere facilmente quanto la standardizzazione sollevi profili di assoluta attualità. Lo sviluppo del settore dell'*Information and Communications Technology* (ICT) è galoppante e l'esigenza di avere a disposizione sul mercato *devices* interconnessi e interoperabili è sempre più sentita. Inoltre, stiamo assistendo allo sviluppo dell'*Internet of Things* (IoT), un settore strettamente collegato all'ICT che fa dell'interconnessione fra *devices* e della loro interoperabilità il fulcro del proprio successo. Il perseguimento di questi fini non può che avvenire attraverso l'adozione di standard comuni.

Per standardizzazione (o normazione) europea si intende l'elaborazione di norme tecniche da parte delle organizzazioni di normazione europee. Gli standard tecnici armonizzati sono una categoria specifica di norme europee messe a punto su mandato della Commissione che possono essere utilizzate dagli operatori economici per dimostrare la conformità di determinati prodotti o servizi con i requisiti tecnici previsti dalla pertinente legislazione europea. Analizzando questo fenomeno, uno dei profili maggiormente controversi riguarda l'impugnabilità degli standard tecnici armonizzati in relazione alla loro qualificazione nel qua-

⁴ La questione è discussa a livello europeo da molto tempo. In passato, I telefoni cellulari erano compatibili esclusivamente con uno specifico tipo di caricabatterie. È stato stimato che circa 500 milioni di cellulari erano in uso nel 2009 negli Stati membri e i caricatori spesso variavano a seconda del produttore e del modello: più di 30 tipi diversi di caricabatterie erano presenti sul mercato. Ciò causava disagi per i consumatori oltre che la produzione di un grande numero di rifiuti elettronici. Pertanto, nel 2009 la Commissione europea ha fatto pressione affinché i maggiori produttori del settore trovassero un accordo sull'adozione di un caricabatterie comune per i cellulari "*data-enabled*" venduti in Europa. Il Memorandum of Understanding (MoU) è stato effettivamente firmato nel 2009 e prevedeva la produzione di caricatori compatibili sulla base del connettore micro-USB. Il MoU è stato prorogato fino al 2014 ma, sebbene abbia ridotto notevolmente la frammentazione del mercato in questo settore, non è stato in grado di raggiungere lo scopo prefissato. Per maggiori informazioni in merito si veda: https://ec.europa.eu/growth/sectors/electrical-engineering/red-directive/common-charger_en e https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2018-6427186_en

⁵ Risoluzione del Parlamento europeo del 30 gennaio 2020 su un caricabatteria standardizzato per le apparecchiature radio mobili (2019/2983(RSP)).

⁶ Commissione Europea, *Impact Assessment Study on Common Chargers of Portable Devices – December 2019*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2020.

dro del diritto dell'Unione europea. Poiché lo sviluppo dei settori indicati comporterà un'intensificazione dell'attività di standardizzazione con il coinvolgimento di interessi economici elevati, risulterà fondamentale affrontare gli aspetti problematici ancora insoluti o non adeguatamente regolati come le procedure seguite per l'adozione degli standard, la qualificazione giuridica di questi ultimi e l'accesso alla tutela giurisdizionale. Un esempio dell'incalzante necessità di affrontare questo tema è il caso citato relativo ai caricabatterie per cellulari. Ipotizzando che venga effettivamente elaborato uno standard tecnico armonizzato europeo basato sulla tecnologia del connettore micro-USB, un produttore che utilizzi tecnologie differenti – uno su tutti, Apple con la sua porta *Lightning* – avrebbe interesse affinché la procedura per l'adozione di detto standard sia trasparente e che tenga conto degli interessi degli *stakeholders*. Allo stesso tempo, la garanzia della possibilità di sottoporre gli standard tecnici armonizzati ad un controllo giurisdizionale relativamente alla loro compatibilità con il diritto dell'Unione europea è un profilo complementare e fondamentale per garantire un meccanismo di standardizzazione europeo adeguato. Inoltre, l'analisi relativa alla possibilità di sottoporre gli standard tecnici armonizzati ad un ricorso per annullamento o ad un rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia implica imprescindibili riflessioni in merito alla loro qualificazione giuridica, alle procedure utilizzate, al ruolo ricoperto dalle organizzazioni di normazione europea e, soprattutto in settori altamente tecnici come l'ICT o IoT, alle competenze tecniche richieste alle istituzioni coinvolte.

Alla luce del quadro brevemente identificato, la prima parte del contributo sarà dedicata alla presentazione del processo di standardizzazione a livello europeo e alla ricostruzione del mutamento di approccio che è intervenuto in questo ambito, ponendo particolare attenzione al settore dell'ICT e dell'IoT. Seguirà l'individuazione dei principali profili critici che si sollevano in relazione all'attuale procedura di standardizzazione europea, concentrandosi in particolare sulla qualificazione degli standard tecnici armonizzati e sulla possibilità di renderli oggetto di un controllo di validità da parte della Corte di Giustizia dell'Unione europea. Infine, verranno presentate alcune considerazioni conclusive in merito.

2. *La standardizzazione europea nel settore ICT*

Gli standard sono norme tecniche che indicano le caratteristiche che un determinato prodotto, materiale, tecnologia o procedura deve avere per raggiungere un certo livello di qualità, sicurezza e affidabilità. Nell'individuare la nozione di standardizzazione, il Regolamento 1025/2012 sulla normazione europea efficacemente afferma che:

L'obiettivo principale della normazione consiste nel definire specifiche tecniche o qualitative volontarie, alle quali prodotti, processi di produzione o servizi attuali o futuri possono conformarsi. La normazione può riguardare svariati elementi come la normazione delle diverse categorie o delle diverse dimensioni di un particolare prodotto o delle specifiche tecniche in mercati di prodotti o di servizi in cui la compatibilità o l'interoperabilità con altri prodotti o sistemi sono essenziali⁷.

La rilevanza della conformità con lo standard di riferimento dipende dal fatto che si tratti di una norma tecnica *de iure* o *de facto*. Le prime sono elaborate all'interno di uno schema giuridico individuato che stabilisce la rilevanza e gli effetti che conseguono alla conformità con lo standard, le seconde si sviluppano a seguito dell'uso consuetudinario che ne viene fatto da parte delle aziende e la loro vincolatività deriva esclusivamente dalle dinamiche di mercato. Gli standard vengono solitamente elaborati da organismi di normazione che possono operare a livello internazionale o nazionale. Talvolta l'elaborazione di uno standard implica l'inclusione di una tecnologia coperta da brevetto considerata essenziale. I brevetti inclusi o su cui si basa uno standard sono detti *Standard Essential Patents* (SEP) in ragione della loro "essenzialità"⁸ e sono frequentemente oggetto di contenziosi a causa della loro centralità nei settori dell'ICT e dell'IoT, caratteristica che aumenta il loro valore⁹. Al fine di bilanciare le finalità della standardizzazione con i diritti dei titolari dei SEP, gli organismi di normazione richiedono a questi ultimi di obbligarsi a concedere in licenza il brevetto a termini FRAND (*Fair, Reasonable And Non-Discriminatory*)¹⁰.

La standardizzazione svolge un ruolo chiave nello sviluppo di molti settori ed è uno strumento molto utile per facilitare l'integrazione dei mercati a livello internazionale e per la riduzione delle barriere non tariffarie al commercio inter-

⁷ Regolamento (Ue) n. 1025/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 sulla normazione europea, che modifica le direttive 89/686/CEE e 93/15/CEE del Consiglio nonché le direttive 94/9/CE, 94/25/CE, 95/16/CE, 97/23/CE, 98/34/CE, 2004/22/CE, 2007/23/CE, 2009/23/CE e 2009/105/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la decisione 87/95/CEE del Consiglio e la decisione n. 1673/2006/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, considerando 1.

⁸ Sul rapporto fra difesa della proprietà intellettuale e tutela della concorrenza, si veda *ex multis* M. Calderini, A. Giannaccari, M. Granieri, *Standard, proprietà intellettuale e logica antitrust nell'industria dell'informazione*, Bologna, Il Mulino, 2005; G. Colangelo, *Aspettando Huawei Technologies: standard, brevetti essenziali ed impegni FRand*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 3, 2014, 435-487; Valerio Torti, *Patents and injunctions in high technology industries. A comparative perspective*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2017, 2, 273-305; O. Borgogno, *Licenze FRand a confronto tra Usa, Ue e Cina: il Private Ordering come soluzione?* in *Mercato Concorrenza Regole*, 2018, 1, 159-185.

⁹ J.L. Contreras, F. Gaessler, C. Helmers, B.J. Love, *Litigation and Standard Essential Patents in Europe: A Comparative Analysis*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 32, 1457 ss.

¹⁰ Parlamento Europeo, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Directorate General for Internal Policies of the Union, *Standard Essential Patents and the Internet of Things*, January 2019, 10.

nazionale¹¹. Inoltre lo sviluppo di norme tecniche comuni è stato fondamentale nel processo di integrazione del mercato interno¹² ed è ancora oggi al centro delle politiche europee¹³. Il problema della sussistenza di una pluralità di standard tecnici nazionali che impedivano l'effettivo completamento del mercato interno è stato affrontato in un primo periodo tentando di procedere ad un'armonizzazione per il tramite di direttive. Tuttavia, questo approccio (ora identificato come *Old Approach*) si rivelò fallimentare in quanto il periodo di adozione delle direttive risultava troppo lungo per poter regolare efficacemente materie caratterizzate da rapidi mutamenti che necessitavano dunque di strumenti più agili. Vista l'inadeguatezza dell'utilizzo delle direttive con finalità di armonizzazione, a partire dalla Direttiva 83/189/CEE¹⁴ le organizzazioni di normazione europee hanno assunto un ruolo centrale nel processo di standardizzazione europea e il contenuto delle direttive è stato limitato ai requisiti essenziali¹⁵. Infatti, a partire dal 1985, anno che ha visto l'inaugurazione del c.d. *New Approach*¹⁶ in questa materia, il legislatore europeo si limita a stabilire i requisiti minimi obbligatori (solitamente in merito a sicurezza, salute, ambiente e protezione dei consumatori) che sono integrati e meglio specificati dagli standard tecnici non obbligatori elaborati dalle organizzazioni di normazione e successivamente pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea come «standard tecnici armonizzati»¹⁷.

Gli standard tecnici armonizzati sono quindi standard europei che vengono sviluppati da una delle organizzazioni di normazione europea ufficialmente riconosciute dal Regolamento 1025/2012 quali CEN (Comitato Europeo di Normazione), CENELEC (Comitato europeo di normazione elettrotecnica) ed ETSI (*European Telecommunications Standards Institute*) su richiesta della Commissione. Gli operatori economici e gli organismi di valutazione della conformi-

¹¹ H. Tsilikas, C. Tapia, *SMEs and Standard Essential Patents: Licensing Efficiently in the Internet of Things*, in *Les Nouvelles*, September 2017, 171.

¹² In chiave parzialmente critica, cfr. G. Bruzzone, *La regolazione intrusiva oggi*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2002, 3, 470 ss.

¹³ Si vedano, ad esempio: Commissione europea, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato Economico e Sociale europeo, *Una visione strategica per le norme europee: compiere passi avanti per favorire e accelerare la crescita sostenibile dell'economia europea entro il 2020*, COM(2011) 311 definitivo, Bruxelles del 1 giugno 2011; Commissione europea, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, COM(2015) 192 final, Bruxelles, del 6 maggio 2015.

¹⁴ Direttiva 83/189/CEE del Consiglio del 28 marzo 1983 che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche.

¹⁵ Per una più ampia e dettagliata ricostruzione dello sviluppo del fenomeno della standardizzazione si veda H. Schepel, *op. cit.*, 2005, 39 e ss.

¹⁶ Risoluzione del Consiglio del 7 maggio 1985 relativa ad una nuova strategia in materia di armonizzazione tecnica e normalizzazione, G.U. C136/1.

¹⁷ Riferimenti degli standard tecnici armonizzati pubblicati nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea: https://ec.europa.eu/growth/single-market/european-standards/harmonised-standards_it

tà possono usare tali standards per dimostrare che un prodotto, servizio o processo è conforme ai requisiti tecnici obbligatori previsti dalla pertinente legislazione dell'UE¹⁸. Gli standard sono di difficile qualificazione dal punto di vista del diritto dell'UE poiché sono elaborati da associazioni private – le organizzazioni di normazione – che, pur interagendo con le istituzioni europee in vari momenti nel processo di standardizzazione, non sono qualificabili come organi o organismi dell'UE. Il punto di contatto più rilevante fra le organizzazioni di normazione e le istituzioni europee è regolato dagli articoli 10 e 11 del Regolamento 1025/2012 che prevedono la possibilità per la Commissione di esercitare un controllo sul contenuto degli standard. In particolare, la Commissione è chiamata a valutare «se una norma armonizzata soddisfa le prescrizioni cui intende riferirsi e che sono stabilite nella corrispondente legislazione dell'Unione in materia di armonizzazione»¹⁹ prima della pubblicazione sulla GUUE (art. 10) e a decidere nel caso di obiezioni formali alle norme armonizzate sollevate da Stati membri o dal Parlamento (art. 11).

La standardizzazione è fondamentale nell'ambito dell'ICT e dell'IoT, due dei più importati settori commerciali per l'Europa, almeno in prospettiva²⁰. La digitalizzazione dell'economia globale tocca tutti i settori e pertanto è al centro dell'agenda politica europea al fine di mantenere la propria competitività sul mercato²¹. Lo sviluppo di standard ICT comuni è una delle misure necessarie a tal scopo poiché la garanzia di interoperabilità fra le tecnologie diventerà un obiettivo sempre più importante in quanto aumenterà la necessità di produrre *devices* che siano interconnessi. In tale prospettiva, oltre ad altre iniziative in materia, a partire dal 2011 è stata istituita la «*European Multi Stakeholder Platform on ICT standardisation*»²² che svolge una funzione consultiva in merito a tutte le questioni relative alla politica europea di normalizzazione delle ICT e della sua efficace attuazione. Detta piattaforma contribuisce attivamente alla redazione ed attuazione del «*Rolling Plan for ICT Standardisation*», un documento elaborato annualmente dalla Commissione che offre un quadro dello stato dell'arte delle attività di standardizzazione in ambito ICT in relazione alle politiche euro-

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Regolamento (Ue) n. 1025/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 sulla normazione europea, che modifica le direttive 89/686/CEE e 93/15/CEE del Consiglio nonché le Direttive 94/9/CE, 94/25/CE, 95/16/CE, 97/23/CE, 98/34/CE, 2004/22/CE, 2007/23/CE, 2009/23/CE e 2009/105/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la Decisione 87/95/CEE del Consiglio e la Decisione n. 1673/2006/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, art. 10.

²⁰ Parlamento europeo, *Standard Essential Patents and the Internet of Things*, cit., 9.

²¹ Si veda, ad esempio, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Priorità per la normazione delle TIC per il mercato unico digitale*, COM/2016/0176 final, Bruxelles, 19 aprile 2016.

²² Decisione della Commissione del 28 novembre 2011 che istituisce la piattaforma multilaterale europea delle parti interessate sulla normalizzazione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC).

pee²³. Nell'edizione del 2019, sono stati individuate 5 aree prioritarie (5G, cloud, cybersecurity, big data e l'IoT) per le quali la standardizzazione in ambito ICT viene considerata più urgente per il completamento del mercato unico digitale²⁴. Con riferimento all'IoT, il *rolling plan* sottolinea che:

The Internet of Things (IoT) is a key priority area of the digital single market. (...) The number of such connected devices is expected to exceed 20 billion by 2020. (...) A large number of proprietary or semi-closed solutions to address specific problems have emerged, leading to non-interoperable concepts, based on different architectures and protocols. Consequently, the deployment of truly IoT. (...) Standardisation facilitates the interoperability, compatibility, reliability, security and efficiency of operations on a global scale among different technical solutions, stimulating industry innovation and providing greater clarity to technology evolution. Interoperability between IoT networks operated by different companies along the value chain opens up opportunities to address EU policy objectives, e.g. greater resource efficiency for a more circular economy, sustainable and responsible supply chains through transparency and traceability, and others²⁵.

Il quadro brevemente ricostruito fa emergere alcune criticità relative alla standardizzazione in ambito europeo fra cui la difficoltà nella classificazione degli standard nell'ordinamento europeo e la possibilità di impugnare questi ultimi mediante ricorso per annullamento (art. 263 TFUE). La discussione su questi temi assume rilevanza ancor più marcata se si analizza la standardizzazione europea nel settore dell'ICT tenendo in considerazione le potenzialità del suo sviluppo con l'IoT. Come già sottolineato c'è una forte spinta da parte dell'Unione europea ad elaborare standard in questo ambito e, pertanto, dette questioni che riguardano in generale il processo di standardizzazione europea potrebbero assumere un ruolo di assoluta centralità nella discussione giuridica e politica dei prossimi anni. L'analisi potrebbe poi essere estesa a molti altri aspetti, come ad esempio alle questioni che sorgono nel caso in cui un titolare di SEP non conceda o conceda a termini non FRAND il brevetto di cui è titolare²⁶. Tuttavia, il presente contributo si limiterà ad approfondire il problema della qualificazione giuridi-

²³ Si veda: https://ec.europa.eu/growth/content/2019-rolling-plan-ict-standardisation-released_en.

²⁴ Commissione europea, *Rolling Plan for ICT Standardisation*, 2019.

²⁵ *Ibidem*, 25.

²⁶ Sul tema si veda *ex multis*: B. Conde Gallego, J. Drexler, *IoT Connectivity Standards: How Adaptive is the Current SEP Regulatory Framework?*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 50, 2019, 135-156; Parlamento europeo, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Directorate General for Internal Policies of the Union, *Standard Essential Patents and the Internet of Things*, gennaio 2019; D. Neven, P. Régibeau, *Unwired Planet vs Huawei: A Welcome Clarification of the Concept of FRAND and of the Role of Competition Law Towards SEP Licencing*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2017, 8 (7), 463-467; B. Lundqvist, *Standardization for the Digital Economy: The Issue of Interoperability and Access Under Competition Law*, in *The Antitrust Bulletin*, 62 (4), 710-725.

ca degli standard tecnici armonizzati e la possibilità di sottoporli ad un controllo di validità per ragioni di coerenza ed uniformità.

3. *Il controllo di validità degli standard tecnici armonizzati*

La dottrina si è a lungo interrogata sulla possibilità di sottoporre gli standard ad un controllo di validità da parte della Corte, oltre che sulle implicazioni più ampie che il fenomeno della standardizzazione comporta come, ad esempio, il suo inquadramento nell'ambito dell'esercizio di una delega di poteri regolamentari da parte dell'Unione europea nei confronti di enti privati²⁷. La sentenza *James Elliott Construction*²⁸ rappresenta un importante punto di svolta per quanto riguarda la qualificazione degli standard tecnici armonizzati e, in generale, del rapporto fra il fenomeno della standardizzazione e il diritto dell'Unione europea. Si trattava di un rinvio pregiudiziale di interpretazione sollevato dalla Suprema Corte irlandese nell'ambito di una controversia relativa alla fornitura, ad opera della Irish Asphalt, di aggregati rocciosi alla James Elliott Construction. In particolare, quest'ultima aveva utilizzato tali materiali per la costruzione di un edificio nel quale, dopo l'ultimazione dei lavori, erano comparse crepe nei pavimenti e nei soffitti che rendevano inutilizzabile l'edificio²⁹. Tali danni erano stati causati dalla presenza di pirite negli aggregati forniti dalla Irish Asphalt e per tale motivo non rispettavano lo standard tecnico applicabile nel caso di specie che rendeva tale materiale commerciabile ed idoneo all'uso³⁰. Pertanto la James Elliott Construction chiedeva ed otteneva il risarcimento dei danni subiti da parte della Irish Asphalt³¹. Quest'ultima impugnava la sentenza davanti alla *Supreme Court* la quale sottoponeva diverse questioni pregiudiziali alla Corte, fra cui una in merito alla possibilità di sottoporre gli standard tecnici armonizzati al vaglio interpretativo della Corte, richiedendo dunque indirettamente un chiarimento in merito alla natura giuridica di tali strumenti³².

²⁷ C. Colombo, M. Eliantonio, *Harmonized technical standards as part of EU law: Juridification with a number of unresolved legitimacy concerns?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017, 24(2), 333-339; A. Volpato, *The Harmonized Standards before the ECJ: James Elliott Construction*, in *Common Market Law Review*, 2017, 54, 601-602; R. Van Gestel, H.W. Micklitz, *European Integration Through Standardization: How Judicial Review Is Breaking Down The Club House Of Private Standardization Bodies*, in *Common Market Law Review*, 2013, 50, 145-182.

²⁸ Sentenza del 27 ottobre 2016, *James Elliott Construction Limited c. Irish Asphalt Limited*, C-613/14.

²⁹ *Ibidem*, par. 24.

³⁰ *Ibidem*, par. 26-27.

³¹ *Ibidem*, par. 25-27.

³² *Ibidem*, par. 32.

La Corte in prima battuta ha ricordato che la propria giurisprudenza costante è orientata nel senso di ritenersi competente a interpretare atti che, pur essendo stati adottati da organi che non possono essere qualificati come «istituzioni, organi o organismi dell'Unione», presentano la natura di misure di attuazione o di applicazione di un atto di diritto dell'Unione³³ non considerando rilevante il fatto che tali atti siano privi di effetti obbligatori³⁴. Tale orientamento tenta di dare concreta attuazione all'art. 267 TFUE dandone una lettura teleologica che consiste nel garantire un'uniforme applicazione del diritto dell'Unione³⁵. Sulle base di queste premesse, la Corte ha posto in evidenza gli effetti giuridici che scaturiscono dalla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea degli standard, cioè l'attribuzione ai prodotti che soddisfino tali requisiti di una presunzione di conformità con il diritto dell'Unione europea (nel caso di specie con la Direttiva 89/106/CEE³⁶ che consentiva l'apposizione della marcatura CE) e la conseguente immissione e circolazione nel mercato europeo³⁷. Pertanto, gli standard tecnici armonizzati sono da considerarsi parte del diritto dell'Unione europea³⁸. Inoltre, nella sentenza in analisi viene sottolineato il ruolo cruciale della Commissione nel processo di standardizzazione europea. La Corte sostiene che, sebbene l'elaborazione degli standard sia attribuito ad organismi di diritto privato, questi siano da ritenersi misure di attuazione necessaria e strettamente regolamentata dei requisiti essenziali definiti su iniziativa e sotto la direzione nonché il controllo della Commissione e la loro idoneità a produrre effetti giuridici è soggetta alla previa pubblicazione da parte di quest'ultima dei rispettivi riferimenti nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea³⁹.

La conferma da parte della Corte di quanto già sostenuto in dottrina rispetto alla natura degli standard tecnici armonizzati⁴⁰ e la possibilità di renderli oggetto di un rinvio pregiudiziale di interpretazione davanti alla Corte ha certamente una rilevanza notevole. Risulta tuttavia difficile valutare l'effettivo impatto di questa apertura in questo gli standard solitamente sono per loro natura inequivocabili oltre che altamente tecnici e pertanto risultano poco adatti ad essere oggetto di

³³ *Ibidem*, par. 34 e sentenze ivi citate: sentenza della Corte del 20 settembre 1990, *S.Z. Sevince c. Staatssecretaris van Justiti*, C192/89, para. 10; sentenza della Corte del 21 gennaio 1993, *Deutsche Shell AG c. Hauptzollamt Hamburg-Harburg*, C188/91, par. 17.

³⁴ *Ibidem*, par. 35.

³⁵ *Ibidem*, par. 34.

³⁶ Direttiva 89/106/CEE del Consiglio del 21 dicembre 1988 relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati Membri concernenti i prodotti da costruzione, G.U. L 40, 11.2.1989, 12-26.

³⁷ *James Elliott Construction*, parr. 37-42.

³⁸ *Ibidem*, par. 40.

³⁹ *Ibidem*, par. 43.

⁴⁰ Si v. in merito H. Schepel, *The New Approach to the New Approach: The Juridification of Harmonized Standards in EU Law*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, 20 (4), 521-533.

un giudizio interpretativo di questo tipo⁴¹. Inoltre, il riconoscimento della possibilità per il giudice nazionale di deferire una questione pregiudiziale alla Corte in materia di standard tecnici armonizzati non implica l'automatica estensione della competenza di quest'ultima a condurre un controllo di validità diretto su questo tipo di strumenti. Come è noto, il ricorso per annullamento è uno strumento che permettere di instaurare un'effettiva procedura contenziosa e si distingue ontologicamente dal rinvio pregiudiziale, il cui fine è quello di permettere il dialogo fra la corte nazionale e quella europea. L'accesso diretto alla Corte di Giustizia dell'UE per contestare la validità di uno strumento europeo come gli standard tecnici armonizzati garantirebbe quindi la piena tutela giurisdizionale e, di conseguenza, fornirebbe maggiore legittimazione al potere *de facto* regolamentare delle organizzazioni di normazione europee. In merito, è interessante segnalare un passaggio delle conclusioni dell'avvocato generale Campos Sánchez-Bordona nel caso *James Elliott Construction*⁴², dove si afferma che le decisioni concernenti la pubblicazione delle norme tecniche armonizzate e le decisioni della Commissione sulle obiezioni formali a dette norme sollevate dagli Stati membri o dal Parlamento europeo sono atti giuridici contro i quali è possibile proporre ricorso di annullamento. Nella sentenza *James Elliott Construction*, la Corte si è limitata a sottolineare l'importanza del ruolo della Commissione, senza recepire l'indicazione della Avvocato generale. Tuttavia, tale posizione è stata riproposta dal Tribunale nel caso *Global Garden Products*⁴³ avente ad oggetto un ricorso per annullamento ai sensi dell'art. 263 TFUE di una decisione di esecuzione della Commissione concernente una misura, adottata dalla Lettonia in conformità alla direttiva 2006/42/CE⁴⁴, che vietava l'immissione sul mercato di un rasaerba fabbricato dalla ricorrente. In tale contesto, il Tribunale ha espressamente ribadito che «le decisioni relative alla pubblicazione di norme armonizzate sono atti giuridici contro i quali è possibile proporre ricorso di annullamento»⁴⁵ e, citando l'ordinanza *Schmoldt e altri c. Commissione*⁴⁶, ha ricordato che il regime di dette pubblicazioni è quello degli atti di portata generale delle istituzioni dell'Unione⁴⁷.

⁴¹ P. Cuccuru, *The Public and Private Sides of Harmonized Standards: James Elliott Construction v. Irish Asphalt*, in *German Law Journal*, 2018, 19 (6), 1407-1409.

⁴² Conclusioni dell'avvocato generale Manuel Campos Sánchez-Bordona presentate il 28 gennaio 2016, *James Elliott Construction Limited c. Irish Asphalt Limited*, C-613/14, para. 54.

⁴³ Sentenza del Tribunale del 26 gennaio 2017, *Global Garden Products Italy SpA (GGP Italy) c. Commissione europea*, T-474/15.

⁴⁴ Direttiva 2006/42/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 maggio 2006, relativa alle macchine e che modifica la direttiva 95/16/CE, GU L 157 del 9 giugno 2006, 24-86.

⁴⁵ *Global Garden Products*, par. 60.

⁴⁶ Ordinanza del Tribunale di primo grado del 25 maggio 2004, *Jürgen Schmoldt e altri c. Commissione delle Comunità europee*, T-264/03.

⁴⁷ *Global Garden Products*, par. 60.

In sintesi, nel caso *James Elliott Construction* la Corte ha affermato la propria competenza ad interpretare gli standard tecnici armonizzati nell'ambito del procedimento di cui all'art. 267 TFUE sulla base del fatto che tali strumenti rientrano nel diritto dell'Unione europea in quanto qualificabili come misure di attuazione o di applicazione di un atto di diritto dell'Unione⁴⁸. Tuttavia la Corte ha escluso che le organizzazioni di normazione europee che emettono gli standard possano considerarsi «istituzioni, organi o organismi dell'Unione» e, pertanto, essere comprese nel gruppo di soggetti i cui atti possono essere soggetti a un controllo di validità. Ne consegue che, alla luce dell'enfasi attribuita al ruolo della Commissione nelle sentenze *James Elliott Construction* e *Global Garden Products*, l'impugnazione ai sensi dell'art. 263 TFUE delle decisioni della Commissione relative alla pubblicazione degli standard sembra essere l'unica via perseguibile al fine di ottenere un controllo di validità su questo tipo di strumenti da parte della Corte. Inoltre, il cambiamento di prassi che ha portato alla pubblicazione di tali decisioni dalla sezione C (comunicazioni ed informazioni) alla sezione L (legislazione) della Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea potrebbe essere un indice del cambiamento di prospettiva rispetto alla possibilità di sottoporre gli standard ad un vaglio giurisdizionale mediante l'impugnazione delle decisioni della Commissione⁴⁹.

La sentenza nel caso *James Elliott Construction* evita tuttavia di affrontare alcune questioni in materia di standard tecnici armonizzati che sono ancora estremamente controverse. In particolare, la qualificazione degli standard tecnici armonizzati come misure di attuazione o di applicazione di un atto di diritto dell'Unione europea è difficilmente conciliabile con la procedura che viene seguita *de facto* e sull'effettivo controllo esercitato dalla Commissione su questi atti. Nelle sue conclusioni, l'Avvocato Generale Campos Sánchez-Bordona fa rientrare il fenomeno della standardizzazione in «un'ipotesi di delega normativa, “controllata”, ad un organismo di normalizzazione privato» sostenendone la legittimità sulla base del fatto che nella procedura di adozione degli standard è previsto un controllo effettuato *ex ante* dalla Commissione e un meccanismo che permette agli Stati membri e al Parlamento di sollevare un'obiezione formale rispetto alla decisione della Commissione (artt. 10 e 11, Regolamento 1025/2012)⁵⁰. Tuttavia, questi meccanismi di controllo, che dovrebbero avere la funzione di garantire la legalità di un delegazione del potere regolamentare alla luce della dottri-

⁴⁸ *James Elliott Construction*, parr. 34 e 40.

⁴⁹ A. Volpato, M. Eliantonio, *The Butterfly Effect of Publishing References to Harmonised Standards in the L Series*, in *European Law Blog*, 7 marzo 2019.

⁵⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale Manuel Campos Sánchez-Bordona presentate il 28 gennaio 2016, *James Elliott Construction Limited c. Irish Asphalt Limited*, C-613/14, par. 55.

na *Meroni*⁵¹, non permettono in realtà di raggiungere questo obiettivo. Infatti, le organizzazioni di normazione hanno un ampio margine di discrezionalità nell'elaborazione degli standard tecnici in quanto i requisiti essenziali stabiliti nelle direttive sono estremamente laschi e il controllo effettuato della Commissione per autorizzarne la pubblicazione è limitato alla verifica della coerenza fra questi e il mandato fornito, senza alcuna considerazione sul merito degli standards stessi⁵². Inoltre, l'istituzione competente a decidere rispetto all'obiezione formale sollevata ai sensi dell'art. 11 Reg. 1025/1012 è la Commissione, cioè il medesimo soggetto che ha adottato la decisione che viene impugnata.

L'ipotesi di introdurre un controllo di validità diretto da parte della Corte in questa materia non è scevro da criticità. Gli standard tecnici armonizzati in quanto tali non possono essere oggetto di ricorso per annullamento poiché non sono emanati da istituzioni, organi o organismi dell'UE ma da enti privati. Pertanto, come già evidenziato, gli unici atti che potrebbero essere impugnati ai sensi dell'art. 263 TFUE sarebbero le decisioni della Commissione di pubblicare gli standard⁵³. Poiché ad oggi il controllo effettuato sugli standard ai sensi dell'art. 10 Reg. 1025/1012 è estremamente blando, ammettere l'impugnazione di dette decisioni comporterebbe la necessità di introdurre un controllo effettivo da parte della Commissione. Tale verifica, da effettuarsi sugli standard prima della loro pubblicazione, potrebbe declinarsi in un controllo sostanziale sul merito dello standard oppure meramente formale sulle procedure seguite. La prima opzione risulterebbe pressoché impossibile da attuare in quanto richiederebbe delle competenze tecnico-scientifiche di cui la Commissione non dispone⁵⁴. Per rendere possibile un controllo formale sarebbe invece necessario vincolare le organizzazioni di normazione a procedure di *rule-making* che possano essere facilmente verificate dalla Commissione per poter procedere con la pubblicazione. Tuttavia, risulterebbe molto difficile imporre a degli enti privati come le organizzazioni di normazione delle procedure così rigide e formali. Inoltre, si teme che tutto ciò renderebbe estremamente farraginoso il sistema, andando a minare ed appesantire il procedimento di standardizzazione con effetti negativi per il mercato interno. Pertanto, l'introduzione di un controllo giurisdizionale sugli standard

⁵¹ Sentenza della Corte del 13 giugno 1958, *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche S.p.A. contro l'Alta Autorità della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio*, Causa 9-56. Si veda l'interpretazione data alla dottrina Meroni in ultimo dalla sentenza della Corte del 22 gennaio 2014, *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord contro Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, C-270/12, par. 41-55 alla luce della quale la delega di poteri è conforme alla dottrina Meroni se tali poteri sono «disciplinati in modo preciso e sono soggetti a un controllo giurisdizionale alla luce degli obiettivi stabiliti dall'autorità delegante» (C-270/12, par. 53).

⁵² H. Schepel, *op. cit.*, 2005, 254-257; C. Colombo, M. Eliantonio, *op. cit.*, 335; A. Volpato, *op. cit.*, 602.

⁵³ H. Schepel, *op. cit.*, 2013, 528-531.

⁵⁴ P. Cucurru, *European Judiciary and Harmonised Standards: Which Intersection?*, in *Stals Research Paper 2/2018*, 27; C. Colombo, M. Eliantonio, *op. cit.*, 332-333.

tecniche armonizzate consentirebbe un maggiore controllo sui processi di standardizzazione ma potrebbe provocare allo stesso tempo mancanza di effettività degli standard, oltre che un disallineamento rispetto alle esigenze del mercato a causa dell'appesantimento delle procedure.

Infine, la legittimazione attiva dei ricorrenti che adiscono la Corte con ricorso per annullamento soggiace a specifici requisiti. In questo caso si rileva che probabilmente per alcuni soggetti potrebbe essere più conveniente l'utilizzo del meccanismo previsto dall'art. 11 del Regolamento 1025/1012 oppure, per altri, risulterebbe molto difficile provare l'interesse diretto e individuale richiesto dall'art. 263 TFUE⁵⁵.

4. Conclusioni

La standardizzazione gioca un ruolo fondamentale nel buon funzionamento del mercato interno permettendo l'eliminazione delle barriere tecniche al commercio. Gli standard aiutano ad assicurare che prodotti e servizi complementari siano interoperabili, facilitano l'introduzione di prodotti innovativi e creano fiducia da parte dei consumatori in merito alla qualità dei prodotti e dei servizi offerti nell'UE⁵⁶. In un contesto caratterizzato dalla rapida evoluzione del progresso tecnologico, dalla digitalizzazione dell'economia e dall'emergere di nuovi trend economici e modelli di crescita, la standardizzazione assume una funzione chiave nell'assicurare che lo sviluppo del mercato interno sia al passo con questi sviluppi incalzanti e che sia i consumatori che le imprese possano beneficiare di tali cambiamenti⁵⁷.

Il quadro delineato dimostra come le procedure europee volte alla standardizzazione risultino poco adeguate a far fronte alle necessità imposte in questo campo da un mercato che sempre più identifica nell'interoperabilità e nell'interconnessione i fattori determinante per lo sviluppo futuro. Ad oggi, nonostante gli sforzi posti in essere dalle istituzioni europee per migliorare l'efficienza, trasparenza e certezza giuridica, il processo di standardizzazione presenta delle criticità. In particolare, per quanto riguarda i profili approfonditi nel presente contributo, l'introduzione di un controllo di legittimità giurisdizionale sul contenuto

⁵⁵ A. Volpato, M. Eliantonio, *The Butterfly Effect of Publishing References to Harmonised Standards in the L Series*, in *European Law Blog*, 7 marzo 2019. Per un'ampia e dettagliata discussione sul tema si v. P. Cuccuru, *European Judiciary and Harmonised Standards: Which Intersection?*, *op. cit.*, 11 e ss.; C. Colombo, M. Eliantonio, *op. cit.*, 329-332.

⁵⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo, *Norme armonizzate - Migliorare la trasparenza e la certezza del diritto per un mercato unico pienamente funzionante*, Bruxelles del 22 novembre 2018 COM(2018) 764 final, 1.

⁵⁷ *Ibidem*.

degli standard pare fondamentale per la tutela di alcuni dei principi fondamentali su cui si basa l'ordinamento europeo quali il principio di legalità e l'accesso a una tutela giurisdizionale effettiva da parte dei soggetti lesi. Ciò soprattutto se si considera che nell'attuale procedura di standardizzazione la Commissione assume le vesti di controllante (pubblicando la decisione sugli standard tecnici e dichiarando quindi, implicitamente, che questi non sono in contrasto con il diritto dell'UE) e controllata (in quanto sono le decisioni di quest'ultima che possono essere impugnate) e che non tutti i soggetti interessati partecipano al processo di formazione degli standards ma allo stesso tempo non hanno accesso ai meccanismi di impugnazione di tali strumenti.

In tale contesto, inoltre, non è ancora chiaro quale atto possa essere efficacemente impugnato mediante ricorso per annullamento al fine di ottenere un controllo di validità sul contenuto degli standard. I meccanismi di controllo che dovrebbero avere la funzione di garantire la legalità della delegazione del potere regolamentare alla luce della dottrina *Meroni* non sono effettivi e pertanto è difficile far rientrare nell'alveo delle misure di attuazione o di applicazione di un atto di diritto dell'Unione europea l'attività di standardizzazione condotta dagli organismi di normazione. Infine, come si è già evidenziato, la *juridification* di queste procedure, nonostante gli innegabili effetti positivi, potrebbe causare gli stessi problemi già riscontrati con l'*Old Approach* e che si sono tentati di superare con il *New Approach*.

Vista il ruolo centrale che l'ICT giocherà nel futuro dell'Europa e della crescente importanza che l'interoperabilità degli standard rivestirà nei prossimi anni⁵⁸ alla luce dello sviluppo galoppante dell'IoT, un sistema di standardizzazione che i produttori e i consumatori percepiscano come adeguato ma allo stesso tempo tutelante sarà fondamentale per mantenere il mercato europeo al passo con i trend dell'economia mondiale. Pertanto, è auspicabile che le istituzioni pongano tra le priorità dell'agenda europea per lo sviluppo nel mercato unico digitale queste questioni, al fine di garantire la certezza del diritto e la tutela degli individui mediante procedure di standardizzazione trasparenti ed efficienti.

⁵⁸ In merito si veda B. Lundqvist, *Standardization under EU Competition Rules and US Antitrust Laws: The Rise and Limits of Self-Regulation*, Cheltenham, 2014, 18, 28 e 34.

La standardizzazione europea nel settore dell'ICT nell'era dell'Internet of Things: qualificazione giuridica e controllo di validità degli standard tecnici armonizzati

La standardizzazione è un fenomeno trasversale, difficilmente riconducibile alle tradizionali categorie giuridiche che distinguono nettamente fra Stato e mercato. Lo sviluppo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione e l'avvento dell'*Internet of Things* hanno reso necessario il ricorso crescente alla standardizzazione quale strumento essenziale per permettere l'interoperabilità e l'interconnessione dei dispositivi e questa tendenza non sembra diminuire. L'articolo offre quindi un'analisi del fenomeno con particolare riferimento ai settori indicati e concentrandosi sui profili critici che si rilevano in relazione all'attuale procedura di standardizzazione europea. Particolare attenzione verrà dedicata alla qualificazione degli standard tecnici armonizzati e alla possibilità di sottoporli ad un controllo giurisdizionale di validità.

European standardisation in the ICT sector in the era of the Internet of Things: juridical qualification and validity control of harmonised technical standards

Standardisation is a cross-sectorial phenomenon that cannot be easily categorised in accordance with the traditional distinction between state and market. The development of Information and Communications Technology and of the Internet of Things has required an increase in the use of standardisation as an essential tool to allow for interoperability and interconnection of devices, and such trend shows no sign of decreasing. The article offers an analysis of the phenomenon with reference to the sectors mentioned, focusing on the most critical profiles identified in relation to the current European standardisation procedure. Specific attention will be paid to the qualification of harmonised technical standards and the possibility of their undergoing judicial verification of their validity.

Le prospettive di riforma del MES nel processo di integrazione europea

SOMMARIO: 1. Antecedenti storici: la crisi dei debiti sovrani e la necessità di assicurare stabilità finanziaria nella Zona Euro. – 2. La genesi del nuovo trattato: dalla dichiarazione dei Capi di Stato e di Governo dell'Eurozona del 9 dicembre 2011 all'istituzione del Meccanismo europeo di stabilità. – 3. Finalità: la salvaguardia della stabilità finanziaria dell'Eurozona. – 4. *Governance* e diritti di voto degli Stati membri. – 5. Il capitale e la gestione finanziaria. – 6. La procedura e gli strumenti di intervento: la linea di credito precauzionale (PCCL) e quella rafforzata (ECCL); il problema della discrezionalità “politica” del *Board of Governors*. – 7. I punti controversi del progetto di riforma: ristrutturazione automatica del debito e *single limb* CACs. – 8. Riflessioni conclusive: il Coronavirus evidenzia (ancora una volta) l'esigenza di modifica del MES nel quadro giuridico dell'Unione europea.

1. *Antecedenti storici: la crisi dei debiti sovrani e la necessità di assicurare stabilità finanziaria nella Zona Euro*

La crisi economica nota come “grande recessione”, verificatasi tra il 2007 e il 2013 a livello globale, ebbe inizio negli Stati Uniti con la crisi dei *subprimes* (prestiti ad alto rischio finanziario, erogati dagli istituti di credito in favore di clienti con bassi indici di affidabilità e solvibilità). Alcuni analisti hanno qualificato tali operazioni come fenomeni di speculazione finanziaria¹.

La recessione ha poi gradualmente assunto carattere globale, spinta da meccanismi di contagio finanziario, determinando la crisi del debito sovrano di alcuni Stati europei (in particolare, di Grecia, Irlanda, Italia, Spagna e Portogallo)².

Con riferimento all'Italia, il rendimento dei Btp decennali aveva raggiunto livelli prossimi al 7%, con il conseguente aumento per lo Stato del costo complessivo di rifinanziamento del proprio debito.

¹ Z. Gao, M. Sockin, W. Xiong, *Housing speculation and its economic consequences*, in *Vox*, 26 gennaio 2020.

² Z. Gao, M. Sockin, W. Xiong, *op. cit.*

Il differenziale di rendimento rispetto al Bund tedesco (il cosiddetto *spread*) era passato da valori inferiori a 200 punti base ai 500 punti base (570 nel mese di novembre 2011).

Un ampliamento così consistente dello *spread* era stato il risultato dell'effetto combinato, da un lato, dell'incremento della percezione del rischio di insolvenza dello Stato italiano e, dall'altro, della preferenza degli investitori verso i titoli tedeschi, considerati più sicuri (cosiddetto effetto *flight to quality*)³.

Per far fronte alla gravissima crisi economica, vennero istituiti il Fondo europeo di stabilità finanziaria (FESF) e il Meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria (MESF)⁴.

Il primo era una società di progetto (o società veicolo)⁵ con la funzione di emettere obbligazioni o altri strumenti di debito sul mercato finanziario per raccogliere i fondi necessari a:

- Fornire prestiti ai Paesi della Zona Euro in difficoltà finanziarie;
- Ricapitalizzare le banche;
- Comprare debito sovrano sotto forma di titoli di Stato.

Il secondo era un fondo di emergenza volto ad assicurare la stabilità finanziaria nella Zona Euro, fornendo assistenza agli Stati membri in difficoltà.

I due strumenti sono stati poi sostituiti dal Meccanismo europeo di stabilità, istituito con il Trattato sulla stabilità, il coordinamento e la *governance* nell'unione economica e monetaria (cd. *Fiscal Compact*) è stato firmato in seguito al Consiglio europeo dell'1-2 marzo 2012, dopo essere stato concordato nella riunione straordinaria del Consiglio europeo del 30 gennaio⁶.

³ Consob, *La crisi del debito sovrano del 2010-2011*.

⁴ F. Salmoni, *Stabilità finanziaria, unione bancaria europea e costituzione*, Milano, 2019, 119-148. L. Taschini, *I diritti sociali al tempo della condizionalità*, Torino, 2019, 57. L. Lazzarini, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: i limiti di applicazione*, Milano, 2018, 250. G. Lo Conte, *Equilibrio di bilancio, vincoli sovranazionali e riforma costituzionale*, Torino, 2016, 84. B. Nascimbene, *Unione europea: Trattati*, Torino, 2017, 277.

⁵ Oggi espressamente disciplinata dall'art. 184 del Codice appalti.

⁶ Considerando n. 1 del trattato che istituisce il meccanismo europeo di stabilità.

2. *La genesi del nuovo trattato: dalla dichiarazione dei Capi di Stato e di Governo dell'Eurozona del 9 dicembre 2011 all'istituzione del Meccanismo europeo di stabilità*

La predisposizione di un nuovo trattato internazionale per rafforzare la disciplina di bilancio e il coordinamento delle politiche economiche era prevista da una dichiarazione adottata dai 17 Capi di Stato e di Governo dell'Eurozona il 9 dicembre 2011⁷.

La dichiarazione aveva prospettato una serie di obiettivi e misure che ricevano in massima parte le proposte formulate nel Rapporto del Presidente Van Rompuy al Consiglio europeo del 7 dicembre 2011, n. 199⁸.

In breve, la motivazione per la quale la dichiarazione riteneva necessario il ricorso a un nuovo trattato internazionale stava nel fatto che, all'interno dell'Unione, sarebbe stato alquanto arduo raggiungere l'unanimità di voti degli Stati membri, necessaria tra per la modifica dei trattati già vigenti⁹, come del resto si era già palesato nel 2005 in occasione della mancata ratifica, da parte di Francia e Olanda, della Costituzione europea (formalmente «Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa») ¹⁰. In tali Stati, i *referendum* aventi ad oggetto la ratifica del trattato si erano risolti con esito negativo, così non era stata raggiunta la necessaria unanimità.

La conclusione di un nuovo trattato permetteva quindi di aggirare possibili ostacoli referendari.

Occorreva, tuttavia, fornire una “copertura” normativa primaria al meccanismo di stabilità; per questo, il 25 marzo 2011, il Consiglio europeo ha adottato la decisione 2011/199/UE, così aggiungendo all'art. 136 del TFUE il seguente paragrafo: «gli Stati membri la cui moneta è l'euro possono istituire un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile per salvaguardare la stabilità dell'intera Zona Euro. La concessione di qualsiasi assistenza finanziaria necessaria nell'ambito del meccanismo sarà soggetta a una rigorosa condizionalità». Tale modifica ha consentito l'istituzione del MES. Il nuovo trattato internazionale è

⁷ Camera dei Deputati, Attività dell'Unione europea, *Il trattato sulla stabilità, il coordinamento e la governance nell'unione economica e monetaria (c.d. fiscal compact)*, n. 209, 7 marzo 2012. Camera dei Deputati, XVI Legislatura, Documentazione per l'esame di Progetti di legge, *I Trattati sul Fiscal Compact e sul Meccanismo europeo di stabilità*, 16 luglio 2012, n. 666.

⁸ Camera dei Deputati, XVI Legislatura, Documentazione per le Commissioni Attività nell'Unione europea, *Verso un'Unione economica più forte, Rapporto del Presidente Van Rompuy al Consiglio europeo, n. 199 del 7 dicembre 2011*. U. Villani, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2016, 30.

⁹ Camera dei Deputati, XVI Legislatura, Documentazione per l'esame di Progetti di legge, *I Trattati sul Fiscal Compact e sul Meccanismo europeo di stabilità*, 16 luglio 2012, n. 666.

¹⁰ F. Salmoni, *op. cit.*, 112-117.

stato, pertanto, negoziato e stipulato al di fuori del quadro giuridico dell'Unione europea (e, nello specifico, delle procedure previste per la modifica dei trattati)¹¹.

Al fine di dare seguito alla dichiarazione del 9 dicembre, gli Stati membri aderenti e il Presidente del Consiglio europeo Van Rompuy avevano affidato la redazione di un progetto di trattato economico-finanziario ad un gruppo di lavoro (o *forum*) composto da rappresentanti dei medesimi Stati membri, della Commissione europea, di un rappresentante del Regno Unito (in qualità di osservatore). Il testo predisposto dal Gruppo di lavoro è stato esaminato dall'Eurogruppo il 23 gennaio e dal Consiglio ECOFIN del 24 gennaio 2012. La versione definitiva è stata firmata dal Consiglio europeo il 2 marzo 2012¹².

3. *Finalità: la salvaguardia della stabilità finanziaria dell'Eurozona*

L'obiettivo del MES è quello di mobilitare risorse finanziarie e di sostenere la stabilità dei Paesi membri che si trovino o rischino di trovarsi in gravi problemi finanziari. Gli aiuti economici del Meccanismo vengono erogati secondo condizioni rigorose, che tengono conto dello strumento di assistenza finanziaria scelto. In ogni caso, l'intervento del MES ha carattere residuale, nel senso che è ammesso esclusivamente se indispensabile per salvaguardare la stabilità finanziaria della Zona Euro nel suo complesso, oltre che di quella degli Stati membri.

A questo scopo, il Meccanismo può raccogliere fondi mediante l'emissione di strumenti finanziari o la conclusione di intese o accordi finanziari o di altro tipo con i propri membri, istituzioni finanziarie o terzi¹³.

In considerazione della stretta interdipendenza tra le economie degli Stati membri, il MES si è dimostrato indispensabile per la tutela del mercato unico e dell'economia dell'Unione, seconda al mondo in termini nominali (Pil nominale) dopo quella degli Stati Uniti, e sempre seconda a parità di potere d'acquisto (Pil reale), dopo quella cinese¹⁴.

Tra le finalità del trattato, rientra anche il miglioramento e l'efficientamento dell'assistenza finanziaria, per prevenire rischi di contagio finanziario nel caso di crisi economiche¹⁵.

¹¹ Camera dei Deputati, Attività dell'Unione europea, *Il trattato sulla stabilità, il coordinamento e la governance nell'unione economica e monetaria (c.d. fiscal compact)*, n. 209, 7 marzo 2012, 5.

¹² Camera dei Deputati, Attività dell'Unione europea, *Il trattato sulla stabilità, il coordinamento e la governance nell'unione economica e monetaria (c.d. fiscal compact)*, n. 209, 7 marzo 2012, 5-6.

¹³ B. Nascimbene, *op. cit.*, 282.

¹⁴ Dati Eurostat, www.ec.europa.eu.

¹⁵ Considerando n. 3 e 15 del Trattato che istituisce il meccanismo europeo di stabilità.

Il testo dell'accordo mette in evidenza che, accanto alle crisi finanziarie "effettive" (cioè legate a periodi di concreta e reale recessione, determinata dalla contrazione delle curve di domanda e offerta), vi possono essere le crisi di fiducia del mercato, non meno pericolose delle prime e altrettanto capaci di compromettere la stabilità finanziaria della Zona Euro¹⁶. Per prevenirle, è stato necessario dotare il Meccanismo di appositi strumenti di sorveglianza macroeconomica, all'interno di uno schema complessivamente diretto ad assicurare stabilità e crescita economica degli Stati membri che hanno adottato l'Euro¹⁷.

La sorveglianza sull'impiego dei capitali e sulle riforme economiche attuate dal beneficiario delle risorse spetta alla Commissione e al Consiglio dell'UE, secondo quanto stabilito dagli art. 121 e 136 del TFUE¹⁸.

Conformemente all'art. 273 del TFUE, la Corte di giustizia UE è competente a conoscere qualsiasi controversia tra le parti dell'accordo o tra queste e il MES, avente ad oggetto l'interpretazione e l'applicazione delle norme del trattato¹⁹.

4. Governance e diritti di voto degli Stati membri

Il MES è istituito da un trattato internazionale aperto alla ratifica da parte degli altri Stati membri dell'Unione²⁰.

Il Meccanismo è dotato di un Consiglio di Governatori²¹, di un Consiglio di Amministrazione e di un Direttore generale²².

Sono Governatori i Ministri dell'Economia e delle Finanze dei Governi degli Stati membri. Ciascun Governatore rappresenta uno Stato e nomina un Amministratore²³.

Le decisioni del Consiglio dei Governatori e del Consiglio di Amministrazione devono essere adottate a maggioranza qualificata (pari all'80% dei voti espressi) o a maggioranza semplice dei voti espressi, secondo quanto stabilito nel trattato istitutivo.

¹⁶ I. Visco, *L'Unione economica e monetaria: è ora di superare lo stallo*, intervento al Seminario OMFIF-Banca d'Italia "Future of the Euro area", Roma, 15 novembre 2019.

¹⁷ Considerando n. 4.

¹⁸ Considerando n. 17.

¹⁹ Considerando n. 16.

²⁰ B. Nascimbene, *Unione europea: Trattati*, Torino, 2016, 281.

²¹ Presieduto dal Presidente dell'Eurogruppo.

²² B. Nascimbene, *op. cit.*, 282.

²³ Tali nomine sono sempre revocabili.

In ogni caso, per tutte le decisioni, è necessaria la presenza di un *quorum* di due terzi dei membri aventi diritto di voto e che rappresentino i due terzi dei diritti di voto²⁴.

La previsione è volta a garantire che le decisioni vengano assunte in maniera equilibrata. Deve considerarsi, infatti, che i diritti di voto di ogni Stato membro non sono capitari (cioè voto personale, un voto per Stato), ma proporzionali al valore delle quote versate.

In pratica, più si versa, maggiore è il potere deliberativo. I tre maggiori contributori sono Germania (27%), Francia (20%) e Italia (18%), che insieme rappresentano il 65% della contribuzione complessiva e, quindi, dei diritti di voto²⁵. I restanti 16 membri contribuiscono al fondo nella misura del 35% del capitale.

Ora, è evidente che, se fosse stato applicato il criterio del voto capitario (uno per Stato) i contributori di minoranza, coalizzandosi, avrebbero potuto abusare del proprio potere in danno dei maggiori contributori.

Ancorando il numero di voti all'entità della contribuzione, viene riconosciuta preminenza decisionale ai maggiori contributori, ma – per evitare abusi da parte di questi ultimi e, al contempo, assicurare che la decisione sia il più possibile condivisa – ai fini del *quorum* necessario per la validità deliberazione, occorre la presenza dei due terzi degli Stati, che rappresentino i due terzi della contribuzione totale. In sostanza, occorre l'accordo tra maggiori e minori contributori.

Talune decisioni devono essere adottate di comune accordo, cioè all'unanimità, ma le astensioni non vengono tenute in considerazione.

In deroga a tale principio, tuttavia, se la Commissione e la BCE ritengono che la mancata adozione di una decisione urgente in merito alla concessione o all'attuazione di un'assistenza finanziaria possa pregiudicare la sostenibilità economica e finanziaria della Zona Euro, viene utilizzata una procedura di votazione d'urgenza che richiede soltanto la maggioranza qualificata dell'85% dei voti espressi²⁶.

Nel caso in cui uno Stato non adempia alle obbligazioni contratte con il MES, non potrà esercitare i diritti di voto fin tanto che perdura l'inadempimento.

5. *Il capitale e la gestione finanziaria*

Lo *stock* di capitale autorizzato dal MES ammonta a 704.798,7 milioni di euro. È suddiviso in quote dal valore di 100.000 euro cadauno.

²⁴ B. Nascimbene, *op. cit.*, 282.

²⁵ Tra l'altro, Germania, Francia e Italia, avendo una quota di diritti di voto superiore al 15%, sono gli unici membri che possono porre il veto anche sulle decisioni adottate in condizioni di urgenza.

²⁶ B. Nascimbene, *op. cit.*, 282.

Con il trattato, i membri del MES si sono impegnati irrevocabilmente e incondizionatamente a versare la propria quota di capitale, secondo le modalità in esso stabilite.

Analogamente a quanto avviene nelle società per azioni, la responsabilità di ciascun membro del MES è limitata alla sua quota di capitale. Ciò significa che nessun membro può essere considerato responsabile delle obbligazioni da quest'ultimo contratte, per il solo fatto della sua appartenenza al Meccanismo.

In virtù del principio del divieto di compensazione, l'obbligo di contribuzione di ogni membro non decade allorquando esso divenga beneficiario oppure riceva assistenza finanziaria dal MES²⁷.

Il Consiglio dei Governatori può chiedere in qualsiasi momento il versamento del capitale autorizzato e non versato, fissando un termine congruo per il relativo pagamento da parte dei membri del MES, mediante decisione adottata a maggioranza semplice. Riesamina periodicamente e, almeno ogni cinque anni, la capacità massima erogabile e l'adeguatezza del capitale autorizzato dal MES²⁸.

È bene chiarire che la riforma non ha previsto alcun aumento di capitale, dunque l'Italia – come tutti gli altri membri – non sarà tenuta a versare risorse ulteriori rispetto a quelle stabilite nella versione originaria (e attualmente in vigore) del MES.

Al fine di tutelare il patrimonio del Meccanismo, i Capi di Stato e di Governo hanno stabilito che i prestiti del MES fruiscono dello *status* di crediti privilegiati (in modo analogo a quelli del FMI), pur accettando che lo *status* di creditore privilegiato del FMI prevalga rispetto a quello del MES²⁹. Inoltre, le quote non possono essere in alcun modo gravate da oneri, pegni e ipoteche e non sono trasferibili³⁰.

La politica di investimento del MES è attuata dal Direttore generale, secondo i principi di prudente gestione delle finanze e dei rischi. Il Meccanismo può utilizzare parte dei profitti tratti dagli investimenti concessi per la copertura dei propri costi operativi e amministrativi³¹.

Il Consiglio di Amministrazione può decidere, a maggioranza semplice, di distribuire un dividendo agli Stati membri (sempre che l'ammontare del capitale versato e del fondo di riserva superino il livello determinato per garantire la capacità di erogazione dei prestiti e allorquando i profitti dell'investimento non siano necessari per sopperire alla carenza di fondi per rimborsare i creditori). In tal

²⁷ B. Nascimbene, *op. cit.*, 285.

²⁸ B. Nascimbene, *op. cit.*, 286.

²⁹ Considerando n. 13.

³⁰ Ad eccezione dei trasferimenti conseguenti alla rimodulazione del modello di contribuzione di cui all'art. 11, in misura necessaria a garantire che la ripartizione delle quote corrisponda al modello modificato. B. Nascimbene, *op. cit.*, 285.

³¹ J.C. Piris, *op. cit.*, 490.

caso, i dividendi vengono distribuiti in proporzione agli apporti di capitale. In tal caso, non soltanto la partecipazione al Meccanismo non comporterebbe nuovi o maggiori oneri per le finanze dello Stato, ma – addirittura – potrebbe portare al conseguimento di utili³².

Le perdite sono imputate, in primo luogo, in conto al fondo di riserva, in secondo luogo al capitale versato e, infine, in conto ad un adeguato importo di capitale autorizzato non versato³³.

Se uno Stato membro non procede al pagamento della propria quota, una nuova richiesta di capitale, incrementato, viene indirizzata a tutti i membri, al fine di garantire che il Meccanismo riceva l'importo totale³⁴.

Il Consiglio dei Governatori assume poi gli opportuni provvedimenti volti a garantire che lo Stato membro interessato saldi il proprio debito, maggiorato degli interessi di mora, entro un termine ragionevole. Dopo che il Paese inadempiente salda il proprio debito, il capitale eccedente – in precedenza versato dagli altri membri – viene rimborsato a questi ultimi³⁵.

Ogni anno, il Consiglio di Amministrazione approva il bilancio di previsione del Meccanismo³⁶.

Inoltre, il MES è dotato di un Collegio di Revisori, composto da cinque membri indipendenti, nominati dal Consiglio dei Governatori, deputato al controllo dei conti e dei bilanci³⁷.

6. *La procedura e gli strumenti di intervento: la linea di credito precauzionale (PCCL) e quella rafforzata (ECCL); il problema della discrezionalità "politica" del Board of Governors*

La procedura per la concessione del sostegno inizia con la presentazione domanda da parte dello Stato interessato.

In seguito, il Presidente del Consiglio dei Governatori, di concerto con la BCE, incarica la Commissione europea di: a) valutare l'esistenza di un rischio per la stabilità finanziaria della Zona Euro nel suo complesso o dei suoi Stati membri, salvo che la BCE non abbia già presentato una propria analisi al riguardo; b) valutare la sostenibilità del debito pubblico. Se opportuno e possibile, tale valuta-

³² J. C. Piris, *op. cit.*, 490.

³³ B. Nascimbene, *Unione europea: Trattati*, Torino, 2016, 291.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*.

zione dovrà essere effettuata insieme al Fondo monetario internazionale; c) valutare le esigenze finanziarie effettive o potenziali dello Stato membro interessato³⁸.

Sulla base della domanda dello Stato e delle valutazioni svolte dalla Commissione, il Consiglio dei Governatori può decidere di concedere il sostegno alla stabilità, sotto forma di prestito o di acquisto di titoli di debito pubblico. Non si tratta, quindi, di un obbligo ma di una mera facoltà: il parere della commissione è obbligatorio ma non vincolante per il Consiglio dei Governatori, in relazione alla concessione dell'aiuto.

Se il sostegno viene concesso, il Consiglio dei Governatori assegna alla Commissione europea (di concerto con la BCE e, se possibile, insieme al FMI) il compito di negoziare con il Paese interessato un protocollo d'intesa, che precisi le condizioni contenute nel dispositivo di assistenza finanziaria.

Contemporaneamente, il Direttore generale del MES prepara una proposta di accordo su un dispositivo di assistenza finanziaria, contenente le modalità finanziarie e le condizioni di scelta degli strumenti finanziari, che dovrà essere adottata dal Consiglio dei Governatori³⁹.

La Commissione europea firma il protocollo d'intesa in nome e per conto del MES, previa verifica del rispetto degli atti e delle politiche economiche dell'Unione e previa approvazione del Consiglio dei Governatori.

Il Consiglio di Amministrazione approva l'accordo sul dispositivo di assistenza finanziaria che definisce gli aspetti finanziari del sostegno alla stabilità da fornire e, se del caso, le modalità di corresponsione della prima rata dell'assistenza stessa.

La Commissione europea – di concerto con la BCE e, ove possibile insieme al FMI – deve monitorare il rispetto delle condizioni a cui è subordinato il dispositivo di assistenza finanziaria⁴⁰.

Secondo l'art. 14 del trattato istitutivo, il Meccanismo può decidere di erogare assistenza finanziaria anche in via precauzionale sotto forma di linea di credito condizionale precauzionale o sotto forma di linea di credito soggetto a condizioni rafforzate. Esistono, quindi, due differenti linee di credito: la *Precautionary Conditioned Credit Line* (PCCL) e la *Enhanced Conditions Credit Line* (ECCL).

La prima è riservata ai Paesi che rispettano i criteri finanziari indicati dal Patto di stabilità e crescita (PSC) del 1997, ossia un *deficit* annuo e un debito pubblico rispettivamente inferiori al 3% e al 60% del PIL.

La seconda, invece, è disponibile anche a quei Paesi che non rispettano i requisiti finanziari anzidetti (tra cui l'Italia)⁴¹.

³⁸ Articolo 13, comma 1, del MES.

³⁹ J.C. Piris, *Il Trattato di Lisbona*, Milano, 2013, 487.

⁴⁰ J.C. Piris, *op. cit.*, 487.

⁴¹ Banca d'Italia, *Il Meccanismo europeo di stabilità (MES - European Stability Mechanism, ESM) e la sua riforma*, n. 4, 2019.

Il progetto di riforma avanzato dal Consiglio prevede alcune modifiche all'articolo 14 del trattato, che disciplina la PCCL.

In primo luogo, il nuovo comma 1 dell'articolo 14 stabilisce che il MES potrà supportare finanziariamente gli Stati membri nel caso in cui si verifichi uno "shock avverso fuori controllo"⁴².

Sul punto, vi è stato chi ha ritenuto che tale dicitura legittimerebbe il ricorso alle risorse del MES per far fronte alla crisi economica provocata dalla pandemia⁴³.

Ulteriore modifica riguarda i requisiti di accesso alla PCCL, che diverrebbero (almeno in apparenza) più stringenti.

Infatti, in aggiunta ai due requisiti del rispetto del Patto di stabilità e della sostenibilità del debito pubblico (già previsti dalla versione del trattato attualmente in vigore)⁴⁴, verrebbe richiesta allo Stato anche la "capacità di ripagare il prestito"⁴⁵.

In realtà, si tratta di disposizioni volte non ad impedire od ostacolare l'accesso agli aiuti, né a "punire" i Paesi fortemente indebitati, bensì a tutelare il patrimonio del MES (di cui l'Italia è il terzo contributore), garantendo che le risorse prestate vengano impiegate in maniera proficua dai beneficiari.

In altri termini, «come per qualunque istituzione che eroga prestiti e analogamente a quanto avviene per il FMI, tutti gli strumenti di sostegno offerti dal MES sono caratterizzati da un certo grado di condizionalità, ossia dall'obbligo di rispettare alcune condizioni affinché si possa accedere allo strumento di sostegno e lo si possa mantenere nel corso del tempo»⁴⁶.

È bene chiarire che il nostro Paese non subirebbe alcun tipo di pregiudizio dalla riforma; per l'Italia, infatti, la possibilità di accedere agli aiuti resterebbe sostanzialmente invariata: il nostro Paese continuerebbe a non potere accedere alla PCCL (a causa del mancato rispetto dei parametri economici indicati nel Patto di Stabilità e Crescita) e, al tempo stesso, manterrebbe l'attuale possibilità di beneficiare della ECCL⁴⁷.

⁴² L'articolo 14 del progetto di modifica, rubricato «*ESM precautionary financial assistance*», al comma 1, stabilisce che «*ESM precautionary financial assistance instruments provide support to ESM Members with sound economic fundamentals which could be affected by an adverse shock beyond their control*».

⁴³ A. Cascavilla, G. Galli, *Il MES: cos'è e come potrebbe essere utilizzato nell'attuale emergenza*, in *Osservatorio conti pubblici italiani*, 26 marzo 2020, 4-5.

⁴⁴ Condizione, quest'ultima già presente nell'articolo 13, comma 1, lett. b) dell'attuale versione del trattato.

⁴⁵ Il testo del nuovo articolo 13, rubricato «*Procedure for granting stability support*», al comma 1, stabilisce che «*an ESM Member may address a request for stability support to the Chairperson of the Board of Governors. Such a request shall indicate the financial assistance instrument(s) to be considered. On receipt of such a request, both i) the Managing Director and ii) the European Commission in liaison with the ECB, shall be entrusted by the Chairperson of the Board of Governors to together discharge the following tasks: [...] (b) to assess whether public debt is sustainable and whether stability support can be repaid*».

⁴⁶ A. Cascavilla, G. Galli, *op. cit.*, 3.

⁴⁷ Considerando che gli economisti concordano sulla sostenibilità del debito italiano, a dispetto delle (sia pur notevoli) dimensioni. In questo senso, O. Blanchard, *Italian debt is sustainable*, Peterson Institute for International Economy, 18 marzo 2020, www.piie.com. J. Matthes, *Debt Sustainability Analyses for Italy, Spain*

La proposta di riforma del Consiglio non snatura, quindi, l'essenza del MES, che continuerebbe a rappresentare una forma di assicurazione collettiva contro il rischio di contagio economico, fornendo – secondo procedure certe e trasparenti – supporto finanziario ai membri in difficoltà, senza modificare in maniera significativa i relativi criteri di accesso.

Ulteriore novità, sempre in materia di PCCL, concerne la sostituzione del protocollo di intesa con una lettera di intenti: in sostanza, se un Paese rispetta i requisiti per accedere alla PCCL, potrà usufruire della linea di credito precauzionale siglando una semplice “lettera di intenti”, altrimenti dovrà stipulare un “*memorandum of understanding*”, ovvero un protocollo di intesa, negoziando le condizioni del prestito con il MES⁴⁸.

Lo scopo della modifica è quello di semplificare la procedura di erogazione della PCCL: in considerazione della condizionalità attenuata di quest'ultima rispetto alla linea di credito rafforzata, la sostituzione del *memorandum* con una semplice lettera di intenti non farebbe venire meno l'obbligo, per lo Stato beneficiario, di rispettare le condizioni del prestito, ma servirebbe esclusivamente a snellire la procedura di finanziamento.

L'ECCL, invece, essendo caratterizzato da una condizionalità maggiore, continuerebbe a richiedere un impegno più consistente, per cui, in questo caso, si è ritenuto opportuno il mantenimento del *memorandum*⁴⁹.

Ulteriore modifica di rilievo, che ha destato qualche perplessità, riguarda la (forse eccessiva) discrezionalità del Board of Governors in merito alla concessione degli aiuti, risultante dall'introduzione dell'Annesso n. 3.

In particolare, il punto 2 dell'Annesso prevede che «possono accedere [n.d.r. agli aiuti] i Paesi che non hanno i requisiti per accedere alla line PCCL, ma la cui situazione economica e finanziaria rimane solida e il cui debito è sostenibile»⁵⁰. La verifica della sussistenza di tali requisiti è affidata al Consiglio dei Governatori.

La norma pecca di eccessiva genericità, non indicando alcuno specifico criterio oggettivo per individuare i due requisiti della solidità economico-finanziaria e della sostenibilità del debito pubblico.

and Portugal: *Assessment and Recommendations, Intereconomics - Review of European Economic Policy*, Vol. 53, 2018, 1, 27-33.

⁴⁸ A. Cascavilla, G. Galli, *Il MES: cos'è e come potrebbe essere utilizzato nell'attuale emergenza*, in *Osservatorio conti pubblici italiani*, 26 marzo 2020.

⁴⁹ A. Cascavilla, G. Galli, *op. cit.*, 3-4.

⁵⁰ Traduzione di A. Cascavilla, G. Galli, *op. cit.*, 5. Testo originale: «2. *Eligibility criteria for granting an Enhanced Conditions Credit Line (ECCL): Access to an ECCL shall be open to ESM Members that are not eligible to the PCCL because of non-compliance with some eligibility criteria but whose general economic and financial situation remains strong and whose government debt is sustainable.*».

In tal modo, viene lasciata una (forse troppo) ampia discrezionalità al Consiglio dei Governatori nel decidere quando e a quali condizioni uno Stato possa accedere alle risorse⁵¹.

Se poi si considera che i Governatori sono espressione degli Esecutivi degli Stati membri, appare tutt'altro che remota la possibilità che i Governi nazionali esercitino su di essi pressioni politiche al fine di ottenere la concessione di aiuti, a prescindere dall'effettivo rispetto, da parte degli Stati interessati, delle suddette condizioni economico-finanziarie.

7. *I punti controversi del progetto di riforma: ristrutturazione automatica del debito e single limb CACs*

Dal punto di vista formale, l'iniziativa di riforma assume la veste di proposta di regolamento del Consiglio che, ai sensi dell'art. 352 TFUE, richiede l'approvazione del Parlamento europeo⁵².

Il Fondo succederebbe al MES nei relativi diritti e obblighi, mantenendone la struttura finanziaria e istituzionale, ma diventando un nuovo e autonomo soggetto giuridico ai sensi del diritto UE⁵³.

Questo significa che il FME continuerebbe a fornire sostegno per la stabilità finanziaria agli Stati membri in difficoltà, a raccogliere fondi attraverso l'emissione di strumenti finanziari e a effettuare operazioni sul mercato monetario.

Uno degli aspetti del progetto maggiormente dibattuti riguarda il presunto automatismo della ristrutturazione dei debiti pubblici, ossia l'obbligo, per gli Stati beneficiari degli aiuti, di adottare misure di aggiustamento macroeconomico, finalizzate a rendere maggiormente sostenibile il proprio debito.

Un meccanismo di ristrutturazione automatica del debito potrebbe avere conseguenze nefaste sull'economia degli Stati interessati, giacchè «il semplice annuncio di una tale misura potrebbe innescare una spirale perversa di aspettative di insolvenza, suscettibili di autoavverarsi»⁵⁴.

In realtà, il testo della norma contenuto nel progetto di riforma del trattato non modifica la disciplina relativa al coinvolgimento del settore privato nella eventuale ristrutturazione del debito pubblico del Paese beneficiario dell'assistenza finanziaria: al punto 12B del Preambolo della nuova versione del tratta-

⁵¹ G. Galli, *op. cit.*, 5.

⁵² P. Costanzo, L. Mezzetti, A. Ruggeri, *op. cit.*, 215 e ss.

⁵³ Commissione europea, *Proposta di regolamento del Consiglio sull'istituzione del Fondo monetario europeo*, www.eur-lex.europa.eu.

⁵⁴ I. Visco, *L'Unione economica e monetaria: è ora di superare lo stallo*, intervento al Seminario OMFIF-Banca d'Italia "Future of the Euro area", Roma, 15 novembre 2019.

to, si legge infatti che «In casi eccezionali, una forma adeguata e proporzionata di partecipazione del settore privato [...] è presa in considerazione nei casi in cui il sostegno alla stabilità sia fornito in base a condizioni che assumono la forma di un programma di aggiustamento macroeconomico».

Il testo del trattato attualmente in vigore, allo stesso punto, recita: «In casi eccezionali, si prende in considerazione una forma adeguata e proporzionata di partecipazione del settore privato nei casi in cui il sostegno alla stabilità sia fornito in base a condizioni che assumono la forma di un programma di aggiustamento economico».

Come si vede, non vi sono cambiamenti sostanziali tra le due formulazioni. Infatti, anche la formulazione letterale contenuta nel progetto di riforma del trattato lascia a una valutazione tutt'altro che automatica la verifica della sostenibilità del debito e delle condizioni macroeconomiche dei Paesi beneficiari dell'intervento, coerentemente con quanto chiesto dall'Italia, in aperta contrapposizione ai Paesi nordeuropei che avrebbero, invece, voluto maggiori automatismi in tal senso.

Infatti l'art. 13 del nuovo trattato, che disciplina la procedura di concessione del sostegno alla stabilità finanziaria, stabilisce che, al recepimento della domanda di aiuto finanziario da parte di un Paese, «il Presidente del Consiglio dei Governatori incarica i) il direttore generale e ii) la Commissione europea di concerto con la BCE di assolvere insieme i seguenti compiti: [...] valutare la sostenibilità del debito e la capacità di rimborso del sostegno alla stabilità. La valutazione è effettuata all'insegna della trasparenza e della prevedibilità, al contempo consentendo una sufficiente discrezionalità».

Tale previsione testimonia chiaramente l'assenza di automatismi di ristrutturazione dei conti pubblici⁵⁵.

L'altra importante novità contenuta nella proposta di riforma riguarda le clausole di azione collettiva (CACs). Tali clausole consentono allo Stato emittente di rinegoziare il proprio debito, attraverso la modifica, in proprio favore, delle condizioni di rimborso e/o dell'ammontare di capitale sottoscritto dagli investitori.

Al riguardo, l'attuale articolo 12 del trattato istitutivo stabilisce che, a partire dal 1° gennaio 2013, in tutti i titoli di Stato della Zona Euro di nuova emissione e con scadenza superiore a un anno devono essere inserite le clausole d'azione collettiva, in modo da assicurare che il loro impatto giuridico sia identico in tutta l'Eurozona.

⁵⁵ G. Conte, *Informativa urgente alla Camera sulle modifiche al Trattato del Mes*, 2 Dicembre 2019, www.governo.it.

In ottemperanza a tale previsione, le CACs sono state introdotte nell'ordinamento italiano con Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 7 dicembre 2012, n. 96717⁵⁶.

Le modifiche dei termini e delle condizioni di rimborso dei titoli di Stato richiedono il consenso dell'Emittente e di maggioranze qualificate di creditori, riuniti in assemblee distinte in base della serie dei titoli⁵⁷: ciascuna assemblea riunisce i creditori che possiedono titoli di debito appartenenti alla medesima serie⁵⁸.

In altri termini, nel caso in cui le CACs consentano modifiche non soltanto di tutti i titoli, ma anche di singole serie di essi⁵⁹, i termini e le condizioni dei titoli rientranti nella serie interessata possono essere modificati con il consenso dell'Emittente e il voto favorevole di maggioranze qualificate di creditori⁶⁰.

⁵⁶ Ai sensi dell'articolo 1, lett. h), Allegato A, del Decreto del Ministero dell'economia e delle finanze 7 dicembre 2012, n. 96717, le principali CACs sono: il cambio della data in cui ogni ammontare è pagabile in relazione ai titoli; la riduzione di qualsiasi ammontare, incluso qualsiasi ammontare insoluto, pagabile in relazione ai titoli; il cambio del metodo utilizzato per calcolare qualsiasi ammontare pagabile in relazione ai titoli; la riduzione del prezzo di rimborso dei titoli ovvero la modifica di qualsiasi data in cui i titoli possono essere rimborsati; l'imposizione di qualsiasi condizione o altrimenti la modifica degli obblighi di pagamento dell'Emittente in relazione ai titoli; la modifica di qualsiasi circostanza relativa ai pagamenti da effettuarsi in relazione ai titoli, al ricorrere della quale si verifica la decadenza dal beneficio del termine ed i titoli possono essere dichiarati come pagabili prima della loro naturale scadenza; la modifica dell'ordine di preferenza o della seniority dei titoli; la modifica dell'ammontare nominale dei titoli in circolazione ovvero, nel caso di modifica a più serie, dell'ammontare nominale dei titoli di debito di qualsiasi altra serie che è richiesto per approvare una proposta di modifica con riferimento ai titoli, la modifica dell'ammontare nominale dei titoli in circolazione che è richiesto ai fini di un dato quorum costitutivo, ovvero le regole finalizzate a stabilire i titoli da considerare in circolazione a questi fini.

⁵⁷ La divisione dei titoli in serie è dovuta al fatto che gli strumenti finanziari immessi sul mercato dagli Stati non sono tutti della stessa tipologia, ma appartengono a categorie separate e con caratteristiche differenziate, quanto a rendimento, durata, ammontare, ecc.

⁵⁸ Ai sensi dell'articolo 2, punto 1, Allegato A, del Decreto del Ministero dell'economia e delle finanze 7 dicembre 2012, n. 96717, ai fini della validità delle modifiche occorrono il voto favorevole dei possessori di almeno il 75% dell'ammontare nominale aggregato dei titoli in circolazione rappresentati ad una assemblea dei possessori dei titoli debitamente convocata o, in alternativa, una risoluzione scritta firmata da o per conto dei possessori di almeno il 66% (2/3) dell'ammontare nominale aggregato dei titoli in circolazione.

⁵⁹ Cioè modifiche che coinvolgono i Titoli ovvero qualsiasi accordo che ne governa l'emissione o l'amministrazione e i titoli di debito di una o più serie differenti, ovvero ogni accordo che governa l'emissione o l'amministrazione di tali titoli di debito (Allegato A, punto 1, lett. G).

⁶⁰ Ai sensi dell'articolo 2, punto 2, Allegato A, del Decreto del Ministero dell'economia e delle finanze 7 dicembre 2012, n. 96717, occorrono alternativamente: a) il voto favorevole di almeno il 75% dell'ammontare nominale aggregato dei titoli di debito in circolazione rappresentati in separate assemblee, debitamente convocate, dei possessori dei titoli di debito di tutte le serie (considerate complessivamente) i cui termini e condizioni sono oggetto della modifica proposta; b) una risoluzione scritta firmata da o per conto dei possessori di almeno il 66% (2/3) dell'ammontare nominale aggregato dei titoli di debito in circolazione di tutte le serie (complessivamente considerate) i cui termini e condizioni sono oggetto della modifica proposta; c) il voto favorevole di più del 66% (2/3) dell'ammontare nominale aggregato dei titoli di debito in circolazione rappresentati in separate assemblee, debitamente convocate, dei possessori dei titoli di debito di ciascuna serie (considerata singolarmente) i cui termini e condizioni sono oggetto della modifica; d) una risoluzione scritta firmata da o per conto dei possessori di più del 50% dell'ammontare nominale aggregato dei titoli di debito in circolazione di ciascuna serie (considerata singolarmente) i cui termini e condizioni sono oggetto della modifica proposta.

Dunque, la suddivisione in serie implica che, per poter attivare le clausole (e quindi modificare il contenuto dei titoli di debito in favore dello Stato emittente), occorre l'approvazione di una maggioranza qualificata di creditori, convocati in assemblee separate. Si parla al riguardo di *dual limb*.

Tale assetto organizzativo presenta l'inconveniente di frammentare la volontà creditoria, con il rischio che l'azione statale venga paralizzata (ad esempio qualora, a causa del voto contrario di una o più assemblee, non si riesca a raggiungere la maggioranza richiesta dalla legge per l'adozione delle modifiche).

Da tempo si discute della modifica delle CACs, e in particolare della opportunità di adottare il principio del "*single limb*", cioè di raggruppare e far votare tutti i creditori in seno ad un'unica assemblea⁶¹.

Dal punto di procedimentale, il *single limb* avvantaggia lo Stato emittente che intenda attivare le CACs, sacrificando, però, la rappresentatività dell'assemblea dei creditori; ciò potrebbe determinare, negli investitori, una crisi di fiducia, soprattutto quando si tratta di titoli emessi da Stati con un elevato debito pubblico. L'acquisto dei titoli, allora, potrebbe subire una drastica riduzione⁶².

Il *single limb* facilita il processo di rinegoziazione del debito da parte dello Stato, ma potrebbe incutere timore negli investitori, rendendo più difficoltosa la vendita di nuovi titoli, e quindi il reperimento di liquidità.

In seguito alla semplificazione procedimentale del *single limb*, per gli Stati emittenti sarebbe più semplice ridurre gli interessi da pagare agli investitori, i quali potrebbero perdere fiducia e decidere di investire in titoli di altri Stati, magari meno remunerativi, ma più sicuri (*flight to quality*).

Un meccanismo del genere potrebbe provocare pericolose crisi di liquidità, con la conseguenza che lo Stato, per finanziarsi, dovrebbe "convincere" il mercato ad investire nei propri titoli aumentando i tassi di interesse e, quindi, il costo complessivo del proprio debito.

In tal modo, il risparmio ottenuto dalla modifica delle condizioni dei titoli verrebbe ridotto o, nel peggiore dei casi, azzerato del tutto.

In definitiva, l'opportunità di adottare un sistema anziché l'altro dipende, in massima parte, dalla "reputazione" finanziaria dello Stato: se il debito pubblico è elevato e gli investitori sono diffidenti in merito all'affidabilità dell'emittente, la maggiore complessità procedimentale data dal *dual limb* potrebbe essere giustificata da un aumento di fiducia del mercato. Al contrario, è chiaro che, se lo Stato

⁶¹ L'Italia si sta battendo per il mantenimento del voto differenziato per le differenti categorie di creditori (cd. "sub-aggregazione" o "*dual-limb*").

⁶² L. Carlando, *Alcune considerazioni in merito all'introduzione delle clausole di azione collettiva (CACs) nei titoli di Stato ad opera del Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze n. 96717 del 7 dicembre 2012*, in *Riv. di Dir. Banc.*, maggio 2013. M. Pietrolungo, *Clausole di azione collettiva (CAC) nei titoli di Stato*, in *Ius in itinere*, 18 settembre 2018.

gode della fiducia degli investitori, potrà “permettersi” di adottare il sistema del *single limb* senza rischiare crisi di liquidità.

Questo aspetto si collega anche al tema della opportunità o meno di mantenere le soglie minime dei *quorum* deliberativi vincolanti *erga omnes* nelle assemblee dei creditori. Nonostante l’insistente richiesta di abbassamento dei *quorum* da parte di alcuni Paesi nordeuropei, l’Italia continua a ritenere imprescindibile il mantenimento della soglia del 66% (2/3).

La presenza dei *quorum*, da un lato, rappresenta sicuramente un appesantimento procedurale, ma dall’altro costituisce per i creditori una importante garanzia, e quindi un incentivo alla fiducia.

La richiesta di riduzione o eliminazione dei *quorum* da parte dei Paesi nordeuropei deriva dal fatto che i conti di tali Stati sono generalmente considerati abbastanza solidi dal punto di vista della sostenibilità finanziaria, con la conseguenza che gli investitori non necessitano di particolari incentivi per fidarsi e acquistare i relativi titoli. Dunque, per tali Paesi, il raggiungimento del *quorum* nelle assemblee dei creditori rappresenta un rallentamento di carattere burocratico, sostanzialmente non giustificato né ripagato in termini di aumenti di fiducia da parte del mercato.

Al contrario, i debiti pubblici dei Paesi mediterranei sono considerati meno sostenibili rispetto a quelli dell’Europa settentrionale, con la conseguenza che gli investitori hanno bisogno di maggiori incentivi e garanzie per potersi fidare e acquistare i titoli di debito. Per tale ragione, il mantenimento dei *quorum* viene considerato un prezzo, tutto sommato, necessario o, comunque, ripagato dalla fiducia degli investitori.

8. *Riflessioni conclusive: il Coronavirus evidenzia (ancora una volta) l’esigenza di modifica del MES nel quadro giuridico dell’Unione europea*

Il Coronavirus sta mettendo a dura prova non soltanto la tenuta dell’economia dell’Eurozona, ma anche – e, forse, soprattutto – la credibilità della stessa Unione europea.

Una parte considerevole dei cittadini europei (italiani compresi) nutre un crescente senso di sfiducia verso le istituzioni europee, aggravato dalla profonda crisi economica innescata dalla pandemia.

È per questo motivo che l’Unione è intervenuta (e sta intervenendo) per garantire un massiccio sostegno agli Stati. Le misure adottate possono essere distinte in due macrocategorie.

Da un lato, vi sono gli interventi effettuati con l’impiego delle risorse del MES e, dall’altro, quelle finanziate direttamente dall’Unione con il proprio bilan-

cio, entrambe coordinate dalla Commissione europea⁶³; nel prosieguo, per esigenze di sintesi, l'attenzione si focalizzerà sulle prime.

Al riguardo, occorre rammentare che il trattato istitutivo del Meccanismo è stato concluso al di fuori del quadro giuridico dell'Unione. Ciò comporta che il MES, a differenza delle istituzioni europee – e, segnatamente, della Commissione e della BCE – ha un margine di azione ben più ristretto, fortemente condizionato dallo scopo di «mobilizzare risorse finanziarie e fornire un sostegno alla stabilità, secondo condizioni rigorose»⁶⁴ e limitato, dal punto degli strumenti utilizzabili, all'adozione delle linee di credito precauzionale e rafforzata.

In seguito alla videoconferenza dei membri del Consiglio europeo del 17 marzo 2020, l'Eurogruppo si è dichiarato disponibile a «*use the ESM, as needed, in a manner consistent with the external, symmetric nature of the COVID-19 shock*» [...] *broad support to make a Pandemic Crisis Support safeguard available, within the provisions of the ESM Treaty, building on the framework of the existing Enhanced Conditions Credit Line (ECCL)*»⁶⁵.

Tale disponibilità si è tradotta nell'adozione del Pandemic Crisis Support (PCS), un programma di aiuti con cui è stata messa a disposizione di ogni Stato membro una linea di credito rafforzata (ECCL), nella misura massima del 2% del PIL dello Stato interessato, calcolato al 31 dicembre 2019, vincolata a coprire le spese sanitarie, dirette e indirette, legate al Coronavirus⁶⁶.

⁶³ In questi giorni, è in fase di negoziazione, presso l'Eurogruppo, la realizzazione di un *Recovery Fund*. Due sono le proposte principali: da un lato, Italia, Francia, Spagna, Portogallo e Grecia vorrebbero sostanzialmente un finanziamento a fondo perduto, mentre Olanda, Svezia, Danimarca, Finlandia e Austria, in sostanza, ritengono opportuno intervenire mediante la concessione di prestiti, sia pure senza interessi o con tassi di interesse minimi, pena la «deresponsabilizzazione» degli Stati beneficiari. Il 27 maggio 2020, la Commissione europea ha proposto una soluzione di compromesso, denominata «*Next Generation EU*», che prevede lo stanziamento di 750 miliardi di euro; di cui 172.7 destinati all'Italia (81.807 miliardi sarebbero versati come aiuti a fondo perduto e 90.938 miliardi come prestiti). Naturalmente, si tratta di una proposta che formerà oggetto di negoziazione in seno all'Eurogruppo. Sul punto, R. Samperi, *Recovery Fund e altre misure: la risposta dell'Unione europea alla crisi economica da Coronavirus*, in *Riv. Camm. Dir.*, 24 aprile 2020. European Commission, *The EU budget powering – The Recovery Plan for Europe*, 27 maggio 2020, www.ec.europa.eu. Quanto alle misure già adottate dall'UE con il proprio bilancio, il 30 gennaio 2020, ben prima dell'inizio del *lockdown*, la Commissione europea ha mobilitato 10 milioni di euro con una richiesta di emergenza a manifestare interesse per progetti di ricerca. Con la Comunicazione del 19 marzo 2020, ha adottato un *framework* temporaneo per supportare gli Stati membri al fine di avvalersi pienamente della flessibilità prevista dai trattati in materia di aiuti di Stato. Successivamente ha proposto al Consiglio l'attivazione della clausola generale di salvaguardia del patto di stabilità e crescita, per consentire agli Stati membri di adottare misure per reagire alla crisi, discostandosi dagli obblighi di bilancio. Il 14 aprile, su proposta della Commissione, il Consiglio ha mobilitato più di 2.7 miliardi di euro a sostegno dei sistemi sanitari degli Stati membri. Si tratta solo di una piccola parte delle risorse complessivamente stanziati, che non tiene conto degli aiuti erogati sotto forma di mascherine, strumenti sanitari e assistenza diplomatica per il rimpatrio di cittadini europei dall'estero.

⁶⁴ Articolo 3 del trattato istitutivo.

⁶⁵ Eurogroup, *Letter of Eurogroup President Mario Centeno to the President of the European Council following the Eurogroup of 24 March 2020*, 25 marzo 2020, www.consilium.europa.eu.

⁶⁶ A. Zoppè, C. Dias, *The ESM Pandemic Crisis Support, Features of the Pandemic Crisis Support*, *European Parliament, Economic Governance Support Unit (EGOV)*, 2, www.europarl.europa.eu.

Il Pandemic Crisis Support sottostà alle regole generali stabilite per l'erogazione delle linee di credito: i Paesi membri che rispettano le condizioni fissate dal patto di stabilità e crescita possono accedere alle linee di credito precauzionali (PCCL), mentre agli altri è consentito l'accesso esclusivamente alle linee di credito rafforzate (ECCL).

L'azione del MES è valutabile sia in termini di efficienza che di efficacia. Sotto il primo punto di vista, la risposta può dirsi efficiente, nella misura in cui il Meccanismo ha prontamente impiegato tutti gli strumenti a sua disposizione per la lotta al Covid; in altri termini, ha fatto – senza indugio – tutto ciò che era in suo potere.

Dal punto di vista dell'efficacia, invece, non è possibile esprimere un giudizio altrettanto positivo, e ciò a causa della struttura istituzionale stessa del Meccanismo, che è estraneo al perimetro istituzionale dell'Unione; come si è detto, infatti, se fosse stato un'istituzione europea, al pari della Commissione e della BCE, il suo margine di manovra sarebbe stato ben più ampio e, quindi, efficace⁶⁷.

La pandemia ha, dunque, messo in luce (ancora una volta) l'opportunità e la necessità, per gli Stati membri dell'UE, di insistere nel processo di integrazione europea, anche al fine di assicurare alle future generazioni le medesime *chances* di benessere e prosperità godute dalle precedenti, in un'ottica di solidarietà e giustizia intergenerazionale.

⁶⁷ Sulla distinzione tra efficienza ed efficacia, A. Matei, C. Ciora, A.S. Dumitru, R. Ceche, *Efficiency and Effectiveness of the European Parliament under the Ordinary Legislative Procedure*, in *Adm. Sci.* 2019, 9, 70; www.mdpi.com.

Le prospettive di riforma del MES nel processo di integrazione europea

L'elaborato analizza le misure adottate dall'Unione europea per fronteggiare la crisi economica che, originatasi negli Stati Uniti tra il 2008 e il 2010, si è successivamente estesa ad alcuni Stati europei. Le economie dell'Eurozona sono tanto eterogenee quanto interconnesse tra loro, con la conseguenza che il "contagio economico" di un singolo Stato può tradursi in una recessione collettiva. Le strategie di contrasto a fenomeni di crisi finanziaria in ambito europeo incontrano maggiori difficoltà rispetto a quelle impiegate in mercati di analoghe dimensioni (ad esempio, quello americano) a causa della stessa struttura istituzionale dell'UE, che non è (ancora) uno Stato federale, ma un'organizzazione internazionale, seppur *sui generis*. Nel 2012, la gravità della crisi ha imposto all'Unione di intervenire celermente a sostegno delle economie più fragili, e così, per evitare le lungaggini della procedura legislativa ordinaria *ex art. 294 TFUE*, si è fatto ricorso ad una più agile normativa internazionale, esterna all'ordinamento giuridico euro-unitario, per istituire il Meccanismo europeo di stabilità. Superata la crisi, nel 2017, il Consiglio ha avanzato una proposta di regolamento volta a trasformare il provvisorio ed emergenziale MES⁶⁸ in un organismo europeo stabile e permanente: il Fondo monetario europeo (FME); e ciò per il duplice scopo di aumentare la stabilità dell'Eurozona e rendere maggiormente efficienti eventuali future azioni di assistenza finanziaria. L'attuale crisi economica causata dall'emergenza epidemiologica legata al Coronavirus ha rinnovato l'interesse verso la proposta di riforma, specie se si considera che è stato proposto di utilizzare il MES per affrontare la crisi economica causata dal Coronavirus. L'opportunità di ricorrere al MES, anziché ad altri strumenti economici, per fronteggiare la crisi, costituisce oggetto di un vivace dibattito in Italia e nell'Eurogruppo. Nell'attuale quadro di incertezza, è tuttavia evidente che l'eventuale approvazione di un accesso incondizionato alle risorse del Meccanismo sarebbe un'occasione da non perdere.

The perspectives of reform of the ESM in the European integration process

The paper analyses the measures taken by the European Union to deal with the economic crisis, which originated in the United States between 2008 and 2010 and subsequently extended to some of the EU member states. The economies of the Eurozone are as heterogeneous as they are interconnected, with the consequence that the 'economic contagion' of a single state can translate into a collective recession. The strategies for facing financial crisis phenomena in the European context encounter greater difficulties than those in markets of similar size (for example, that in the USA) due to the institutional structure of the EU itself, which is not a federal state but an international organisation, albeit *sui generis*. In 2012, the seriousness of the crisis forced the Union to intervene quickly in support of the most fragile economies, and so to avoid the delays of the ordinary legislative pro-

⁶⁸ Nota terminologica: con l'acronimo MES verrà inteso sia l'ente, sia il trattato internazionale istitutivo dello stesso.

cedure ex art. 294 TFEU, recourse was made to more agile international legislation, external to the European legal system, in order to establish the European Stability Mechanism. After the crisis, in 2017, the Council put forward a proposal for regulation aimed at transforming the provisional and emergency ESM into a stable and permanent European body: the European Monetary Fund (EMF), for the dual purpose of increasing the stability of the Eurozone and making future financial assistance actions more efficient.

The current economic crisis, caused by the epidemiological emergency due to Coronavirus, has renewed interest in the proposed reform, especially considering that the proposal has been made to use the ESM to address the economic crisis caused by Coronavirus. The suitability of using the ESM, as opposed to other economic instruments, to face the crisis is the subject of a lively debate in Italy and throughout the Eurogroup. In the current picture of uncertainty, however, it is clear that any approval of unconditional access to the resources of the Mechanism would constitute an opportunity not to be missed.

Le sanzioni amministrative pecuniarie e i rapporti contrattuali delle pubbliche amministrazioni

Simona Terracciano

SOMMARIO: 1. Introduzione e prospettiva di indagine. – 2. Il dibattito sulle sanzioni amministrative: ricostruzioni teoriche e confini della sanzione amministrativa nell'ordinamento interno. – 3. *Segue*: gli approdi giurisprudenziali e l'influenza sovranazionale. – 4. La sanzione amministrativa quale strumento di perseguimento dell'interesse pubblico. – 5. Le sanzioni amministrative pecuniarie dell'ANAC in materia di contratti pubblici a garanzia del corretto svolgimento del potere amministrativo. – 6. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione e prospettiva di indagine*

La definizione, la natura, la funzione e, più in generale, la ricostruzione dogmatica della sanzione amministrativa nell'ordinamento giuridico sono state oggetto di molteplici riflessioni e approfonditi studi teorici già a partire dai primi decenni del secolo scorso¹.

¹ Tra i contributi necessari ai fini dello studio e dell'approfondimento della tematica, si richiamano gli scritti fondamentali di: A. Rocco, *Sul così detto diritto penale amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, 1, 385 ss.; G. Zanobini, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924; G. Battaglini, *La pena in rapporto alle sanzioni civili e amministrative*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, 1, 394 ss.; A. Tesaurò, *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli, 1925; S. Romano, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1937, 299 ss.; U. Arduzzone, *Sanzioni amministrative*, Nss. D.I., XI, Torino, 1939, 1084 ss.; F. Benvenuti, *Sul concetto di sanzione*, in *Jus*, 1955, 223 ss.; N. Bobbio, *Sanzione*, in Nss. D.I., XVI, Torino, 1969, 530 ss.; E. Cannada Bartoli, *Illecito (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 112 ss.; M.S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, II, Milano, 1970, 1291-1316; E. Casetta, *Illecito penale e illecito amministrativo*, in Aa.Vv., *Le sanzioni amministrative*, Atti del XXVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 18-20 settembre 1980), Milano, 1982, 45-57; E. Capaccioli, *Il procedimento di applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie*, Id., 88-123; F. Benvenuti, *Le sanzioni amministrative come mezzo dell'azione amministrativa*, Id., 33-44; M.A. Sandulli, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, Napoli, 1983; A. Travi, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983; G. Pagliari, *Profili teorici della sanzione amministrativa*, Padova, 1988; C.E. Paliero, A. Travi, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988; C.E. Paliero, A. Travi, *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, 345 ss.; A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, I, XV ed., Napoli,

Negli ultimi anni, le tematiche delle sanzioni amministrative, dei procedimenti sanzionatori amministrativi e delle connesse garanzie giurisdizionali sono sottoposte al vaglio delle corti nazionali e sovranazionali, in ragione delle criticità di una serie di procedimenti amministrativi a fronte di sanzioni amministrative sostanzialmente penali, in quanto riconducibili – secondo la CEDU e i criteri elaborati dalla Corte di Strasburgo² – alla «materia penale» di cui all'art. 6 CEDU³.

In tale contesto, sono state svolte riflessioni dottrinali nel tentativo di indagare l'impatto della giurisprudenza sovranazionale sui fondamenti del potere sanzionatorio delle pubbliche amministrazioni e di verificare la sussistenza di una sistemica nazionale che, pur rispettando la CEDU e gli orientamenti del suo giudice, possa conservare le proprie peculiarità⁴.

Il dibattito contemporaneo sulle sanzioni amministrative appare, come pure si vedrà, fortemente influenzato dalla giurisprudenza sovranazionale, ma rimane utile indagare, in particolare, il ruolo e la funzione della sanzione amministrativa pecuniaria, la compatibilità di tale strumento con il perseguimento dell'interesse pubblico e l'utilizzo della stessa per il corretto esercizio del potere amministrativo, senza tralasciare l'evoluzione storica e il dibattito teorico sulla nozione di sanzione amministrativa e sui suoi confini rispetto alla sanzione penale, attraverso la molteplicità di tesi e di criteri proposti in dottrina.

In questa prospettiva, sin d'ora, può rilevarsi come sembrino rilevanti quelle tesi che hanno valorizzato l'autonomia della sanzione amministrativa rispetto a quella penale e il collegamento della stessa con gli interessi pubblici attribuiti alla cura dell'azione amministrativa.

1989; E. Casetta, *Sanzione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 598 ss.; P. Cerbo, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1999.

² Punto di partenza è il *leading case* della C. eur. dir. uomo, Plenaria, 8 giugno 1976, caso n. 5100/71, *Engel and Others v. the Netherlands*, in tema di sanzioni disciplinari militari (non considerate sanzioni penali dall'ordinamento interno), nel quale la Corte di Strasburgo ha elaborato i cd. *Engel criteria* al fine di qualificare un provvedimento di un pubblico potere alla stregua di una sanzione penale e sottoporlo alle conseguenti garanzie, evitando la cd. «truffa delle etichette». In particolare, il giudice deve verificare a) la qualificazione dell'illecito in base al diritto interno; b) la natura del provvedimento e, in particolare, lo scopo affittivo-deterrente e la generalità (intesa come riferibilità astratta a tutti i cittadini); c) il grado di severità della sanzione che l'interessato rischia di subire. Il secondo e il terzo criterio sono alternativi e non necessariamente cumulativi e, tuttavia, non è esclusa la possibilità di un approccio cumulativo quando i criteri analizzati singolarmente non consentano di raggiungere una chiara conclusione sull'esistenza di un'accusa penale.

³ Si vedano, C. eur. dir. uomo, 27 settembre 2011, caso n. 43509/08, *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia* e C. eur. dir. uomo, 4 marzo 2014, caso n. 18640/2010, *Grande Stevens e altri c. Italia*, rispettivamente sui procedimenti sanzionatori della AGCM e della CONSOB.

⁴ Tra i lavori monografici più recenti sul tema: F. Goisis, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, III, Torino, 2018; G. Martini, *Potere sanzionatorio della P.A. e diritti dell'uomo. I vincoli CEDU all'amministrazione repressiva*, Napoli 2018; S.L. Vitale, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, Torino, 2018; S. Cimini, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, Napoli, 2017; E. Bindi, A. Pisaneschi, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei diritti dell'Uomo*, Torino, 2017.

L'applicazione di tale approccio teorico nel diritto positivo, con specifico riferimento al potere sanzionatorio legislativamente attribuito all'Autorità nazionale anticorruzione in materia di contratti pubblici, può consentire interessanti speculazioni, sebbene il novero delle sanzioni strumentali sia molto più ampio e presente anche in ambiti di disciplina differenti⁵.

Si può, sin da ora, anticipare anche che accanto alla funzione di vigilanza e regolazione del settore dei contratti pubblici, l'ANAC è titolare di un potere sanzionatorio strumentale al corretto ed effettivo svolgimento della propria attività.

Tale potere è esercitato dall'Autorità in una pluralità di fattispecie illecite attraverso l'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti di operatori del mercato, di stazioni appaltanti e delle SOA al fine di assicurare il buon andamento, la trasparenza dell'azione amministrativa, il corretto svolgimento delle procedure di gara e, più in generale, il corretto svolgimento del potere legislativamente attribuito.

La sanzione amministrativa pecuniaria si caratterizza, dunque, in questi casi, per la sua connessione strumentale all'esercizio del potere amministrativo e ciò ne condiziona le modalità di applicazione e i principi cui è sottoposta al fine di garantire l'effettività dell'esercizio di tale potere.

⁵ In via esemplificativa, si vedano, in materia di tutela della concorrenza e del mercato, l'art. 14, comma 5 della l. 10 ottobre 1990, n. 287, che prevede una sanzione amministrativa pecuniaria a tutela dello svolgimento dell'attività istruttoria dell'AGCM nel caso in cui i soggetti ai quali viene effettuata la richiesta omettano, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti ovvero forniscano informazioni e documenti non veritieri; l'art. 15, comma 2 della l. n. 287/1990 che prevede una sanzione amministrativa pecuniaria, in caso di inottemperanza alla diffida di cui al comma 1 dello stesso articolo, fino al dieci per cento del fatturato ovvero, nei casi in cui sia stata applicata la sanzione di cui al comma 1 dello stesso articolo, di importo minimo non inferiore al doppio della sanzione già applicata con un limite massimo del dieci per cento del fatturato come individuato al comma 1, determinando altresì il termine entro il quale il pagamento della sanzione deve essere effettuato. In dottrina, A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, 216-219 secondo il quale «[...] le sanzioni di cui si discorre in questo paragrafo sono riconducibili al più tipico modello affittivo-punitivo, tendente appunto a sanzionare il mancato rispetto di un obbligo imposto dall'Autorità ed in questo modo assicurarne strumentalmente l'effettività. [...] L'insieme di queste sanzioni, in sostanza, contribuisce ad assicurare piena effettività agli obblighi procedurali previsti dalla legge ed ai provvedimenti d'ordine dell'Autorità ed a far sì che la regolazione pubblica della concorrenza venga "presa sul serio"». Si legga anche, M. Ramajoli, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998, 486, secondo la quale «Mentre le misure sanzionatorie previste dall'art. 15 per la violazione diretta dei divieti di intese restrittive e di abusi di posizione dominante hanno una funzione preventiva e repressiva, diretta a scoraggiare e ad ottenere la desistenza dei comportamenti vietati, le sanzioni previste per la violazione delle misure inibitorie e degli obblighi di informazione hanno carattere strumentale, essendo preordinate a garantire l'effettivo esercizio dei poteri di controllo dell'Autorità».

2. *Il dibattito sulle sanzioni amministrative: ricostruzioni teoriche e confini della sanzione amministrativa nell'ordinamento interno*

Il dibattito sul tema nell'ordinamento nazionale ha assunto degli sviluppi in parte divergenti rispetto all'approccio sostanzialistico adottato già a partire dagli anni settanta del secolo scorso a livello sovranazionale, al fine di individuare criteri per distinguere la sanzione penale da quella amministrativa e per qualificare quest'ultima rispetto ad altre forme di reazione della amministrazione agli illeciti.

Ebbene, nei primi studi del '900 si affrontava il «problema della pena amministrativa»⁶ al fine di individuare le sanzioni proprie del diritto amministrativo e distinguerle dalla sanzione tipica, ossia quella di diritto penale⁷.

In particolare, nonostante una autorevole parte della dottrina contestasse in radice la distinzione tra diritto penale comune e diritto penale amministrativo⁸ e altra riconoscesse la specialità dei precetti del diritto penale amministrativo, pur senza separarlo da quello penale⁹, alcuni autori mostravano come, sin dall'epoca del diritto romano, poi in quelli germanico e feudale, il diritto positivo conoscesse delle pene aventi carattere di diritto amministrativo e non penale¹⁰.

⁶ G. Zanobini, *op. cit.*, 10.

⁷ Id., 7-8, secondo l'A. «Sanzioni specifiche, tipiche potremmo dire, dei rapporti di diritto pubblico sono soltanto le cosiddette *pene*. La pena s'incontra soltanto nei rapporti di diritto pubblico, nei rapporti cioè basati sopra l'elemento della supremazia e della subordinazione. [...] Nella dottrina e nella pratica di diritto pubblico, si parla di *pene* si può dire a proposito di tutti i possibili doveri dei cittadini verso la pubblica amministrazione: a proposito dei doveri di polizia (pene di polizia); a proposito dei doveri di finanza (pene fiscali), dei doveri di nascenti dai vari rapporti speciali, come il rapporto d'ufficio, di concessione, ecc. (pene disciplinari). Il problema che ci proponiamo, rispetto a ciascuna categoria di queste sanzioni, è quello di decidere se, non ostante lo scopo punitivo che loro è proprio, possano essere considerate di natura amministrativa o in genere di diritto pubblico non penale: se e quando, cioè, esse conservino la loro autonomia di fronte alle sanzioni del diritto penale».

⁸ O. Mayer, *Le dr. administratif allemand*, II, Paris, 1904, 82-108; *Id.*, *Deut. Verrwaltungsrecht*, II ed., I, München-Leipzig, 1914, 268-282, 376-388; V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, I, Torino, 1908, 79-103.

⁹ A. Rocco, *op. cit.*, 10. Tale impostazione è criticata da C.E. Paliero, A. Travi, *Sanzioni amministrative*, cit., 353-354, secondo i quali «è anzitutto indispensabile sfuggire alla tentazione di appiattare la sanzione amministrativa – in quanto strumento 'punitivo' – sulla falsariga della pena criminale [...]. Si tratta invero di impostazioni venate di concettualismo ed improntate a una visione 'panpenalistica' del controllo sociale: oltre a rendere poco maneggiabile – se coerentemente applicate – lo strumento sanzionatorio amministrativo in prospettiva di politica del diritto, queste impostazioni troverebbero smentita nello stesso diritto positivo, dopo gli ultimi sviluppi legislativi».

¹⁰ G. Zanobini, *op. cit.*, 27, secondo il quale «Nel diritto romano le penalità per l'inosservanza di doveri di polizia furono sempre tenute distinte dalle pene per i reati. Dei reati si rispondeva davanti al giudice penale e al popolo; delle trasgressioni di polizia soltanto verso i singoli magistrati che imponevano coi loro editti i relativi doveri di polizia». Nelle pagine successive, l'Autore effettua un'analisi storica, evidenziando che, all'epoca della Rivoluzione francese, una corposa serie di contravvenzioni era passata dall'ambito delle sanzioni amministrative a quello della repressione penale attraverso la codificazione e afferma che ciò, secondo i sostenitori del diritto penale amministrativo, aveva solo l'effetto di estendere il principio *nulla poena sine lege ac iudicio* a un sistema contravvenzionale appartenente comunque ad un diritto penale a sé stante, ossia al diritto penale amministrativo. Tuttavia, l'A. considera la distinzione fra le due categorie di sanzioni come un *dovere della scienza giuridica*

Gli studi dottrinali fino alla prima metà del secolo scorso, infatti, si sono concentrati su particolari tipologie di sanzioni, come le cd. pene di polizia¹¹, le sanzioni disciplinari e la pena pecuniaria in materia finanziaria¹², evidenziandone sia i tratti caratteristici propri, sia i tratti differenziali rispetto alle sanzioni penali¹³.

da effettuarsi attraverso un criterio unico che mostri la natura della sanzione e ne faccia discendere tutte le conseguenze anche in considerazione del fatto che il processo, per così dire, di penalizzazione non aveva interessato tutte le sanzioni amministrative. Secondo l'A., le sanzioni amministrative sono «pene in senso tecnico, la cui applicazione costituisce, per l'amministrazione verso la quale corrono i doveri cui esse accedono, un diritto soggettivo» (cit., 38) e la linea di confine con la sanzione penale è individuabile nell'elemento estrinseco della competenza e del procedimento che, per le sanzioni amministrative, spetta all'autorità amministrativa a mezzo dei propri provvedimenti. Dal momento che lo Stato ha il dovere di punire (e non il diritto di punire) e che la funzione punitiva è una funzione giurisdizionale e di giustizia quando affidata a organi di giustizia, allora, secondo l'Illustre Autore, le sanzioni amministrative presenti in leggi amministrative applicabili dall'autorità amministrativa con proprio provvedimento amministrativo, anche se chiamate multe o contravvenzioni, non rientrano nel diritto penale comune, ma sono sanzioni di diritto amministrativo, sanzioni *ex delicto* amministrativo. Ricorda, inoltre, U. Ardigzone, *Sanzioni amministrative*, cit., 1093, che «A prescindere dal diritto romano, in cui era chiara la differenza fra la *coercitio* e la *poenitio* e per venire ad epoche più vicine alla nostra, nel diritto barbarico era largamente usato il *banno*, che stava a sanzionare precetti dell'autorità e si distingueva dalla sanzione penale. *Bannitio* era chiamato il potere di cui era investita l'autorità la quale aveva la potestà di *banno*».

¹¹ In tema, U. Ardigzone, *Sanzioni amministrative*, cit., 1094, che, dopo aver descritto alcune fattispecie della legge di pubblica sicurezza (come la revoca della licenza, l'ammonizione e il confino) afferma che «Questi sono gli esempi più caratteristici, i quali stanno a dimostrare come l'assorbimento delle sanzioni di polizia nell'ambito del diritto penale non sia stato totale, ma che esistono tuttora nel nostro diritto positivo degli esempi di pene di polizia che hanno la caratteristica di essere delle vere e proprie pene di diritto amministrativo, alle quali sono applicabili tutti i canoni propri di quel diritto».

¹² Cfr. l. 7 gennaio 1929, n. 4 recante le «Norme generali per la repressione delle violazioni delle leggi finanziarie» e, in dottrina, L. Rastello, *La pena pecuniaria nel diritto tributario*, Roma, 1959; *Id.*, *Pena pecuniaria (Diritto tributario)*, in *Nss. D.I.*, XII, 1965, 856 ss.

¹³ Si veda la tesi dello Zanobini che, nell'individuare sulla base dei criteri «formali» le sanzioni amministrative rispetto a quelle penali, separava le pene amministrative in sanzioni dei doveri generali (tra le quali, le pene di polizia e quelle di finanza) – ossia da doveri derivanti immediatamente dall'ordinamento giuridico – e le sanzioni dei doveri particolari (come la categoria delle pene disciplinari) – ossia da doveri derivanti dall'ordinamento giuridico attraverso un negozio speciale tra il privato e la pubblica amministrazione. Si legge in G. Zanobini, *op. cit.*, 56 che «Le sanzioni dei doveri della seconda categoria [le sanzioni dei doveri particolari n.d.r.] hanno tutte i medesimi caratteri fondamentali: per questo potremo farne una trattazione unica. Quelle, invece, riguardanti i doveri generali presentano una considerevole varietà legislativa sia di forma sia di contenuto: di qui la necessità di considerare separatamente le sanzioni concernenti i diversi gruppi di tali doveri dei cittadini». Cfr., anche, A. Tesaurò, *Le sanzioni amministrative punitive*, cit., 84, secondo il quale «sono tutte sanzioni di diritto penale le pene, che hanno la stessa funzione: sanzionare precetti di legge, e la stessa natura non riparatrice, non compensatrice, non eliminatrice, ma esclusivamente afflittiva. Esistono, però, senza alcun dubbio, altre pene non criminali, che non sanzionano precetti di legge, bensì disposizioni di negozi giuridici, ovvero ordini dell'autorità amministrativa, oppure assicurano, in genere, lo svolgimento dell'attività amministrativa». Secondo A. Travi, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, cit., 54, «Le tesi sostanzialistiche [...] esprimono un'esigenza verso una qualificazione in termini positivi della sanzione amministrativa e della potestà sanzionatoria dell'amministrazione rispetto alla sanzione penale o alla potestà sanzionatoria penale. Il ricorso ad argomenti di ordine sostanziale sottintende anche un rifiuto a certe teorizzazioni accentuatamente formalistiche che si sono incentrate sui contenuti e sugli effetti della sanzione e che nella difficoltà di individuare su questo piano elementi comuni di qualificazione della sanzione amministrativa hanno proposto una distinzione fra sanzione amministrativa e sanzione penale in termini prevalentemente negativi (e cioè definendo la sanzione amministrativa rispetto alla sanzione penale «per esclusione»)».

Solo a partire dalla seconda metà del secolo scorso, attraverso l'avvio di processi di depenalizzazione¹⁴, il legislatore ha dettato una disciplina generale e sistematica della sanzione amministrativa nella l. 24 novembre 1981, n. 689 («Modifiche al sistema penale») che, come è stato rilevato, è ispirata alla concezione di sanzione amministrativa intesa quale pena, secondo il prototipo della pena pecuniaria¹⁵ e, per via della sua generalità, si presta a disciplinare anche sanzioni amministrative non derivanti da processi di depenalizzazione¹⁶.

Il dibattito dottrinale interno antecedente alla normativa sistematica in materia di sanzioni si è sviluppato attraverso la ricerca di criteri in grado di distinguere tra sanzione penale e amministrativa e di enucleare diverse categorie all'interno della nozione di sanzione amministrativa.

Sotto il versante, per così dire, «esterno» (ossia relativo alla distinzione con la sanzione penale), sono state proposte una serie di teorie riconducibili a due

¹⁴ In argomento, G. Pagliari, *Principi generali delle depenalizzazioni dei delitti e contravvenzioni*, in A. Cagnazzo, S. Toschei, F.F. Tuccari (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Milano, 2016, 703-708. In una prospettiva normativa, con la l. 3 maggio 1967, n. 317 è stata avviata la depenalizzazione con riferimento alle violazioni delle norme sulla circolazione stradale e delle norme dei regolamenti locali. Successivamente, la l. 9 ottobre 1967, n. 950 ha interessato le sanzioni per i trasgressori delle norme di polizia forestale e la l. 24 dicembre 1975, n. 706 ha riguardato il sistema sanzionatorio delle norme che prevedono contravvenzioni punibili con l'ammenda e, in seguito, si è giunti alla l. 24 novembre 1981, n. 689, che, oltre ad operare una più razionale depenalizzazione, ha costituito la disciplina fondamentale per la sanzione amministrativa. Per un approfondimento sulla depenalizzazione in Italia, si leggano P. Pittaro, *Depenalizzazione*, in *Enc. giur. Treccani*, X, Agg., Roma, 2007, 1 ss.; A. Bernardi, *Brevi note sulle linee evolutive della depenalizzazione in Italia*, in *Ind. Pen.*, 2001, 727 ss.; T. Di Nino, *Gli itinerari della depenalizzazione dalla legge n. 689/1981 alla legge n. 205/1999*, in *Ind. pen.*, 2000, 749 ss.; per un approfondimento storico-comparatistico, C.E. Paliero, *Il «diritto penale-amministrativo»: profili comparatistici*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1980, 4, 1254-1290.

¹⁵ C.E. Paliero, A. Travi, *Sanzioni amministrative*, cit., 351 secondo i quali «Punto di riferimento essenziale per questo diverso orientamento è stata, in passato, la tesi di Zanobini, secondo cui la sanzione amministrativa è innanzitutto una «pena in senso tecnico» e quindi, per il suo carattere di pena, non può essere assimilata a strumenti principalmente diretti a conservare o a ripristinare interessi sostanziali lesi dall'infrazione. Questa concezione trova oggi una conferma (val la pena di segnalarlo sin d'ora) nella l. n. 689 del 1981 che in tema di sanzioni amministrative individua al capo I alcuni principi – probabilmente di portata non assoluta, ma molto generali – chiaramente modellati sulla nozione di «sanzione amministrativa» intesa come «pena». Non a caso, del resto, dalla l. n. 689, cit. il prototipo delle diverse species di sanzione amministrativa è individuato nella «pena pecuniaria».

¹⁶ Da ultimo, S.L. Vitale, *op.cit.*, 6, secondo il quale «Tale normativa, per i suoi caratteri di organicità e sistematicità, ha una vocazione a disciplinare in via generale – pur con rilevanti elementi di flessibilità – non solo le sanzioni amministrative depenalizzate ma anche quelle originariamente amministrative. Si è così delineata una categoria di illecito (e di conseguente sanzione) di diritto pubblico distinta da quella penale, retta da propri principi sostanziali e procedurali seppure in parte omogenei a quelli del diritto penale». In tema, si legga anche il contributo di M. Andreis, *Le altre tipologie di sanzioni*, in A. Cagnazzo, S. Toschei, F.F. Tuccari (a cura di), *La sanzione amministrativa*, cit., 454, trattando della l. n. 689/1981 e, in particolare, del processo di elaborazione dell'art. 12 della stessa, afferma che «Nel complesso si tratta dunque di un'occasione mancata – a causa di una particolare prudenza osservata nel percorso di formazione del testo normativo – per l'adozione di disciplina unitaria quanto meno su principi di una più ampia categoria di sanzioni rispetto a quelle pecuniarie. La lacuna normativa espressamente avvertita in sede di lavori preparatori è rimasta inesorabilmente attuale».

orientamenti principali¹⁷: gli orientamenti materiali o sostanziali, facenti leva sul precetto della disposizione sanzionatoria e, in particolare, sulla sua natura, sull'oggetto e sulle finalità della tutela apprestata dalla stessa¹⁸; e gli orientamenti

¹⁷ Per la distinzione delle sanzioni attraverso i criteri formali e sostanziali si veda A. Tesauro, *Le sanzioni amministrative punitive*, cit., 9 e ss.; C.E. Paliero, A. Travi, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, cit., 7, secondo i quali «Nella varietà delle interpretazioni proposte, si possono comunque individuare due orientamenti principali: all'interno della previsione sanzionatoria (che, secondo la rappresentazione più comune, è costituita da un precetto-protasi e da una sanzione-apodosi) l'attenzione andrebbe concentrata, per la prima corrente, sul precetto, per la seconda corrente, sulla sanzione. Delle differenti definizioni che corrispondono a tale dicotomia, quelle espresse dal primo orientamento possono senz'altro definirsi sempre 'materiali' (o 'sostanziali'); quelle espresse dal secondo, di regola – ma come vedremo non sempre – 'formali': incentrandosi, le une, esclusivamente sul contenuto sostanziale e sull'oggettività giuridica della norma che configura l'illecito (cioè sull'interesse o sul bene giuridico tutelato); tendendo le altre, invece, a basarsi esclusivamente sul tipo della sanzione e sul procedimento per la sua applicazione».

¹⁸ Tra le tesi inquadrabili nell'orientamento materiale-sostanziale, si vedano quella di A. Tesauro, *Le sanzioni amministrative punitive*, cit., 84 e ss., secondo cui «sono tutte sanzioni di diritto penale le pene che hanno la stessa funzione: sanzionare precetti di legge, e la stessa natura non riparatrice, non compensatrice, non eliminatrice, ma esclusivamente afflittiva. Esistono, però, senza alcun dubbio, altre pene non criminali, che non sanzionano precetti di legge, bensì negozi giuridici, ovvero ordini dell'autorità amministrativa, oppure assicurano, in genere, lo svolgimento dell'attività amministrativa»; si veda anche la tesi (qualificata da Paliero e Travi come «*pseudoformale*», in quanto basata su connotati formali che si caratterizzano solo se collegati a quelli materiali) di F. Benvenuti, *Le sanzioni amministrative come mezzo dell'azione amministrativa*, cit., 40 e ss. (che riprende considerazioni già espresse in Id., *Sul concetto di sanzione*, cit., 223 ss.) secondo il quale «L'attività giurisdizionale è attuazione, non applicazione, di sanzioni [...] il rapporto tra sanzione e precetto è un rapporto di tipo predicativo, nel senso che la sanzione, come accertamento della giuridicità del precetto e della antigjuridicità di un comportamento singolo, è attribuzione di valore. Di modo che anche la sanzione concreta, quando sia comminata in sede giurisdizionale, ha la natura fondamentale di restaurazione dell'ordine violato e non anche, se non secondariamente, di soddisfazione compensativa. [...] Se, ora, consideriamo, invece, la sanzione amministrativa [...] si vedrà subito che essa non presuppone l'accertamento della giuridicità del precetto, ma soltanto l'affermazione della sua violazione. [...] Vi è, dunque, una profonda diversità di natura tra la sanzione giurisdizionale e la sanzione amministrativa: la prima, si potrebbe dire, è attuazione primaria della norma che essa infatti dichiara, la seconda è invece attuazione secondaria del precetto che essa non dichiara ma afferma. [...] Dunque, le sanzioni amministrative sono mezzi per il raggiungimento della attuazione pratica dei precetti amministrativi; le sanzioni giurisdizionali sono momenti della posizione dell'ordinamento come ordinamento giuridico indipendentemente dai valori pratici che vi possono essere connessi». Criticano gli orientamenti materiali-sostanziali, C.E. Paliero, A. Travi, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, cit., 10-11, secondo i quali «Interpretazioni di questo genere incontrano oggi difficoltà sempre maggiori. Esse si caratterizzano per un ampio ricorso ad argomenti di carattere materiale che però sottendono, in ultima analisi, prese di posizione di carattere ideologico. Infatti, la qualificazione di un fatto come illecito amministrativo piuttosto che come reato finisce così col dipendere da una valutazione pregiuridica della sua contrarietà a doveri amministrativi o ad obblighi nei confronti dell'Amministrazione, ovvero, rispettivamente, della sua lesività di interessi primari, di beni essenziali, e così via: che poi la norma positiva sia ad imporre in realtà una determinata qualificazione del fatto in tale prospettiva passa assolutamente in secondo piano. Ma proprio la più recente evoluzione del diritto positivo crea oggi le maggiori difficoltà a questa linea interpretativa, rivelando incontestabilmente il carattere contingente e l'effettiva variabilità nel tempo delle conseguenze sanzionatorie, in modo del tutto indipendente dai contenuti del precetto. I processi ricorrenti (in passato con cadenze secolari, oggi assai ravvicinati nel tempo) di depenalizzazione e di ripenalizzazione dimostrano l'impossibilità di qualificare un fatto (come reato o come illecito amministrativo) alla luce del solo precetto; a un processo rimasto invariato possono infatti corrispondere radicali modificazioni nella tipologia della sanzione. L'interesse tutelato, desumibile dal precetto, non è pertanto sufficiente per identificare, una volta per tutte, la natura della sanzione e quindi, *per relationem*, neppure la natura dell'illecito».

formali, facenti leva sulla sanzione e, in particolare, sul procedimento di applicazione, sulla natura e struttura della stessa e sull'autorità competente ad irrogarla¹⁹.

È bene rilevare che le teorie sostanzialiste e formaliste sono state sviluppate in periodi storici nei quali il processo di tipizzazione delle sanzioni penali non era ancora stato portato a compimento e, dunque, era forte la necessità di individuare criteri che consentissero la distinzione tra le sanzioni penali e amministrative. In effetti, come precisato, «questa impostazione non è più attuale, perché in seguito alla promulgazione nel 1930 del nuovo codice penale, la sanzione penale è sempre immediatamente identificabile, attraverso il *nomen iuris*, sulla base del diritto positivo»²⁰.

L'utilizzazione delle sanzioni amministrative, anche in luogo di quelle penali, si è accentuata in ragione di vari fattori²¹ tra i quali possono senz'altro annove-

¹⁹ Tra le tesi inquadabili nell'orientamento formale, si veda anzitutto G. Zanobini, *op. cit.*, 40 secondo il quale «Sono pene amministrative e non sanzioni penali quelle la cui applicazione è dalla legge riservata all'autorità amministrativa [...] vediamo la linea di confine nell'elemento estrinseco della competenza e del procedimento». Tuttavia, come si legge in C.E. Paliero, A. Travi, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, cit., 15, «Il dato meramente soggettivo, del resto, apparve presto insufficiente allo stesso Zanobini, che rettificò la propria tesi affermando che il carattere essenziale della sanzione amministrativa andava individuato in base a un criterio *funzionale*, cioè nel fatto che la sua applicazione costituisca esercizio di una funzione amministrativa, ovvero esplicazione di un potere amministrativo». Si veda, inoltre, la tesi di M.A. Sandulli, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, cit., 3 ss., la quale – dopo aver affermato la intrinseca unitarietà funzionale del fenomeno sanzionatorio e, dunque, la inattendibilità delle tesi che invocano un differente sostrato teleologico della potestà sanzionatoria amministrativa rispetto a quella penale – afferma che «il discrimine tra sanzioni amministrative e sanzioni penali – quali specifiche articolazioni di una medesima categoria funzionale, per ciò stesso intrinsecamente omogenee sotto il profilo teleologico – appare piuttosto individuabile in base al diverso carattere delle conseguenze che da tali misure rispettivamente derivano, le quali trovano il loro esclusivo fondamento nella valutazione (giuspositiva) che storicamente il legislatore compia della trasgressione. [...] Il fattore decisivo di qualificazione è dato perciò esclusivamente dalla specifica disciplina che l'ordinamento di volta in volta predisponga in conseguenza della trasgressione [...] La qualificazione giuridico-funzionale di un illecito rispettivamente come amministrativo o penale (e lo stesso vale per i rapporti tra illecito penale e illecito civile) si fonda, secondo l'opinione qui accolta, essenzialmente sulle conseguenze che la legge fa nascere dalla consumazione dell'illecito [...]». Cfr. anche le tesi di R. Alessi, *Responsabilità amministrativa*, in *Nss. D.I.*, XV, Torino, 1968, 618 ss.

²⁰ C.E. Paliero, A. Travi, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, cit., 23, secondo i quali «Ci sembra ormai assodato che i criteri tradizionali non hanno un valore generale ed assoluto: hanno significato invece come indici tendenziali, da utilizzarsi in modo combinato. Sfuggendo *de lege lata* alla tentazione di qualsiasi definizione di tipo materiale, una caratterizzazione sul piano formale della sanzione amministrativa rispetto alla sanzione penale si profila come possibile, più che sulla base dei singoli criteri o principi generali, alla luce del regime specifico della sanzione amministrativa stessa. Questa impostazione in passato è stata trascurata perché il quadro normativo in tema di sanzioni amministrative era troppo carente e frammentario: oggi, invece, sembra praticabile, tenuto conto degli elementi di continuità e di omogeneizzazione del settore introdotti dalla legge 24 novembre 1981, n. 689».

²¹ Si legga, U. Pototschnig, *Presentazione del tema del convegno*, in Aa.Vv., *Le sanzioni amministrative*, Atti del XXVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 18-20 settembre 1980), cit., 25, che, nell'introdurre il tema del convegno, affermava «Le sanzioni amministrative sono un fenomeno che in questi ultimi anni è in fase di grande espansione. Se leggiamo le leggi, vediamo che le fattispecie provviste di sanzioni si sono infatti moltiplicate; e ciò non solo perché si è ampliato e si amplia sempre più l'ambito degli interventi dell'autorità amministrativa, ma anche perché si sono moltiplicate le fonti stesse del potere sanzionatorio. Accanto alla legge dello Stato sono venute le leggi regionali, che hanno previsto sanzioni senza lesinare, anche là

rarsi l'ampliamento degli interventi dell'autorità amministrativa e l'attribuzione alle Autorità amministrative indipendenti di poteri sanzionatori, anche profondamente afflittivi, in settori del mercato strategici per la rilevanza degli interessi tutelati, nonché l'aumento delle fonti del potere sanzionatorio attraverso le leggi regionali²² e i regolamenti sanzionatori delle Autorità amministrative e, inoltre, i continui interventi di depenalizzazione in ragione dell'emersione di nuovi interessi da garantire attraverso la tutela penale²³.

Così, malgrado i criteri elaborati nel dibattito interno più risalente non sembrano più dirimenti per definire la controversa qualificazione di talune pene pecuniarie, gli stessi paiono nondimeno utili a identificare il *proprium* di quelle sanzioni che, pur formalmente definite amministrative, devono essere considerate sostanzialmente penali (a prescindere, dunque, dal *nomen iuris* attribuito), alla luce delle interpretazioni giurisprudenziali sovranazionali, con conseguente applicazione delle garanzie sostanziali e procedurali previste per la materia penale²⁴.

Non si può mancare di evidenziare che le categorie e i criteri tradizionalmente sviluppati dalla dottrina per distinguere tra sanzioni penali e amministrative devono oggi confrontarsi con l'approccio sostanzialistico seguito dalla giuri-

dove in passato non c'erano, come per cercare di ottenere anche per questa via la medesima autorità della legge dello Stato. Contemporaneamente si è allargato il ventaglio di applicazione delle sanzioni. Oggi esse non sono poste soltanto a tutelare l'osservanza di un precetto di legge, come avveniva un tempo, ma sono previste sovente a garanzia di un provvedimento dell'Amministrazione».

²² Cfr. G. Corso, *Sanzioni amministrative e competenza regionale*, in Aa.Vv., *Le sanzioni amministrative*, cit., 59-86; M. Colucci, A. Travi, *Tendenza della legislazione regionale in materia di sanzioni amministrative*, Id., 229 ss.; L. Giampaolino, *La potestà legislativa delle Regioni in tema di sanzioni amministrative dopo la L. 24 novembre 1981, n. 689, contenente modifiche al sistema penale*, in *Enti pubbl.*, 1984, 341 ss.; C.E. Paliero, A. Travi, *Sanzioni amministrative*, cit., 347-348; L. Antonini, *Le sanzioni amministrative regionali: profili ricostruttivi e aspetti problematici*, in *Le Regioni*, 1997, 1, 31-84.

²³ Sul punto, S.L. Vitale, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, cit., 5, secondo cui «In primo luogo si è intrapreso un percorso di depenalizzazione che ha coinvolto un rilevante numero di illeciti, così *transitati* dall'area penale a quella amministrativa. Tale percorso è stato avviato a partire dalla fine degli anni '60 ed è stato dettato dalla necessità di far fronte all'ipertrofia raggiunta dal diritto penale foriera di conseguenze negative per l'ordinamento, ampiamente note alla dottrina».

²⁴ Come affermato da F. Viganò, *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative 'punitive'*, cit., 271-272: «Riconoscere natura 'sostanzialmente penale' a un dato illecito, a una data sanzione o a un dato procedimento significa soltanto affermare che a quell'illecito, sanzione o procedimento devono applicarsi le garanzie che la Costituzione e la Convenzione riservano alla materia penale – e dunque, segnatamente, gli artt. 25 co. 2, 27, 111 co. 3-5, 112 Cost., nonché gli artt. 6 CEDU nel suo *volet pénal*, 7 CEDU e 2 e 4 prot. 7 CEDU –, senza che ciò comporti in alcun modo una riqualificazione *a ogni altro fine* dell'illecito in questione come 'reato', della sanzione amministrativa come 'pena', o del procedimento applicativo come 'processo penale'. L'illecito, la sanzione e il procedimento resteranno – a ogni altro fine – *amministrativi*, e come tali *non soggetti* alle regole che, a livello di legislazione ordinaria, vigono nella materia penale, sul versante sostanziale (ad es., l'applicazione delle regole e dei principi del libro I del codice penale) e processuale (l'applicazione del codice di procedura penale). La strada di una generosa depenalizzazione e di progressiva espansione dell'illecito amministrativo, in una logica di *ultima ratio* della tutela penale, resterà dunque più che mai aperta per il legislatore, con il solo limite della necessità di garantire all'individuo – anche in quel settore – il nucleo dei diritti e dei principi costituzionali e convenzionali appena menzionati».

sprudenza sovranazionale, finalizzato ad estendere numerose garanzie sulle base di categorie concettuali differenti e solo in parte sovrapponibili a quelle interne. Basti considerare che, ai fini CEDU, la natura della sanzione e, in particolare, il suo scopo affittivo-deterrente ovvero, anche in assenza del primo, la severità della sanzione sono indici sufficienti a qualificare una sanzione come “sostanzialmente” penale²⁵.

Anche alla luce di ciò, non risulta affatto agevole stabilire quale criterio, tra la molteplicità delle ricostruzioni proposte, appaia dirimente per distinguere in modo chiaro e definitivo la sanzione amministrativa da quella penale²⁶.

Per quanto attiene, invece, ai confini «interni» del concetto di sanzione amministrativa, sono state tradizionalmente individuate due nozioni di sanzione che si differenziano in ragione della possibilità di perseguire finalità eterogenee con lo strumento sanzionatorio.

Secondo una certa impostazione, infatti, nella nozione di sanzione amministrativa dovrebbero essere ricompresi tutti quei provvedimenti ablatori con finalità sanzionatorie, risarcitorie e ripristinatorie utilizzati allo scopo di curare l'interesse pubblico perseguito dalla Amministrazione.

Si accoglie, così, una nozione di sanzione amministrativa in senso lato che consente alla Amministrazione di conservare e prevenire le lesioni agli interessi pubblici, curare e ripristinare gli interessi lesi e, inoltre, sanzionare le condotte illecite. In altri termini, secondo una prima tesi, le sanzioni amministrative sarebbero costituite da «qualsiasi forma di reazione della pubblica amministrazione alla violazione di un precetto [...]ora reazioni, ora prevenzioni; reazioni quando sono minacciate e comminate per la trasgressione di ordini amministrativi; prevenzioni, quando stanno ad assicurare lo svolgimento della funzione preventiva dell'amministrazione indipendentemente dall'emanazione di precetti generali o di ordini particolari»²⁷.

²⁵ Sostiene F. Goisis, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 2018, 1, 1, che «Seppur con ritardo [...] è stato finalmente compreso da gran parte della cultura giuridica nazionale come le sanzioni amministrative (specie se pecuniarie) siano da ricomprendere nella nozione CEDU di materia penale. Questo perché (ove di carattere non meramente risarcitorio) con finalità essenzialmente punitiva-affittiva, e, con ciò, dotate di una sostanza che, a prescindere dal criterio (alternativo) della gravità, già di per sé basta, ai sensi dei criteri Engel, per una riconduzione al penale».

²⁶ Si veda, sul punto, il pensiero di S. Cimini, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, cit., 42, secondo cui «La dottrina tradizionale si è sforzata di trovare delle diversità tra queste due tipologie di sanzioni individuandole: negli effetti giuridici e di disvalore propri della condanna penale; negli interessi protetti (di maggiore rilevanza quelli tutelati dalla sanzione penale, di interesse minore quelle protetti dalla sanzione amministrativa); nel fatto che le sanzioni penali sono applicate da un giudice mentre quelle amministrative sono irrogate da un organo della Amministrazione. Tali criteri distintivi, però, a dire il vero, non sono tutti condivisibili».

²⁷ A. Tesaurò, *Le sanzioni amministrative punitive*, cit., 90 ss.; U. Ardizzone, *Sanzioni amministrative*, cit., 1084 ss.; A. De Roberto, *Le sanzioni amministrative non pecuniarie*, in Aa.Vv., *Le sanzioni amministrative*, Atti del XXVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 18-20 settembre 1980), cit., 126.

Tale ampia concezione della sanzione amministrativa, tuttavia, non è stata condivisa da altra dottrina che, invece, preferisce una nozione di sanzione amministrativa in senso stretto comprensiva delle sole misure aventi in prevalenza un contenuto affittivo-punitivo e distinta dalle altre forme di reazione della Amministrazione alla violazione di un precetto²⁸. Pertanto, costituirebbe sanzione amministrativa solo la pena in senso tecnico avente un carattere esclusivamente affittivo-punitivo nei confronti del trasgressore, la cui applicazione sarebbe riservata dalla legge alla autorità amministrativa, a mezzo di provvedimenti amministrativi, e che costituirebbe, a seconda delle diverse opinioni dottrinali, un diritto soggettivo dell'amministrazione²⁹ ovvero un potere della stessa³⁰.

Occorre rilevare, anche in questo caso, che, alla luce degli orientamenti sovranazionali, la tradizionale categoria delle sanzioni amministrative in senso stretto potrebbe dover essere rimeditata. Se, infatti, nell'ottica della giurisprudenza di Strasburgo, non si ritiene necessario un approccio cumulativo dei criteri *Engel* per qualificare una sanzione come penale – potendo, dunque, essere sufficiente il solo criterio della gravità della misura inflitta ai fini della estensione delle garanzie penali³¹ – potrebbe sostenersi che anche le misure ripristinatorie o risarcitorie, escluse dalla tradizionale nozione di sanzione in senso stretto in quanto non aventi finalità punitive-affittive, possano essere incluse nel concetto di sanzione enucleato a livello convenzionale a seguito di una valutazione della significativa gravità della misura inflitta³². L'accoglimento di tale prospettiva consenti-

²⁸ G. Zanobini, *op. cit.*, 2 ss.; C.E. Paliero, A. Travi, *Sanzioni amministrative*, cit., 351; A. Lentini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1939, 248; G. Berliri, *Sanzioni amministrative e principi costituzionali della potestà punitiva penale*, in Aa.Vv., *Le sanzioni amministrative*, Atti del XXVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 18-20 settembre 1980), cit., 285 ss.; M.A. Sandulli, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, cit., 2 ss.

²⁹ G. Zanobini, *op. cit.*, 38.

³⁰ S. Romano, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 316 e ss., secondo il quale «Le azioni che sono da considerarsi illecite nel campo del diritto amministrativo, possono dar luogo a responsabilità di vario genere, che si dicono amministrative, in quanto l'applicazione delle sanzioni che ne derivano costituisce un potere dell'autorità amministrativa come tale».

³¹ Sul punto, C. eur. dir. uomo., 11 giugno 2009, ric. n. 5242/04, *Dubus S.A. c. Francia*, par. 36 secondo cui «*Selon la jurisprudence constante de la Cour, l'existence ou non d'une «accusation en matière pénale» doit s'apprécier sur la base de trois critères, que l'on désigne couramment sous le nom de «critères Engel» (Engel et autres c. PaysBas, 8 juin 1976, série A no 22). Le premier est la qualification juridique de l'infraction en droit interne, le second la nature même de l'infraction et le troisième le degré de sévérité de la sanction que risque de subir l'intéressé. Les deuxième et troisième critères sont alternatifs et pas nécessairement cumulatifs. Cela n'empêche pas l'adoption d'une approche cumulative si l'analyse séparée de chaque critère ne permet pas d'aboutir à une conclusion claire quant à l'existence d'une accusation en matière pénale (voir, en dernier lieu, Sergueï Zolotoukhine c. Russie [GC], no 14939/03 § 53, 10 février 2009)*».

³² Pare chiara la posizione sul punto di F. Goisis, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, cit., 7, secondo il quale «una conclusione sembra insomma sicura: nella sanzione penale come intesa dalla CEDU il carattere punitivo in realtà può mancare, essendo di per sé sufficiente l'elemento della gravità delle conseguenze pregiudizievoli ricollegate alla commissione di un illecito. Detto altrimenti, un provvedimento dei pubblici poteri è sanzione penale ai sensi CEDU pur ove anche privo di tut-

rebbe senza dubbio un progressivo rafforzamento dell'autonomia del concetto di sanzione a livello CEDU, rendendo in parte cedevoli le tradizionali distinzioni elaborate a livello interno. Pare necessario rilevare, tuttavia, che l'approccio casistico utilizzato dalla CEDU, attraverso l'utilizzo cumulativo o singolo dei criteri e dei sotto-criteri sviluppati in seguito al caso *Engel*, non sembra consentire sempre di giungere a conclusioni prevedibili e ciò potrebbe determinare un limite alla estensione delle garanzie.

3. Segue: gli approdi giurisprudenziali e l'influenza sovranazionale

Pare evidente che la tematica in considerazione ha una sua complessità intrinseca, aggravata dall'influenza della Corte di Strasburgo e dei principi della CEDU.

Si pensi ai processi di depenalizzazione, precipuamente condizionati da scelte politiche, da esigenze di efficacia e di efficienza dei sistemi giudiziario e carcerario e alla necessità del rispetto delle garanzie CEDU sull'equo processo per le sanzioni formalmente amministrative e convenzionalmente penali, necessità che, di fatto, può collidere con la logica efficientistica della depenalizzazione.

Sotto diverso profilo, elementi di complessità ordinamentale, relativi alla vincolatività degli orientamenti giurisprudenziali sovranazionali³³, derivano dal modo in cui si intendono i rapporti tra ordinamenti di tutela multilivello dei

ti i principali caratteri sostanziali tradizionalmente attribuiti a quest'ultima (in particolare la finalità affittiva e deterrente), potendo bastare l'elemento della gravità del *malum* inflitto quale conseguenza di un'accertata perturbazione dell'ordine giuridico». Occorre rilevare che tra i criteri *Engel*, la gravità della sanzione inflitta è valutata in relazione «al grado di incidenza ed affittività della sanzione in termini di privazione o limitazione della libertà personale del destinatario e quindi del suo contenuto restrittivo-custodiale oppure meramente patrimoniale. [...] Circa la "gravità" della sanzione, comunque, in via conclusiva è possibile sostenere che la Corte attribuisce rilievo, più che alla sua incidenza sulla libertà personale e al suo contenuto patrimoniale diretto, ad un criterio di degradazione, avuto riguardo al complessivo effetto limitativo spiegato sulla sfera personale del destinatario, anche per quanto concerne le sue potenzialità relazionali, economiche e lavorative e quindi, in ultima analisi, al suo carattere "infamante" (c.d. *degree of stigma*)» (così, M. Mancini, *La "materia penale" negli orientamenti della Corte EDU e della Corte costituzionale, con particolare riguardo alle misure limitative dell'elettorato passivo*, in *Federalismi.it*, 25 giugno 2018, cui si rimanda per i richiami giurisprudenziali).

³³ Pur non potendosi in questa sede approfondire il tema, occorre rilevare che il fenomeno delle sanzioni amministrative è condizionato dalla evoluzione dei rapporti tra ordinamento nazionale e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) in ragione della circostanza che, in virtù del suo art. 52, par. 3, il significato e la portata dei principi enunciati dalla stessa sono uguali a quelli conferiti dalla CEDU quale *living instrument*. Con la conseguenza che lo standard di tutela dei diritti garantito dalla CEDU e dalla interpretazione della Corte di Strasburgo sono recepiti dalla CDFUE, la quale entra nell'ordinamento interno in forza dei principi del primato e dell'effetto diretto del diritto UE. Su tali profili, si vedano Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 269; *Id.*, 21 febbraio 2019, n. 20; *Id.*, 21 marzo 2019, n. 63.

diritti fondamentali anche in ragione degli orientamenti sostenuti dalla giurisprudenza costituzionale³⁴.

La tematica delle sanzioni amministrative va letta, contemporaneamente, alla luce del dibattito in corso sui rapporti tra l'ordinamento convenzionale (quale prodotto della interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo) e quello costituzionale³⁵ – che negli ultimi anni ha mostrato una tendenza della Consulta a «rivendicare il ruolo di “primo” garante dei diritti»³⁶ – e alla luce del dibattito

³⁴ E. Bindi, A. Pisaneschi, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei diritti dell'Uomo*, cit., 5, secondo i quali «La Corte costituzionale difende la sua interpretazione della Costituzione ed il suo ruolo di garante del sistema, ponendo vari limiti alla efficacia delle sentenze di Strasburgo. Le questioni relative alle sanzioni, poi, toccano profili ordinamentali complessi che la Corte cerca, con fatica, di bilanciare. Se si estendono a tutte le sanzioni amministrative le regole e le garanzie del diritto penale, si rischia di vanificare i procedimenti di depenalizzazione. Se se ne estendono solo alcune, si rischia di creare incertezze dogmatiche».

³⁵ Di recente, A. Ruggeri, *La oscillante “forza normativa” della CEDU, vista dalla consulta*, in *Ord. internaz. e dir. umani.*, 2020, 2, 193-212, ha rilevato che «Contrariamente a ciò che comunemente si rileva alla luce della giurisprudenza, ormai copiosa, venutasi a formare a partire dalle famose sentenze “gemelle” del 2007, non è affatto sicuro quale sia il punto di vista della Consulta in ordine alla forza normativa della CEDU ed alla sua complessiva condizione in ambito interno». Come noto, con le sentenze «gemelle» (Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348 e 349) la Consulta ha definito i rapporti tra la CEDU e l'ordinamento italiano, a seguito della riforma del titolo V della Costituzione nel 2001 che ha introdotto, all'art. 117, primo comma, della Costituzione, il rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali quale limite all'esercizio della potestà legislativa statale e regionale ed ha ritenuto le norme CEDU, quale prodotto della interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo, come norme interposte di livello sub-costituzionale che integrano il parametro costituzionale. La Consulta ha stabilito che «Il giudice comune non ha, dunque, il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma CEDU, poiché l'asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi [...]. Il parametro costituito dall'art. 117, primo comma, Cost. diventa concretamente operativo solo se vengono determinati quali siano gli “obblighi internazionali” che vincolano la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni. Nel caso specifico sottoposto alla valutazione di questa Corte, il parametro viene integrato e reso operativo dalle norme della CEDU, la cui funzione è quindi di concretizzare nella fattispecie la consistenza degli obblighi internazionali dello Stato». (così, Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348). Sulle sentenze «gemelle» e per una evoluzione dei rapporti tra giurisprudenza costituzionale e sovranazionale, *ex multis*, M. Cartabia, *Le sentenze “gemelle”: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. Cost.*, 2007, 3564 ss.; *Id.*, *La CEDU e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto e P. Veronesi (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Torino, 2007; A. Ruggeri, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale di inquadramento sistematico*, in *Dir. publ. comp. eur.*, 2008, 215 ss.; F. Sorrentino, *Apologia delle “sentenze gemelle” (brevi note a margine delle sent. nn. 348 e 349/2007 della Corte costituzionale)*, in *Diritto e società*, 2009, 213 ss.; S. Bartole, *Integrazione e separazione della tutela costituzionale e convenzionale dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, 291 ss.; M. Ramajoli, *Il giudice nazionale e la CEDU: disapplicazione diffusa o dichiarazione d'illegittimità costituzionale della norma interna contrastante con la convenzione?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 3, 825-849; F. Viganò, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistente nazionalistiche: Corte costituzionale italiana e Corte di Strasburgo tra “guerra” e “dialogo”*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2014, 1-32; G. Amato, *Corte costituzionale e Corti europee. Fra diversità nazionali e visione comune*, Bologna, 2016; P. Rossi, *L'interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte EDU: quale vincolo per il giudice italiano?*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 2018, 1-38; R. Romboli, *La influenza della CEDU e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Consulta online*, 2018, 3, 618-644 ed *ivi* ulteriori note bibliografiche.

³⁶ In questi termini, F. Biondi, *Quale dialogo tra le Corti?*, in *federalismi.it*, 2019, 18, 13, secondo la quale «la Corte costituzionale, negli ultimi anni, non stia solo rivendicando il ruolo di “primo” garante dei diritti,

interno, condizionato da quello sovranazionale, relativo al riconoscimento e alla estensione alle sanzioni formalmente amministrative, e sostanzialmente penali, delle garanzie riservate alle sanzioni penali.

Tradizionalmente, infatti, la Corte costituzionale ha fondato la specificità e la autonomia dell'illecito e della sanzione amministrativa rispetto al sistema sanzionatorio penale in virtù degli «ordini diversi di parametri costituzionali» e del «regime specifico della sanzione amministrativa»³⁷. Tuttavia, negli ultimi anni,

ma, evidenziando l'esigenza che la tutela dei diritti sia prestata con effetti *erga omnes*, stia anche tentando di assumere un ruolo "ordinante" di questo sistema composito». In effetti, il consolidato indirizzo giurisprudenziale inaugurato nel 2007 con le sentenze «gemelle» (sul quale si veda in senso conforme, Corte cost., 26 novembre 2009, n. 311, con commenti di A. Ruggeri, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e diritto CEDU*, in *Forum dei Quad. Cost.*, 16 dicembre 2009, 1-7; O. Pollicino, *Margine di apprezzamento, art. 10, c. 1, Cost. e bilanciamento "bidirezionale" (311/2009 e 317/2009)*, in *Forum dei Quad. Cost.*, 22 dicembre 2009, 1-8; R. Dickmann, *La legge d'interpretazione autentica viola il diritto al giusto processo di cui all'art. 6 della CEDU?*, in *federalismi.it*, 2009, 24, 1-8) ha subito negli ultimi anni dei ripensamenti tendenti a modificare l'assetto dei rapporti tra ordinamento interno e sovranazionale. In particolare, si fa riferimento a Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, in tema di confisca urbanistica nel caso di lottizzazione abusiva, in cui è stato affermato – con effetti limitativi dell'efficacia delle sentenze della Corte di Strasburgo nell'ordinamento interno al solo diritto consolidato (escluso nel caso di specie) o alle sentenze pilota – che «[...] i rimettenti erroneamente hanno ritenuto di essere obbligati a recepire il principio di diritto che avevano ricavato dalla sentenza Varvara [*n.d.r.* C. eur. dir. uomo, 29 ottobre 2013, ric. n. 17475/09, *Varvara c. Italia*]. In tal modo essi hanno attribuito all'art. 7 della CEDU un significato non immediatamente desumibile da tale disposizione, benché la pronuncia appena citata non fosse, con ogni evidenza, espressione di un'interpretazione consolidata nell'ambito della giurisprudenza europea. Questa Corte non può che ribadire quanto affermato fin dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, ovvero che alla Corte di Strasburgo compete di pronunciare la «parola ultima» (sentenza n. 349 del 2007) in ordine a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli, secondo quanto le parti contraenti hanno stabilito in forza dell'art. 32 della CEDU. Si tratta di una «funzione interpretativa eminente» (sentenza n. 348 del 2007), con la quale si assicura che, all'esito di un confronto ermeneutico, tale da coinvolgere nel modo più ampio possibile la comunità degli interpreti, sia ricavata dalla disposizione convenzionale una norma idonea a garantire la certezza del diritto e l'uniformità presso gli Stati aderenti di un livello minimo di tutela dei diritti dell'uomo. Tuttavia, sarebbe errato, e persino in contrasto con queste premesse, ritenere che la CEDU abbia reso gli operatori giuridici nazionali, e in primo luogo i giudici comuni, passivi ricettori di un comando esegetico impartito altrove nelle forme della pronuncia giurisdizionale, quali che siano le condizioni che lo hanno determinato. [...] Il giudice comune è tenuto ad uniformarsi alla «giurisprudenza europea consolidata sulla norma conferente» (sentenze n. 236 del 2011 e n. 311 del 2009), «in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza» (sentenza n. 311 del 2009; nello stesso senso, sentenza n. 303 del 2011), fermo il margine di apprezzamento che compete allo Stato membro (sentenze n. 15 del 2012 e n. 317 del 2009). È, pertanto, solo un «diritto consolidato», generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo». In dottrina, V. Zagrebelsky, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Rivista AIC, Osservatorio costituzionale*, maggio 2015, 4, 1-10.

³⁷ Corte cost., 21 aprile 1994, n. 159 in cui si legge che «l'illecito amministrativo e, *per relationem*, la sanzione amministrativa sono dotati di spiccata specificità ed autonomia rispetto al sistema sanzionatorio penale e ciò emerge anzitutto dal riconoscimento di ordini diversi di parametri costituzionali (art. 25, secondo comma e art. 27 della Costituzione che disciplinano le sanzioni penali, mentre gli artt. 23 e 97 disciplinano la potestà sanzionatoria amministrativa) nonché dal regime specifico della sanzione amministrativa, quale quello disegnato dalla legislazione ordinaria e in particolare dalla legge 24 novembre 1981, n. 689; che, pertanto, come ribadito più volte da questa Corte, il principio della personalità della pena non ha alcuna attinenza con le sanzioni amministrative, concernendo esclusivamente quelle penali».

recependo il metodo di qualificazione sostanziale sviluppato dalla Corte di Strasburgo volto ad evitare la cd. «truffa delle etichette», la Corte costituzionale ha esteso progressivamente le garanzie sostanziali assicurate dalla CEDU anche alle sanzioni amministrative qualificate come penali in base ai canoni CEDU.

In particolare, con riferimento al principio di irretroattività della disciplina sfavorevole, quale corollario del principio di legalità, espressamente sancito per le sanzioni amministrative solo a livello di legislazione ordinaria dall'art. 1 della l. n. 689/1981, e al suo eventuale fondamento costituzionale ricavabile dall'art. 25, secondo comma, Cost., la giurisprudenza costituzionale nel 2010 ha sostenuto, con riferimento alla sanzione della confisca dell'autoveicolo per guida in stato di ebbrezza, che «dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, formatasi in particolare sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, si ricava [...] il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-affittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto. Principio questo, del resto, desumibile dall'art. 25, secondo comma, Cost., il quale – data l'ampiezza della sua formulazione (“Nessuno può essere punito...”) – può essere interpretato nel senso che ogni intervento sanzionatorio [...] è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato»³⁸.

Tale indirizzo, confermato nel 2014³⁹, ha subito, tuttavia, un ridimensionamento a seguito del diverso orientamento della Consulta, inaugurato con la sent.

³⁸ Il riferimento è a Corte cost., 4 giugno 2010, n. 196, in *Giur. cost.*, 2010, 2323 ss., con nota di A. Travi, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di "sanzione"*. La Consulta ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. in relazione all'art. 7 CEDU, l'art. 186, co. 2, lett. c) del d.lgs. 30 aprile 1992 n. 285 (Nuovo codice della strada), come modificato dell'art. 4, comma 1, lett. b) del d.l. 23 maggio 2008 n. 92 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica), conv., con modificazioni, dall'art. 1, co. 1, l. 24 luglio 2008 n. 125, limitatamente alle parole «ai sensi dell'art. 240, comma 2, c.p.». La Corte, dopo aver affermato la natura sanzionatoria della confisca del veicolo utilizzato dal conducente responsabile del reato di guida in stato di ebbrezza, ha ritenuto contrastante con l'art. 7 CEDU, nell'interpretazione fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, l'applicabilità retroattiva della misura, applicabilità derivante dal legame instaurato dalla norma censurata con la disciplina generale delle misure di sicurezza patrimoniali contenuta nel codice penale. Sulla sentenza anche, V. Manes, *La confisca "punitiva" tra corte costituzionale e cedu: sipario sulla "truffa delle etichette"*, in *Cass. pen.*, 2011, 534 ss.; inoltre, P. Cerbo, *Il principio di irretroattività*, in A. Cagnazzo e S. Toschei (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Torino, 2012, 237, secondo cui «l'opzione interpretativa seguita ha privilegiato il dato letterale (genericamente riferito a tutte le "pene") rispetto a quello sistematico: del resto, dopo la modifica costituzionale del 2003, il fondamento della potestà legislativa in materia penale è ormai chiaramente identificabile nell'art. 117, co. II, lett. l), Cost.; non vi è più dunque necessità di sottrarre le sanzioni amministrative all'ambito di applicazione dell'art. 25, co. II, Cost. per evitare di precludere al legislatore regionale di introdurle».

³⁹ Ci si riferisce a Corte cost., 18 aprile 2014, n. 104, in *Foro Amm.*, 2014, 12, 3044, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18 della l. r. Valle d'Aosta 25 febbraio 2013, n. 5 nella parte in cui prevedeva delle sanzioni amministrative pecuniarie anche per comportamenti posti in essere anteriormente alla sua entrata in vigore, violando in tal modo il principio di irretroattività sancito dall'art. 25 Cost. Offre osservazioni critiche all'orientamento della Corte costituzionale, S. Cimini, *op. cit.*, 221, secondo il quale «[...] la trasferibilità alle sanzioni amministrative dell'art. 25, c. 2, Cost. creerebbe dei seri problemi di applicazione. Segnatamen-

n. 49/2015⁴⁰, resa a seguito del caso *Varvara*⁴¹, che ha limitato l'efficacia delle

te, l'ostacolo principale che si frappone all'estensione di tale norma costituzionale anche alle sanzioni amministrative è rappresentato dal fatto che la riserva di legge ivi imposta è assoluta e non relativa». In dottrina, si leggano anche i contributi di G. Portaluri, *Il principio di irretroattività*, in A. Cagnazzo, S. Toschei, F.F. Tuccari (a cura di), *La sanzione amministrativa*, cit., 135-147; P. Cerbo, *Successioni di leggi nel tempo e applicazione della disposizione più favorevole per gli autori di violazioni amministrative*, in *Foro it.*, 2003, I, 1340. L'ancoraggio del principio di irretroattività sfavorevole all'art. 25, secondo comma, Cost. anche per le misure sanzionatorie amministrative è stato confermato in Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 276 che, tuttavia, ha escluso che le misure della incandidabilità, della decadenza e della sospensione, introdotte dal d.lgs. 31 dicembre 2012, n. 35 (cd. legge Severino), abbiano un carattere punitivo.

⁴⁰ Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, in *www.giurcost.org*, con nota di R. Conti, *La CEDU assediata?* (Osservazioni a Corte cost. sent. n. 49/2015, in *www.giurcost.org*, 2015, 1; G. Guarino, *Corte costituzionale e diritto internazionale: notarelle a margine della sentenza 49/15*, in *www.giurcost.org*, 2015, 2; A. Ruggeri, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, in *Dir. pen. cont.*, 2 aprile 2015; F. Viganò, *La Consulta e la tela di penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in *Dir. pen. cont.*, 30 marzo 2015; V. Manes, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Dir. pen. cont.*, 13 aprile 2015; P. Mori, *Il "predominio assiologico della Corte costituzionale sulla CEDU": Corte costituzionale 49/2015 ovvero della "normalizzazione" dei rapporti tra diritto interno e la CEDU*, in *Sidiblog.org*, 15 aprile 2015; G. Civello, *La sentenza Varvara c. Italia "non vincola" il giudice italiano: dialoghi fra Corti o monologhi di Corti?*, in *Arch. pen.*, 2015, 1; G. Martinico, *Corti costituzionali (o supreme) e "disobbedienza funzionale". Critica, dialogo e conflitti nel rapporto fra diritto interno e diritto della Convenzioni (CEDU) e convenzione americana sui diritti umani*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*; F.M. Palombino, *Sul monopolio interpretativo (o presunto tale) della Corte europea dei diritti umani*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, 1.

⁴¹ C. eur. dir. uomo, 29 ottobre 2013, ric. n. 17475/09, *Varvara c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2014, 4, 1392 con nota di A. Balsamo, *La corte europea e la "confisca senza condanna" per la lottizzazione abusiva*. Nel caso *Varvara*, la Corte di Strasburgo ha ravvisato una violazione dell'art. 7 CEDU e dell'art. 1 del Protocollo n. 1 nel caso in cui la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e degli immobili realizzati sugli stessi sia stata ordinata dal giudice penale con la sentenza di proscioglimento per estinzione del reato dovuta a prescrizione. In applicazione di tale principio, è stato accolto il ricorso di Varvara Vincenzo, nei cui confronti la Corte d'appello di Bari aveva emesso in data 23 marzo 2006 sentenza di non doversi procedere in quanto il reato di lottizzazione abusiva contestatogli era estinto per prescrizione, disponendo la confisca dei terreni e delle opere costruite sugli stessi ai sensi dell'art. 19 l. n. 47 del 1985. La II sezione della Corte di Strasburgo – dopo avere richiamato i principi già affermati con la sentenza emessa il 20 gennaio 2009 dalla Grande Camera nel caso *Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia*, secondo cui la confisca disposta nel caso di lottizzazione abusiva si traduce in una pena, e, pertanto, trova applicazione l'art. 7 CEDU – ha ricordato la propria consolidata elaborazione giurisprudenziale sul principio di legalità penale, pervenendo alla conclusione dell'accertamento della violazione della convenzione. Occorre precisare che, a differenza della causa *Sud Fondi* – in cui gli imputati erano stati assolti nel merito dal reato di abuso edilizio per mancanza dell'accertamento dell'elemento psicologico del reato in virtù dell'*error iuris* ex art. 5 c.p. – nel caso di specie il ricorrente non è stato assolto nel merito ma ha beneficiato di un non luogo a procedere per intervenuta prescrizione. La Corte di Strasburgo ha ritenuto che non si può avere una condanna senza che sia legalmente accertato un illecito e non si può avere una pena senza l'accertamento di una responsabilità personale (spec. par. 69-70-71), collegando tale accertamento alla sola sentenza di condanna. La Corte costituzionale, nella sentenza n. 49/2015, ha rilevato una divergenza interpretativa e, dunque, l'assenza di un orientamento consolidato della Corte di Strasburgo dal momento che quest'ultima non avrebbe chiarito se per disporre la confisca sia sufficiente un accertamento del fatto di reato in entrambi i suoi elementi soggettivo e oggettivo (caso *Sud Fondi*) oppure se sia necessario un accertamento formale della responsabilità, collegato ad una sentenza di condanna, mancante a fronte di una sentenza di proscioglimento per prescrizione (caso *Varvara*). Sul punto, ampiamente, E. Bindi, A. Pisaneschi, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei diritti dell'Uomo*, cit., 33 ss., secondo i quali (spec. nota 71) «Con la sent. n. 49 del 2015 la Corte costituzionale cerca quindi di "sfruttare" queste divergenze interpretative in seno alla giurisprudenza europea per fare salvo l'orientamento accolto dalla Cassazione, che permette ai giudici italiani di disporre la confisca anche a fronte di una sentenza di proscioglimento per prescrizione. E interpreta il riferimento alla

sentenze della Corte di Strasburgo per il giudice interno alle sole sentenze pilota in senso stretto⁴² o a quelle espressive di un diritto consolidato, anche in considerazione del margine di apprezzamento riconosciuto allo Stato membro⁴³, nonché a seguito dell'orientamento della Consulta che ha escluso che l'attrazione di una sanzione amministrativa nell'ambito della materia penale convenzionale determini una diretta estensione delle ulteriori garanzie costituzionali previste dal diritto nazionale per la sanzione penale⁴⁴.

necessità della sentenza di condanna non nel senso di una formale pronuncia del giudice (come sembra chiaramente emergere dalla sentenza Varvara), ma nel senso di necessità di un accertamento del reato in tutti i suoi elementi soggettivi ed oggettivi, al fine di disporre la sanzione della confisca anche a seguito di una sentenza di proscioglimento per prescrizione».

⁴² Sul punto, F.M. Palombino, *Sul monopolio interpretativo (o presunto tale) della Corte europea dei diritti umani*, cit., 6, «la distinzione a cui la Corte allude, ovvero quella tra sentenza pilota in senso stretto e sentenza pilota in senso largo (anche detta quasi-pilota o sostanzialmente pilota), trova oramai una sorta di fondamento positivo nella guida predisposta nel 2016 dal Consiglio d'Europa sul funzionamento del Comitato dei ministri e riposa sulla circostanza per cui mentre nella sentenza pilota in senso stretto il problema strutturale e le misure generali da adottare vengono indicate nel dispositivo della sentenza, in quelle in senso largo le stesse indicazioni si trovano nella parte motivazionale. Le ragioni che hanno portato la Corte ad operare questa distinzione sono intuibili. Viene emanata una sentenza quasi-pilota quando si ritiene plausibilmente che il fatto all'origine della violazione della Convenzione, pur derivando da un problema strutturale, non si ripeterà in futuro, e cioè non darà luogo (per usare le parole dell'art. 61 del Regolamento della Corte) alla presentazione di altri ricorsi analoghi». Sul tema dello stesso autore, v. F.M. Palombino, *La «procedura di sentenza pilota» nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, 91 ss.

⁴³ Tale orientamento è stato ribadito in Corte cost., 21 luglio 2016, n. 200, in *Giur. cost.*, 2016, 6, 2466 con nota di D. Vicoli, *Il ne bis in idem tra approccio naturalistico e dimensione tripartita del fatto: la Corte costituzionale delinea i nuovi equilibri*. Nella sentenza (par. 5, Considerato in diritto) si legge che «[...]il difetto di una giurisprudenza europea univoca, tale da superare la sporadicità di decisioni casistiche orientate da fattori del tutto peculiari della fattispecie concreta, libera l'interprete dall'obbligo di porre alla base della decisione un contenuto della normativa interposta ulteriore».

⁴⁴ In particolare, infatti, in Corte cost., 24 febbraio 2017, n. 43, in *Foro it.*, 2017, 11, parte I, 3251, si legge che «L'attrazione di una sanzione amministrativa nell'ambito della materia penale in virtù dei menzionati criteri trascina, dunque, con sé tutte e soltanto le garanzie previste dalle pertinenti disposizioni della Convenzione, come elaborate dalla Corte di Strasburgo. Rimane, invece, nel margine di apprezzamento di cui gode ciascuno Stato aderente la definizione dell'ambito di applicazione delle ulteriori tutele predisposte dal diritto nazionale, in sé e per sé valevoli per i soli precetti e le sole sanzioni che l'ordinamento interno considera espressione della potestà punitiva dello Stato, secondo i propri criteri. Ciò, del resto, corrisponde alla natura della Convenzione europea e del sistema di garanzie da essa approntato, volto a garantire una soglia minima di tutela comune, in funzione sussidiaria rispetto alle garanzie assicurate dalle Costituzioni nazionali. Detto diversamente, ciò che per la giurisprudenza europea ha natura "penale" deve essere assistito dalle garanzie che la stessa ha elaborato per la "materia penale"; mentre solo ciò che è penale per l'ordinamento nazionale beneficia degli ulteriori presidi rinvenibili nella legislazione interna». Sul punto, M. Branca, *Un "giro di vite" sulle sanzioni amministrative "penali" nelle sentenze n. 43, n. 68 e n. 109 del 2017 della Corte costituzionale?*, in *Giur. cost.*, 2017, 3, 1414-1415, sostiene che da tale orientamento «emerge, in sostanza, una ricostruzione della separatezza tra i due ordinamenti ben lontana dalle originarie enunciazioni, e che sembra tradire l'obiettivo ad essi comune "di tutelare al meglio possibile i diritti fondamentali dell'uomo" (sent. n. 349/2007). [...] Ora la Corte sembra ripudiare questo insegnamento predicando l'impermeabilità dell'ordinamento interno alla giurisprudenza di Strasburgo dalla quale deriverebbe un innalzamento del livello di tutela nei confronti di misure repressive interne, ormai prive di una fonte legittima. Il richiamo al margine di apprezzamento di cui dispone il legislatore nazionale, d'altra parte, non appare convincente, posto che il concetto si riferisce in genere alla facoltà di uno Stato aderente di sottrarsi, in nome di valori costituzionali prevalenti, all'adempimento di un obbligo derivante dall'adesione alla

Il richiamato orientamento, produttivo di un duplice e separato canale di tutela costituzionale e convenzionale, sembra aver generato, paradossalmente, una riduzione delle garanzie per le sanzioni amministrative riconosciute come penali ai sensi della CEDU, rispetto alle sanzioni penali, limitandole a quelle previste dalla convenzione, nonché, come rilevato in dottrina, da un punto di vista processuale, ha condotto la Consulta a dichiarare la inammissibilità delle questioni proposte solo in relazione al parametro costituzionale e non a quello convenzionale⁴⁵.

Di ciò pare essere testimonianza l'esito di inammissibilità, di cui alla sent. n. 109/2017⁴⁶, delle questioni di legittimità costituzionale della disciplina transito-

CEDU, ma nella specie si nega che la giurisprudenza di Strasburgo abbia elaborato interpretazioni della Convenzione vincolanti per il nostro paese».

⁴⁵ Tali osservazioni sono rilevate da E. Bindi, A. Pisaneschi, *La retroattività in mitius delle sanzioni amministrative Consob*, nota a Corte cost., 21 marzo 2019, n. 63, in *Giur. comm.*, 2019, 5, 1015 ss.

⁴⁶ Corte cost., 11 maggio 2017, n. 109, in *Giur. cost.*, 2017, 3, 1129, secondo cui sono inammissibili le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 8, commi 1 e 3, e 9 d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 8, censurato per violazione degli artt. 3, 25, comma 2, e 27 Cost., nella parte in cui, nel depenalizzare il delitto di omesso versamento delle ritenute previdenziali e assistenziali, laddove l'importo omesso non sia superiore a 10.000 euro per ogni annualità, stabilisce che le sanzioni amministrative si applichino anche alle violazioni commesse anteriormente all'entrata in vigore del decreto, purché il relativo procedimento penale non sia già stato definito con sentenza o decreto irrevocabili; prevede che, in ogni caso, ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore del decreto non possa essere applicata una sanzione amministrativa pecuniaria per un importo superiore al massimo della pena originariamente inflitta per il reato, tenuto conto del criterio di ragguglio di cui all'art. 135 c.p.; dispone che l'autorità giudiziaria avanti alla quale sia pendente il giudizio penale per un illecito depenalizzato debba trasmettere gli atti all'autorità amministrativa competente per l'accertamento della violazione e l'irrogazione della sanzione. Secondo la Corte, inammissibile è, innanzitutto, la questione posta in riferimento all'asserita violazione del principio di irretroattività di cui all'art. 25, comma 2, Cost., in ragione della contraddittorietà tra premesse ed esito del percorso motivazionale. Il giudice rimettente invoca, infatti, l'art. 25, comma 2, Cost. sulla base però dell'assunto della sua applicabilità alle sole norme penali e alle pene da esse contemplate, alle quali, in applicazione dei criteri *Engel* elaborati dalla giurisprudenza della Corte EDU, le nuove sanzioni pecuniarie amministrative dovrebbero assimilarsi, quali sanzioni di natura sostanzialmente penale, con conseguente illegittimità delle disposizioni transitorie impugnate sotto il profilo, appunto, della violazione del divieto di applicazione retroattiva delle "pene". In tal modo, però, il remittente non utilizza i criteri *Engel* per estendere alle sanzioni amministrative le sole garanzie che la CEDU riserva alla materia penale, bensì li utilizza per affermare che le sanzioni formalmente qualificate come amministrative dalle disposizioni impugnate hanno, in realtà, natura penale, svilendo così la scelta di depenalizzazione compiuta dal legislatore». Per dei commenti alla sentenza, F. Viganò, *Una nuova pronuncia della Consulta sulla irretroattività delle sanzioni amministrative*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 5, 331-332 secondo cui: «Il giudice *a quo* aveva invocato un parametro – l'art. 25, comma 2, Cost. – che la stessa giurisprudenza recente della Corte considera ormai applicabile anche alle sanzioni amministrative. L'errore motivazionale dell'ordinanza di rimessione ora censurato sta, dunque, soltanto nell'aver evocato a fondamento di una tale estensione dell'ambito applicativo dell'art. 25, comma 2, Cost. i criteri *Engel*, utilizzati dalla Corte di Strasburgo per determinare l'ambito di applicazione dell'art. 7 CEDU (disposizione, quest'ultima, soltanto indirettamente rilevante nell'ordinamento costituzionale italiano in forza dell'art. 117, comma 1, Cost.). Un errore veniale, si direbbe: che non inficia la correttezza del presupposto della questione di costituzionalità prospettata, secondo cui il parametro di cui all'art. 25, comma 2, Cost. trova applicazione nei confronti della disciplina impugnata. La Corte avrebbe dunque potuto correggere agevolmente l'errore, precisando che – secondo la recente giurisprudenza costituzionale – l'art. 25, comma 2, Cost. si applica in ogni caso alle sanzioni amministrative, a prescindere dalla loro qualificazione come sanzioni 'sostanzialmente penali' in forza dei criteri *Engel*; I. Pellizzone, *Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia?*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 4, 175 secondo la quale «Nella pronuncia infatti la Corte conferma e rafforza, sulla scia di quanto affermato nella di poco antecedente sent. n. 43 del 2017, l'autonomia tra sistema di garanzie appron-

ria del d.lgs. n. 8/2016, in tema di depenalizzazione, sollevate per contrasto con i principi di legalità e irretroattività della pena, di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., con il principio di colpevolezza, di cui all'art. 27 Cost., e con il principio di uguaglianza, di cui all'art. 3 Cost. In tale vicenda, infatti, il giudice costituzionale ha ritenuto intrinsecamente contraddittorio il «terzo percorso»⁴⁷ seguito dal giudice *a quo* in virtù del quale quest'ultimo, pur ritenendo l'art. 25, secondo comma, Cost. riferibile alle sole sanzioni penali, ha ritenuto applicabile tale disposizione costituzionale anche alle sanzioni amministrative in ragione della qualificazione delle stesse come sanzioni sostanzialmente penali in base ai criteri *Engel*, determinando così, secondo la Consulta, una riqualificazione sostanziale dell'illecito di valenza para-legislativa che ha l'effetto di ri-trasformare in penale una sanzione espressamente qualificata come amministrativa dal legislatore nazionale.

Sotto altro profilo, sempre nell'ottica della progressiva espansione delle garanzie penali alle sanzioni amministrative penali ai sensi della CEDU, occorre considerare gli orientamenti oscillanti della Corte costituzionale in merito alla applicazione del principio di retroattività *in mitius* alle sanzioni amministrative punitive⁴⁸, tenendo a mente contestualmente gli orientamenti sopra richiamati in merito alla lettura dei rapporti tra ordinamento interno e sovranazionale.

tate per la materia penale a livello nazionale, in forza degli artt. 25 e 27 Cost., da una parte, e convenzionale, impiegate dunque sugli artt. 117, primo comma, Cost., unitamente agli 6 e 7 CEDU, dall'altra. Ciò allo scopo evidente di non offuscare il valore politico criminale della scelta, riservata al Parlamento, di depenalizzare fattispecie originariamente sanzionate con la pena, in forza di un'improvvida deviazione del canale di collegamento tra sistema convenzionale di garanzie della materia penale e ordinamento costituzionale italiano, che conduce a sfruttare il perimetro di applicazione dell'art. 25, secondo comma, Cost., per far confluire i principi degli artt. 6 e 7 CEDU all'interno del sistema di tutela posto dalla Costituzione all'esercizio dello *ius puniendi*».

⁴⁷ Si legge in Corte cost., 11 maggio 2017, n. 109, par. 3.1. che «Il rimettente, in altre parole, non ricorre ai criteri *Engel* per estendere alla sanzione formalmente amministrativa (ma «sostanzialmente penale» per la CEDU, nell'interpretazione della Corte di Strasburgo) le sole garanzie convenzionali – ed in particolare quelle enunciate dall'art. 7 della CEDU – in via interpretativa (se ciò gli fosse consentito dalla lettera della legge), ovvero sollevando una questione di legittimità costituzionale della disposizione di legge per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. Neppure sostiene con franchezza, alla luce del carattere punitivo-afflittivo che accomuna le pene in senso stretto alle sanzioni amministrative – carattere pur riconosciuto, talvolta, da questa Corte (sentenze n. 276 del 2016, n. 104 del 2014 e n. 196 del 2010) – che l'art. 25, secondo comma, Cost., in virtù della sua ampia formulazione («Nessuno può essere punito [...]»), dovrebbe applicarsi non solo alle prime, ma anche alle seconde, fungendo, in tal caso, i criteri *Engel* da mero supporto argomentativo per integrare il significato del parametro costituzionale interno, in vista dell'allargamento della sua sfera di operatività: giacché, come si è visto, egli muove dalla contraria premessa che alle sanzioni amministrative l'art. 25, secondo comma, Cost. non si applichi. Segue invece un terzo percorso, intrinsecamente contraddittorio, in quanto risultante dalla commistione tra premesse peculiari del primo itinerario interpretativo e conclusioni attese solo all'esito del secondo: la riqualificazione sostanziale dell'illecito viene a sortire l'effetto – di valenza para-legislativa – di ri-trasformare in penale una sanzione espressamente qualificata come amministrativa dal legislatore nazionale, consentendo l'invocazione dei parametri costituzionali interni, dallo stesso rimettente riferiti alla sola pena in senso stretto».

⁴⁸ In tema, P. Provenzano, *La retroattività in mitius delle norme sulle sanzioni amministrative*, in *Riv. it.dir.publ.com.*, 2012, 5, 879; V. Pampanin, *Retroattività delle sanzioni amministrative, successioni di leggi nel tempo e tutela del destinatario*, in *Dir. amm.*, 2018, 1, 151-164.

Ebbene, pur in presenza di autorevoli voci contrarie⁴⁹, tradizionalmente il principio di retroattività favorevole non è stato ritenuto applicabile alle sanzioni amministrative in ragione della previsione dell'art. 1, co. 2, della l. n. 689/1981 che – nel disporre che «Le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati» – è stato interpretato sia nel senso di escludere l'applicazione di una norma sanzionatoria a fatti commessi prima della entrata in vigore della stessa, sia nel senso di escludere l'applicazione retroattiva di una norma sanzionatoria sopravvenuta più favorevole, in applicazione di un canone di stretta legalità⁵⁰. Piuttosto, in materia è stato ritenuto operativo il principio del *tempus regit actum* e la Corte costituzionale, in più occasioni, non ha reputato contraria alla Costituzione la scelta del legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, di introdurre solo in via eccezionale e settoriale il principio di retroattività favorevole per le sanzioni amministrative⁵¹. Tale costante orientamento interno deve essere letto, tuttavia, alla luce delle interpretazioni evolutive alle quali è approdata la Corte di Strasburgo a partire dal caso Scoppola, in cui si è affermato che l'art. 7 CEDU non garantisce solamente il principio di non retroattività delle leggi penali più severe, ma impone anche che, nel caso in cui la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e quelle successive adottate prima della condanna definitiva siano differenti, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo⁵².

⁴⁹ Si veda la posizione di M.A. Sandulli, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, cit., 83, secondo la quale «Una più ampia lettura dell'art. 25, 2° co. Cost., e puntualmente ripetuto dall'art. 1, 1° co. l. 689/1981, consente peraltro a nostro avviso di intendere implicitamente riconosciuto in un più lato concetto di garanzia di legalità della pena anche il suddetto ulteriore significato di garanzia di non punibilità per un fatto che, al tempo dell'esercizio della potestà sanzionatoria, non sarebbe più passibile di pena. Analogo ragionamento deve farsi per quanto attiene alla applicabilità della legge più favorevole nel caso di cui al 3° co., intendendosi in questa ipotesi che il limite temporale – che la norma fissa nella sentenza di condanna divenuta irrevocabile – sia costituito dall'inoppugnabilità della sanzione amministrativa ovvero dal passaggio in giudicato della decisione giurisdizionale che venga resa sulla medesima». Anche P. Virga, *Arriva il favor rei, ma non per tutte le sanzioni amministrative*, in *GiustAmm.*, 2001, 7, in cui l'A. si chiedeva «perché un tale principio non sia stato statuito in via generale per tutte indistintamente le sanzioni amministrative».

⁵⁰ Tali argomenti sono stati rafforzati, peraltro, dalla esistenza di discipline settoriali che hanno introdotto espressamente il principio di retroattività favorevole e, dunque, secondo la giurisprudenza costante, anche della Corte costituzionale, confermerebbero l'assenza di un principio generale in materia e la necessaria introduzione di previsioni espresse sul punto per evitare il contrasto con il principio di legalità di cui all'art. 1, co. 2 della l. n. 689/1981. Per un approfondimento, P. Cerbo, *Il principio di irretroattività*, cit., 240-247.

⁵¹ Cfr. Corte cost., ord. 24 aprile 2002, n. 140 e 28 novembre 2002, n. 501, entrambe in *Foro it.*, 2003, I, 1338 ss., con nota di P. Cerbo, *Successione di leggi nel tempo e applicazione della disciplina più favorevole per gli autori di violazioni amministrative*, che riteneva «errata la convinzione che l'assoggettamento a sanzione amministrativa – in luogo di quella penale – sia sempre un «vantaggio» per il trasgressore; risulta altresì errata la convinzione che una più stringente garanzia per il trasgressore – nell'ipotesi di sopravvenienza di una norma più favorevole – sia necessaria solo nell'ambito del diritto penale. Non esiste dunque una ragione – precipuamente riferibile agli illeciti amministrativi – che renda necessaria l'applicazione della normativa vigente al momento del fatto; anzi tale ultima soluzione può rivelarsi fortemente illogica».

⁵² C. eur. dir. uomo, 17 settembre 2009, ric. n. 10249/03, *Scoppola c. Italia*; orientamento ribadito anche, C. eur. dir. uomo, 24 gennaio 2012, ric. n. 1051/06, *Mihai Toma c. Romania*; C. eur. dir. uomo, 12

Sulla base di tale rilevante evoluzione, consolidata peraltro anche nel diritto eurounitario⁵³, e dei principi affermati a partire dal caso *Engel*, autorevoli autori ritengono ormai necessario estendere l'operatività del principio della retroattività *in mitius* a tutte le sanzioni amministrative⁵⁴.

In un primo momento, la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 1 della l. n. 689/1981 – nella parte in cui non prevede l'applicazione retroattiva della legge successiva più favorevole all'autore dell'illecito amministrativo – per contrasto con gli artt. 3 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 6 e 7 CEDU, ha dichiarato non fondata la questione in ragione della circostanza che «nell'affermare il principio della retroattività del trattamento sanzionatorio più mite – la giurisprudenza della Corte europea non ha mai avuto ad oggetto il sistema delle sanzioni amministrative complessivamente considerato, bensì singole e specifiche discipline sanzionatorie, ed in particolare quelle che, pur qualificandosi come amministrative ai sensi dell'ordinamento interno, siano idonee ad acquisire caratteristiche “punitive” alla luce dell'ordinamento convenzionale»⁵⁵. Con tale pronuncia, dunque, la Corte ha valorizzato il

gennaio 2016, *Gouarré c. Andorra*.

⁵³ Corte Giust. UE, 11 marzo 2008, in causa C-420/06, *Rüdiger Jager contro Amt für Landwirtschaft Bützow*, par. 59: «Secondo la giurisprudenza della Corte, il principio di applicazione retroattiva della pena più mite fa parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, cosicché esso deve essere considerato un principio generale del diritto comunitario, di cui la Corte garantisce il rispetto e che il giudice nazionale deve applicare (v., in tal senso, sentenza 3 maggio 2005, cause riunite C387/02, C391/02 e C403/02, Berlusconi e a., Racc. pag. I3565, punti 6769, nonché Campina, cit., punto 32)». Su tali profili, cfr. M.V. Ferroni, *I principi generali delle sanzioni nel diritto comunitario e la loro rilevanza nel diritto interno*, in A. Cagnazzo e S. Toschei (a cura di), *La sanzione amministrativa*, cit., 53-87. Sul punto S. Cimini, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, cit., 250, sostiene che si debba sposare la tesi della applicabilità generalizzata della retroattività *in mitius* delle sanzioni amministrative sia per evitare un sistema duale tra situazioni che hanno rilievo comunitario e situazioni interne, sia in quanto la l. 241/90 impone alla PA di rispettare i principi UE, sia, inoltre, per evitare un doppio binario interno che determina una disparità di trattamento non giustificabile rispetto alle sanzioni amministrative per le quali il principio del *favor rei* sia già stato riconosciuto dal giudice.

⁵⁴ Così, M.V. Ferroni, *op. ult. cit.*, 77; F. Goisis, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, cit., 28-31; P. Provenzano, *Sanzioni amministrative e retroattività in mitius: un timido passo in avanti*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 3, 270 ss.; V. Pampanin, *Retroattività delle sanzioni amministrative, successioni di leggi nel tempo e tutela del destinatario*, cit., 155; S. Cimini, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, cit., 250 ss.

⁵⁵ Corte cost., 20 luglio 2016, n. 193, in *giurcost.org*, con commenti di M. Galdi, *La corte esclude ancora l'estensione generalizzata alle sanzioni amministrative dell'applicazione retroattiva del trattamento più favorevole, ma apre la porta a valutazioni caso per caso. Commento a Corte costituzionale, 20 luglio 2016, n. 193*, in *Osservatorio AIC*, 2016, 3, 5, secondo il quale «Si ha la sensazione, in altre parole, che la Corte, nell'escludere l'applicazione generalizzata del principio della *lex mitior* alle sanzioni amministrative, si prepari ad un puntuale lavoro di verifica delle singole ipotesi sanzionatorie, lasciando presagire, nel costante dialogo con la magistratura remittente, la sua disponibilità pro futuro ad intervenire con pronunce di accoglimento, che applichino puntualmente e preventivamente, rispetto alla Corte di Strasburgo, i criteri Engel»; P. Provenzano, *Sanzioni amministrative e retroattività in mitius: un timido passo in avanti*, cit., 277-278, secondo il quale «la Corte costituzionale riconosce chiaramente che in presenza dei criteri Engel (o meglio di almeno uno di essi) il principio in parola debba necessariamente essere applicato anche alle sanzioni amministrative. Ebbene, tale riconoscimento, cui nel caso di specie la Corte non ha (a torto o a ragione) fatto conseguire la declaratoria d'incostituzionalità

proprio margine di apprezzamento e adeguamento sulla giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma CEDU che le consente di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento interno, ribadendo il ruolo della Corte di Strasburgo come giudice del caso concreto⁵⁶. Pur ritenendo non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della l. n. 689/1981, alcuni autori non hanno mancato di rilevare che la Corte costituzionale avrebbe comunque accolto implicitamente il principio di retroattività *in mitius* per le sanzioni amministrative convenzionalmente penali da valutarsi, tuttavia, caso per caso, non avendo la Corte di Strasburgo operato una estensione generalizzata di tale principio al sistema sanzionatorio amministrativo complessivamente considerato⁵⁷.

Ulteriori rilevanti spunti sono ricavabili dall'orientamento tenuto dalla Consulta nella sentenza n. 68/2017⁵⁸, resa nell'ambito della riforma in materia di intermediazione finanziaria operata con la l. n. 62/2005⁵⁹, originata da una serie

dell'art. 1 della l. n. 689/1981 nella parte in cui non contempla siffatto principio, deve comunque considerarsi come un monito al nostro legislatore, cui spetta ora estendere l'applicabilità del principio in parola alla generalità delle sanzioni pecuniarie».

⁵⁶ Corte cost., 20 luglio 2016, n. 193, par. 3.3. e 3.4.: «Spetta, peraltro, a questa Corte “valutare come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano. La norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., da questo ripete il suo rango nel sistema delle fonti, con tutto ciò che segue, in termini di interpretazione e bilanciamento, che sono le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza” (sentenza n. 317 del 2009). “A questa Corte compete, insomma, di apprezzare la giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente, in modo da rispettarne la sostanza, ma con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi (sentenza n. 311 del 2009)” (sentenza n. 236 del 2011). 3.4. L'estensione del principio, di matrice convenzionale, della retroattività della legge successiva favorevole ha già formato oggetto di valutazione da parte di questa Corte, laddove è stato ritenuto che “Ancorché tenda ad assumere un valore generale e di principio, la sentenza pronunciata dalla Corte di Strasburgo nel caso Scoppola resta pur sempre legata alla concretezza della situazione che l'ha originata: la circostanza che il giudizio della Corte europea abbia ad oggetto un caso concreto e, soprattutto, la peculiarità della singola vicenda su cui è intervenuta la pronuncia devono, infatti, essere adeguatamente valutate e prese in considerazione da questa Corte, nel momento in cui è chiamata a trasporre il principio affermato dalla Corte di Strasburgo nel diritto interno e a esaminare la legittimità costituzionale di una norma per presunta violazione di quello stesso principio” (sentenza n. 236 del 2011)».

⁵⁷ Secondo E. Bindi, A. Pisaneschi, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei diritti dell'Uomo*, cit., 244, spec. nota 22, secondo i quali «In definitiva, sembrerebbe voler dire la Corte, le sanzioni amministrative sostanzialmente penali godono del principio della retroattività *in mitius*, le sanzioni amministrative non sostanzialmente penali non ne godono».

⁵⁸ Corte cost., 7 aprile 2017, n. 68, in *giurcost.org*, con commenti di F. Viganò, *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative 'punitive'*, in *Dir.pen.cont.*, 2017, 4, 269 ss.; G. Abbadessa, *La Corte costituzionale sull'applicazione retroattiva della confisca amministrativa per equivalente agli abusi di mercato. Nozione convenzionale di "pena", efficacia della CEDU, ruolo della Corte*, in *Giur. comm.*, 2018, 3, 476 ss.; G. Amarelli, *Irretroattività e sanzioni 'sostanzialmente' penali: il discorso incompiuto della Consulta sulla confisca per equivalente ex art. 187-sexies t.u.f.*, in *Giur. cost.*, 2017, 2, 691 ss.

⁵⁹ I fatti della vicenda sottoposta allo scrutinio della Consulta si riferiscono ad alcuni abusi di informazioni privilegiate che, al tempo della loro commissione, era previsti come reati e come tali sanzionati dall'art. 180 co. 2 del d.lgs. n. 58/1998 (TUF) con la pena della reclusione fino a 2 anni e con la multa da 20 a 600 milioni di lire, nonché con la confisca diretta dei mezzi utilizzati per commettere il reato e dei beni che ne costituivano il profitto. Nelle more del procedimento penale, le fattispecie in questione sono state depenalizzate

di ordinanze con cui la Corte di Cassazione ha rilevato possibili profili di illegittimità costituzionale del regime di retroattività della confisca per equivalente prevista per l'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate per contrasto con gli artt. 3, 25, secondo comma, 117, primo comma, Cost., in relazione al parametro interposto dell'art. 7 CEDU⁶⁰. In particolare, la Corte, dopo aver riconosciuto la natura penale, ai sensi dell'art. 7 CEDU, della confisca per equivalente⁶¹ e aver ritenuto applicabile il divieto di retroattività sulla base dell'art. 25, secondo comma, Cost., sulla scorta del precedente della sent. n. 196/2010 (espresamente richiamata)⁶², ha ribadito che tale riconoscimento non conduce a una

dall'art. 9, co. 2, lett. a) della legge n. 62/2005, che, riformulando l'art. 187-bis del d.lgs. n. 58/1998, ne ha previsto la punizione con una sanzione amministrativa pecuniaria da 20.000 a 3 milioni di euro, poi quintuplicata dall'art. 39 co. 3, della legge n. 262/2005 e quindi elevata ad un minimo di 100.000 ed un massimo di 15 milioni di euro. Nel riformulare l'art. 187-bis la legge n. 62/2005 ha inoltre introdotto l'art. 187-sexies con cui ha stabilito che, qualora non fosse possibile la confisca del prodotto o del profitto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo, la confisca avrebbe avuto ad oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente. In questo modo il legislatore ha pertanto introdotto una nuova ipotesi di confisca, la confisca per equivalente, mentre in precedenza l'art. 180 del d.lgs. n. 58/1998 prevedeva la sola confisca diretta. Inoltre, l'art. 9 co. 6 della legge n. 62/2005 ha disposto l'applicazione della confisca per equivalente anche ai reati già commessi e che tale legge aveva depenalizzato, escludendone invece l'applicazione per fatti già commessi ma che continuavano a costituire reato.

⁶⁰ In particolare, con sei ordinanze (nn. 303, 304, 305, 306, 307 e 308 del 2015) la Corte di cassazione, Sez. II, ha sollevato questioni di legittimità costituzionale degli artt. 187-sexies del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (TUF) e 9, co. 6, della l. 62/2005 con riferimento agli artt. 3, 25, secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU, nella parte in cui prevedono che la confisca per equivalente si applica anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore della legge n. 62 del 2005, che le ha depenalizzate. L'art. 187-sexies del d.lgs. n. 58 del 1998, come introdotto dalla legge n. 62 del 2005, prevede che, in caso di condanna per un illecito amministrativo previsto dalla parte V, titolo I-bis, del medesimo testo normativo, ove non sia possibile confiscare il prodotto o il profitto dell'illecito e i beni utilizzati per commetterlo, sia disposta la confisca di somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente. L'art. 9, comma 6, della legge n. 62 del 2005 aggiunge che tale regime si applica anche alle violazioni commesse anteriormente all'entrata in vigore di tale legge, con cui sono state depenalizzate alcune figure di reato e sono stati introdotti corrispondenti illeciti amministrativi, salvo che il relativo procedimento penale non sia già stato definito.

⁶¹ Corte cost., 7 aprile 2017, n. 68, par. 6 «La confisca per equivalente prevista dall'art. 187-sexies impugnato condivide il tratto essenziale proprio delle altre ipotesi di confisca di valore finora vagliate dalla giurisprudenza di legittimità e anche da questa Corte (ordinanze n. 301 e n. 97 del 2009), con specifico riferimento al caso regolato dall'art. 322-ter del codice penale. Essa si applica a beni che non sono collegati al reato da un nesso diretto, attuale e strumentale, cosicché la privazione imposta al reo risponde a una finalità di carattere punitivo, e non preventivo».

⁶² *Ibid.*, par. 7: «Una volta acclarata la funzione punitiva propria della confisca prevista dall'art. 187-sexies impugnato, è conseguente l'applicabilità dell'art. 25, secondo comma, Cost. in punto di divieto di retroattività. Questa Corte ha ritenuto che tale garanzia costituzionale concerne non soltanto le pene qualificate come tali dall'ordinamento nazionale, ma anche quelle così qualificabili per effetto dell'art. 7 della CEDU (sentenza n. 196 del 2010), perché punire a qualsivoglia titolo la persona per un fatto privo di anti-giuridicità quando è stato commesso significa violare il cuore dell'affidamento che l'individuo è legittimato a riporre nello Stato (sentenza n. 364 del 1988) quanto all'esercizio della potestà pubblica in forme prive di arbitrarietà e irrazionalità. Nel caso di specie, pertanto, la confisca per equivalente, nonostante sia prevista dalla legge come conseguente a un illecito amministrativo, va considerata una "pena", come tale assistita da tutte le garanzie prescritte al riguardo dall'art. 7 della CEDU. Essa infatti, svolgendo con tratti di significativa affinità una funzione punitiva, risponde positivamente ai criteri enunciati a tal fine dalla consolidata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (sentenza 9 febbraio 1995, Welch contro Gran Bretagna)».

impropria estensione del diritto penale ad ogni effetto e ha ritenuto le questioni inammissibili in ragione di un erroneo presupposto interpretativo del giudice *a quo*. Secondo la Corte, infatti, il giudice *a quo* avrebbe omesso «di tenere conto del fatto che la natura penale, ai sensi dell'art. 7 della CEDU, del nuovo regime punitivo previsto per l'illecito amministrativo comporta un inquadramento della fattispecie nell'ambito della successione delle leggi nel tempo e demanda al rimettente il compito di verificare in concreto se il sopraggiunto trattamento sanzionatorio, assunto nel suo complesso e dunque comprensivo della confisca per equivalente, si renda, in quanto di maggior favore, applicabile al fatto pregresso, ovvero se esso in concreto denunci un carattere maggiormente affittivo». In altri termini, la Corte ritiene dirimente inquadrare in concreto la vicenda della depenalizzazione nel fenomeno della successione di leggi nel tempo dal momento che, nel mantenere la antiggiuridicità del fatto, l'introduzione della confisca per equivalente per i medesimi fatti avrebbe operato solo una modifica del trattamento sanzionatorio (da reclusione e multa a sanzione amministrativa pecuniaria e confisca per equivalente in aggiunta alla preesistente confisca diretta) e non l'introduzione di una sanzione (sostanzialmente penale) prima non comminata⁶³. Ciò imporrebbe al giudice di verificare in concreto la sussistenza di un regime sopravvenuto complessivamente più favorevole al reo e, in caso di esito positivo, di applicare il principio della retroattività *in mitius* accolto dall'art. 7 CEDU⁶⁴.

⁶³ F. Viganò, *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative 'punitive'*, cit., 274, afferma chiaramente: «Breve: la confisca per equivalente è una nuova pena, non prevista al momento del fatto, che come tale non dovrebbe poter essere applicata retroattivamente, anche laddove il legislatore disponga diversamente». Dello stesso avviso, G. Amarelli, *Irretroattività e sanzioni 'sostanzialmente' penali: il discorso incompiuto della Consulta sulla confisca per equivalente ex art. 187-sexies t.u.f.*, cit., 697: «La decisione, infatti, presta il fianco prima ancora a penetranti rilievi critici sotto un altro versante, quello dell'impropria riconduzione della vicenda modificativa della disciplina del *market abuse* nel cono della successione di leggi penali nel tempo, piuttosto che in quello del *nulla poena sine lege praevia* e, quindi, più a monte, della mancata verifica del fenomeno intertemporale che si è effettivamente concretato in occasione della riforma del 2005 relativamente alla confisca per equivalente. Non pare, invero, potersi condividere l'apodittica attrazione dello stesso nell'area della *mutatio criminis* governata dal ben diverso principio della retroattività della *lex mitior* per una serie di argomenti».

⁶⁴ Secondo M. Branca, *Un "giro di vite" sulle sanzioni amministrative "penali" nelle sentenze n. 43, n. 68 e n. 109 del 2017 della Corte costituzionale?*, cit., 1421: «Appare assai dubbia la validità logica, prima che giuridica, della comparazione demandata al giudice di merito, perché dovrà svolgersi tra entità non omogenee, quali sono, da un lato, il regime sanzionatorio abolito, formalmente e sostanzialmente penale, con possibili esiti restrittivi della libertà personale, e che, peraltro, non prevedeva la confisca per equivalente, e, dall'altro, il sistema depenalizzato, ancora una volta energicamente qualificato in questa sentenza, formalmente amministrativo, che però contempla quella confisca, di sicura valenza penale». Sul punto anche F. Viganò, *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative 'punitive'*, 273, secondo cui: «Ma, quanto meno con riferimento alla particolare ipotesi ora all'esame della Corte, chiunque abbia un minimo di esperienza della prassi dei tribunali potrà cogliere agevolmente che, dal punto di vista dell'interessato, il secondo quadro sanzionatorio è enormemente più gravoso: la previsione sulla carta della reclusione sino a due anni è destinata sistematicamente a sfociare (salvo che nella improbabile ipotesi che il colpetto bianco imputato sia un incallito plurirecidivo) in una pena condizionalmente sospesa, che ha un contenuto affittivo reale pari a zero; mentre ciò che realmente conta per il soggetto è la possibilità di essere condannato a una sanzione pecunia-

Sotto un profilo sistematico, la sentenza n. 68/2017 appare rilevante in quanto da un lato richiama espressamente l'orientamento "sostanzialista" della sent. n. 196/2010 con cui la Corte aveva ritenuto applicabile l'art. 25, secondo comma, Cost. anche alle sanzioni amministrative qualificabili come pene per effetto dell'art. 7 CEDU; dall'altro, circoscrive tale espansione ribadendo, in virtù del precedente della sentenza n. 49/2015, l'autonomia dell'illecito amministrativo dal diritto penale ed escludendo che l'attribuzione di una garanzia propria della pena determini l'applicazione generalizzata dello statuto penalistico a qualsiasi altro effetto.

Inoltre, appare rilevante l'affermazione del dovere in capo ai giudici di merito di interpretare la disciplina della CEDU in base ai principi di diritto espressi dalla Corte di Strasburgo anche con riferimento a casi non espressamente decisi da quest'ultima e di limitare tale attività, sollevando la questione di legittimità costituzionale, solo quando il giudice non riesca ad offrire una interpretazione convenzionalmente orientata⁶⁵.

Nell'ambito della medesima vicenda fattuale si inserisce, poi, la sentenza n. 223/2018⁶⁶ della Consulta che, a differenza del dispositivo di inammissibilità della sent. n. 68/2017, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 9, co. 6, della l. n. 62/2005 nella parte in cui stabilisce che la confisca per equivalente prevista dall'art. 187-*sexies* del d.lgs. n. 58 del 1998 si applica, allorché il procedimento penale non sia stato definito, anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore della stessa legge n. 62 del 2005, quando il com-

ria dall'ammontare spaventosamente superiore a quella che il giudice penale gli avrebbe mai potuto infliggere, con l'ulteriore possibilità che gli venga applicata una misura –la confisca per equivalente, per la quale non è oltre tutto stabilito alcun ammontare massimo –che non era proprio prevista al momento del fatto. In queste condizioni, affermare che il secondo trattamento sanzionatorio potrebbe essere considerato più favorevole, soltanto perché non contempla più la pena detentiva, apparirebbe *ictu oculi* frutto di una incomprensione radicale della reale carica di afflittività delle sanzioni dal punto di vista del loro destinatario: incomprensione nella quale mi auguro non incorra il giudice *a quo*, ora chiamato a compiere la valutazione comparativa richiesta dalla Corte».

⁶⁵ Ulteriore profilo di rilievo si rinviene nell'affermazione della Corte secondo cui: «In secondo luogo, è parimenti da respingere l'idea che l'interprete non possa applicare la CEDU, se non con riferimento ai casi che siano già stati oggetto di puntuali pronunce da parte della Corte di Strasburgo. Al contrario, "[l]'applicazione e l'interpretazione del sistema di norme è attribuito beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri" (sentenze n. 49 del 2015 e n. 349 del 2007). Il dovere di questi ultimi di evitare violazioni della CEDU li obbliga ad applicarne le norme, sulla base dei principi di diritto espressi dalla Corte EDU, specie quando il caso sia riconducibile a precedenti della giurisprudenza del giudice europeo (sentenze n. 276 e n. 36 del 2016). In tale attività interpretativa, che gli compete istituzionalmente ai sensi dell'art. 101, secondo comma, Cost., il giudice comune incontra il solo limite costituito dalla presenza di una normativa nazionale di contenuto contrario alla CEDU. In tale caso, la disposizione interna va impugnata innanzi a questa Corte per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., ove non sia in alcun modo interpretabile in senso convenzionalmente orientato (sentenza n. 239 del 2009)».

⁶⁶ Corte cost., 5 dicembre 2018, n. 223, in *Giur. cost.*, 2018, 6, 2591 ss., con nota di F. Mazzacava, *Successione di leggi punitive e principi costituzionali*.

plussivo trattamento sanzionatorio generato attraverso la depenalizzazione sia in concreto più sfavorevole di quello applicabile in base alla disciplina previgente.

Dunque, attraverso una riformulazione delle questioni e una approfondita argomentazione da parte del giudice *a quo*, quest'ultimo ha ampiamente motivato sulle ragioni del carattere in concreto maggiormente afflittivo derivante del nuovo trattamento sanzionatorio per i fatti di abuso di informazioni privilegiate derivante dal processo di depenalizzazione, superando quella presunzione legislativa⁶⁷, richiamata nella sentenza n. 68/2017, di maggior favore della sanzione amministrativa rispetto a quella penale.

Ebbene, sotto il profilo sistematico, la sentenza è da apprezzare in quanto ribadisce chiaramente che «l'inderogabile applicazione retroattiva della nuova disciplina sanzionatoria ai fatti pregressi si pone in contrasto con gli artt. 25, secondo comma, e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU, nella parte in cui impone di applicare la nuova disciplina anche qualora essa risulti in concreto più sfavorevole di quella precedentemente in vigore», fondando, dunque, il divieto di retroattività sfavorevole per le sanzioni amministrative sia nel parametro costituzionale dell'art. 25, secondo comma Cost., sia in quello convenzionale⁶⁸.

Nel filone giurisprudenziale in merito alle modifiche normative che si sono susseguite sul tema dell'abuso di informazioni privilegiate e sul suo regime sanzionatorio si inserisce, inoltre, la sentenza n. 63/2019⁶⁹ con la quale la Consulta ha ritenuto costituzionalmente illegittima la deroga della retroattività *in mitius*, stabilita dal censurato art. 6, co. 2, del d.lgs. n. 72/2015, nella parte in cui escludeva l'applicazione retroattiva delle modifiche *in mitius* apportate alle sanzioni amministrative previste per gli illeciti di abuso di informazioni privilegiate di

⁶⁷ Sulla presunzione di maggior favore della sanzione amministrativa a seguito della depenalizzazione, si richiamano le considerazioni di P. Cerbo, *La depenalizzazione fra giudice penale e amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2018, 1, 63, secondo il quale «l'evidente sacrificio delle garanzie connesso a quest'impostazione ha potuto passare indenne per oltre trentacinque anni di intenso contenzioso [...] perché si accompagnava all'idea molto "rassicurante" di una sorta di compensazione con la degradazione del trattamento sanzionatorio: infatti, quest'impostazione assumeva che il trattamento sanzionatorio amministrativo fosse per definizione meno grave di quello penale, tenuto conto per un verso del mancato coinvolgimento della libertà personale e per altro verso della "capacità stigmatizzante assai superiore" del processo penale».

⁶⁸ Secondo, F. Mazzacuva, *Successione di leggi punitive e principi costituzionali*, cit., 2591, «Con la sentenza in commento, come detto, la Corte costituzionale ha invece riaffermato con decisione l'operatività dell'art. 25 Cost. rispetto all'applicazione delle sanzioni amministrative, con una scelta che deve essere certamente apprezzata. Il corollario del principio di legalità rappresentato dal divieto di retroattività *in peius*, infatti, è preordinato alla fondamentale esigenza di prevedibilità della legge che, per quanto avvertita anche in altri rami dell'ordinamento (quale espressione dell'istanza generale di certezza del diritto), assume una dimensione qualitativamente diversa, per via della fondamentale relazione con il principio di colpevolezza, al cospetto di qualsiasi forma di esercizio della potestà punitiva».

⁶⁹ Corte cost., 21 marzo 2019, n. 63, in *Giur. comm.*, 2019, 5, 1015 ss., con nota di E. Bindi e A. Pisaneschi, *La retroattività mitius delle sanzioni amministrative Consob*.

cui all'art. 187-*bis*⁷⁰ e, in via consequenziale, di manipolazione del mercato di cui all'art. 187-*ter* del d.lgs. n. 58/1998⁷¹.

La Corte, dapprima, ripercorre gli approdi giurisprudenziali interni e sovranazionali in merito alla retroattività *in mitius*, rilevando che tale principio trova un ancoraggio nel principio di eguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione, nell'art. 117 Cost. attraverso la norma interposta di cui all'art. 7 CEDU, per come interpretato dalla Corte di Strasburgo a partire dal sopra richiamato caso Scoppola, nonché nell'art. 11 Cost. come clausola di immissione dell'art. 49 della CDFUE; afferma poi che, pur non essendo un principio assoluto e inderogabile, lo stesso può subire limitazioni solo in virtù di valide giustificazioni attraverso un vaglio positivo di ragionevolezza per la tutela di interessi di rango parimenti costituzionale⁷². Alla luce di questa ricostruzione, la Corte ricava un duplice e concorrente fon-

⁷⁰ Sostituito in forza dell'art. 4, co. 9, lett. b) del d. lgs. 10 agosto 2018, n. 107 e rubricato «Abuso e comunicazione illecita di informazioni privilegiate».

⁷¹ Si riporta lo sviluppo normativo per comprendere lo sfondo della questione sottoposta al vaglio della Consulta. Il delitto di abuso di informazioni privilegiate (cd. *insider trading*) era inizialmente disciplinato all'art. 180 del d.lgs. n. 58/1988 (TUF). In seguito, la l. n. 62/2005, attuativa della direttiva 2003/6/CE del 28 gennaio 2003 relativa agli abusi di mercato, ha modificato il TUF e previsto due disposizioni per gli abusi di mercato: l'art. 184, configurato come delitto, e l'art. 187-*bis*, qualificato, in virtù della depenalizzazione operata con la l. 62/2005, come illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate, punito con sanzioni amministrative pecuniarie da ventimila a tre milioni di euro, aumentabili, ai sensi del comma 5 della disposizione, fino al triplo o fino al maggiore importo di dieci volte il prodotto o il profitto conseguito dall'illecito, quando esse apparissero inadeguate anche se applicate nel medesimo, avuto riguardo alle qualità personali del colpevole ovvero all'entità del prodotto o del profitto conseguito. Con il successivo art. 39 della l. 28 dicembre 2005, n. 262 è stato previsto il raddoppio delle pene previste per i reati del TUB e del TUF e, al comma 5 richiamato, è stata prevista la quintuplicazione di tutte le sanzioni amministrative pecuniarie previste in tali normative. Così, la sanzione amministrativa pecuniaria prevista per l'illecito amministrativo di cui al 187-*bis* TUF è stata innalzata a centomila euro nel minimo e a quindici milioni di euro nel massimo. Successivamente, la l. n. 154/2014 ha delegato al Governo la revisione delle cornici edittali delle sanzioni pecuniarie previste dal TUB e dal TUF con il compito di «valutare l'estensione del principio del *favor rei* ai casi di modifica della disciplina vigente al momento in cui è stata commessa la violazione» (art. 3, comma 1, lettera m, numero 1). In sede di attuazione della delega, l'art. 6, comma 3, del d.lgs. n. 72 del 2015 ha disposto che «[a]lle sanzioni amministrative previste dal decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, non si applica l'articolo 39, comma 3, della legge 28 dicembre 2005, n. 262»: con un effetto, dunque, di ripristino della cornice edittale originariamente stabilita dalla legge n. 62/2005 per gli illeciti amministrativi da essa previsti, al netto della quintuplicazione introdotta, appunto, dalla legge n. 262/2005. Per effetto dunque dell'art. 6, co. 3, del d.lgs. n. 72 del 2015, l'illecito amministrativo previsto dall'art. 187-*bis* TUF tornava a essere punito con una sanzione amministrativa pecuniaria da ventimila a tre milioni di euro, salva la possibilità di procedere agli aumenti di cui al comma 5 dello stesso art. 6. L'art. 6, comma 2, del d.lgs. n. 72 del 2015 – censurato dinanzi alla Corte costituzionale – ha stabilito, tuttavia, che «[l]e modifiche apportate alla parte V del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, si applicano alle violazioni commesse dopo l'entrata in vigore delle disposizioni adottate dalla Consob e dalla Banca d'Italia secondo le rispettive competenze [...]. Alle violazioni commesse prima della data di entrata in vigore delle disposizioni adottate dalla Consob e dalla Banca d'Italia continuano ad applicarsi le norme della parte V del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 vigenti prima della data di entrata in vigore del presente decreto legislativo».

⁷² Cfr. Corte cost. 21 marzo 2019, n. 63, par. 6.1. (Considerato in diritto): «la Corte osservò che la retroattività *in mitius* della legge penale è ormai affermata non solo, a livello di legislazione ordinaria, dall'art. 2 cod. pen., ma trova ampi riconoscimenti nel diritto internazionale e nel diritto dell'Unione europea. La retroattività della *lex mitior* in materia penale è in particolare enunciata tanto dall'art. 15, comma 1, terzo periodo, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, concluso a New York il 16 dicembre 1966, ratificato e

damento (e limite) di tutela del principio di retroattività della *lex mitior* in materia penale: uno di matrice domestica e l'altro di origine internazionale che condividono la comune *ratio* di garanzia «del diritto dell'autore del reato a essere giudicato, e se del caso punito, in base all'apprezzamento attuale dell'ordinamento relativo al disvalore del fatto da lui realizzato, anziché in base all'apprezzamento sotteso alla legge in vigore al momento della sua commissione»⁷³. In seguito, la Consulta valuta l'applicabilità di tale principio alle sanzioni amministrative e, dopo aver richiamato la sentenza n. 193/2016⁷⁴ – che escludeva che la Corte di Strasburgo avesse ritenuto applicabile il principio della *lex mitior* in via generale per tutte le sanzioni amministrative – stabilisce che la retroattività favorevole si estende anche alle sanzioni amministrative che abbiano finalità e natura punitiva⁷⁵.

Sotto un profilo sistematico, l'affermazione è di estremo interesse in quanto appare superare quel doppio e separato binario di tutele (costituzionali e convenzionali) cui la Corte aveva fatto riferimento limitando l'estensione alle sanzioni amministrative sostanzialmente penali alle sole garanzie CEDU⁷⁶. Attraverso, infatti, una ricostruzione unitaria della retroattività favorevole in materia penale, fondata su canoni nazionali e sovranazionali, il riconoscimento di una sanzione amministrativa come sostanzialmente penale consente alla Corte di estendere un fascio complessivo di garanzie tutte fondate su una medesima *ratio*, facendo veni-

reso esecutivo con legge 25 ottobre 1977, n. 881; quanto dall'art. 49, paragrafo 1, terzo periodo, CDFUE. Ciò ha indotto questa Corte a concludere che il valore tutelato dal principio in parola “può essere sacrificato da una legge ordinaria solo in favore di interessi di analogo rilievo [...]. Con la conseguenza che lo scrutinio di costituzionalità ex art. 3 Cost., sulla scelta di derogare alla retroattività di una norma più favorevole al reo deve superare un vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo a tal fine sufficiente che la norma derogatoria non sia manifestamente irragionevole” (sentenza n. 393 del 2006).

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ Su cui v. *supra* nota 56.

⁷⁵ Cfr. Corte cost., 21 marzo 2019, n. 63, par. 6.2. (Considerato in diritto): «L'estensione del principio di retroattività della *lex mitior* in materia di sanzioni amministrative aventi natura e funzione “punitiva” è, del resto, conforme alla logica sottesa alla giurisprudenza costituzionale sviluppatasi, sulla base dell'art. 3 Cost., in ordine alle sanzioni propriamente penali. Laddove, infatti, la sanzione amministrativa abbia natura “punitiva”, di regola non vi sarà ragione per continuare ad applicare nei confronti di costui tale sanzione, qualora il fatto sia successivamente considerato non più illecito; né per continuare ad applicarla in una misura considerata ormai eccessiva (e per ciò stesso sproporzionata) rispetto al mutato apprezzamento della gravità dell'illecito da parte dell'ordinamento. E ciò salvo che sussistano ragioni cogenti di tutela di controinteressi di rango costituzionale, tali da resistere al medesimo “vaglio positivo di ragionevolezza”, al cui metro debbono essere in linea generale valutate le deroghe al principio di retroattività *in mitius* nella materia penale».

⁷⁶ Sul punto, E. Bindi e A. Pisaneschi, *La retroattività mitius delle sanzioni amministrative Consob*, in *Giur. comm.*, 2019, 5, 1015 ss. secondo i quali «emerge un certo cambio di rotta rispetto al sistema delle garanzie di cui godono le sanzioni amministrative sostanzialmente penali. Mentre, come si è ricordato, in passato la Corte aveva distinto nettamente le garanzie penali costituzionali dalle garanzie convenzionali, sostenendo quasi che si trattasse di due sistemi di garanzie differenti, ognuno operante nella propria sfera, nella sentenza in questione questa differenza non solo non è rilevata, ma appare implicitamente negata. Il sistema delle garanzie penali è infatti ricostruito come un tutt'uno, conseguenza dell'intersecazione di norme e interpretazioni sovranazionali con norme e interpretazioni costituzionali».

re meno il principio (ribadito tradizionalmente dalla Corte di Cassazione)⁷⁷ del *tempus regit actum*. Peraltro, una volta superata quella concezione di «stretta legalità» che deriverebbe dall'art. 1 della l. n. 689/1981 e che escluderebbe la retroattività favorevole per le sanzioni amministrative, si potrebbe ragionare in termini di estensione di tale principio a tutte le sanzioni amministrative (ossia anche a quelle non considerate sostanzialmente penali) al fine di consentire una valutazione del trattamento sanzionatorio più favorevole eventualmente già da parte della P.A. nel corso del procedimento sanzionatorio⁷⁸.

Dalla disamina dei richiamati indirizzi interpretativi della Corte costituzionale si evince che il sistema di tutele delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali deve ormai essere necessariamente vagliato alla luce degli orientamenti sovranazionali nell'ottica di un sistema integrato di tutele, con la conseguenza che si continueranno porre senz'altro questioni relative alla estendibilità alle sanzioni amministrative di garanzie tradizionalmente riservate alle sanzioni penali⁷⁹.

⁷⁷ Sul punto, E. Bindi, A. Pisaneschi, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei diritti dell'Uomo*, cit. 178 ss., ritengono ormai «insostenibile» la posizione della Corte di Cassazione in merito alla applicazione delle sole garanzie dell'art. 6 CEDU per le sanzioni «penali» a fronte della giurisprudenza costituzionale.

⁷⁸ Su tali prospettive, si vedano V. Pampanin, *Retroattività delle sanzioni amministrative, successioni di leggi nel tempo e tutela del destinatario*, cit. 160 ss.; S. Cimini, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, cit., 250-251, il quale sottolinea che il principio della retroattività della *lex mitior* trova applicazione ormai a livello comunitario e, dunque, per evitare un sistema duale tra le situazioni comunitarie e interne, dovrebbe essere accolto in via generalizzata per tutte le sanzioni amministrative. Peraltro, tale obbligo, secondo l'A., potrebbe farsi discendere anche dall'art. 1, co. 1 della l. n. 241/90 in virtù dell'obbligo di osservanza dei principi del diritto UE, tra cui la *lex mitior* che rappresenta un principio generale dell'UE nella giurisprudenza della CGUE.

⁷⁹ A titolo esemplificativo, si veda la recente Corte cost., ord. 10 maggio 2019, n. 117, in *Foro it.*, 2019, I, 3421, con cui la Corte costituzionale – a seguito dell'ordinanza con cui la Corte di Cassazione, sez. II, 16 febbraio 2018, n. 3831 ha sollevato una questione di legittimità costituzionale – ha chiesto, in via pregiudiziale, alla CGUE di stabilire se per il diritto comunitario chi è sospettato di *market abuse* abbia il diritto di non rispondere alle domande della CONSOB nell'ambito della sua attività di vigilanza sui mercati finanziari in ragione della garanzia accordata dal principio *nemo tenetur se detegere*. Per dei commenti si leggano, G.L. Gatta, «Nemo tenetur se detegere» e procedimento amministrativo davanti alla Consob per l'accertamento dell'abuso di informazioni privilegiate: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-quinquiesdecies T.U.F., in *Dir. pen. con.*, 2018, 4, 156-162; L.R. Corrado, *Legittimo sanzionare la mancata ottemperanza alle richieste della CONSOB?*, in *Dir. giust.*, 2019, 85, 8; M. Allena, *Le sanzioni amministrative tra garanzie costituzionali e convenzionali-europee*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 3, 374-383, secondo la quale, anche alla luce delle garanzie della Carta di Nizza «[...] vi è da chiedersi se non sia forse sterile e controproducente, per l'ordinamento nazionale, esprimere prevalentemente, con la sola eccezione dell'art. 25 Cost., un atteggiamento di diffidenza, se non di chiusura verso le categorie sostanzialistiche CEDU. Invero, specie nella prospettiva dell'operatore pratico (P.A. sanzionatrice, giudici, avvocati), la coesistenza di categorie tra loro palesemente incompatibili (etichetta formale vs. natura sostanziale; continuità tra funzione amministrativa e funzione giurisdizionale vs. separazione dei poteri e quindi, distinzione netta e quasi ontologica tra le due funzioni pubbliche di applicazione delle norme) genera confusioni e fraintendimenti; in ultima analisi, non favorisce l'applicazione doverosa delle garanzie CEDU ove esse risultino, come in genere accade, superiori e ulteriori rispetto a quelle predisposte dall'ordinamento nazionale».

4. *La sanzione amministrativa quale strumento di perseguimento dell'interesse pubblico*

I processi di depenalizzazione hanno avvalorato a livello interno una concezione della sanzione amministrativa come uno strumento «meno grave» della sanzione penale che ha condizionato l'interpretazione e la costruzione della categoria negli anni. Così, a titolo esemplificativo, la funzione sanzionatoria è stata intesa da taluni autori solo formalmente come funzione amministrativa, ma sostanzialmente come funzione giurisdizionale, in ragione della circostanza che la sanzione amministrativa non perseguirebbe un interesse pubblico determinato, ma avrebbe esclusivamente una finalità affittiva a tutela dell'interesse generale all'osservanza della legge e alla punizione dei trasgressori⁸⁰.

Seguendo l'impostazione richiamata della sanzione amministrativa in senso stretto, è possibile rilevare che l'affittività della misura è considerata l'elemento fondamentale per distinguere le misure qualificabili come sanzioni amministrative dai provvedimenti amministrativi sfavorevoli non rientranti in tale categoria⁸¹.

Di conseguenza, quando un provvedimento sfavorevole della amministrazione (ossia limitativo della sfera economico-giuridica del trasgressore o non ampliativo della stessa) non ha carattere affittivo-punitivo nei confronti del trasgressore della norma, ma è finalizzato solo alla cura, alla prevenzione o al ripristino dell'interesse pubblico leso, allora non dovrebbe essere propriamente incluso nel *genus* delle sanzioni amministrative e non dovrebbe essere estesa la disciplina prevista dalla l. n. 689/81.

Se può dirsi condivisibile la considerazione che un carattere della sanzione amministrativa è rappresentato dal suo contenuto affittivo, nei confronti del

⁸⁰ Si vedano le posizioni di R. Giovagnoli, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2013, 7 ss., secondo il quale sarebbe questa, inoltre, la ragione della attribuzione della competenza in materia di sanzioni amministrative al giudice ordinario ai sensi della l. n. 689/1981; G. Severini, *Sanzioni amministrative (processo civile)*, in *Enc. Dir.*, agg. VI, 2002, 1006 ss.; P. Cerbo, *Le sanzioni amministrative*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, tomo I, II ed., Milano, 2003, 590-591. Secondo l'A., dunque, «Il ruolo dell'amministrazione nel caso delle sanzioni non è dunque *funzione*, cioè cura concreta di un certo interesse pubblico tramite l'esercizio di un potere: come si è già detto, essa è reazione alla violazione di un precetto con finalità di prevenzione, vale a dire una potestà punitiva con finalità non dissimili da quella penale». Inoltre, i «provvedimenti» sanzionatori, sono stati definiti provvedimenti «inautentici», atti cioè che non sono provvedimenti sul piano logico ma sono trattati, sul piano del diritto positivo, come se lo fossero» in ragione della circostanza che non perseguono una finalità di cura immediata e diretta di interessi pubblici e, dunque, divergono sul piano funzionale dal provvedimento (in questi termini, F.G. Scoca, *Il provvedimento*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto Amministrativo*, V ed., Torino, 2017, 290).

⁸¹ Sul punto è condivisibile, da ultimo, il pensiero di S. Cimini, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, cit., 71, secondo il quale «se manca lo scopo affittivo e di prevenzione generale, che si manifesta attraverso l'irrogazione di una pena amministrativa nei confronti del responsabile del fatto illecito (che può essere anche una persona giuridica), non si ha una sanzione amministrativa, ma una mera misura sfavorevole che persegue unicamente un interesse pubblico, che non si differenzia dai comuni poteri amministrativi ablatori che incidono negativamente sulla sfera giuridica del destinatario».

trasgressore del precetto⁸², ciò non esclude che attraverso una sanzione afflittiva si possano perseguire anche interessi pubblici, senza che tale sanzione sia esclusa dalla categoria delle sanzioni amministrative, per essere inquadrata tra i più tradizionali poteri ablatori della pubblica amministrazione.

Si ritiene, infatti, che gli elementi della afflittività e della strumentalità alla cura dell'interesse pubblico non siano astrattamente tra loro incompatibili e che, anzi, qualora compresenti, mostrino alcuni aspetti della sanzione amministrativa e del potere sanzionatorio della pubblica amministrazione, idonei a distinguere il potere riservato alla amministrazione rispetto a quello giudiziale per l'applicazione delle sanzioni penali.

Secondo autorevole ricostruzione, esisterebbe «un'ampia fascia di infrazioni (o inosservanze) a provvedimenti amministrativi nella quale ciò che interessa l'autorità non è l'infrazione in sé, ma invece la lesione o il pericolo di una lesione di un interesse pubblico»⁸³. Alla luce del quadro normativo di riferimento, tale orientamento classifica le sanzioni amministrative secondo tre evenienze fondamentali: nella prima ipotesi la sanzione amministrativa è la conseguenza della violazione del precetto, intesa come una reazione ad un ordine giuridico violato, in cui viene esaltata la circostanza della infrazione formale del precetto e che costituisce esclusiva manifestazione della potestà punitiva della amministrazione⁸⁴; in una seconda evenienza, invece, sono presenti sia l'elemento formale di infrazione, sia quello sostanziale della turbativa degli interessi pubblici, ma nessuno dei due è dominante. In tale ipotesi, l'infrazione non sarebbe un illecito ma, piuttosto, sarebbe da considerare come un abuso e la sanzione, pur mantenendo la funzione afflittiva, sarebbe insieme potestà punitiva e rimedio alla turbativa di interessi pubblici⁸⁵. Infine, secondo una terza ipotesi, l'elemento dell'infrazione, ossia

⁸² S. Cimini, *op. ult. cit.*, 73, «Le misure ripristinatorie, di conseguenza, non possono considerarsi vere e proprie sanzioni amministrative, e ciò non tanto perché perseguono un interesse pubblico [...] quanto perché in esse manca l'elemento qualificante dei provvedimenti sanzionatori amministrativi, vale a dire il perseguimento di finalità afflittive e di prevenzione, che si estrinseca attraverso l'irrogazione della sanzione nei confronti del trasgressore del precetto».

⁸³ M.S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, II, Milano, 1970, 1304.

⁸⁴ Id., 1306, «La prima è quella in cui l'infrazione è configurata come illecito amministrativo nel preciso senso della costruzione tradizionale: la norma esalta l'infrazione formale del precetto, all'accertamento della quale si rivolge tutto il procedimento; la decisione ha per oggetto la commisurazione della sanzione all'infrazione accertata, e la sanzione è esclusiva manifestazione della potestà punitiva. Si applicano gli ordini concettuali del diritto penale, con adattamenti che, in sostanza, derivano tutti dalla minor gravità dell'infrazione rispetto a quella che è qualificata come illecito penale, e che si compendiano in un minor rigore formale delle discipline procedurali e in una maggior discrezionalità del decidente (che, fra l'altro, essendo autorità amministrativa, non ha la posizione di indipendenza del giudice)».

⁸⁵ *Ibid.*, secondo cui «Nella seconda l'elemento formale dell'infrazione e l'elemento sostanziale della turbativa degli interessi sono ambedue presenti e nessuno di essi è dominante; ma l'infrazione non è illecito: è violazione del precetto della legge o del provvedimento; è abuso, secondo il linguaggio della pratica, che nel caso è espressivo. Se il procedimento conserva il carattere di accertamento dell'abuso, e la decisione ha per oggetto la sanzione, questa, pur rimanendo afflittiva, come ogni sanzione, non è tuttavia esercizio d'una mera potestà

della violazione del precetto, perderebbe valore e il legislatore si preoccuperebbe solo di rimediare alla turbativa degli interessi. In tale ipotesi, il procedimento non sarebbe più affittivo e sanzionatorio, ma solo esecutivo⁸⁶.

In virtù di tale classificazione, il fenomeno sanzionatorio non è considerato unitario e, in dipendenza della circostanza che la sanzione propenda verso la punizione per l'infrazione del precetto ovvero verso la cura e il ripristino dell'interesse pubblico, ne risulteranno influenzati la struttura e lo scopo del procedimento amministrativo, con la conseguente possibilità di individuare procedimenti finalizzati non tanto (o non solo) a punire, quanto a curare l'interesse pubblico turbato dall'infrazione⁸⁷.

In altri termini, qualora la funzione della sanzione sia esclusivamente la cura o il ripristino dell'interesse pubblico leso, mancherebbe l'elemento dell'affittività necessario per considerare la misura come una sanzione amministrativa volta anche a punire il trasgressore⁸⁸. È il caso dei provvedimenti ripristinatori previsti

punitiva, ma si rivolge essenzialmente a porre rimedio alla turbativa degli interessi: è la revoca della concessione, il ritiro dell'autorizzazione, lo scioglimento del consiglio d'amministrazione e così via. Sono procedimenti che ancora sono sanzionatori, ma insieme sono anche esecutivi».

⁸⁶ *Ibid.*, secondo cui «Nella terza evenienza l'elemento formale perde rilievo, il legislatore non se ne preoccupa; si preoccupa invece di porre rimedio alla turbativa degli interessi; ma con questa il procedimento diviene solo esecutivo».

⁸⁷ *Id.*, 1308 e ss., secondo la tripartizione nella ricostruzione di Giannini, vi sono tre principali procedimenti sanzionatori: a) i procedimenti disciplinari; b) i procedimenti contravvenzionali amministrativi, ossia quelli che attengono ad illeciti amministrativi conformati secondo il modello dei reati contravvenzionali puniti con l'ammenda; c) i procedimenti che hanno il carattere contravvenzionale come i precedenti, ma nei quali la sanzione pecuniaria contiene un elemento risarcitorio di un danno che subisce la collettività. L'Autore prosegue trattando dei procedimenti che attengono alla seconda tipologia di sanzioni e afferma che «i procedimenti che possono dirsi sanzionatori esecutivi attengono ad infrazioni consistenti anch'esse nell'inosservanza di obblighi o di doveri nascenti da norme o da provvedimenti amministrativi, le quali non sono tuttavia qualificate come illecito [...]. La sanzione dell'infrazione in queste fattispecie esiste, ma è una sanzione indiretta, cioè che non comporta appositi procedimenti di applicazione di sanzioni, bensì consiste nella perdita di un possibile beneficio (p. es. non si può esercitare un diritto), nella costituzione di una situazione di soggezione specifica a speciali poteri inquisitori dell'autorità, e così via [...]. Altre volte invece è previsto un apposito procedimento che [...] è destinato non tanto a punire, quanto a curare l'interesse pubblico turbato dall'infrazione [...] ne indichiamo alcuni, i quali più che tipici (in materia non sono mai state tentate delle tipizzazioni), possono solo dirsi più diffusi. a) ritiro di provvedimenti autorizzatori e concessori [...] b) ordini repressivi [...] c) gestioni coattive repressive [...]». Di recente, G. Martini, *op. cit.*, 92, secondo il quale «Sulla scia della tripartizione gianniniana è possibile senz'altro affermare che non si può discutere del fenomeno sanzionatorio come di un fenomeno unitario. Se ci si allontana nell'indagine dall'unico dato imprescindibile, costituito dalla violazione di un precetto dell'ordinamento, ci si rende conto che le certezze sono davvero poche. L'indagine sin qui condotta ha, infatti, ben messo in luce come nell'ambito della fattispecie sanzionatoria il ruolo dell'interesse pubblico, e quindi la protezione di un interesse settoriale della P.A., può essere più o meno rilevante, potendosi anche rinvenire ipotesi in cui la sanzione appare unicamente funzionalizzata alla garanzia dell'effettività dell'ordinamento od alla protezione di un bene giuridico rilevante per l'ordinamento generale».

⁸⁸ Secondo S. Licciardello, *Le sanzioni ripristinatorie*, in A. Cagnazzo, S. Toschi (a cura di), *La sanzione amministrativa. Principi generali*, cit., 336-337: «Il provvedimento ripristinatorio-sanzionatorio, si caratterizza per il fatto che l'accertamento di responsabilità riguarda profili di ordine puramente oggettivo: ai fini dell'adozione delle misure ripristinatorie non rilevano, cioè, situazioni giuridiche del trasgressore, né è richiesta un'indagine sull'intenzionalità della condotta o sulla colpevolezza di chi ha realizzato la sanzione. Tale distinzione risie-

in ambito edilizio, paesaggistico e ambientale⁸⁹, i quali mirano alla reintegrazione dell'interesse pubblico leso attraverso interventi diretti sulla *res* (come la riduzione in pristino e la demolizione)⁹⁰ al fine di ripristinare la legalità materiale violata e non (anche) al fine di sanzionare la condotta del trasgressore⁹¹.

La ricostruzione dottrinale da ultimo richiamata consente di attribuire rilevanza alla cura dell'interesse pubblico leso tra le funzioni perseguibili attraverso la sanzione amministrativa pecuniaria.

La potestà sanzionatoria si può, dunque, manifestare in modalità diverse, attraverso una connessione indiretta ed ausiliaria con le funzioni di amministrazione attiva, o talvolta attraverso la cura diretta degli interessi pubblici.

In tale logica, è stato autorevolmente rilevato che «il rapporto fra autorità amministrativa e funzione sanzionatoria non può trovare riscontro nell'ambito penale, perché attraverso la funzione sanzionatoria l'amministrazione tutela un interesse proprio. La sanzione amministrativa non è più solo sanzione per l'infrazione di un precetto, ma è anche sanzione per la lesione di un interesse di cui è

de nel fatto che nei procedimenti ripristinatori è prioritario l'interesse alla restaurazione diretta del bene leso: la tutela dell'interesse pubblico specifico è particolarmente stringente e prevalente sull'interesse privato, tant'è che il destinatario della misura può essere anche un soggetto diverso dall'autore dell'infrazione [...]».

⁸⁹ Sulle sanzioni amministrative in materia paesaggistica, si segnalano A. Massone, *La vigilanza e le sanzioni in materia paesaggistica*, in R. Ferrara, M.A. Sandulli (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, III, Milano, 2014, 607-637, e bibliografia *ivi* citata.

⁹⁰ Si fa riferimento, ad esempio, alle disposizioni del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 agli artt. 27, 31 e ss. In giurisprudenza, di recente, Cons. Stato, sez. VI, 11 dicembre 2018, n. 6983, in *Riv. Giur. Ed.*, 2019, 2, I, 418, in cui si legge: «Il presupposto per l'adozione di un'ordinanza di ripristino non è l'accertamento di responsabilità nella commissione dell'illecito, bensì l'esistenza di una situazione dei luoghi contrastante con quella prevista nella strumentazione urbanistico-edilizia»; Cfr. anche Cons. Stato, sez. VI, 11 giugno 2018, n. 3534, secondo cui «Il provvedimento con cui viene ingiunta, anche a distanza di tempo, la demolizione di un immobile abusivo perché privo di titolo edilizio è un provvedimento vincolato e doveroso sol che ne sussistono i presupposti di fatto e di diritto; non richiede quindi motivazioni in ordine a particolari ragioni di pubblico interesse, diverse da quelle inerenti al ripristino della legittimità violata, che impongono di adottarlo, neanche se ciò avvenga a distanza di tempo dalla realizzazione dell'abuso e il trasferimento del bene stesso sia avvenuto senza intenti elusivi dell'onere di ripristino».

⁹¹ In dottrina, si veda A. De Roberto, *Le sanzioni amministrative non pecuniarie*, in Aa.Vv., *Le sanzioni amministrative*, cit., 130-131, secondo il quale «L'ordinamento sembra, infatti, assumere a condizione necessaria e sufficiente per l'adozione delle misure (riparatorie) previste il solo fatto della oggettiva presenza della *res* divergente dalla normativa negando, così, ogni rilevanza sia al fatto che la violazione sia imputabile ad una condotta soggettivamente significativa (la reazione troverà luogo, ad esempio, pur se la *res* illegittima risulti posta in essere da un soggetto incapace di intendere e di volere) sia che la misura venga ad incidere sul soggetto che ha realizzato (o contribuito a realizzare) la trasgressione. [...] l'ordinamento reagisce, infatti, all'oggettiva presenza, nella realtà esterna, della *res* e non alla condotta». Cfr. anche, E. Casetta, *Illecito penale e illecito amministrativo*, in Aa.Vv., *Le sanzioni amministrative*, cit., 48 secondo il quale «Ma non è neppure sanzione in senso proprio [...] la reintegrazione – in qualsiasi forma avvenga – dello stato delle cose esistente prima della trasgressione, la *restitutio in pristinum*: ove semplicemente si rimuove uno stato di cose che si era creato in violazione della legge, e da cui esula qualunque funzione affittiva». Si vedano anche, C.E. Paliero, A. Travi, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, cit., 88; P. Cerbo, *Le sanzioni amministrative*, cit., 4 ss.; S. Cimini, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, cit., 72; S. Licciardello, *Le sanzioni ripristinatorie*, in A. Cagnazzo, S. Toschi (a cura di), *La sanzione amministrativa. Principi generali*, cit., 333-343.

titolare l'amministrazione; nella medesima logica l'illecito amministrativo costituisce spesso anche lesione di una funzione amministrativa»⁹².

In conformità a tale linea di pensiero, di recente è stato sostenuto che «il carattere punitivo e la funzione di tutela di un fine pubblico possono convivere dunque nelle sanzioni amministrative: non sussiste un contrasto ontologico tra punire ed amministrare, ossia tra l'infliggere una sanzione a seguito della violazione del precetto e la cura in concreto dell'interesse pubblico»⁹³ e ciò pare, oggi, trovare conferma nel dato positivo soprattutto in ragione della evoluzione e delle peculiarità del potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche in particolari settori del mercato.

Inquadrata la sanzione pecuniaria come strumento non solo punitivo ma anche idoneo a tutelare interessi pubblici concreti, occorre analizzare le particolarità di alcune sanzioni amministrative pecuniarie per effettuare delle considerazioni sulla funzione e sul ruolo delle stesse nel sistema e tentare di mostrare come le stesse, pur costituendo strutturalmente il prototipo della pena pecuniaria tipicamente punitiva, paiono finalizzate in realtà non tanto a punire il trasgressore quanto a tutelare interessi pubblici strumentali al corretto esercizio del potere, quali il buon andamento, la trasparenza e la celerità ed efficienza dell'azione amministrativa e a garantire l'effettività dell'attività di vigilanza o di regolazione perseguite dalla amministrazione titolare del potere sanzionatorio.

⁹² A. Travi, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, cit., 240, secondo l'A., inoltre, «La funzione sanzionatoria, in genere si è qualificata proprio per la sua connessione sostanziale con funzioni di amministrazione attiva, e per il fatto di svolgere una finalità di garanzia degli interessi che sono imputati a quella stessa amministrazione e in relazione ai quali sono esplicate le funzioni di amministrazione attiva [...] Alla luce di queste considerazioni della normativa, e forse generalizzandone la portata, è stata talvolta proposta dalla dottrina una rappresentazione della funzione sanzionatoria come funzione ausiliaria a funzioni principali o come funzione che garantisce anch'essa (in termini «indiretti») gli interessi di cui è titolare l'amministrazione. In questa logica il rapporto fra autorità amministrativa e funzione sanzionatoria non può trovare riscontro nell'ambito penale, perché attraverso la funzione sanzionatoria l'amministrazione tutela un interesse proprio. La sanzione amministrativa non è più solo sanzione per l'infrazione di un precetto, ma è anche sanzione per la lesione di un interesse di cui è titolare l'amministrazione; nella medesima logica l'illecito amministrativo costituisce spesso anche lesione di una funzione amministrativa».

⁹³ S. Cimini, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, cit., 67-68 secondo il quale «nelle innumerevoli ipotesi di fattispecie sanzionatorie amministrative, il carattere affittivo e la funzione di tutela di un fine pubblico sono presenti in misura che può essere assai diversa. Così, vi sono sanzioni amministrative che perseguono in modo spiccato un interesse pubblico (tale profilo è particolarmente evidente nelle sanzioni di competenza delle Autorità indipendenti) e ve ne sono altre che invece tutelano siffatto interesse in modo indiretto, svolgendo una funzione prevalentemente affittiva e di prevenzione (si pensi, in particolare, alle sanzioni amministrative cd. depenalizzate). In entrambi i casi, tuttavia, è sempre rinvenibile la cura di un interesse pubblico [...] la vera differenza tra le sanzioni amministrative e quelle penali risiede nella circostanza che le prime possono essere anche discrezionali, le seconde no».

5. *Le sanzioni amministrative pecuniarie dell'ANAC in materia di contratti pubblici a garanzia del corretto svolgimento del potere amministrativo*

La connessione strumentale tra funzioni di amministrazione attiva, così come la funzione di regolazione e quella di vigilanza, e la funzione sanzionatoria, quale garanzia di effettività delle prime, è evidente nella disciplina delle Autorità amministrative indipendenti⁹⁴.

Ciò è riscontrabile nella disciplina dettata in materia di contratti pubblici e, in particolare, nel potere dell'Autorità nazionale anticorruzione di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie in virtù dell'art. 213, comma 13, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nel rispetto dei principi stabiliti dalla l. n. 689/81⁹⁵.

Pur non volendo prendere in considerazione il complesso dei poteri sanzionatori dell'ANAC, già solo l'analisi di queste specifiche sanzioni amministrative pecuniarie può far emergere quella loro funzione di strumentalità al corretto esercizio del potere pubblico.

Occorre considerare che già nel vigore del precedente codice dei contratti pubblici⁹⁶, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture era titolare del potere sanzionatorio, il cui esercizio era disciplinato dal Regolamento dell'AVCP del 26 febbraio 2014, relativo alle sanzioni amministrative, pecuniarie e interdittive, per una serie tassativa di illeciti contenuti nell'abrogato codice dei contratti pubblici e nel Regolamento di esecuzione e attuazione dello stesso⁹⁷. In generale, tali sanzioni si riferivano alla mancata ostensione di documenti ed elementi, senza giustificato motivo, ovvero alla presentazione di falsi documenti o alla comunicazione di informazioni non veritiere da parte di una serie di soggetti a seguito delle richieste dell'Autorità effettuate nel corso di

⁹⁴ Osserva E. Bani, *Il potere sanzionatorio delle Autorità Indipendenti. Spunti per un'analisi unitaria*, Torino, 2000, 40, che «Nel settore economico si sviluppa pertanto, in alternativa alla repressione penale, un sistema di sanzioni amministrative, che risulta più efficace in quanto assicura una più adeguata struttura per l'applicazione, dato che tali sanzioni vengono comminate dalle stesse amministrazioni che in via primaria sono chiamate a curare gli interessi connessi al corretto svolgimento delle attività economiche». Sul tema per un approfondimento del potere sanzionatorio di numerose Autorità, si veda il volume di M. Allena, S. Cimini (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, in questa Rivista, *Contenuti extra*, *Approfondimenti*, 26, n. 82 (3-2013), in www.mucchieditore.it (anche in www.giustamm.it, 2013).

⁹⁵ Da ultimo su tale potere, M. Corradino, G.F. Licata, *Autorità nazionale anticorruzione*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, 1, Milano, 2019, 501-505.

⁹⁶ Cfr. Art. 8, comma 4, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

⁹⁷ Cfr. art. 2 del Regolamento unico in materia di esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di cui all'art. 8, comma 4 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, rubricato «Ambito di applicazione» che dispone: «Il Regolamento disciplina il procedimento per l'esercizio del potere sanzionatorio dell'Autorità per l'irrogazione delle sanzioni amministrative, pecuniarie e interdittive, ai sensi dell'art. 6, comma 11, articolo 7, comma 8, articolo 38, comma 1-ter, articolo 40, comma 9-quater, articolo 48, commi 1 e 2 del Codice, nonché ai sensi dell'art. 73 e 74 del Regolamento di esecuzione ed attuazione».

ispezioni, verifiche e analisi di procedure di lavori, servizi e forniture in corso o da iniziare. Inoltre, le stesse sanzioni si applicavano anche agli operatori economici che non ottemperavano alla richiesta della stazione appaltante o dell'ente aggiudicatore di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento, nonché agli operatori economici che fornivano dati o documenti non veritieri, circa il possesso dei requisiti di qualificazione, alle stazioni appaltanti o agli enti aggiudicatori o agli organismi di attestazione⁹⁸.

Tale potere sanzionatorio era concepito come uno «strumento di *enforcement* dell'ampio potere di controllo dell'AVCP, anche di tipo ispettivo, nonché degli altri obblighi informativi posti dal codice e dal regolamento di attuazione a carico dei soggetti vigilati» e se ne rilevava una ingiustificata differenza rispetto ai poteri sanzionatori riconosciuti alle altre Autorità a garanzia delle funzioni di vigilanza e regolazione⁹⁹.

Attualmente, l'art. 213, comma 13 del d.lgs. n. 50/2016 attribuisce all'ANAC il potere di disciplinare con propri atti i procedimenti sanzionatori di sua competenza e l'Autorità – dopo aver più volte adeguato e continuato ad applicare il Regolamento unico del 26 febbraio 2014¹⁰⁰ – ha adottato negli ultimi mesi del 2019 il Regolamento sull'esercizio del potere sanzionatorio ai sensi del d.lgs. n. 50/2016¹⁰¹, superando alcune incertezze applicative che derivavano dal mancato coordinamento e adeguamento al nuovo codice dei contratti e tentando di semplificare la disciplina attraverso la adozione di un unico regolamento composto da ventitré articoli.

⁹⁸ Sul tema, M.L. Chimenti, *Le sanzioni dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in M. Fratini (a cura di), *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2011, 1053-1098; C. Celone, *I procedimenti sanzionatori dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP)*, in M. Allena, S. Cimini (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., 289-304.

⁹⁹ In questi termini, C. Celone, *op. cit.*, 297.

¹⁰⁰ Per completezza si rileva che nelle more dell'adozione del nuovo regolamento, l'ANAC aveva stabilito di adeguare il Regolamento unico del 26 febbraio 2014 con la Delibera n. 949 del 13 settembre 2017. Inoltre, aveva avviato una consultazione online il 21 marzo 2017 relativa allo Schema di Regolamento sull'esercizio del potere sanzionatorio della stessa di cui all'art. 213 del d.lgs. n. 50/2016 in materia di contratti pubblici. Lo scopo della consultazione era quello di acquisire osservazioni ed elementi utili per la definizione del documento, al fine di superare il Regolamento unico di cui all'art. 8, comma 4 del d.lgs. n. 163/2006. Inoltre, con la Delibera del Consiglio dell'Autorità nazionale anticorruzione n. 164 del 27 febbraio 2019 – recante «Modifica del Regolamento unico in materia di esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'Autorità, ora disciplinato dall'art. 213, c. 13, del d.lgs. 50/2016, con integrazione dell'art. 7 e 8 del citato Regolamento», pubblicato nella Gazzetta Ufficiale - Serie Generale n. 72 del 26 marzo 2019 – l'ANAC aveva modificato il Regolamento unico di cui all'art. 8, comma 4 del D.Lgs. n. 163/2006 integrando gli articoli 7 e 8 dello stesso relativi alla audizione delle parti nella fase istruttoria e alla conclusione della fase istruttoria nei procedimenti volti a sanzionare l'omissione dell'obbligo informativo verso l'Autorità posto in essere da Responsabili delle stazioni appaltanti.

¹⁰¹ Si tratta del «Regolamento sull'esercizio del potere sanzionatorio dell'Autorità di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50», approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 920 nell'adunanza del 16 ottobre 2019 e pubblicato nella G.U., Serie Generale, n. 262 dell'8 novembre 2019.

Ciò premesso, dall'analisi dell'art. 213, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 si ricava che l'ANAC è titolare della attività di vigilanza e di controllo sui contratti pubblici e dell'attività di regolazione degli stessi, anche al fine di prevenire e contrastare l'illegalità e la corruzione.

Inoltre, dalla lettura dell'art. 213, comma 13, del d.lgs. n. 50/2016 si evince che l'ANAC, nel rispetto dei principi di cui alla l. 689/81, può irrogare sanzioni amministrative pecuniarie di un valore compreso tra un minimo edittale di 250 euro e un massimo di 25.000 euro nei confronti dei soggetti che rifiutano od omettono ingiustificatamente di fornire informazioni o di esibire i documenti richiesti dalla stessa e nei confronti degli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante o dell'ente aggiudicatore di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento.

Le ulteriori ipotesi – indicate nel secondo periodo del medesimo comma e connotate da maggiore gravità – riguardano sanzioni amministrative pecuniarie di un valore compreso tra un minimo edittale di 500 euro e un massimo di 50.000 euro nei confronti dei soggetti che, a fronte della richiesta di informazioni o di esibizione di documenti da parte dell'Autorità, forniscono informazioni o esibiscono documenti non veritieri e nei confronti degli operatori economici che forniscono alle stazioni appaltanti o agli enti aggiudicatori o agli organismi di attestazione, dati o documenti non veritieri circa il possesso dei requisiti di qualificazione, fatta salva l'eventuale sanzione penale.

Il codice dei contratti pubblici, inoltre, prevede una serie di fattispecie nelle quali si fa espresso rinvio all'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 213, comma 13, suddetto per la violazione dei precetti ivi contenuti.

Considerate unitariamente tali fattispecie, occorre sinteticamente rilevare che le sanzioni pecuniarie sono rivolte agli operatori economici (nel caso di presentazione di false dichiarazioni o falsa documentazione alle stazioni appaltanti nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto)¹⁰², alle stazioni appaltanti (ad esempio, per le mancate o tardive comunicazioni all'ANAC delle modifiche o delle sospensioni dei contratti in corso di efficacia e per l'inadempimento

¹⁰² L'art. 80, comma 12 del d.lgs. n. 50/2016, disciplina le conseguenze derivanti dalla presentazione da parte degli operatori economici alle stazioni appaltanti di false dichiarazioni o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto. Le stazioni appaltanti segnalano tali violazioni all'Autorità, la quale, se ritiene che siano state commesse con dolo o colpa grave, in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione al casellario informatico dell'operatore, ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto fino a due anni, decorsi i quali l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia. Nonostante la disposizione non faccia espresso rinvio alle sanzioni pecuniarie ex art. 213, comma 13, si potrebbe, comunque, affermare positivamente, fermo restando le altre sanzioni previste, il potere sanzionatorio dell'ANAC previsto nei casi di presentazione di dati o documenti non veritieri circa il possesso dei requisiti di qualificazione.

degli obblighi di comunicazione delle varianti in corso d'opera)¹⁰³, al responsabile unico del procedimento (nel caso di indicazione, nel certificato di esecuzione dei lavori, di categorie di qualificazione diverse da quelle previste dagli atti di gara)¹⁰⁴ e alle SOA (per violazioni di obblighi informativi o di doveri in ordine alla attività di qualificazione)¹⁰⁵.

¹⁰³ Si veda l'art. 106, commi 8 e 14, del d.lgs. n. 50/2016 che prevede sanzioni pecuniarie nei confronti della stazione appaltante per le mancate o tardive comunicazioni delle modifiche dei contratti nei periodi di efficacia e per l'inadempimento degli obblighi di comunicazione delle varianti in corso d'opera. In particolare, il comma 8 dispone che «La stazione appaltante comunica all'ANAC le modificazioni al contratto di cui al comma 1, lettera b) e al comma 2, entro trenta giorni dal loro perfezionamento. In caso di mancata o tardiva comunicazione l'Autorità irroga una sanzione amministrativa alla stazione appaltante di importo compreso tra 50 e 200 euro per giorno di ritardo. L'Autorità pubblica sulla sezione del sito Amministrazione trasparente l'elenco delle modificazioni contrattuali comunicate, indicando l'opera, l'amministrazione o l'ente aggiudicatario, l'aggiudicatario, il progettista, il valore della modifica»; il comma 14 dispone, all'ultimo periodo, che «In caso di inadempimento agli obblighi di comunicazione e trasmissione delle varianti in corso d'opera previsti, si applicano le sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'art. 213, comma 13». Cfr., inoltre, l'art. 107, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016 relativo alle comunicazioni di sospensione dei lavori. In particolare, la disposizione prevede che «Ove successivamente alla consegna dei lavori insorgano, per cause imprevedibili o di forza maggiore, circostanze che impediscano parzialmente il regolare svolgimento dei lavori, l'esecutore è tenuto a proseguire le parti di lavoro eseguibili, mentre si provvede alla sospensione parziale dei lavori non eseguibili, dandone atto in apposito verbale. Le contestazioni dell'esecutore in merito alle sospensioni dei lavori sono iscritte a pena di decadenza nei verbali di sospensione e di ripresa dei lavori, salvo che per le sospensioni inizialmente legittime, per le quali è sufficiente l'iscrizione nel verbale di ripresa dei lavori; qualora l'esecutore non intervenga alla firma dei verbali o si rifiuti di sottoscriverli, deve farne espressa riserva sul registro di contabilità. Quando la sospensione supera il quarto del tempo contrattuale complessivo il responsabile del procedimento dà avviso all'ANAC. In caso di mancata o tardiva comunicazione l'ANAC irroga una sanzione amministrativa alla stazione appaltante di importo compreso tra 50 e 200 euro per giorno di ritardo».

¹⁰⁴ Cfr. art. 86, comma 5-bis, del d.lgs. n. 50/2016 che disciplina i mezzi di prova che le stazioni appaltanti possono chiedere agli operatori economici al fine di ottenere la prova dell'assenza di motivi di esclusione ex art. 80 e del rispetto dei criteri di selezione di cui all'art. 83 del codice. La disposizione suddetta dispone che «L'esecuzione dei lavori è documentata dal certificato di esecuzione dei lavori redatto secondo lo schema predisposto con il regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies. L'attribuzione, nel certificato di esecuzione dei lavori, delle categorie di qualificazione, relative ai lavori eseguiti, viene effettuata con riferimento alle categorie richieste nel bando di gara o nell'avviso o nella lettera di invito. Qualora il responsabile unico del procedimento riporti nel certificato di esecuzione dei lavori categorie di qualificazione diverse da quelle previste nel bando di gara o nell'avviso o nella lettera di invito, si applicano le sanzioni previste dall'articolo 213, comma 13, nel caso di comunicazioni non veritiere».

¹⁰⁵ Il regime ad oggi applicabile alle sanzioni dell'ANAC nei confronti delle SOA è quello previsto dalla Parte II, Titolo III, nonché gli allegati e le parti di allegati ivi richiamate, del d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207, ultrattivo nel periodo transitorio in virtù dell'art. 216, comma 14, del d.lgs. n. 50/2016 nell'attesa dell'adozione del regolamento di attuazione di cui all'art. 216, comma 27-octies del codice degli appalti (e non più, dunque, del decreto di cui all'art. 83, comma 2 del codice in tema di sistemi di qualificazione). Il d.p.r. n. 207/2010 prevede una serie di sanzioni pecuniarie e interdittive, non interpretabili alla luce di criteri estensivi o analogici, in considerazione del principio di tipicità dell'illecito amministrativo e delle misure affittive che seguono al loro accertamento. Tali sanzioni attengono, in via esemplificativa, alle violazioni di obblighi informativi, alla trasmissione all'Autorità di dati o informazioni non veritieri, compresi i documenti forniti dalle imprese in sede di attestazione, alla violazione delle disposizioni regolamentari che indicano i doveri delle SOA in ordine all'attività di qualificazione. Si precisa che l'art. 84, comma 10 del d.lgs. n. 50/2016 stabilisce che la violazione delle disposizioni del regolamento di cui all'art. 216, comma 27-octies è punita con le sanzioni previste dall'art. 213, comma 13 e, in tale ipotesi, non è ammesso il pagamento in misura ridotta. L'importo della sanzione è determinato dall'ANAC con ordinanza-ingiunzione sulla base dei criteri generali della l. n. 689/1981, con partico-

Nonostante la frammentarietà della disciplina del potere sanzionatorio dell'ANAC – dovuta alla pluralità dei soggetti destinatari delle sanzioni, alla diversità delle singole fattispecie, alla molteplicità delle fasi delle procedure in cui le sanzioni possono essere irrogate – si ritiene che un tratto unificante di tali fattispecie sia ravvisabile nella funzionalizzazione delle stesse alla garanzia del corretto espletamento della funzione di vigilanza e di controllo svolta dall'Autorità nel settore dei contratti pubblici.

A ben vedere, infatti, le fattispecie sinteticamente descritte sono volte a rafforzare la collaborazione tra i soggetti coinvolti a vario titolo nelle procedure di gara e nelle fasi esecutive, a garantire la trasparenza e il buon andamento delle procedure e, più in generale, il corretto svolgimento delle stesse e l'effettività dei precetti legislativi.

In effetti, gli interessi pubblici sottesi al corretto svolgimento delle procedure, alla corretta esecuzione dei contratti, alla tutela della concorrenza e alla scelta del miglior contraente per la pubblica amministrazione possono essere perseguiti a condizione che le informazioni, i dati e la documentazione presentati dagli operatori economici in fase di partecipazione o in sede di controllo e dagli altri soggetti coinvolti siano veritieri, tempestivi e completi e che i diversi soggetti coinvolti collaborino tra loro e con l'Autorità.

L'ordinamento prevede, dunque, le sanzioni pecuniarie come meccanismi di reazione per tutelare tali interessi strumentali e, pertanto, l'ANAC, attraverso l'esercizio della potestà sanzionatoria, cura e persegue interessi pubblici sanzionando in maniera più o meno gravosa i trasgressori delle specifiche disposizioni o del più generale dovere di informativa in capo ai soggetti interessati¹⁰⁶.

In tal senso, sembrerebbe coerente considerare le sanzioni amministrative come mezzi per la realizzazione dell'azione amministrativa o come mezzi per il raggiungimento della attuazione pratica dei precetti amministrativi¹⁰⁷.

In altri termini, il corretto esercizio del potere amministrativo sarebbe garantito anche dall'esercizio della potestà sanzionatoria, attraverso l'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie indirizzate ai soggetti che, tramite compor-

lare riferimento ai criteri di proporzionalità e adeguatezza in relazione alla gravità della fattispecie. È previsto, altresì, che nei casi più gravi, in aggiunta alla sola sanzione amministrativa pecuniaria, si applichi la sanzione accessoria della sospensione della attività di impresa per un periodo da un mese a due anni, ovvero della decadenza dell'autorizzazione.

¹⁰⁶ M.L. Chimenti, *Le sanzioni dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in M. Fratini (a cura di), *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 1058, secondo cui «Più specificamente, viene sancito l'obbligo da parte dei soggetti pubblici e privati di fornire ogni informazione e documento che l'Autorità richieda per lo svolgimento delle attività che la legge ha attribuito alla stessa, ponendo a carico dei soggetti inadempienti sanzioni pecuniarie, diversamente graduate in funzione dell'aver, o meno, reso false dichiarazioni».

¹⁰⁷ F. Benvenuti, *Le sanzioni amministrative come mezzo dell'azione amministrativa*, cit., 42-43.

tamenti antigiridici, commissivi od omissivi, ostacolano o impediscono il corretto svolgimento dell'attività amministrativa.

La circostanza che la sanzione amministrativa pecuniaria possa essere considerata quale conseguenza della violazione di un precetto e strumento di garanzia del corretto svolgimento del potere amministrativo consente di effettuare alcuni ulteriori approfondimenti.

In particolare, occorre verificare se lo stretto collegamento tra la funzione sanzionatoria e la tutela strumentale degli interessi pubblici richiamati possa consentire di non ritenere prevalente il carattere affittivo-punitivo della sanzione pecuniaria, anche nelle ipotesi considerate in materia di contratti pubblici, se non addirittura a ritenerlo residuale, in favore di una funzione più direttamente rientrante nell'ambito dell'amministrazione attiva¹⁰⁸.

A tal fine rileva, anzitutto, il dettato normativo che subordina il potere sanzionatorio dell'ANAC al rispetto dei principi della l. n. 689/1981.

Si noti, infatti, che l'art. 213, comma 13, del d.lgs. n. 50/2016 è stato modificato in sede di intervento correttivo al codice dal d.lgs. n. 56/2017, a seguito delle osservazioni della Commissione Speciale del Consiglio di Stato¹⁰⁹, con l'aggiunta, in apertura della disposizione, dell'inciso «nel rispetto dei principi di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689».

Il Consiglio di Stato già in sede di parere sullo schema di codice (parere dell'1 aprile 2016, n. 855), nonché in sede di parere n. 2777 del 2016 sullo schema di regolamento in materia di vigilanza dell'ANAC, segnalava l'opportunità di «tracciare i principi del procedimento sanzionatorio, se del caso con richiamo ai principi della l. 689/1981» e ribadiva «l'esigenza di definire meglio la cornice di principi e regole entro cui deve muoversi il potere sanzionatorio dell'Autorità di settore e ricondurre lo stesso nell'ambito della legge generale in materia».

Ebbene, la scelta di subordinare il potere sanzionatorio dell'ANAC al rispetto dei principi della l. n. 689/1981 può costituire un indizio della volontà del legislatore di riaffermare il carattere affittivo-punitivo delle sanzioni pecuniarie in materia di contratti pubblici e, comunque, impone il rispetto dei principi stabiliti dalla legge stessa – tra i quali, i principi di legalità, irretroattività, imputabi-

¹⁰⁸ Sul punto, M. Trimarchi, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, in M. Allena, S. Cimini (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., 92, secondo il quale «[...] l'interesse al corretto svolgimento delle attività regolare e al rispetto dei principi di funzionamento dei settori di intervento corre parallelo nel corso del procedimento all'interesse a identificare e punire i trasgressori, ed in alcuni casi prevale su quest'ultimo. [...] Ciò, tuttavia, non sembra sufficiente a dimostrare l'esattezza della tesi secondo cui le sanzioni irrogate dalle Autorità indipendenti si discostano radicalmente dal modello delineato dalla l. n. 689/1981, connotandosi sul piano funzionale per la strumentalità della funzione di regolazione».

¹⁰⁹ Adunanza della Commissione speciale del Consiglio di Stato, parere 22 marzo 2017, n. 782 avente ad oggetto «Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50».

lità, colpevolezza, solidarietà, intrasmissibilità – nonché il rispetto dei criteri per l'applicazione delle sanzioni.

A titolo esemplificativo, l'art. 11 della l. n. 689/1981 stabilisce, tra i criteri da utilizzare per l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie, la gravità della violazione, l'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o l'attenuazione delle conseguenze della violazione, la personalità dell'agente e le sue condizioni economiche.

Tuttavia, il Regolamento sull'esercizio del potere sanzionatorio, pur richiamando espressamente i criteri di cui all'art. 11 della l. n. 689/81 al fine della quantificazione dell'importo delle sanzioni pecuniarie, dispone che la rilevanza e la gravità dell'infrazione – oltre ad essere valutate con riferimento all'elemento psicologico dell'agente – devono essere valutate «con riferimento all'effetto pregiudizievole dell'omissione ai fini dell'attività dell'Autorità ed alle motivazioni addotte per giustificare il ritardo»¹¹⁰ o, in altra ipotesi, con riferimento al «valore del contratto pubblico cui le violazioni si riferiscono, qualora sia ragionevole prendere in considerazione tale elemento»¹¹¹.

Dalla lettura integrata delle richiamate disposizioni della l. n. 689/81 e del Regolamento si evince, dunque, che l'ANAC – per individuare il *quantum* della sanzione da irrogare tra il minimo e il massimo edittale – sarà tenuta a valutare una serie di indici di carattere soggettivo (*i.e.* elemento psicologico dell'agente, condizioni economiche dello stesso, eventuale reiterazione delle condotte) e di carattere oggettivo (*i.e.* effetti pregiudizievoli dell'omissione sull'attività della Autorità e valore del contratto pubblico cui la violazione si riferisce).

Tale opera di bilanciamento degli interessi coinvolti mostra, a ben vedere, pur nell'ambito della cornice dei principi della l. n. 689/1981, una propensione plurifunzionale della sanzione, dal momento che, se la stessa avesse una finalità principalmente afflittiva, non sarebbe necessario indagare anche gli effetti pregiudizievoli della violazione sull'attività della Autorità, ma sarebbe sufficiente limitarsi alla verifica degli indici, per così dire, soggettivi.

L'attività di bilanciamento di tali interessi soggettivi ed oggettivi ai fini della quantificazione della sanzione pecuniaria potrebbe far propendere, dunque, per la condivisione di quelle tesi dottrinali¹¹², più raramente condivise anche in giu-

¹¹⁰ Cfr. art. 21, co. 2, del Regolamento sull'esercizio del potere sanzionatorio dell'Autorità di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

¹¹¹ Cfr. art. 21, co. 1, lett. c) del Regolamento sull'esercizio del potere sanzionatorio dell'Autorità di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

¹¹² Si fa riferimento alla tesi sostenuta da F. Goisis, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 79 ss.; Id., *Le sanzioni amministrative pecuniarie delle Autorità indipendenti come provvedimenti discrezionali ed autoritativi: conseguenze di sistema e in punto di tutela giurisdizionale*, in M. Allena, S. Cimini (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., 448-460. L'A. svolge la

risprudenza¹¹³, che ravvisano nella quantificazione della sanzione pecuniaria una discrezionalità amministrativa, espressione di un potere autoritativo della amministrazione, piuttosto che un mero atto di accertamento e adeguamento del valore della sanzione alla violazione commessa, in virtù dei criteri stabiliti dalla legge,

sua critica alla tesi tradizionale della non autoritatività della scelta amministrativa di commisurazione delle sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'art. 11 della l. n. 689/1981 analizzando una serie di profili sostanziali e processuali. In particolare, ritiene che tale posizione tradizionale sia utilizzata dalla giurisprudenza spesso per giustificare sistematicamente *ex post* le scelte normative di riparto della giurisdizione sulle sanzioni amministrative; che contrasti con la visione della sanzione amministrativa in sede sovranazionale europea con riferimento ai poteri pacificamente discrezionali della Commissione europea; che trovi la sua origine in argomenti dottrinali criticabili; che sia priva di utilità garantistica qualora si dia corretta attuazione alle garanzie del diritto convenzionale europeo, facendo riferimento in particolare alla giurisdizione estesa al merito del giudice amministrativo per le sanzioni amministrative pecuniarie che potrebbe consentire la realizzazione della *full jurisdiction* anche in caso di poteri discrezionali. Condivide la tesi della discrezionalità amministrativa del potere sanzionatorio anche S. Cimini, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, cit., spec. cap. II, che ravvisa profili di discrezionalità sia nella fase dell'*an*, sia nella fase della determinazione del *quantum* e che, non considerando il fenomeno sanzionatorio come un fenomeno unitario, sostiene che (spec. 450 ss.) «vi sono sanzioni amministrative marcatamente afflittive e punitive, nelle quali il profilo discrezionale è assente o molto limitato (si pensi alle sanzioni amministrative che sono la conseguenza di processo di depenalizzazione), e sanzioni amministrative che sono poste a completamento di un sistema di strumenti attribuiti ad una Autorità per la cura di un dato interesse pubblico, dove la sanzione, ancorché a carattere afflittivo, diviene strumento dell'azione dell'Amministrazione per la cura di specifici interessi (è il caso, in particolare, delle sanzioni di competenza delle Autorità indipendenti). Nondimeno anche nelle sanzioni del primo tipo [...] è possibile rinvenire un margine di discrezionalità (oltretutto spesso molto ampio) nella fase che precede l'accertamento e l'applicazione della sanzione, vale a dire in sede di pianificazione e programmazione dei controlli». P. De Lise, *Le Autorità amministrative indipendenti*, Audizione presso la Commissione Affare Costituzionali della Camera nell'ambito dell'Indagine conoscitiva sulle Autorità amministrative indipendenti, in www.giustizia-amministrativa.it, che ravvisa una discrezionalità amministrativa nella determinazione del *quantum* della sanzione a seguito dell'accertamento dell'infrazione o nel caso di misure strutturali o comportamentali imposte a seguito dell'autorizzazione di un'operazione. In merito alle sanzioni della Consob e della Banca d'Italia, W. Troise Mangoni, *Le sanzioni irrogate dalla Consob e dalla Banca d'Italia: riflessioni in tema di giurisdizione*, in *Dir. amm.*, 2018, 1, 45, ritiene non fondata nella sua assolutezza l'affermazione secondo cui le autorità di vigilanza sui settori creditizio e bancario non facciano mai uso di discrezionalità amministrativa e critica le sentenze della Corte cost., 162/2012 (in relazione alle sanzioni della Consob) e 94/2014 (in relazione a sanzioni della Banca d'Italia) con cui, come noto, la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittime per eccesso di delega le disposizioni legislative che attribuivano alla giurisdizione esclusiva del g.a. la cognizione delle sanzioni irrogate da Consob e Banca d'Italia.

¹¹³ Cass., ss.uu., 24 febbraio 1978, 926; Id., 29 novembre 2007, n. 24816, 24817 e 24818 con riferimento a sanzioni ministeriali comminate su proposta dell'ISVAP nel settore assicurativo (in cui, come notato da F. Goisis, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, cit. 83, al cui contributo si rimanda per la giurisprudenza citata, «La discrezionalità giudiziale ex art. 133 c.p., sembra, nella motivazione di questa pronuncia della Cassazione, così trasformarsi [...] in una ordinaria discrezionalità amministrativa; anzi, in una discrezionalità amministrativa caratterizzata, in tesi, per speciale ampiezza»; Cass., ss.uu., 5 gennaio 1994, n. 52 in cui l'atto di irrogazione della sanzione antitrust si ritiene avere un contenuto complesso; Id., 9 novembre 2009, n. 23667; Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 542 in cui si afferma che i provvedimenti sanzionatori sono dotati di un «tasso di discrezionalità coesistente alla loro natura, si in ordine all'accertamento dei fatti ed alla loro qualificazione giuridica (per i quali esiste una accentuata discrezionalità tecnica), sia in ordine alla quantificazione della sanzione»; Id., 20 ottobre 2010, n. 9575; Id., 3 maggio 2010, n. 2507.

senza alcun giudizio di valore sugli interessi perseguiti dalla norma sanzionatoria, similmente all'esercizio della discrezionalità giudiziale di cui all'art. 133 c.p.¹¹⁴.

Se, infatti, come emerge dalla analisi dalla disciplina sanzionatoria dell'A-NAC in materia di contratti pubblici, gli interessi tutelati attraverso la vigilanza e la connessa potestà sanzionatoria sono riferibili al corretto esercizio del potere

¹¹⁴ Sul punto occorre rilevare che la sussistenza di discrezionalità amministrativa nell'esercizio del potere sanzionatorio è esclusa da una parte della dottrina e dalla giurisprudenza maggioritaria. In giurisprudenza, si vedano Cass., sez. I, 23 giugno 1987, n. 5498; Cass., sez. I, 14 novembre 1992, n. 12240; Cass. sez. I, 15 dicembre 1992, n. 12240; Cass., sez. lav., 11 aprile 2001, n. 5443, in cui si legge che «Con specifico riguardo, poi, alla determinazione della misura della sanzione, da una parte, costituisce anch'essa mera applicazione del dettato normativo di cui all'art. 11 l. 689/1981, e, quindi, un momento solo tecnico, diretto alla liquidazione del credito, e non discrezionale dell'attività dell'amministrazione; dall'altra la regolamentazione legislativa del giudizio di opposizione è nel senso dell'irrelevanza della mancata giustificazione da parte dell'autorità ingiungente della misura della pena in concreto inflitta, posto che al giudice è conferito espressamente il potere di modificarne l'entità, così che il difetto di motivazione sul punto non può costituire vizio formale invalidante l'ordinanza, preclusivo della decisione sul merito»; Cass., ss.uu., 18 marzo 2004, n. 5535; Cass., 23 gennaio 2004, n. 1235; Id., 24 gennaio 2005, n. 1362; Cass., sez. II, 31 luglio 2012, n. 13727; sulla assenza di discrezionalità delle sanzioni applicate dalla Banca d'Italia, Cass., ss.uu., 22 luglio 2004, n. 13709; Id., 21 maggio 2004, n. 9730; Id., 15 febbraio 2015, n. 2980; Id., 15 luglio 2010, n. 16577; sulla assenza di discrezionalità delle sanzioni applicate dalla Consob, Cass., ss.uu., 11 luglio 2001, n. 9389; Id., 11 febbraio 2003, n. 1992; Id., 22 luglio 2004, n. 13703; Cons. Stato, sez. VI, 6 novembre 2007, n. 6474; TAR Lombardia, Milano, sez. I, 16 settembre 2019, n. 1985, sulle sanzioni irrogate dalla ARERA. In dottrina, escludono la discrezionalità nell'esercizio del potere sanzionatorio, E. Capaccioli, *Il procedimento di applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie*, in Aa.Vv., *Le sanzioni amministrative*, Atti del XXVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 18-20 settembre 1980), cit., 118, secondo il quale «quando, come in tutti i casi di sanzione pecuniaria, la legge stabilisce le condizioni perché la sanzione sia applicabile, fissa il tipo di sanzione, ne determina la misura, sia pure fra minimo e massimo e con riguardo ad una base di riferimento da stimare, non c'è spazio per la discrezionalità amministrativa. Semmai c'è spazio per valutazioni tecnico-empiriche, che nulla hanno a che vedere con la discrezionalità amministrativa; difettando questa discrezionalità, non c'è nemmeno un potere in senso proprio. C'è una competenza esclusiva. Lo stesso deve confermarsi anche con riguardo al criterio per cui la sanzione non fissa deve essere adeguata alla gravità della violazione commessa (e, se del caso, alla personalità e alla situazione del trasgressore). Questo capita sovente al giudice [...] la discrezionalità del giudice è criterio di giudizio, per l'adeguamento della decisione alle caratteristiche specifiche del caso, non per tutelare un qualche interesse [...]. In nulla differisce, da tale "discrezionalità" del giudice, lo spazio di libertà rilasciato dalla legge alle autorità amministrative nell'applicazione delle sanzioni [...]. La mancanza di potere discrezionale apre la via per la sostituzione: in specie, il giudice competente per l'impugnativa, se dotato di giurisdizione nel merito (in senso civilprocessuale), può decidere sostituendosi all'amministrazione»; anche E. Casetta, *Sanzione amministrativa*, cit., 604, spec. nota 23, in cui si afferma che i criteri di cui all'art. 11 della l. 689/1981 parrebbero ostare al riconoscimento di uno spazio di scelta in capo alla P.A.; A. Vigneri, *Profili generali della sanzione amministrativa*, in Aa.Vv., *Legge 24 novembre 1981, n. 689: modifiche al sistema penale*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1982, 1119 ss.; A. Travi, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, cit., 114; C.E. Paliero, A. Travi, *Sanzioni amministrative*, cit., 398 secondo i quali «una così marcata 'personalizzazione' degli indici commisurativi tende perciò a caratterizzare l'illecito amministrativo in termini di 'riprovevolezza' e di 'meritevolezza di sanzione' con assoluto parallelismo rispetto all'illecito penale [...] Gli interessi devoluti alla cura dell'amministrazione (i cosiddetti interessi "sussidiati" dalla funzione sanzionatoria possono incidere sulla commisurazione della sanzione. Essi quindi non possono dirsi estranei all'esercizio della funzione sanzionatoria, tant'è vero che la loro rappresentazione da parte dell'autorità amministrativa può costituire un elemento significativo per la determinazione del quantum. Ma, in primo luogo, il rilievo riconosciuto a questi interessi va rigorosamente circoscritto alla valutazione della "gravità" della violazione; in secondo luogo, l'incidenza di questi interessi si risolve solo nella determinazione dell'entità della lesione o della messa in pericolo, con esclusione di qualsiasi apprezzamento "libero", finalizzato alla migliore realizzazione degli stessi interessi».

e, in particolare, sono posti a tutela del buon andamento, della tempestività, della correttezza ed efficienza della attività amministrativa, allora la valutazione sugli «effetti pregiudizievoli dell'omissione sull'attività» e «sul valore del contratto pubblico» per determinare il *quantum* irrogabile è effettuata dalla Autorità per verificare se e in che misura il comportamento illecito abbia influito su tali interessi pubblici, pregiudicandoli. Tale valutazione, ad opera di una amministrazione che istituzionalmente vigila e persegue l'interesse al corretto svolgimento delle procedure nel mercato delle commesse pubbliche, sarà svolta attraverso una valutazione ponderata degli interessi pubblici e privati coinvolti, che non sembra possa ritenersi confinata al perimetro della mera discrezionalità valutativo-tecnica. Ciò, peraltro, pare confermato dalla circostanza che uno degli indici per valutare la gravità dell'infrazione è rappresentato dal valore del contratto pubblico cui le violazioni si riferiscono «qualora sia ragionevole prendere in considerazione tale elemento», lasciando così alla amministrazione la scelta, nel complessivo bilanciamento degli interessi in gioco, di stabilire in quali casi sia ragionevole tenere in considerazione il valore del contratto. Come è stato condivisibilmente rilevato, dunque, «il grado di violazione dell'interesse pubblico protetto si riflette [...] sul potere di determinazione del *quantum* della sanzione»¹¹⁵.

Del resto, qualora il legislatore fissi dei criteri per l'applicazione della sanzione tanto generali ed astratti da lasciare ampi margini di valutazione (e quindi di funzionalizzazione della sanzione) all'autorità amministrativa, non pare dubbio che il bilanciamento degli interessi non sia esaurito all'atto della regolazione, ma rimanga affidato anche alla stessa autorità amministrativa.

Sotto altro profilo, la circostanza che il legislatore abbia, anche per ragioni di sinteticità, richiamato l'applicazione dei principi della legge n. 689/1981, pare consentire l'utilizzo dei principi ivi disciplinati solo in quanto compatibili con la disciplina in materia di contratti pubblici e, comunque, non consente di desumere un carattere di necessaria afflittività delle sanzioni strumentali.

In effetti, il legislatore ben avrebbe potuto dettare i principi regolatori dell'esercizio del potere sanzionatorio dell'Autorità nel codice dei contratti pubblici senza effettuare un rinvio alla l. n. 689/1981 come, tra l'altro, già previsto nel codice previgente¹¹⁶.

¹¹⁵ S. Cimini, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, cit., 100.

¹¹⁶ Cfr. art. 8, comma 4 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 che dispone: «Il regolamento dell'Autorità disciplina l'esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'Autorità nel rispetto dei principi della tempestiva comunicazione dell'apertura dell'istruttoria, della contestazione degli addebiti, del termine a difesa, del contraddittorio, della motivazione, proporzionalità e adeguatezza della sanzione, della comunicazione tempestiva con forme idonee ad assicurare la data certa della piena conoscenza del provvedimento, del rispetto degli obblighi di riservatezza previsti dalle norme vigenti».

Peraltro, è l'art. 12 della legge n. 689/1981 che consente l'applicazione dei principi della stessa solo «in quanto applicabili» e «salvo che non sia diversamente stabilito». Con la clausola di compatibilità («in quanto applicabili») il legislatore avrebbe fatto riferimento a ipotesi di incompatibilità intrinseca tra un particolare tipo di sanzione pecuniaria e la disciplina contenuta nel primo capo della legge; mentre, con la clausola di sussidiarietà («salvo che non sia diversamente stabilito») il legislatore avrebbe preso in considerazione quelle deroghe espressamente disposte da altre norme contenute nella stessa o in diverse leggi¹¹⁷.

In altri termini, dalla indagine delle disposizioni del codice dei contratti pubblici che stabiliscono i comportamenti illeciti alla cui violazione può far seguito una sanzione pecuniaria, si potrebbe ricavare quale precipua funzione delle sanzioni pecuniarie la tutela di interessi strumentali della amministrazione, ossia del corretto svolgimento del potere amministrativo e, pertanto, il richiamo ai principi della l. n. 689/1981 sarebbe da intendersi consentito nel rispetto della clausola di compatibilità intrinseca con la diversa funzione che le sanzioni svolgono.

La peculiarità degli interessi protetti potrebbe giustificare una particolare conformazione del potere sanzionatorio e rafforzare quell'idea, avvalorata anche dallo sviluppo del peculiare potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti e dalla diversa costruzione teorica sovranazionale, che la sanzione amministrativa non è uno strumento monolitico ed unitario, ma è uno strumento diversamente configurabile in dipendenza dalla conformazione del potere, condizionata anche dalla funzione per la quale il potere è attribuito.

Nelle ipotesi esaminate, il carattere di afflittività/punizione nei confronti del trasgressore non pare essere una finalità della sanzione pecuniaria, ma piuttosto sembra costituirne un effetto o una conseguenza, che comporta una diminuzione della sfera patrimoniale del trasgressore per aver adottato (o omesso ingiustificatamente) una determinata condotta a scapito del tempestivo, efficace e, più in generale, corretto svolgimento dell'attività amministrativa.

Tale considerazione si ritiene possa esse avvalorata dalla disposizione relativa alla archiviazione della segnalazione di illecito prevista dal Regolamento per l'esercizio del potere sanzionatorio. In particolare, l'art. 12, co. 3, lett. c), dispone che il dirigente procede alla archiviazione quando «pervenga l'informazione o il documento richiesto prima dell'avvio o durante la fase istruttoria del procedimento». Pertanto, l'archiviazione è disposta – senza possibilità di una valutazione alternativa da parte del dirigente stante la formulazione della disposizione – quando l'Autorità vede soddisfatto, prima o nelle more del procedimento, il proprio interesse attraverso la ostensione del documento richiesto. Se la finalità della sanzione fosse realmente afflittiva o punitiva, la stessa dovrebbe poter essere irro-

¹¹⁷ Così, R. Galli, *Nuovo corso di diritto amministrativo*, VI ed., tomo II, Padova, 2016, 1128.

gata, previa valutazione della sussistenza dei presupposti, a prescindere dalla eventuale soddisfazione dell'interesse dell'amministrazione.

La circostanza che l'affittività sia un effetto (e non lo scopo) della sanzione strumentale non esclude, ovviamente, che debbano essere fissati degli indici per graduare la sanzione pecuniaria nei confronti del trasgressore. Al contrario, la previsione di indici prestabiliti per definire la misura della sanzione da irrogare appare necessaria a garantire la parità di trattamento e il rispetto del principio di proporzionalità nell'applicazione della sanzione stessa, il cui fondamento può ricavarsi, a livello costituzionale, negli articoli 3 e 97 della Costituzione.

Occorre considerare un altro aspetto rilevante della potestà sanzionatoria strumentale dell'Autorità nazionale anticorruzione derivante dalla formulazione utilizzata dal codice dei contratti pubblici nell'individuare i presupposti del potere.

La disposizione attributiva del potere sanzionatorio non indica una specifica fase della procedura nella quale l'Autorità può esercitare il potere ovvero degli specifici documenti o informazioni la cui mancata ostensione o falsificazione determina l'esercizio dello stesso. Piuttosto, il legislatore, formulando una disposizione in bianco, legittima l'esercizio del potere sanzionatorio in ogni momento della procedura per qualsiasi documento, informazione o dato utile al corretto esercizio dell'attività amministrativa.

Così, l'Autorità nazionale anticorruzione può individuare l'oggetto della sua richiesta, il soggetto cui è rivolta e il momento o la fase in cui effettuarla.

La scelta, comunque, dovrebbe essere guidata dai principi generali dell'attività amministrativa e, tra questi, dal richiamato principio di proporzionalità.

Se, infatti, si accoglie l'orientamento, sostenuto da una parte della dottrina¹¹⁸, ma minoritario in giurisprudenza¹¹⁹, che ritiene applicabile la l. n. 241/90

¹¹⁸ A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, cit., 222, secondo cui «Nonostante le caratteristiche di specialità della legge *antitrust* e del Regolamento in materia di procedure istruttorie, la l. n. 241/1990, in quanto legge che contiene i "principi generali dell'ordinamento" trova applicazione secondo i normali criteri di applicazione della legge di cui alle Disposizioni (sulla legge in generale) preliminari al Codice civile, ed in particolare dell'art. 14. Le norme generali sul procedimento amministrativo trovano quindi applicazione nei limiti in cui non sono derogate e quindi non risultino incompatibili con la disciplina speciale contenuta nella l. n. 287/1990 [...]». Anche, S. Cimini, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, cit., 295, sostiene la funzione integratrice e complementare fondandola sia sul disposto della l. n. 241/90, soprattutto per alcuni gli istituti procedurali che l'art. 29, co. 2 *bis* della l. 241/90 ha ricondotto ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117 Cost., sia sulla l. n. 262/2005 da cui ricava un catalogo di principi che devono essere rispettati per i procedimenti sanzionatori delle AAI menzionate dalla norma ma estendibili anche ad altre Autorità.

¹¹⁹ Occorre rilevare che non sussiste un orientamento univoco sull'applicabilità delle disposizioni della l. 241/90 alle procedure amministrative sanzionatorie e la giurisprudenza maggioritaria ne esclude l'applicazione. In tal senso, Cass., ss.uu., 27 aprile 2006, n. 9591, in *Nuovo dir.*, 2006, 6, 651 in cui la Corte ha affermato chiaramente che «le disposizioni della L. 24 novembre 1981, n. 689 costituiscono un sistema organico e compiuto, nel quale non occorrono inserimenti dall'esterno: necessità che infatti è stata costantemente esclusa, con riferimento ad altre norme della legge generale sul procedimento amministrativo, come quelle relative alla "partecipazione dell'interessato" (v., tra le altre, Cass., 27 novembre 2003 n. 18114) e al diritto di accesso ai documenti (v., per tutte, Cass. 15 dicembre 2005 n. 27681)»; conforme anche, Cass., 15 maggio 2007, n. 1115, in *Fin.*

anche ai procedimenti sanzionatori amministrativi, il principio di proporzionalità potrebbe essere esteso al procedimento sanzionatorio, nonostante non espressamente previsto dalla l. n. 689/1981¹²⁰, in forza dell'art. 1, co. 1, della l. n. 241/90 che, come noto, impone a tutti i procedimenti amministrativi il rispetto dei principi dell'ordinamento comunitario, tra i quali appunto quello di proporzionalità.

Inoltre, il codice dei contratti pubblici, all'art. 84, comma 10, fa espresso riferimento all'utilizzo del principio di proporzionalità e di adeguatezza per valutare la gravità della fattispecie nel procedimento di applicazione della sanzione.

Ebbene, il principio di proporzionalità, quando applicato al potere sanzionatorio strumentale, dovrebbe operare sia come criterio guida dell'attività, sia come canone da rispettare nella applicazione della sanzione.

Sotto il primo profilo, la richiesta di dati, informazioni e documenti da parte della Autorità nazionale anticorruzione nei confronti degli operatori economici e degli altri soggetti destinatari delle richieste dovrebbe essere ispirata al principio di proporzionalità e, in particolare, ai tre elementi della idoneità, necessità e adeguatezza della richiesta, in un'ottica di bilanciamento tra le esigenze ispettive, gli interessi dei privati (es. la riservatezza) e il principio di non aggravamento del procedimento.

Sotto il secondo profilo, il principio di proporzionalità dovrebbe guidare l'Autorità nella determinazione del *quantum* sanzionatorio da irrogare tra il minimo e il massimo edittale stabilito dalla legge e variabile a seconda dell'ipotesi di mancata (ingiustificata) ostensione della documentazione richiesta o di falsificazione della stessa.

Pertanto, se la finalità della sanzione pecuniaria strumentale è quella di garantire gli interessi procedurali della amministrazione con conseguenze sfa-

loc., 2008, 1-2, 170, in cui si afferma che «In tema di sanzioni amministrative per violazioni del codice della strada non trova applicazione l'art. 7 l. n. 241 del 1990, secondo cui l'avviso del procedimento amministrativo deve essere comunicato ai soggetti nei cui confronti il provvedimento finale è destinato a produrre i suoi effetti. La l. n. 689 del 1981, infatti, è legge speciale che prevale su quella generale e assicura garanzie non inferiori al "minimum" prescritto dalla legge generale stessa, in quanto prevede non solo che il trasgressore sia immediatamente informato dell'inizio del procedimento con la contestazione o la notificazione, ma anche che possa esercitare nel modo più ampio il proprio diritto di difesa, prima dell'emanazione dell'eventuale ordinanza-ingiunzione da parte dell'autorità competente». Anche di recente nella giurisprudenza amministrativa, Cons. Stato, sez. VI, 11 gennaio 2016, n. 38, in cui si è affermato che «l'applicazione della previsione in tema di comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza trova applicazione (per espressa previsione di legge) solo "nei procedimenti ad istanza di parte" e che non si rinvengono ragioni per predicarne l'applicazione anche nell'ambito dei procedimenti sanzionatori, i quali restano assoggettati a una disciplina di specie anche per ciò che concerne il (pur necessario) rispetto delle garanzie procedurali e partecipative dell'incolpato».

¹²⁰ Secondo S. Cimini, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, cit., 267, «Il principio in questione [di proporzionalità] si ricava inoltre dalla l. 689 del 1981, che impone all'Autorità sanzionatrice di considerare attentamente la gravità dell'illecito e la condotta del trasgressore (si pensi, in particolare, all'art. 11 di detta legge che ha riguardo alla gravità della violazione e all'opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, oltre che alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche».

vorevoli in termini economici per i trasgressori, il valore eccessivamente elevato della sanzione pecuniaria potrà essere un indizio della illegittimità della stessa sotto il profilo della violazione del principio di proporzionalità, ma non potrà mutare la sua natura da sanzione amministrativa in sanzione sostanzialmente penale.

Da ciò potrebbe forse ricavarsi, in termini più generali, l'opportunità di recuperare uno spazio autonomo della sanzione amministrativa pecuniaria, anche economicamente molto elevata in ragione della circostanza che l'interesse perseguito non è la punizione del trasgressore, bensì è il regolare svolgimento dell'attività amministrativa. In altri termini, ciò che connota la sanzione strumentale è la sua finalità di tutela dello svolgimento dell'attività amministrativa e, pertanto, alla stessa potrebbero dirsi estranee le finalità di punizione dei soggetti che pongono in essere comportamenti antigiuridici, pur essendo previste, nei confronti degli stessi, conseguenze economiche aventi una finalità dissuasiva.

Ebbene, da questa considerazione si potrebbe far discendere che la finalità della sanzione pecuniaria dell'ANAC, nelle ipotesi descritte, è rappresentata dalla tutela dell'interesse pubblico al corretto svolgimento del potere, che si manifesta nel buon andamento, nell'efficienza e nella efficacia dell'azione amministrativa.

Tuttavia, come già rilevato, non è richiesta la esclusività dello scopo punitivo ai fini della qualificazione di una sanzione come penale ai sensi CEDU, bensì tale qualificazione è parimenti ricavabile nel caso di una pluralità di scopi¹²¹. Quando si ritiene che la funzione unica o prevalente della sanzione amministrativa sia la tutela dell'interesse pubblico, si dovrebbe comunque analizzare l'ulteriore criterio *Engel*, relativo alla gravità della sanzione al fine di verificare se esso, anche in via autonoma, sia sufficiente per estendere le garanzie previste in materia penale.

Occorre rilevare, infatti, come sopra già accennato, che la Corte di Strasburgo considera sufficiente, anche in via autonoma, il carattere di gravità della sanzione inflitta per includere una misura nell'ambito della materia penale ed estendere le garanzie previste per le sanzioni penali¹²².

In base all'approccio casistico e concreto seguito dalla Corte di Strasburgo, la gravità della sanzione pecuniaria inflitta, considerata nel massimo edittale comminabile, è ricavata da una serie di elementi¹²³ riferibili all'ammontare della san-

¹²¹ A partire da C. eur. dir. uomo, 9 febbraio 1995, ric n. 17440/1990, *Welch c. Regno Unito*, par. 35.

¹²² Come osserva P. Provenzano, *Note minime in tema di sanzioni amministrative e "materia penale"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, 1, 1089, «La Corte di Strasburgo non ritiene che il *proprium* della sanzione penale sia da individuarsi nella capacità della stessa di incidere (direttamente o indirettamente) sulla libertà personale del soggetto cui viene irrogata [...] La Corte EDU – e qui la differenza con le nostre tradizionali categorie risulta palese – ha infatti a più riprese riconosciuto che non sia dirimente, ai fini dell'esclusione della natura penale di un determinato illecito, «il fatto che l'autore dell'infrazione non incorra [...] in una limitazione della libertà personale». Ciò che rileva, è viceversa, che la misura punitiva incida (*rectius* che sia potenzialmente idonea ad incidere) in modo rilevante sulla sfera giuridica del suo destinatario».

¹²³ Questi i sotto-criteri che indica M. Mancini, *La "materia penale" negli orientamenti della Corte EDU e della Corte costituzionale, con particolare riguardo alle misure limitative dell'elettorato passivo*, cit., 6-7.

zione, alla eventuale menzione della stessa nel casellario giudiziale, alla sua convertibilità in pena detentiva nel caso di mancato pagamento¹²⁴.

Per quanto concerne le sanzioni pecuniarie irrogabili dall'ANAC nelle ipotesi descritte, si può rilevare che l'ammontare pecuniario massimo comminabile è di 25.000 euro o di 50.000 euro in dipendenza, rispettivamente, che vi siano un rifiuto o una omissione ingiustificata di ostensione delle informazioni e dei documenti, ovvero che vi sia una ostensione di documenti e informazioni non veritiere nelle diverse ipotesi; la sanzione pecuniaria non è convertibile in pena detentiva nel caso di mancato pagamento, ma potrebbe essere accompagnata da una sanzione interdittiva, nonché dalla iscrizione nel Casellario informatico gestito dall'ANAC ai sensi dell'art. 213, co. 10 del d.lgs. n. 50/2016.

Pur non essendoci alcuna pronuncia giurisprudenziale sulla natura delle sanzioni pecuniarie irrogabili dall'ANAC, si può rilevare, in base a quanto sopra richiamato, che, sebbene a livello interno tali sanzioni paiono poste esclusivamente o prevalentemente a tutela di interessi procedurali pubblici al corretto svolgimento del potere amministrativo, d'altra parte, ai sensi della CEDU, anche tali sanzioni potrebbero essere ricondotte a quelle sostanzialmente penali, qualora si enfatizzasse il profilo della gravità delle conseguenze patrimoniali in capo ai trasgressori. Tale valutazione, tuttavia, non può essere effettuata a priori e in astratto in ragione della circostanza che la Corte di Strasburgo utilizza un approccio

¹²⁴ In C. eur. dir. uomo, 24 settembre 1997, *Garyfallou Aebe c. Grecia*, par. 34, la Corte afferma la gravità della sanzione pecuniaria, quale criterio sufficiente anche in assenza degli altri criteri *Engel*, valorizzando, sia il massimo edittale astrattamente comminabile, sia le possibili conseguenze derivanti dall'inadempimento al pagamento della sanzione, ossia la confisca dei beni della società e – come indice più significativo per l'indagine della Corte – la reclusione degli amministratori della società per un massimo di un anno. Si legge, infatti, «*The Court observes that the applicant company was fined 500,000 drachmas [...]. It risked however a maximum fine equal to the value of the imported goods [...], that is 15,050 German marks, nearly three times the amount actually fined. In the event of non-payment, national law provided for the seizure of the applicant company's assets and, more importantly for the purposes of the Court's examination, the detention of its directors for up to one year*». In C. eur. dir. uomo, 1° febbraio 2005, *Zilibberger c. Moldavia*, par. 34, la gravità della sanzione pecuniaria, in via cumulativa con la natura della sanzione, è positivamente riscontrata in rapporto alle condizioni economiche del trasgressore affermando che: «*In the present case, however, the severity of the actual and potential penalty could in principle be considered as another argument in favour of the applicability of Article 6. In this respect it is to be noted that the applicant was fined MDL 36 (the equivalent of EUR 3.17 at the time), which constituted over 60% of his monthly income and that he faced a maximum penalty of MDL 90 (the equivalent of EUR 7.94 at the time). Moreover, if he failed to pay the fine in the circumstances provided for in Article 26/4 of the CAO he was liable to be imprisoned for twenty days [...]. It is important to note in this respect that under the Code of Civil Procedure in force at the material time, the failure to comply with civil judgments could not lead to imprisonment. Given the state of the Moldovan legislation and the practice which transpires from the judgments presented by the parties, the Court is unable to conclude whether in the particular circumstances of his case the applicant ran the risk of being imprisoned in accordance with Article 26/4 of the CAO. However, even if the fine could not have been converted into imprisonment in his case, that would not have been decisive for the classification of an offence as "criminal" under Article 6 (see, *Janosevic v. Sweden*, cited above, § 69)*». In C. eur. dir. uomo, 4 marzo 2014, caso n. 18640/2010, *Grande Stevens e altri c. Italia*, parr. 97-98, la Corte sottolinea la severità della sanzione pecuniaria per l'importo massimo comminabile ritenendole «visto il loro ammontare, di una innegabile severità che comportava per gli interessati conseguenze patrimoniali importanti».

concreto, legato al caso sottoposto al suo esame, sulla base del quale verifica se e in che modo una sanzione possa ritenersi grave in considerazione delle condizioni del caso. Così, se è vero che la Corte di Strasburgo ha in alcuni casi ricondotto sanzioni pecuniarie di entità minima nel concetto di sanzione penale, è altresì vero che il giudizio è stato fondato prendendo in considerazione il *degree of stigma* o il carattere infamante delle misure inflitte con specifico riferimento alle situazioni economiche e patrimoniali dei destinatari, nonché alle conseguenze che le misure avrebbero avuto sugli stessi. L'approccio sostanziale seguito dalla Corte di Strasburgo rifugge da una generalizzazione della estensione delle garanzie della CEDU sganciata dalla situazione concreta e fondata su un approccio formalistico e tipologico della sanzione e ciò, a ben vedere, consente alla Corte di effettuare una applicazione flessibile dei criteri e sotto-criteri elaborati nel corso degli anni, giungendo a riconoscere la significativa gravità di alcune sanzioni nonostante, ad una prima considerazione, l'importo irrogato o astrattamente comminabile sia economicamente esiguo.

6. *Considerazioni conclusive*

L'analisi svolta in merito ad alcuni profili del potere sanzionatorio della Autorità nazionale anticorruzione nella materia dei contratti pubblici consente di valorizzare il collegamento strumentale tra la sanzione amministrativa pecuniaria e la garanzia del corretto ed effettivo svolgimento del potere.

Come rilevato dall'analisi dell'evoluzione storica, l'approfondimento teorico della sanzione amministrativa è stato profondamente influenzato da una serie di fattori, tra i quali l'assenza di una univoca definizione del concetto di sanzione¹²⁵, i processi di depenalizzazione, l'assenza di una disciplina generale in materia prima della l. n. 689/1981, l'attribuzione di poteri sanzionatori alle Autorità amministrative indipendenti e la più recente influenza delle fonti sovranazionali.

A livello interno gli studi dottrinali più risalenti sono stati concentrati sulla individuazione degli elementi distintivi della sanzione amministrativa da quella penale e civile e sulla analisi delle peculiarità della sanzione amministrativa rispetto ad altri atti sfavorevoli adottabili dalla pubblica amministrazione a fronte della violazione di norme o provvedimenti amministrativi. Più di recente, invece, il potere sanzionatorio amministrativo è stato oggetto di approfondite riflessioni legate alla sovrapposizione della disciplina CEDU con quella nazionale in tema di garanzie sostanziali e procedurali da rispettare per le sanzioni amministrative considerate di natura sostanzialmente penale alla stregua del diritto sovranazionale.

¹²⁵ N. Bobbio, *Sanzione*, cit., 530 ss.; F. Benvenuti, *Sul concetto di sanzione*, cit., 223 ss.

Tali orientamenti sono stati analizzati anche in virtù delle posizioni assunte nel corso degli anni da parte della Corte costituzionale, sia con riferimento a profili più generali in merito ai rapporti tra ordinamenti multilivello, sia in relazione al tema della estensione alle sanzioni amministrative di alcuni principi costituzionali tradizionalmente riservati alle sanzioni penali.

In particolare, la sanzione amministrativa, lungi dal poter essere considerata esclusivamente uno strumento di attuazione dei precetti di legge con finalità affittiva e general preventiva, viene altresì in rilievo quale mezzo di attuazione della attività amministrativa volto al perseguire l'interesse pubblico, a garantire il corretto svolgimento del potere e, talvolta, a regolare particolari settori del mercato.

Una conferma in tal senso si rinviene nella disciplina dei contratti pubblici e, in particolare, nel potere attribuito all'Autorità nazionale anticorruzione di irrogare sanzioni pecuniarie in caso di omissioni o di ritardi ingiustificati nella ostensione della documentazione richiesta ovvero in caso di presentazione di falsa documentazione.

Si ritiene che tale potere non sia attribuito con finalità principalmente affittive-punitiva nei confronti dei trasgressori, bensì per assicurare il regolare, rapido, corretto, effettivo svolgimento del procedimento amministrativo al fine di garantire il buon andamento, la trasparenza dell'azione amministrativa e la scelta del miglior contraente per la pubblica amministrazione¹²⁶. Tramite l'esercizio del potere sanzionatorio, l'Autorità cura l'interesse pubblico alla conoscenza di informazioni rilevanti nella scelta dei futuri contraenti anche attraverso la sanzione amministrativa¹²⁷.

Lo stretto collegamento tra sanzione e interesse pubblico strumentale e la formulazione in bianco della norma attributiva del potere sanzionatorio connotano la finalità del potere sanzionatorio e la possibilità di un bilanciamento tra gli interessi pubblici vigilati e tutelati dall'Autorità e gli interessi privati farebbe propendere per la condivisione di quelle tesi che riconoscono un potere discrezionale nella irrogazione della sanzione pecuniaria pur sempre nel rispetto dei canoni dell'azione amministrativa.

¹²⁶ Appare interessante notare che un simile profilo è stato evidenziato con riferimento alla sanzione disciplinaria da G. Martini, *Potere sanzionatorio della P.A. e diritti dell'uomo. I vincoli CEDU all'amministrazione repressiva*, cit., 98, secondo il quale «In altri termini, mediante la sanzione disciplinare l'amministrazione mira a prevenire il verificarsi di condotte che, cagionando una disfunzione organizzativa, sono, almeno potenzialmente, in grado di ritardare o impedire all'amministrazione l'efficace perseguimento dell'interesse pubblico, come pure di influire sulla percezione che i terzi, ed in particolare i destinatari dell'azione, hanno circa il *modus agendi* dell'amministrazione, finendo con l'influire anche in quest'ultima ipotesi, sull'efficacia dell'azione amministrativa».

¹²⁷ M.L. Chimenti, *Le sanzioni dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in M. Fratini (a cura di), *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 1058 secondo la quale «[...] il potere di sanzionare con provvedimento amministrativo l'omessa o non veritiera trasmissione di dati richiesti, già riconosciuto ad altre autorità indipendenti, è connesso al rispetto dell'obbligo di comunicare gli elementi di informazione necessaria per l'esercizio delle primarie funzioni di vigilanza della Autorità stessa».

In altri termini, se lo scopo della sanzione amministrativa pecuniaria è la tutela dell'interesse strumentale al corretto svolgimento del potere, l'Autorità titolare del potere dovrebbe poter valutare discrezionalmente l'opportunità dell'utilizzo di tale strumento per il perseguimento dell'interesse procedimentale, oltre a poter graduare l'entità della sanzione in ragione della turbativa degli interessi pubblici¹²⁸.

In conclusione, la peculiare finalità che connota la sanzione amministrativa strumentale si riflette sulla natura del potere sanzionatorio attribuito alla amministrazione, espressione dello svolgimento di attività amministrativa strumentale alla tutela di interessi pubblici. Ciò, comunque, non consente di escludere a priori la natura penale ai sensi CEDU delle sanzioni pecuniarie irrogabili dall'Autorità, in ragione della circostanza che, anche volendo escludere lo scopo affittivo della sanzione pecuniaria in queste ipotesi in ragione della stretta connessione con la tutela di un interesse strumentale della amministrazione, la giurisprudenza convenzionale, come visto, considera sufficiente la gravità della sanzione per estendere le garanzie penali ai sensi della CEDU. Tuttavia, allo stesso tempo, occorre tenere in considerazione l'approccio sostanzialistico e casistico utilizzato dalla Corte per la giustizia del caso concreto.

¹²⁸ Sulla possibilità di perseguire interesse pubblici tramite l'esercizio del potere sanzionatorio dell'ANAC, M. Corradino, G.F. Licata, *Autorità nazionale anticorruzione*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, cit., 504-505, secondo i quali «La constatazione di un'attività comunque valutativa all'interno delle dinamiche sanzionatorie dell'ANAC pone un rapporto di distinzione tra tali sanzioni e gli altri mezzi di coercizione diretta della pubblica amministrazione al cospetto dell'accertamento degli illeciti. Qui, infatti, non vi è potestà meramente punitiva in quanto (anche) attraverso l'esercizio e la modulazione della potestà sanzionatoria l'ANAC può tutelare pubblici interessi, precisamente mediante un'attività che è (insieme o alternativamente) pedagogica, dissuasiva e correttiva».

Le sanzioni amministrative pecuniarie e i rapporti contrattuali delle pubbliche amministrazioni

Il contributo approfondisce la tematica del potere sanzionatorio della pubblica amministrazione quale espressione non solo di una potestà punitivo-affittiva, ma anche di una funzione di amministrazione attiva finalizzata alla cura di interessi pubblici.

L'analisi verte su quelle sanzioni amministrative pecuniarie che si atteggianno come sanzioni strumentali alla tutela di interessi procedurali della pubblica amministrazione e, in particolare, alla tutela del buon andamento, della trasparenza e della effettività dell'azione amministrativa.

In particolare, si fa riferimento alle sanzioni pecuniarie irrogabili dalla Autorità Nazionale Anticorruzione nel settore dei contratti pubblici nei confronti degli operatori economici che rifiutano od omettono ingiustificatamente l'ostensione dei documenti all'Autorità ovvero che presentano dichiarazioni non veritiere. Attraverso lo studio della casistica, ci si propone di verificare la compatibilità tra la funzione affittivo-punitiva della sanzione amministrativa e il perseguimento dell'interesse pubblico concreto e di tratteggiare i caratteri propri della sanzione amministrativa pecuniaria strumentale al corretto svolgimento del potere, tenendo in considerazione le problematiche derivanti dall'approccio sostanzialistico utilizzato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Pecuniary administrative sanctions and the contractual relationships of public administrations

The paper investigates the topic of the public administration's sanctioning power as an expression not only of a punitive power but also as an instrument by which public interests are pursued. The analysis covers some pecuniary administrative sanctions which act in order to enhance the public administration's procedural interests, such as the principle of good administration, transparency and effectiveness of the administrative action.

Particularly, the paper refers to the pecuniary sanctions that the National Anti-Corruption Authority may impose under public procurement law onto economic operators who unduly refuse or fail to produce documents and information upon request of the Authority or who produce untrue or misleading documents.

Through the analysis of the law, the aim is to check the compatibility between the punitive function of the administrative sanction and the pursuit of the public interest, and to outline the features of the pecuniary administrative sanction instrumental to the correct exercise of public power, taking into account the substantial approach of the European Court of Human Rights in this field.

Fabio Cintioli *versus* Marco Mazzamuto: riformare i contratti pubblici?

Fabio Cintioli – Parlare di contratti pubblici o, per omaggio alla tradizione, di appalti pubblici significa fare i conti con una situazione molto critica.

Eccessi di complicazione normativa, difficoltà dell'amministrazione, anche di quella più esperta, enorme contenzioso, ritardi cronici sono diventati i contrassegni del settore. A costo di esser mescolato con un resoconto giornalistico ripetitivo, stanco – e poco costruttivo – sui mali della “burocrazia”, è da qui che voglio partire. Non dimenticando quanto ai nostri giorni questi problemi diventino cruciali: l'utilizzo delle risorse europee del *Recovery fund* è appuntamento che l'Italia non può fallire.

Perché è successo? Molte le cause di una simile confusione.

Ce n'è una, però, che vorrei riprendere qui, per sapere che cosa ne pensi. E che mette sul banco degli accusati la “concorrenza”.

È certamente una provocazione per uno spirito liberale come il tuo. Ti consolerei, però, sapendo sin d'ora che viene da chi allo stesso spirito si accomuna.

I contratti pubblici sono stati dominati da due principali fattori: il diritto dell'UE e la codificazione di diritto interno. La produzione di direttive sempre più lunghe e articolate ha dato la spinta ad altrettanti processi di codificazione: quello del 2006 e quello del 2016, entrambi poderosi come sappiamo.

In altre occasioni (e concedimi un rinvio ai miei interventi più recenti) ho avuto modo di dire che quest'opera di legificazione è stata condizionata da alcuni vizi di fondo: (i) l'idea che per semplificare fosse utile accogliere i vari orientamenti della giurisprudenza in una serie di norme, senza tener conto del fatto che la massima del giudice, una volta cristallizzata in un articolo, si oggettivizza e produce una serie di ulteriori dubbi interpretativi; (ii) la tesi che ha assorbito le tre categorie di appalto in un regime pressoché unico, con il che quei campi tradizionalmente più flessibili e “leggeri”, relativi a servizi e forniture, sono stati elevati al rigore proprio degli appalti di lavori; (iii) la convinzione – comune purtroppo a molti altri settori – che, codificando il diritto amministrativo, lo si potesse semplificare, dimenticando che proprio nel caso dei contratti pubblici il filo conduttore della stabilità e certezza dei rapporti è sempre stata l'elaborazione

di pochi e chiari principi della giurisprudenza piuttosto che una così fitta produzione normativa.

Nel frattempo, a partire dalla giurisprudenza *TeleAustria*, si è diffusa a macchia d'olio la convinzione che il rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento non solo valessero per i contratti diversi dall'appalto, ma che dovessero esprimersi in un procedimento necessariamente articolato in una sequenza "completa", che partisse col bando e che, dopo chiarimenti, buste, ceralacca, sedute pubbliche e segrete, valutazioni di congruità, etc., finisse con l'aggiudicazione e, sovente, proseguisse in un ricorso al TAR. Le finestre di flessibilità che pure le direttive mettevano a disposizione degli Stati membri in Italia restavano poi pressoché inesplorate: due esempi per tutti: il dialogo competitivo e la disciplina sulle esclusioni, quest'ultima di certo ben più semplice di quel corredo che in Italia ha suscitato un contenzioso infinito e decisamente "barocco".

La flessibilità "possibile" è stata abbandonata. Il bizantinismo giuridico ha trionfato. La *par condicio* è diventata una sorta di liturgia intoccabile. Il processo amministrativo è stato – specie per gli appalti più significativi – una necessaria e cruciale appendice.

Il punto più importante, però, è che spesso questi problemi e le controversie che ne sono derivate sono apparsi sganciati dai valori di fondo. Si è avuta una sorta di dequotazione teleologica delle fattispecie. La *ratio legis* è stata talmente appannata da sparire all'interno di regole che sono sembrate il frutto di una sorta di religione giuridica denominata "evidenza pubblica" (caro Marco, che avrebbe detto Gianini se avesse saputo dell'abuso di questo concetto?) e spesso di portata solo formale, come ad esempio quel certo modo di intendere la *par condicio* di cui dicevo testé.

Perché è accaduto?

A mio parere una delle ragioni principali è stato lo smarrimento della finalità della disciplina.

La tradizionale impostazione contabilistica, che vedeva in queste norme il fine di proteggere gli interessi dell'amministrazione – e quindi di tutti noi – è stata abbandonata, sino ad essere apertamente ripudiata. Non le si è più lasciato neppure uno spazio concorrente. Si è talora persino dimenticato che gli appalti sono pur sempre qualcosa che serve all'attuazione dell'interesse pubblico: a costruire strade, a mantenere le opere, a dotare le amministrazioni delle risorse necessarie.

Questo è accaduto a causa della sua sostituzione col cosiddetto principio di concorrenza.

Si è detto, come ben sai, che il diritto UE avrebbe posto al centro di questa disciplina non più l'interesse dell'amministrazione, ma i diritti degli operatori economici che aspirano all'appalto.

Il successo di questa formula è dipeso dall'empatia che in un dato contesto storico la concorrenza suscitava e dalla tendenza della cultura giuspubblicistica a contenere il potere pubblico rispetto ai diritti dei privati. Due spinte sacrosante, che però nel caso di specie hanno visto una declinazione forse non ben proporzionata.

Tre conseguenze maggiori si sono verificate nella prassi e voglio porle alla tua attenzione, una per una: (i) dato che queste norme devono tutelare i diritti degli operatori e non più l'interesse della stazione appaltante, quest'ultima più che decidere dovrà solo regolare la competizione, applicando norme ed evitando per quanto possibile di usare la discrezionalità; (ii) dovendo i diritti confrontarsi tra loro, si deve apprestare un'arena nella quale il confronto si possa spiegare nel modo più completo e questo luogo non può che essere il procedimento e quindi il procedimento più regolato e più articolato possibile; (iii) trattandosi di diritti, si deve apprestare la tutela adeguata e quindi diventa naturale che pressoché ogni questione di rilievo finisca davanti ai Tribunali. Così, rispettivamente, meno discrezionalità, più procedimenti e gare, ampliamento del contenzioso.

Alla domanda fatta nel concreto "*più gara o meno gara?*" dottrina e giurisprudenza rispondevano puntualmente "*più gara!*", e ciò in nome della concorrenza. La concorrenza è diventata una cosa che vuole le gare e possibilmente sempre le più complicate.

Ma vedi, la cosa più interessante secondo me è un'altra ancora.

Mentre la finalità di dare all'amministrazione il contraente migliore sul mercato (il più efficiente, affidabile e ragionevolmente parsimonioso) è qualcosa di ben definito, il fine di tutelare la concorrenza è impalpabile e indefinito e può riempirsi dei contenuti più svariati. Questo nuovo codice genetico degli appalti pubblici era un foglio bianco, che doveva solo essere riempito.

Come riempirlo? Non è semplice dirlo, proprio perché manca il riferimento finalistico e teleologico.

Quando un concorrente, ad esempio, ha sbagliato a compilare il quadro degli oneri di sicurezza per un errore materiale, la concorrenza si tutela meglio escludendolo o dandogli una seconda opportunità col soccorso istruttorio? È un bel dubbio, converrai.

Di fronte a questo tipo di interrogativi quasi sempre è prevalsa la risposta che ha privilegiato l'incremento degli oneri e delle forme e che ha severamente escluso dalla gara chi avesse errato. In nome della concorrenza, beninteso, e magari elevando questo genere di problematiche sino al gradino più alto: quello dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Mi chiedo come mai questo sia accaduto. Forse per un certo gusto per il formalismo giuridico, forse per un eccesso di attenzione verso i diritti e una presa

di distanza dall'interesse legittimo, forse per una certa (e davvero curiosa) passione per il diritto privato manifestata della dottrina del diritto amministrativo (e su questo, almeno su questo, so già che converrai!). Infine, forse anche per una certa "cultura del sospetto" verso il pericolo di irregolarità che sin dalla legge Merloni (e purtroppo, talora a ragion veduta) ha contaminato il settore. Una cultura del sospetto che, poi, nella fase storicamente successiva inaugurata dal codice del 2016 avrebbe dichiaratamente fatto ingresso nel settore.

Fatto sta che le complicazioni sono aumentate e che alla domanda rituale "più gara o meno gara?", fino ad una certa fase storica si è presa l'abitudine di rispondere "più gara perché così vuole la concorrenza"; quando poi è arrivata l'idea (che non ho mai condiviso) di unire alla disciplina degli appalti la funzione di prevenzione della corruzione, il terreno era pronto perché si rispondesse "più gara perché così vuole la prevenzione della corruzione".

Marco Mazzamuto – La pandemia ha riaperto la discussione sui contratti pubblici. Non interessa qui disquisire sulle misure straordinarie e temporanee, quanto del fatto che ciò ha costituito anche occasione per prospettare soluzioni volte a modificare il regime ordinario. Così, nel decreto semplificazioni, sono state, ad es., introdotte modifiche attinenti alla responsabilità contabile e penale dei funzionari al fine di fronteggiare il fenomeno della burocrazia difensiva.

Anche Fabio, così come già in un suo pregevole libretto del 2020, ci propone di intervenire nel tessuto normativo e, in modo sofisticato, negli stessi principi che governano la materia, al fine di ridare una qualche peso all'interesse pubblico, all'esigenza di un efficiente e tempestivo svolgimento dell'attività contrattuale della p.a. rispetto ad un eccesso di tutela della concorrenza.

Mi si consenta anzitutto di mettere subito in campo una pregiudiziale che attiene al metodo e al mezzo ancor prima delle finalità perseguite. Io credo – e il discorso vale non solo per i contratti, ma per la p.a. in generale – che tutte le riforme di questi ultimi decenni siano state informate ad *un'errata presunzione, ovvero sia che il diritto possa produrre l'efficienza*. Il diritto svolge naturalmente la funzione ineludibile di delineare la cornice giuridica entro la quale le organizzazioni, private e pubbliche, svolgono le proprie attività, ma esso appare inidoneo a determinare altresì l'efficienza di tali organizzazioni. Non è certo il codice civile a determinare l'efficienza di un'impresa, bensì le capacità dell'imprenditore, così come non è il diritto pubblico a determinare l'efficienza delle pubbliche amministrazioni.

Tale considerazione, oltre che esprimere una semplice intuizione aprioristica, ha trovato piena conferma nell'esperienza. Decenni di riforme nel segno dell'aziendalismo, dei dirigenti manager, dei controlli di gestione, della privatizzazione del pubblico impiego, della privatizzazione degli enti pubblici e delle

semplificazioni si sono risolti in un autentico e reiterato fallimento, non hanno cioè affatto raggiunto quegli obiettivi di efficienza che si proponevano. E anche le recenti modifiche normative o altre che potranno mettersi in cantiere, da un legislatore affetto da accanimento terapeutico, non avranno miglior sorte.

Ma quali sono allora le cause dell'inefficienza delle nostre amministrazioni? Non credo sia difficile fare una diagnosi. Per decenni la nostra amministrazione è stata utilizzata per risolvere il problema dell'occupazione. Le persone venivano assunte non perché ce ne fosse bisogno nell'interesse pubblico curato da questa o da quell'altra amministrazione, bensì per dare loro un posto di lavoro: l'interesse generale ad una maggiore coesione sociale veniva in tal modo perseguito trasversalmente a scapito di tutti gli altri interessi pubblici. Ciò fa anche comprendere perché nell'immaginario collettivo si sia consolidata l'idea del pubblico impiegato "fannullone": a ben vedere, è che il presunto fannullone era tale perché non aveva nulla da fare.

Come avrebbe mai potuto una qualsiasi organizzazione mantenere anche un minimo di efficienza con la stratificazione pluridecennale di una siffatta politica di reclutamento delle risorse umane?

Gli effetti sono stati infatti disastrosi: e ciò non tanto perché si sono aggiunte inutili stanze burocratiche con nuovi impiegati fannulloni (nel senso sopra indicato), il che di per sé avrebbe potuto soltanto risolversi in una sorta di assistenzialismo dorato, ma soprattutto perché, col passare degli anni, degli avanzamenti delle carriere (e con ben pochi veri concorsi pubblici) e della rivisitazione organizzativa informata prevalentemente alle esigenze di quegli stessi avanzamenti di carriere o anche dettata dalle privatizzazioni dei soggetti pubblici, si è finito spesso per disperdere o comunque per compromettere anche quel nucleo originario di competenze, tecniche e burocratiche, ereditate dal passato. In altre parole, in ambiti sempre più estesi, *le nostre amministrazioni sono divenute incapaci*.

A poco serve così, come è, caro Fabio, nei tuoi *desiderata*, voler valorizzare la "discrezionalità" amministrativa, cercando anche di spingere in questa direzione i funzionari attraverso un'attenuazione della responsabilità contabile e penale, poiché una siffatta discrezionalità occorre anzitutto che si sia appunto "capaci" di esercitarla. Si comprende allora quale sia la vera ragione che induce spesso la burocrazia a chiedere più regole: l'incapace ha bisogno di essere condotto per mano, passo dopo passo. Tanto è vero, per altro verso, che, nei sempre meno numerosi anfratti dove la competenza è sopravvissuta, le amministrazioni, quale che fosse il quadro normativo, più o meno vincolante, più o meno esposto in termini di responsabilità, non hanno mancato di saper portare avanti le procedure amministrative e contrattuali. Più gare o meno gare? Non credo che cambi molto: più gare non determinano di per sé meno efficienza, così come meno gare non determinano di per sé più efficienza.

Se quella sopra indicata è la vera eziologia dell'inefficienza amministrativa vi è ben poco da fare: il danno è fatto. Non a caso di fronte a congiunturali necessità si ricorre alla deviazione organizzativa dei commissariamenti. Al livello di sistema occorre dunque rassegnarsi e aspettare che questo ciclo esaurisca i suoi effetti, sperando che nel frattempo non si creino le condizioni per una sua reiterazione, così come patiamo ancor oggi le inevitabili conseguenze del gigantesco debito pubblico contratto nel passato.

Si potrebbe replicare che varrebbe pur sempre la pena di tentare con le riforme. E invece no, poiché in tal caso non vale la massima "provar non nuoce". Se non può produrre in positivo l'efficienza, il diritto può invece essere ulteriore causa di inefficienza ove non risponda più a quel suo compito naturale di fornire la "cornice" giuridica. Ebbene, tutta questa vera e propria *malattia del riformismo* è tanto inutile, per gli obiettivi che si propone, quanto dannosa per la certezza del diritto, rendendo ancor più complicata l'attività degli operatori pubblici e privati. Occorrerebbe piuttosto ritornare alla prudenza savignyana del nostro più grande e insuperato Maestro del diritto pubblico: «Non distruggiamo così, senza poi sostituir nulla, ogni tradizione, ogni solennità, perché tutto questo positivismo, in fondo, non è che qualcosa di fiacco, di vuoto, di assolutamente sterile, il quale fa cadere tutte le istituzioni» (Vittorio Emanuele Orlando, Senato 17 giugno 1909).

Il nocumento che deriva dalla malattia del riformismo diventa poi intollerabile, quando, nell'accanimento terapeutico, non sapendo più che pesci pigliare e raschiando il fondo del barile, si intende persino prendere di mira la "tutela", sul presupposto del tutto indimostrato che la giustizia sia un ostacolo all'efficienza dell'amministrazione. Lascia veramente interdetti che con tutta questa demagogia riformistica si possa anche soltanto pensare di incidere nel cuore più profondo della funzione sociale del diritto, ovvero sia fare "giustizia" dei torti attraverso una composizione "pacifica" delle liti *ne cives ad arma veniant*. Il diritto, per usare ancora le parole del nostro Maestro, risponde anzitutto alla «fede in una fulgida Idea» che «sta scudo ai deboli e arma contro i violenti» e che «della società e dello Stato è ragion prima e condizione stessa di esistenza: la Giustizia!» (V. E. Orlando, *Elogio dell'avvocatura*, 1914).

Ed è proprio della tutela nei contratti pubblici che nel prosieguo vorrei parlare, ma ben al riparo da queste pressioni improprie che si vorrebbero catapultare sulle vicende dell'ordinamento giuridico.

Fabio Cintioli – Quando critichi il riformismo che ha interessato la p.a., dai primi anni '90 in avanti, mi trovi d'accordo. Altrove ho già sostenuto che queste riforme sono state contrassegnate da tre errori di fondo: (i) un eccesso di attenzione per l'amministrazione di servizi (quella che si misura con la rapidità di rilascio di un certificato, ad esempio) e da una certa disattenzione per l'amministrazione decidente (quella che con la discrezionalità riesce a realizzare un'opera pubblica, a conciliare tutela ambientale e fabbisogno energetico autorizzando in modo equilibrato un gasdotto, a sviluppare la pianificazione urbanistica secondo linee ragionevoli, giusto per fare qualche esempio); (ii) un eccesso di passione per l'ingegneria amministrativa e per la serie di dia, scia (singola o raddoppiata), silenzi assenti (verso i privati o tra p.a.), conferenze di servizi preliminari, istruttorie, definitive etc.; (iii) l'incomprensione del ruolo che spetta all'amministrazione e quindi alla fase esecutiva da parte della politica, la quale ha pensato che i problemi potessero affrontarsi a colpi di leggi, e sempre nuove, e con altrettante riforme. Condivido anche che l'approccio manageriale sia stato frutto di un ingenuo malinteso: quello di pensare che, così come il potere di impresa viene bilanciato dalla responsabilità imprenditoriale, allo stesso modo il potere politico e la sua relazione con la dirigenza potesse esser bilanciato dalla responsabilità politica. Molti dei problemi sono nati con l'idea che la fase aperta con la fine della prima Repubblica potesse essere affrontata sul piano amministrativo con la separazione tra indirizzo politico e potere di gestione autonomo della dirigenza e col principio dello *spoils system*, trascurando il modo d'essere e di funzionare dell'amministrazione consolidato in anni e anni. Mi ha colpito leggere, in questi giorni, che un giovane Henry Kissinger nella sua tesi di laurea scriveva che lo spirito della politica è diametralmente opposto a quello della burocrazia, perché l'essenza della politica è la sua contingenza e il suo successo dipende dalla correttezza di una stima che in parte è congettura, mentre la burocrazia è invece ricerca di sicurezza e calcolabilità. Altro che indirizzo politico, mi verrebbe da dire. Ma tant'è.

Però dolersi del passato ha poco senso. Guardare al futuro è invece un dovere. E quindi se, da un lato, siamo tenuti a ritrovare la dinamicità amministrativa perduta, adesso e senza dilazioni, e se, dall'altro lato, la burocrazia difensiva è diventata un problema riconosciuto da tutti, ben vengano iniziative che cercano di superare i problemi.

Il settore degli appalti, poi, soffre di una crisi specifica, che ho cercato di diagnosticare anche pensando alle sue origini più recenti, come dicevo prima. Piuttosto, quel che dovrebbe colpire noi giuristi – e dovremmo forse battere un colpo – è che il decreto semplificazioni (il n. 76 del 2020) nel testo risultante dalla conversione è stato persino peggiorato dal Parlamento propositivo dei temi che discutiamo. Il comma 3 dell'articolo 2 si limitava (timidamente) ad ammettere la

procedura negoziata nel caso in cui fosse impossibile rispettare i termini ordinari per fronteggiare le esigenze collegate alla crisi pandemica replicando (già senza aggiungere alcunché di significativo) il tenore dell'articolo 63 del codice; bene, il testo uscito dalla conversione ha aggiunto la “*previa pubblicazione dell'avviso di indizione della gara o di altro atto equivalente nel rispetto di un criterio di rotazione*” al fine di ridurre la discrezionalità dell'amministrazione. Insomma, dato che dobbiamo fronteggiare la più grave crisi dal secondo dopoguerra, anziché prevedere corsie accelerate rallentiamo quelle ordinarie.

Come mai questo è potuto accadere, in un contesto (bada bene) in cui la Commissione si affrettava a dire nell'aprile scorso che le direttive in realtà non impediscono la massima flessibilità degli appalti che servono a fronteggiare la pandemia? A mio parere perché la “religione delle gare” e la paura della discrezionalità ha avuto la meglio. Anche su questo la dottrina può battere un colpo: chiediamo che la finalità di interesse pubblico di realizzare gli appalti sia scritta a chiare lettere nel codice come principale finalità del settore. La giurisprudenza saprebbe farne tesoro e favorire soluzioni che (perché no?) daranno anche più efficienza, se è così che vogliamo metterla.

E così veniamo alla tutela giurisdizionale, su cui mi solleciti a intervenire.

Le norme del decreto semplificazioni sulla giurisdizione della Corte dei conti e sulla revisione dell'abuso d'ufficio vogliono dare una risposta alla questione della burocrazia difensiva e non me la sento di unirmi aprioristicamente a coloro che le hanno criticate. Se esiste un problema (ed io credo che esista), il Parlamento deve cercare di affrontarlo. Del resto, non si tratta neppure di quel tipo di riforme amministrative “manageriali” che tu prima criticavi, ma di interventi circoscritti e taluni anche di durata limitata.

Per quanto riguarda la tutela giurisdizionale amministrativa, posso dirti che essa rappresenta lo scenario finale nel quale il problema si manifesta e non certamente la sua causa. L'esperienza vissuta, al di là di alcune statistiche che ho visto spesso richiamate, mi induce a pensare che l'impugnazione nelle gare di maggior rilievo sia frequentissima. Guardiamo, allora, a questo contenzioso, in cui il secondo classificato (magari insieme al terzo o al quarto) impugna l'aggiudicazione sostenendo, ad esempio, che l'aggiudicatario dovesse essere escluso per non aver dichiarato qualcosa circa un “illecito professionale” (che comunque la stazione appaltante aveva potuto la possibilità di valutare e superare) o perché la casella degli oneri di sicurezza è stata riempita in modo erroneo.

Che tipo di valori proteggono le norme invocate in giudizio? Che senso ha la *par condicio* attuata in maniera punitiva e talora illogica? Che tipo di interessi l'ordinamento sta ordinando? Questo contenzioso è in linea con la tradizione di quel giudice amministrativo che, con la sua giurisdizione “graziosa” (so che

questo ti piacerà!), in più di un secolo ha dato vitalità al vizio di eccesso di potere? È forse ancora figlia di quella giurisprudenza che è riuscita a fare delle forme e del procedimento vera sostanza e vera giustizia e soprattutto ad offrire garanzia autentica verso il potere discrezionale pur senza mai disconoscerne l'intima ragion d'essere?

Sono domande, queste, con le quali cerco di trasmetterti in sintesi tutte le mie perplessità.

Certo, la giurisdizione amministrativa funziona, sia chiaro. E dobbiamo dire che funziona anche molto bene, diversamente da altri processi. I tempi di decisione di queste controversie, includendo i due gradi di giudizio non superano, stando alla mia esperienza, i 18 o 24 mesi.

Ma non è questo il problema.

Anzi, v'è di più.

Di fronte alle sfide dell'oggi non è detto che questo tempo possa e debba esser sempre atteso, secondo la prassi che oggi vede quasi sempre la riunione al merito della domanda cautelare e il differimento della stipula del contratto alla chiusura del giudizio. La spinta a sciogliere i nodi del contenzioso e della tutela demolitoria in fase cautelare – che è poi quello che prevede la direttiva ricorsi, come sai – mi sembra perciò una scelta ragionevole. Il decreto semplificazioni, non a caso, ha seguito questo punto di vista.

Marco Mazzamuto – Concorrenza, concorrenza, concorrenza! Mi pare, caro Fabio, che tu rimanga, nel criticarne i presunti eccessi, ossessionato e dunque prigioniero di questo tema. Io preferisco guardare le cose nel contesto più ampio della tradizione giuspubblicistica e, nella materia dei contratti pubblici, del confronto di tale tradizione con il concorso del diritto privato.

A ben vedere, è troppo schematica la contrapposizione teleologica tra le gare in funzione dell'interesse pubblico e, secondo la prospettiva unionale, le gare in funzione della concorrenza. Le norme di diritto pubblico in realtà sono sempre state, direttamente o indirettamente poco importa, uno strumento di tutela del cittadino e dunque dei concorrenti: anche nell'ordinamento francese, il *Conseil d'État*, 9 novembre 1934, riconobbe ai concorrenti la possibilità di impugnare i cd. *actes détachables*, cioè gli atti amministrativi che precedono il contratto.

Le procedure concorsuali non sono dunque solamente uno strumento per la scelta del miglior contraente, ma, senza bisogno di evocare i sopravvenuti principi unionali, costituiscono da sempre uno dei metodi attraverso i quali si cerca di addivenire ad una decisione *imparziale* dell'amministrazione. Ce lo ricorda la stessa Costituzione, quando impone di regola il concorso pubblico per la scelta dell'impiegato pubblico (art. 97), non solo in vista della scelta del miglior lavora-

tore, ma altresì in relazione al principio che “tutti i cittadini dell’uno o dell’altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza” (art. 51). E ciò vale anche oggi, per il pubblico impiego privatizzato, dove il titolo del rapporto è un contratto e non più un provvedimento.

Certo si può discutere in che misura sia necessario ricorrere a tale metodo, poiché, fermo restando gli ambiti governati da espressi e insuperabili vincoli unionali o costituzionali, procedimento di diritto pubblico non significa necessariamente svolgimento di una gara. Ed in questo senso vi è uno spazio per le tue sollecitazioni. Ma deve essere altrettanto chiaro che eliminare o ridurre la concorsualità non può significare che si cada nel vuoto privatistico della formazione di una volontà contrattuale informata al libero arbitrio, come se si trattasse dell’autonomia negoziale di un privato: se non la gara, devono comunque rimanere in campo tutti gli altri principi generali del diritto pubblico, così come la possibilità di farli valere in giudizio. Per intenderci, non è condivisibile, di contro ad altre pregevoli pronunce (Cons. St. a.p. n. 10/2011), che, ad es., la vendita da parte di un ente pubblico delle quote azionarie di una società sarebbe posta “con modalità privatistiche” (Cons. St., sez. V, n. 7030/2018).

Come si vede, già qui, è percepibile il rilievo dell’alternativa tra diritto pubblico e diritto privato e non semplicemente quello tra fare le gare e non farle.

Ti lamenti di un eccesso di formalismo e lo contrapponi alla tradizione graziosa. È vero che tale tradizione è segnata da una straordinaria flessibilità, che un giudice civile neanche si sognerebbe, sino al punto, ove occorra, da manipolare l’interpretazione del dato letterale delle leggi per neutralizzarne lo scomposto contenuto, ma è anche vero che il rigore garantista della legalità pubblicistica è sempre stato anche segnato dal valore invalidante di ogni violazione di legge, di regolamento o anche di un bando di gara, mentre nel sistema privatistico occorre di regola che la violazione di una norma sia accompagnata da un’espressa comminatoria d’invalidità. Semmai in questi ultimi decenni questo tradizionale rigore è stato attenuato con il discutibile avvento dei cd. vizi formali. E il giudice amministrativo oggi pratica la sua flessibilità proprio nell’oscillare tra formalismo e sostanzialismo, ben inteso, sempre a voler utilizzare una siffatta contrapposizione, poiché per me la forma giuridica è sempre sostanza. Sono dunque io che potrei lamentarmi, non certo tu. Si può propendere se vuoi a fissare meno regole, in sede normativa o in sede di redazione dei bandi, ma, una volta che tali regole sono fissate, l’imparzialità e la non arbitrarietà dell’azione amministrativa devono essere garantite.

Vuoi guadagnare tempo sul processo amministrativo, pur riconoscendo che non è certo un processo lento. Ed in questo senso valorizzi le modifiche del decreto semplificazione che spingono per una rapida decisione di merito in sede cautelare, sicché il giudizio deve essere “di norma definito, anche in deroga al comma

1, primo periodo dell'articolo 74". Al di là della dubbia efficacia di queste previsioni, poiché l'espressione "di norma" non è certo di grande stringenza, senza contare il fatto che tale percorso può esperirsi pur sempre "compatibilmente con le esigenze di difesa di tutte le parti in relazione alla complessità della causa" (art. 120 c.p.a.), il punto è che, a mio avviso, si sta qui cominciando ad esagerare. Già il rito appalti è un rito speciale, accelerato, con svariate e vistose deroghe rispetto al rito ordinario, ma se continua così tanto vale, se mi si concede una provocatoria licenza di poetica del diritto, introdurre il nuovo genere della "giustizia della moneta": si tiri una monetina per stabilire il vincitore e ci si sbrighi in quattro e quattr'otto (dimenticavo: per l'appello si potrà tirare una seconda monetina).

A che cosa in effetti si mira? Si vuole, pur nel rispetto dei vincoli unionali, ed in particolare dello *standstill*, sostanziale e processuale, che, se non si determina una rapida interdizione giurisdizionale, l'amministrazione vada avanti e stipuli il contratto, residuando a favore del ricorrente la sola tutela risarcitoria. Ed in questo senso vanno le previsioni del decreto semplificazione riguardanti la responsabilità contabile e quella penale: previsioni anch'esse di assai dubbia efficacia. Così, per la prima, poco importa esigere, come tu stesso avevi consigliato nel tuo libretto, esigere il dolo anche con riguardo all'evento dannoso, se poi si lascia in campo la colpa grave, così come poco importa che non possa più costituire giustificazione adeguata, per la mancata stipulazione del contratto nel termine previsto, la pendenza di un ricorso giurisdizionale, nel cui ambito non sia stata disposta o inibita la stipulazione del contratto, poiché non sarà difficile per i funzionari accampare uno svariato ordine di altre giustificazioni. Così, per la seconda, non è certo la prima volta che il legislatore cerca di espungere i vizi della discrezionalità dal reato di abuso d'ufficio, e non è affatto da escludere, come è già ricavabile dai primi commenti dei penalisti, che anche in questa occasione finirà comunque per prevalere il più rigoroso diritto "vivente" della giurisprudenza.

Ma andiamo al punto che ci interessa e che ci riporta sempre all'alternativa tra diritto pubblico e diritto privato. In materia di contratti pubblici deve prevalere il primato pubblicistico della tutela in forma specifica o il primato privatistico della tutela risarcitoria per equivalente? Voglio essere subito chiaro: concepire la tutela risarcitoria non come tutela residuale, qualora quella in forma specifica sia divenuta impossibile, ma come tutela sostitutiva di quest'ultima sarebbe l'anticamera dell'autoritarismo, di un potere pubblico cioè che può far quel che vuole, anche illegittimamente, purché metta quattro soldi nel borsello del malcapitato cittadino. E non vedo perché questo sacrosanto primato della tutela in forma specifica nei rapporti con la pubblica amministrazione dovrebbe arrestarsi di fronte al fatto che qui non si hanno solo provvedimenti, ma anche un contratto di diritto privato. Né va sopravvalutata, come mi sembra che tu faccia, la "flessibilità"

lasciata al riguardo dalle direttive UE, pedissequamente riprodotte nel codice del processo amministrativo, poiché è del tutto evidente che, pur non volendo calcare la mano, l'ordinamento unionale esprima un *favor* per la tutela in forma specifica, anche qualora un contratto sia stato già concluso: "la privazione di effetti è il modo più sicuro per ripristinare la concorrenza e creare nuove opportunità commerciali per gli operatori economici che sono stati illegittimamente privati delle possibilità di competere" (Considerando 14°, dir. 2007/66/CE).

In altre parole, per dirla tutta, in luogo della soluzione adottata dal nostro legislatore, la tradizione giuspubblicistica e il correlato primato della tutela in forma specifica, a prescindere dalle stesse indicazioni del diritto unionale, avrebbe piuttosto consigliato di configurare una generale e automatica inefficacia del contratto stipulato in conseguenza della illegittimità delle procedure di scelta del contraente, lasciando tutto al più lo stretto spazio di una vera e propria eccezione, nei termini di cui all'art. 121, c. 2., c.p.a., e cioè "qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti". Si tratta del resto di una soluzione risalente, se già Cesare Cammeo (figlio di Federico), nel suo saggio sui contratti pubblici del 1937, sosteneva che gli effetti civili del negozio concluso rimangono subordinati, in via sospensiva o risolutiva, all'esito dell'impugnativa degli atti amministrativi prodromici.

Il diritto pubblico è sempre più garantista del diritto privato e non intendo rinunciarvi di fronte a qualsiasi ragione di efficienza amministrativa. Si può così anche comprendere come io veda con sfavore tutte le propensioni a valorizzare la componente privatistica nel regime giuridico dei contratti, unitamente ad una espansione della giurisdizione del giudice ordinario, come è purtroppo registrabile nelle recentissime tendenze della Cassazione: anticipando lo *scrimen* divisorio tra fase pubblicistica e fase privatistica al momento dell'aggiudicazione, similmente ai rapporti di pubblico d'impiego privatizzato; assegnando al giudice ordinario la giurisdizione in materia di responsabilità precontrattuale, a parte il caso in cui tale responsabilità derivi da atto illegittimo; estendendo la giurisdizione del giudice ordinario a tutta la materia della esecuzione delle concessioni, sino ad accarezzare l'idea di una contrattualizzazione dello stesso titolo concessorio, cioè di una sua riconduzione al diritto privato; e così via.

Si vuole semplificare il quadro complesso dei contratti pubblici, sciogliendo il faticoso concorso di diritto pubblico e diritto privato, di giudice amministrativo e giudice ordinario? Potrebbe certo essere in sé un'esigenza apprezzabile, ma bisogna vedere in quale direzione. Se si vogliono sempre più privatizzare i contratti pubblici, sino, in ipotesi, a privatizzare la stessa formazione della volontà contrattuale, il risultato sarebbe inaccettabile e di assai dubbia costituzionalità, determinando una caduta verticale della tutela del cittadino, che si trovereb-

be di fronte alla insindacabile autonomia negoziale dell'amministrazione. Semmai ci si potrebbe augurare che si vada in una direzione opposta, rimettendosi sulle orme del modello dei *contrats administratifs* della tradizione francese, cui è storicamente legato il nostro sistema giuspubblicistico, e riportando per lo più il diritto privato e il suo giudice al loro ambito naturale, ossia ai contratti che intercorrono tra privati.

Sempre nel tuo libretto, caro Fabio, ti lamenti tra l'altro del "troppo diritto amministrativo". Anche qui dobbiamo intenderci. Se troppo diritto amministrativo significa troppe gare, possiamo discuterne, se troppo diritto amministrativo significa troppe norme scritte, possiamo ancora discuterne, ma se si tratta dell'ambientazione pubblicistica e del vigore dei principi elaborati dalla gloriosa giurisprudenza pretoria del giudice amministrativo, allora qui il diritto amministrativo non è mai troppo.

Fabio Cintioli – Caro Marco, anche se in un dialogo come questo qualche divergenza di opinioni è come... il cacio sui maccheroni, credo che in verità proprio ad una sostanziale convergenza stiamo giungendo.

Sulla concorrenza mi interessava sollecitare l'attenzione di tutti sul fatto che questa formula è stata utilizzata spesso a sproposito, finendo per introdurre elementi che hanno reso il sistema, alla fine, alquanto disarmonico. La concorrenza non è una cosa che vuole più gare e che soprattutto preferisce una gara più complessa ad una più articolata e blindata nei canoni di una *par condicio* intesa nel senso più rigido che vi sia. Mi basta questo. E non è poco beninteso, vista l'esperienza pratica e l'abuso che ancor oggi si fa di questo concetto.

L'interesse pubblico alla pronta individuazione del miglior contraente pubblico non è assorbente di tutti gli altri e certamente non del principio di imparzialità. Però è uno degli interessi che ancor oggi l'ordinamento italiano, come quello dell'UE, riconosce e tutela. Non si deve temere di dirlo e dirlo non è affatto espressione di autoritarismo.

Il diritto amministrativo che stona in eccesso è quello che produce eccessi di complicazione, magari in nome dell'anticorruzione e di una trasparenza elevata ad assioma indiscutibile e ideologizzato, e non quello che la giurisprudenza "graziosa" ha creato con grande efficacia dal 1889 in avanti. Il diritto amministrativo in eccesso è quello che è nato dall'incomprensibile voglia di codificare una partizione dell'ordinamento – il diritto amministrativo, appunto – che viveva benissimo come sistema principi e sottoprincipi elaborati perlopiù direttamente dalla giurisprudenza. Il codice del 2016 resta, a mio parere, un grande problema. E vivo con una certa preoccupazione gli auspici di quanti puntano, adesso, a nuovi codici dell'azione amministrativa e a riforme della legge n. 241 del 1990, coniati

vuoi a livello nazionale vuoi a livello europeo. Il diritto amministrativo della giurisprudenza pretoria – se saremo capaci di conservarlo, non lo darei per scontato purtroppo – è quello che invece va protetto e sostenuto. Del resto, l'intreccio col diritto dell'Unione europea ha funzionato al meglio, secondo me, proprio quando è rimasto sul terreno dei principi (a proposito Marco, devo dirtelo: “unionale” non mi piace! Mi sembra un neologismo un po' brutto, chiamato in causa per sostituire ad ogni costo l'ormai sperimentato aggettivo “comunitario” cui eravamo abituati. È una sostituzione che mi pare un po' influenzata dal “politicamente corretto” Forse sono un po' troppo conservatore, dimmi tu ...).

Quanto al processo amministrativo in materia di appalti, devo prendere atto di due dati: l'uno deriva dall'ordinamento ed ha una valenza giuridica che l'interprete è tenuto a prendere in considerazione; l'altro attiene agli indirizzi di politica legislativa. Il primo fa leva sulle indicazioni della direttiva 66/2007/CE. Come sappiamo, la direttiva si sforza di trovare il punto di equilibrio tra interesse alla stipula ed esecuzione dell'appalto pubblico e tutela giurisdizionale. E così affida al giudizio cautelare la dimensione “reale” della tutela, lasciando per il resto la via aperta alla tutela risarcitoria, e questo proprio al fine di salvaguardare il contratto. Poi ricordo le indicazioni della Corte costituzionale, esplicitate sul punto: mi riferisco alla sentenza n. 160 del 2019, che ha negato una copertura costituzionale assoluta della tutela di tipo “reale” consentendo la sua sostituzione col risarcimento per equivalente. Il secondo dato riguarda il contesto storico: la sfida è epocale, perché solo chi riuscirà a vincerla e avviare rapidamente la ripresa economica troverà un posto adeguato nel nuovo ordine globale che la crisi del Coronavirus instaurerà. Molte sono le analisi di storici e politologi sul punto; mi limito a condividerle e farle mie. Il problema, oltretutto, se ha una specificità per l'Italia, non è estraneo a pressoché tutte le economie c.d. avanzate: un recentissimo reportage de l'*Economist* (del 2 gennaio 2020, “*The infrastructure infatuation - In the works*”) illustra come sia pressoché globale il problema della tempestiva realizzazione di grandi infrastrutture a causa di tre principali cause: l'instabilità delle decisioni politiche nelle democrazie; le difficoltà esecutive che nascono sin dalla fase progettuale; la scarsità di fondi.

È per tutto questo che non ho visto nelle norme processuali del decreto semplificazioni un “attentato” alla tutela in forma specifica come tratto distintivo del processo amministrativo in Italia: una tradizione, quest'ultima, che ho sempre difeso e che continuerò a difendere. Piuttosto (forse sto scendendo troppo nei dettagli, e me ne scuso), anziché preoccuparsi così tanto del decreto semplificazioni in nome della difesa della c.d. tutela in forma specifica, la dottrina avrebbe forse potuto sollevare a suo tempo qualche dubbio in più sulla scelta fatta nel codice del processo amministrativo di anticipare alla sentenza di merito le misure esecu-

tive, ex art. 34, comma 1, lettera e), c.p.a., il che ha alterato il naturale rapporto che la tradizione ci consegnava tra vincolo conformativo del giudicato amministrativo e fase esecutiva. Infatti è proprio nell'esecuzione e nel giudizio di ottemperanza che il giudicato ha visto attuare la sua portata "reale" secondo un bilanciamento ragionevole degli interessi in gioco.

Per il resto, lasciami dire che il processo amministrativo sui contratti pubblici è solo un frammento dell'esperienza giurisdizionale amministrativa. Semmai, la frequenza di così tante controversie è qualcosa di atipico. Non sono in possesso di dati statistici puntuali, ma credo che rispetto agli altri Stati membri l'Italia sia in una posizione decisamente diversa. Quindi non è su una riforma che riguarda solo questo campo che si gioca l'inquadramento generale della tutela processuale amministrativa. Anzi, quella di cui discutiamo resta una vicenda particolare, nella quale sono in gioco oltretutto perlopiù interessi legittimi pretensivi, l'un contro l'altro (sin troppo) armati, in relazione a quella funzione amministrativa che Franco Scoca ha definito "distributiva". Non proprio il terreno più adatto su cui misurare l'esperienza storica (e gloriosa, come tu sostieni!) della giurisdizione pretoria del giudice amministrativo italiano. E viceversa non posso fare a meno di pensare agli interessi oppositivi ed a quanto conti per essi il giudicato amministrativo; e quindi anche alle dottrine liberali in un momento storico nel quale il rapporto tra diritto alla salute e libertà individuali è messo a così dura prova, pur se con difficilissime operazioni di bilanciamento.

Infine, il diritto privato.

Se, da un lato, ho manifestato dei dubbi su quell'operazione culturale che nel corso degli anni '90 lo ha improvvisamente travasato nel diritto amministrativo (nell'impiego pubblico, nell'organizzazione amministrativa e persino tra i principi posti dall'art 1 della legge sul procedimento), dall'altro lato, del diritto privato non possiamo nemmeno aver troppa paura. È il destino di chi come noi ha scelto questo settore: un buon amministrativista non può fare a meno né del diritto costituzionale né del diritto privato.

Due considerazioni soltanto. Il contratto è fenomeno di diritto privato e lì dove il diritto privato si preoccupa di collegarvi stabilità e garanzie (a partire dal principio *pacta sunt servanda* ex art. 1372 c.c.), offre dei veri e propri "beni" giuridici all'impresa. Ecco, l'impresa (privata) è un valore che troppo spesso in Italia tendiamo a sottovalutare, a mio parere. Sicché la dimensione privatistica di un contratto conta eccome per l'interlocutore della p.a. e non può essere obliata. In secondo luogo, accade oggi in Italia che molti privati titolari di diritti di esclusiva ed imprese pubbliche operanti nei settori speciali, avendo obblighi di evidenza pubblica circoscritti ai soli appalti strumentali, per l'affidamento degli altri appalti preferiscano seguire il "diritto privato". Questo implica, per effetto

di altrettanti autovincoli, che l'appaltante tuttavia esperisca comunque una gara per scegliere l'appaltatore. Si sperimenta un modello di gara che, pur assicurando pienamente imparzialità, parità di trattamento (e concorrenza, se gradita), è ben più snella e flessibile di quelle norme che troviamo nel nostro Codice dei contratti pubblici. Le imprese pubbliche e i concessionari preferiscono, quando possibile, questa strada concorsuale privatistica a quella pubblicistica. Qualcuno penserà che questo serva ad evitare il giudice amministrativo. È possibile che talora sia così. Ma a mio parere è ancor più pressante una motivazione diversa: quella di evitare un modello diventato davvero troppo complicato e insopportabilmente formalistico, garantendo tuttavia con pari efficacia i valori della pubblicità e non discriminazione. Questi accadimenti dovrebbero farci riflettere. Perché se il diritto amministrativo perde rispetto a un diritto privato che finisce per sostituirlo proprio sul terreno della garanzia dei principi di imparzialità e buon andamento qualcosa – penso – non ha funzionato proprio al meglio.

Basterà questo a fare convergere le nostre opinioni, caro Marco? A te il finale!

Marco Mazzamuto – Caro Fabio, sostanziale convergenza? Fino ad un certo punto. E del resto potrebbero mai due siciliani ritrovarsi *in toto*? Vale anche per noi l'adagio della tradizione ebraica, sempre rimasta, nonostante l'editto spagnolo del 1492, nell'*humus* profondo della sicilianità: “due ebrei, tre opinioni”.

Procediamo con ordine.

Mi compiaccio assai che anche tu ti erga a difensore della tradizione giurispubblicistica, ed in particolare della sua matrice pretoria. Il diritto amministrativo, per come consegnatoci dal XIX sec., ha dato luogo ad una combinazione *sui generis* tra fonti scritte e fonti giurisprudenziali. Il legislatore di diritto amministrativo, comprese le fonti secondarie e terziarie, è sempre stato segnato dall'impertrofia normativa e da incessanti, quanto caotici o anche sgrammaticati, mutamenti, condizionato com'è dalla pressione congiunturale degli interessi. Ma il punto di equilibrio stava nel fatto che gli venivano interdetti interventi nella parte “generale”, sostanziale e processuale, oggetto invece di creazione e di dominio del giudice pretore, che a sua volta conformava ai propri principi la scompostezza delle norme scritte di carattere settoriale, garantendo così la certezza del diritto. Questi ultimi decenni sono invece informati al verbo della codificazione delle parti generali, con la disastrosa conseguenza che anche queste parti sono state coinvolte da quell'inevitabile spinta alle reiterate modifiche legislative, mettendo in seria difficoltà il benefico ruolo svolto tradizionalmente dalla giurisprudenza. Per intenderci: avrei fatto a meno sia della legge sul procedimento amministrativo, sia del codice del processo amministrativo. È un tema che ho già affrontato

in uno scritto del 2015, nella prospettiva di un diritto giurisprudenziale a sovranità legislativa limitata.

Meno codice dei contratti pubblici e più giurisprudenza? Non mi dispiacerebbe affatto. E anche qualora l'amministrazione si mostri incapace e dunque bisognosa di essere presa per mano, è sempre meglio che venga guidata dalla giurisprudenza piuttosto che dal legislatore. Ma perché la giurisprudenza possa in effetti produrre certezza, così come nel XIX sec. gli amministrativisti francesi osannavano il ruolo del *Conseil d'État*, è assolutamente necessario fermare la macchina infernale del riformismo, occorre cioè che il legislatore dica una parola o, ancor meglio, una mezza parola ogni morte di papa.

Condivido poi la tua lamentela sugli eccessi dell'anticorruzione, soprattutto nell'aver determinato una commistione di funzioni attorno all'Anac, mentre, a mio avviso, un'autorità anticorruzione dovrebbe sempre collocarsi *ab externo* rispetto al governo dei contratti pubblici.

Ma vi sono diversi aspetti che segnano ancora una distanza.

Ridimensionare la tutela in forma specifica?

Ti appoggi alla giurisprudenza costituzionale, e male fai invece di criticarla, poiché penso che si tratti di uno dei peggiori orientamenti espressi dal giudice delle leggi in materia amministrativa. Spero piuttosto che tali pronunciamenti verranno quanto prima ricondotti nell'alveo di una eccezionalità legata a del tutto specifiche ragioni di rilievo costituzionale, come è stato nel caso dell'autonomia dell'ordinamento sportivo.

E poi la "svolta epocale". Di epocale vedo solo la pandemia, nella sua penosa congiuntura. Per il resto mi pare che, a parte grandi questioni come quella dello sviluppo sostenibile, si tratti del solito *tran tran*, più o meno problematico, delle economie, come tu dici, c.d. avanzate: ben altre sono le vere tragedie che continuano ad attanagliare altre parti del pianeta, tra guerre, miseria ed esodi disperati. La tua citazione, esemplificativa, dell'*Economist* non mi fa dunque una particolare impressione e tanto meno potrei cedere, in ipotesi, ad una sorta di implicito quanto mal posto ricatto hobbesiano in salsa economica. In ogni caso, per tornare al nostro piccolo anfratto di amministrativisti, non è depotenziando la tutela che si contribuisce a risolvere i presunti problemi epocali che vorresti fronteggiare.

Sono d'accordo sul tenere in auge il giudizio di ottemperanza, sebbene la *ratio* da cui muoviamo non sia proprio coincidente. In miei recenti scritti ho più volte osservato che tutta questa propensione a rafforzare il momento della cognizione, contrariamente a quanto si possa pensare, potrebbe condurre ad un irrigidimento e dunque ad un ridimensionamento della tutela, mentre è proprio con la sua tradizionale elasticità tra cognizione ed esecuzione che il giudice amministrativo ha potuto entrare con maggiore profondità nei meandri dell'azione ammi-

nistrativa. Tralascio poi che questo mito della piena giurisdizione vorrebbe scimmiettare il modello civilistico: un puro formalismo processuale, fatto di nuove azioni o dell'idea astratta del dare subito ciò che è dovuto, ma che dimentica come, pur ad usare questa equivoca terminologia, anche una *semiplena* giustizia amministrativa, per i contenuti sostanziali e processuali del sistema giuspubblicistico, è ed è sempre stata di gran lunga più piena della più piena giustizia civile. Ho invece l'impressione che la tua critica sia mossa da una preoccupazione opposta, e cioè che il potenziamento della cognizione sia favorevole al ricorrente e che dunque pregiudichi anzitempo il temperamento con l'interesse pubblico che tu auspichi possa ancora avvenire in sede di ottemperanza. In un caso devo però darti ragione: quello del *one-shot* temperato. Un istituto che, come ho già avuto modo di scrivere, ritengo incostituzionale perché si basa su una preclusione astratta (la consumazione del potere: attenzione del solo potere di negare ciò che chiede il ricorrente) e non su un accertamento, perché dipende irragionevolmente dal puro accidente di chi si trova in posizione di ricorrente, a seconda della direzione della scelta amministrativa, perché, te lo concedo, può sacrificare, appunto senza accertamento, interessi pubblici di alto rango, e soprattutto, come vedi penso sempre alla tutela, perché farebbe del controinteressato il figlio di un dio minore.

Infine il diritto privato. *Pacta sunt servanda*? Una pura illusione quando si tratta di contratti pubblici. E ciò non solo per la presenza, non casuale, di fattispecie di recesso *ex lege*, ma anche perché un'amministrazione prudente sarà sempre nelle condizioni di imporre clausole che garantiscano la cura dell'interesse pubblico rispetto ad un eccessivo irrigidimento del patto contrattuale. Questo fa comprendere perché sono preferibili le qualificazioni pubblicistiche. Prendiamo la tradizionale alternativa tra contratto e concessione: a me appare del tutto evidente lo scarto tra la debolezza di un sindacato civilistico sul recesso della p.a. da un contratto di diritto privato e un ben più garantista e approfondito sindacato pubblicistico sulla revoca di una concessione, senza parlare poi del primato della tutela in forma specifica di cui godrebbe *de plano* il cittadino in questo secondo caso. Ancora una volta, si comprende facilmente perché io possa essere favorevole ad una riqualificazione pubblicistica (unilaterale o bilaterale in fondo poco importa) degli attuali contratti di diritto privato, sulla scorta del modello francese.

Mi consentirai poi di dissentire da quella tua ipotesi secondo la quale nei settori speciali le imprese, tramite l'autovincolo, porterebbero avanti una gara più snella, una gara di diritto privato. Credo che qui ti sei lasciato prendere troppo la mano dalla tua prospettiva. Nei settori speciali, le imprese hanno comunque svolto delle gare semplicemente in ragione delle incertezze sull'effettiva portata degli appalti "strumentali" su cui cade il vincolo concorsuale UE. Insomma, per non

correre il rischio di sbagliare, si sono messi cautelativamente il ferro dietro la porta: altro che propensione ad una gara privatistica che vorresti assurgere a modello.

Un buon amministrativista non può far a meno del diritto privato? Bisogna vedere in che senso. Una cosa è che l'autonomo "sistema" giuspubblicistico possa utilizzare concetti esistenti anche nel diritto privato, ma conformandoli ai propri principi, altra cosa è invece dare ingresso alla "logica" privatistica, poiché da ciò potrebbe soltanto derivarne una minor tutela del cittadino: ad es., come dicevo, qualora si voglia sostituire il primato pubblicistico della tutela in forma specifica col primato privatistico della tutela risarcitoria per equivalente. Se si guarda a questa seconda evenienza, semmai occorre che l'amministrativista stia ben alla larga dai principi privatistici. Sui principi costituzionali poi devo confessarti che non vi ho dato mai grande importanza rispetto al gigantesco costruito del sistema giuspubblicistico ereditato dal XIX sec.. Per quel che mi riguarda la cosa più importante che hanno fatto i costituenti consiste semplicemente nell'averne confermato la vigenza.

Ah dimenticavo! Se l'ordinamento UE è suscettibile di qualche critica, ciò vale sicuramente per l'induzione alla cacofonia giuridica. Ti dirò che avevo cominciato ad usare lo sgradevole aggettivo "eurounitario", visto qua e là, sicché, quando, sempre qua e là, è spuntato fuori anche "unionale", mi è sembrato il minor male. Ma è vero: rimane preferibile "comunitario". Vedremo se la musicalità riuscirà a prevalere nel linguaggio dei giuristi.

Saremmo dunque arrivati alla conclusione del nostro dialogo? Probabilmente no, ma occorre fermarsi per rispetto del nostro ospite, il carissimo amico Fabrizio Fracchia, buon sabardo, che non merita certo di essere portato allo sfinimento di un agone siciliano.

Sezione di diritto internazionale dell'economia*

MERCATO INTERNO, CONCORRENZA, AIUTI DI STATO

Libera circolazione delle merci

Sentenza del 19 novembre 2020, Corte di Giustizia, *B S*, causa C-663/18
«Rinvio pregiudiziale – Libera circolazione delle merci – Organizzazione comune dei mercati nel settore del lino e della canapa – Deroghe – Tutela della salute – Legislazione nazionale che limita l'industrializzazione e la commercializzazione della canapa soltanto alle fibre e ai semi – Cannabidiolo (CBD)»

La Corte ha statuito che gli articoli 34 e 36 del TFUE devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale che vieta la commercializzazione del cannabidiolo (CBD) legalmente prodotto in un altro Stato membro, qualora sia estratto dalla pianta di *Cannabis sativa* nella sua interezza e non soltanto dalle sue fibre e dai suoi semi, a meno che tale normativa sia idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo della tutela della salute pubblica e non ecceda quanto necessario per il suo raggiungimento. Il regolamento 1307/2013 sui pagamenti diretti agli agricoltori nell'ambito dei regimi di sostegno previsti dalla politica agricola comune.

Sentenza dell'8 ottobre 2020, Corte di Giustizia, *KohlPharma*, causa C-602/19

«Rinvio pregiudiziale – Articoli 34 e 36 TFUE – Libera circolazione delle merci – Restrizioni quantitative – Misure di effetto equivalente – Diniego di approvazione di una modifica delle informazioni e dei documenti relativi a un medicinale che beneficia di un'autorizzazione all'importazione parallela – Tutela della salute e della vita delle persone – Direttiva 2001/83/CE»

La Corte ha statuito che gli articoli 34 e 36 del TFUE ostano a che l'autorità competente di un primo Stato membro rifiuti di approvare le modifiche delle informazioni e dei documenti relativi ad un medicinale che beneficia di un'autorizzazione all'immissione in commercio in un secondo Stato membro e che è

* Coordinatore: Prof.ssa Ornella Porchia (Università degli Studi di Torino – Dipartimento di Giurisprudenza). Hanno partecipato alla redazione della presente Sezione: Diego Bonetto, Luca Calzolari, Elena Corcione, Francesco Costamagna, Filippo Croci, Sophie Domaine, Lorenza Mola, Stefano Montaldo, Anna Panarella, Gabriella Perotto, Alessandro Rosanò, Vito Rubino, Elisa Ruozi, Stefano Saluzzo, Andrea Spagnolo.

oggetto di un'autorizzazione all'importazione parallela verso il primo Stato membro, per il solo motivo che l'autorizzazione all'immissione in commercio di riferimento nel primo Stato membro è scaduta e che le modifiche proposte si basano, in combinazione con le indicazioni autorizzate nel secondo Stato membro per il medicinale che è stato oggetto di un'importazione parallela, sulle indicazioni relative a un medicinale che ha la stessa indicazione terapeutica, che beneficia di un'autorizzazione all'immissione in commercio in entrambi gli Stati membri interessati e che è prodotto, essenzialmente, con il medesimo principio attivo, ma in una diversa forma farmaceutica, se l'autorizzazione all'importazione parallela di cui trattasi permane valida e se non vi è alcun indizio sufficiente ad attestare l'esistenza di un rischio per la tutela effettiva della vita e della salute delle persone.

Sentenza del 16 luglio 2020, Corte di Giustizia, *Antonio Capaldo*, causa C-496/19

«Rinvio pregiudiziale – Unione doganale – Codice doganale comunitario – Regolamento (CEE) n. 2913/92 – Controllo delle merci – Domanda di revisione della dichiarazione in dogana – Controllo a posteriori».

La Corte ha ricordato che, nell'ottica della finalità del codice doganale di garantire una corretta applicazione delle tasse da esso previste, l'articolo 78 di tale codice mira a far coincidere la procedura doganale con la situazione reale, correggendo gli errori o le omissioni materiali nonché gli errori di interpretazione del diritto applicabile. Stanti tali finalità, l'articolo 78 va interpretato in modo tale da permettere, in via generale, che l'autorità doganale proceda a revisioni o ad altri controlli a posteriori delle dichiarazioni doganali per regolarizzare eventualmente la situazione, ciò anche in ipotesi di precedenti controlli doganali conclusi con esiti opposti e non contestati. Pertanto, l'articolo 78 del codice doganale non osta all'avvio della procedura di revisione della dichiarazione in dogana da esso prevista, anche qualora la merce di cui trattasi sia stata sottoposta, in occasione di una precedente importazione e senza contestazione, a una verifica fisica che abbia confermato la sua classificazione doganale.

Libera circolazione dei lavoratori

Sentenza del 16 luglio 2020, Corte di Giustizia, *AFMB e a.*, causa C-610/18.

«Rinvio pregiudiziale – Lavoratori emigranti – Previdenza sociale – Legislazione applicabile – Regolamento (CEE) n. 1408/71 – Articolo 14, punto 2, lettera a) – Nozione di “persona che fa parte del personale viaggiante di un'impresa” – Regolamento (CE) n. 883/2004 – Articolo 13, paragrafo 1, lettera b) – Nozio-

ne di “datore di lavoro” – Autotrasportatori che di norma esercitano un’attività subordinata in due o più Stati membri o Stati dell’Associazione europea di libero scambio (EFTA) – Autotrasportatori che hanno stipulato un contratto di lavoro con un’impresa ma sottoposti all’autorità effettiva di un’altra impresa avente sede nello Stato membro di residenza di tali autotrasportatori – Determinazione dell’impresa che ha la qualità di “datore di lavoro”»

La Corte si è pronunciata in merito all’interpretazione della nozione di “datore di lavoro” ai sensi dell’art. 14, punto 2, lett. a), del regolamento (CEE) n. 1408/71 relativo all’applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all’interno dell’Unione, nonché dell’art. 13, par. 1, lett. b), sub i), del regolamento (CE) n. 883/2004 relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale. Ad avviso della Corte, in particolare, il datore di lavoro di un autotrasportatore internazionale, ai sensi di tali disposizioni, è l’impresa che (i) esercita l’autorità effettiva su tale autotrasportatore, (ii) sopporta, di fatto, il costo salariale corrispondente e (iii) dispone del potere effettivo di licenziarlo, e non, invece, l’impresa con cui detto autotrasportatore ha stipulato un contratto di lavoro e che è formalmente presentata in tale contratto come datore di lavoro di questo stesso autotrasportatore

Sentenza del 6 ottobre 2020, Corte di Giustizia, *Jobcenter Krefeld*, causa C-181/19

«Rinvio pregiudiziale – Libera circolazione delle persone – Lavoratori – Regolamento (UE) n. 492/2011 – Articolo 7, paragrafo 2 – Parità di trattamento – Vantaggi sociali – Articolo 10 – Figli scolarizzati – Direttiva 2004/38/CE – Articolo 24 – Prestazioni di assistenza sociale – Regolamento (CE) n. 883/2004 – Articolo 4 – Articolo 70 – Prestazioni speciali in denaro di carattere non contributivo – Lavoratore migrante con figli a carico scolarizzati nello Stato membro ospitante»

Pronunciandosi nell’ambito di un rinvio pregiudiziale proposto dal Tribunale superiore per il contenzioso sociale del Land Renania settentrionale-Vestfalia (Germania), la Corte di giustizia si è pronunciata in merito all’interpretazione di varie previsioni del diritto dell’Unione, con riferimento ad una normativa di uno Stato membro (nella fattispecie, la Germania) in base alla quale siano in ogni caso e automaticamente esclusi da determinate prestazioni sociali un cittadino di un altro Stato membro (ex lavoratore in cerca di occupazione) e i suoi figli minorenni, che godono tutti, nel primo Stato membro, di un diritto di soggiorno fondato sull’art. 10 del regolamento (UE) n. 492/2011 relativo alla libera circolazione dei lavoratori all’interno dell’Unione. In particolare, la Corte ha statuito che ostano ad una siffatta normativa: da un lato, gli artt. 7, par. 2, e 10 del citato regolamento, senza che tale interpretazione sia rimessa in discussione dall’art. 24,

par. 2, della direttiva 2004/38/CE sui diritti di circolazione e soggiorno dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari; dall'altro lato, l'art. 4 del regolamento (CE) n. 883/2004 relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, in combinato disposto con l'art. 3, par. 3, e con l'art. 70, par. 2, dello stesso regolamento.

Sentenza del 17 dicembre 2020, Corte di Giustizia, *Onofrei*, causa C-218/19
 «Domanda di pronuncia pregiudiziale – Libera circolazione delle persone – Libertà di stabilimento – Accesso alla professione forense – Esonero dalla formazione e dal certificato di idoneità professionale – Prassi nazionale che limita l'esonero ai dipendenti pubblici che abbiano operato nel settore del diritto nazionale, sul territorio nazionale e nel pubblico impiego nazionale»

La Corte ha affermato che gli artt. 45 e 49 TFUE, riguardanti, rispettivamente, la libera circolazione dei lavoratori e la libertà di stabilimento, devono essere interpretati, per un verso, nel senso che ostano ad una normativa nazionale che riservi il beneficio dell'esonero dalla formazione professionale, nonché dal possesso del certificato di idoneità alla professione di avvocato, determinati funzionari pubblici di uno Stato membro, escludendo dal medesimo beneficio i funzionari, agenti o ex agenti dell'Unione europea, che abbiano svolto le loro funzioni in seno ad un'istituzione europea e al di fuori del territorio francese. Per altro verso, le medesime disposizioni del TFUE non ostano ad una normativa nazionale che assoggetti il predetto beneficio alla condizione che l'interessato abbia svolto attività giuridiche concernenti il diritto nazionale.

Sentenza del 17 dicembre 2020, Corte di Giustizia, *G. M. A. (Demandeur d'emploi)*, causa C-710/19

«Rinvio pregiudiziale – Libera circolazione delle persone – Articolo 45 TFUE – Persone in cerca di occupazione – Diritto di soggiornare per cercare un posto di lavoro – Durata del soggiorno – Termine ragionevole concesso alla persona in cerca di occupazione [per prendere conoscenza delle offerte di lavoro che possano convenirle e per adottare le misure necessarie al fine di poter essere assunta] – Obblighi dello Stato membro ospitante – Obbligo della persona in cerca di occupazione – Direttiva 2004/38/CE – Articolo 14, paragrafo 4, lettera b) – Mantenimento del diritto di soggiorno – Presupposti – Articoli 15 e 31 – Garanzie procedurali – Poteri di un giudice nazionale nell'ambito dell'esame di un ricorso di annullamento avverso una decisione che nega il riconoscimento di un diritto di soggiorno superiore a tre mesi ad un cittadino dell'Unione alla ricerca di un'occupazione»

La Corte ha statuito che l'art. 45 TFUE e l'art. 14, par. 4, lett. b), della direttiva 2004/38/CE devono essere interpretati nel senso che uno Stato membro ospitante è tenuto a concedere ad un cittadino dell'Unione in cerca di occu-

pazione un termine ragionevole, che cominci a decorrere a partire dal momento in cui tale cittadino si è registrato quale persona alla ricerca di un posto di lavoro, allo scopo di consentirgli di prendere conoscenza delle offerte di lavoro che possano convenirgli e di adottare le misure necessarie al fine di essere assunto. Inoltre, la Corte ha precisato che, in pendenza del suddetto termine, lo Stato membro ospitante può esigere che un cittadino in cerca di occupazione dimostri di essere alla ricerca di un posto di lavoro, mentre la dimostrazione della circostanza di avere buone possibilità di trovare un'occupazione può essere richiesta dallo Stato membro ospitante unicamente a seguito della scadenza del termine in questione.

Libertà di stabilimento

Sentenza del 3 settembre 2020, Corte di Giustizia, *Vivendi*, causa C-719/18
«Rinvio pregiudiziale – Comunicazioni elettroniche – Articolo 11, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – Libertà e pluralismo dei media – Libertà di stabilimento – Articolo 49 TFUE – Direttiva 2002/21/CE – Articoli 15 e 16 – Normativa nazionale che vieta ad un'impresa dotata di un significativo potere di mercato in un settore di raggiungere una “rilevante dimensione economica” in un altro settore – Calcolo dei ricavi realizzati nel settore delle comunicazioni elettroniche e nel settore dei media – Definizione del settore delle comunicazioni elettroniche – Limitazione ai mercati oggetto di regolamentazione ex ante – Considerazione dei ricavi delle società collegate – Fissazione di una soglia di ricavi diversa per le società attive nel settore delle comunicazioni elettroniche»

La Corte di giustizia si è pronunciata in merito all'interpretazione dell'art. 49 TFUE, relativo alla libertà di stabilimento, a seguito di un rinvio pregiudiziale proposto dal TAR Lazio nell'ambito di una controversia tra, da un lato, Vivendi SA e, dall'altro, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM) e Mediaset SpA. In tale contesto, la Corte ha affermato che l'art. 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa di uno Stato membro che ha l'effetto di impedire ad una società registrata in un altro Stato membro, i cui ricavi realizzati nel settore delle comunicazioni elettroniche siano superiori al 40% dei ricavi complessivi di tale settore, di conseguire nel sistema integrato delle comunicazioni ricavi superiori al 10% di quelli del sistema medesimo.

Sentenza del 6 ottobre 2020, Corte di Giustizia, *Commissione c. Ungheria*, causa C-66/18

«Inadempimento di uno Stato – Ricevibilità – Competenza della Corte – Accordo generale sugli scambi di servizi – Articolo XVI – Accesso al mercato –

Elenco di impegni specifici – Condizione relativa all'esistenza di un'autorizzazione – Articolo XX, paragrafo 2 – Articolo XVII – Trattamento nazionale – Prestatore di servizi con sede in uno Stato terzo – Normativa nazionale di uno Stato membro che impone condizioni per la fornitura di servizi di insegnamento superiore nel proprio territorio – Requisito relativo alla conclusione di un accordo internazionale con lo Stato in cui ha sede il prestatore – Requisito relativo all'offerta di una formazione nello Stato in cui ha sede il prestatore – Modifica delle condizioni di concorrenza a favore dei prestatori nazionali – Giustificazione – Ordine pubblico – Prevenzione delle pratiche ingannevoli – Articolo 49 TFUE – Libertà di stabilimento – Direttiva 2006/123/CE – Servizi nel mercato interno – Articolo 16 – Articolo 56 TFUE – Libera prestazione dei servizi – Esistenza di una restrizione – Giustificazione – Motivi imperativi di interesse generale – Ordine pubblico – Prevenzione delle pratiche ingannevoli – Livello elevato di qualità dell'insegnamento – Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – Articolo 13 – Libertà accademica – Articolo 14, paragrafo 3 – Libertà di creare istituti di insegnamento – Articolo 16 – Libertà d'impresa – Articolo 52, paragrafo 1»

Adita dalla Commissione europea con ricorso per infrazione, la Corte ha statuito che l'Ungheria è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza dell'art. 49 TFUE, oltre che dell'art. XVII dell'accordo generale sugli scambi di servizi (*General Agreement on Trade in Services*, "GATS"), dell'art. 16 della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno e degli artt. 13, 14, par. 3, e 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In particolare, l'inadempimento da parte dell'Ungheria degli obblighi derivanti dall'art. 49 TFUE (nonché dall'art. 16 della direttiva 2006/123/CE) è dovuto all'adozione di una misura nazionale che subordina l'esercizio, in tale Stato membro, dell'attività degli istituti di insegnamento superiore esteri alla condizione che essi offrano una formazione di insegnamento superiore nello Stato in cui hanno sede. Come osservato dall'avvocato generale Kokott nelle conclusioni presentate il 5 marzo 2020 nella medesima causa, la misura nazionale controversa, secondo i critici, avrebbe avuto quale unico obiettivo quello di impedire l'operatività in Ungheria dell'Università dell'Europa Centrale (CEU), fondata nel 1991 allo scopo di promuovere il dibattito critico negli Stati dell'Europa centro-orientale e finanziata in via principale dalle fondazioni "Open Society" dell'uomo d'affari americano di origine ungherese George Soros.

Sentenza del 17 dicembre 2020, Corte di Giustizia, *Onofrei*, causa C-218/19. V. *supra*, *sub* "Libera circolazione dei lavoratori"

Libera prestazione dei servizi

Sentenza del 23 settembre 2020, Corte di Giustizia, *WO*, causa C-777/18.

«Rinvio pregiudiziale – Sicurezza sociale – Assicurazione malattia – Regolamento (CE) n. 883/2004 – Articolo 20 – Cure programmate – Autorizzazione preventiva – Concessione obbligatoria – Presupposti – Impossibilità, per la persona assicurata, di richiedere un'autorizzazione preventiva – Regolamento (CE) n. 987/2009 – Articolo 26 – Assunzione dei costi delle cure programmate sostenuti dalla persona assicurata – Modalità di rimborso – Direttiva 2011/24/UE – Assistenza sanitaria transfrontaliera – Articolo 8, paragrafo 1 – Assistenza sanitaria che può essere soggetta ad autorizzazione preventiva – Principio di proporzionalità – Articolo 9, paragrafo 3 – Trattamento delle richieste di assistenza sanitaria transfrontaliera – Elementi da prendere in considerazione – Termine ragionevole – Libera prestazione dei servizi – Articolo 56 TFUE»

La Corte ha sancito che l'articolo 56 TFUE e l'articolo 8 della Direttiva 2011/24/UE sull'assistenza sanitaria transfrontaliera impongono ad uno Stato membro di prevedere la rimborsabilità delle spese di consultazione medica sostenute in un altro Stato membro, nei limiti della copertura garantita dal regime di assicurazione nazionale. Inoltre, la Corte ha rilevato che tali disposizioni impediscono alle autorità nazionali di negare delle cure ottenute presso un prestatore stabilito in un altro Stato membro nel caso in cui la persona assicurata sia stata impossibilitata a richiedere una siffatta autorizzazione o non abbia potuto attendere la decisione dell'istituzione competente sulla domanda di autorizzazione presentata, per ragioni connesse al suo stato di salute o alla necessità di ricevere urgentemente cure ospedaliere o cure che richiedono l'utilizzo di apparecchiature mediche altamente specializzate e costose.

Sentenza del 3 dicembre 2020, Corte di Giustizia, *BONVER WIN a.s.*, causa C-311/19

«Rinvio pregiudiziale – Libera prestazione dei servizi – Restrizioni – Normativa nazionale che vieta l'esercizio di giochi d'azzardo in taluni luoghi – Applicabilità dell'articolo 56 TFUE – Esistenza di un elemento transfrontaliero»

La Corte ha sancito che le norme sulla libera circolazione dei servizi si applicano anche ad una situazione in cui il ricorrente lamenta la mancata autorizzazione all'esercizio di giochi di azzardo da parte del proprio Stato di stabilimento e, senza, quindi, che vi sia stato alcun movimento transfrontaliero da parte del prestatore, né del servizio. L'elemento decisivo in questo caso è che una parte della clientela proviene dallo Stato membro confinante, essendo la città in questione posta a soli 25 km dal confine tedesco.

Sentenza del 3 dicembre 2020, Corte di Giustizia, *Star Taxi App SRL*, causa C-62/19

«Rinvio pregiudiziale – Articolo 56 TFUE – Applicabilità – Situazione puramente interna – Direttiva 2000/31/CE – Articolo 2, lettera a) – Nozione di “servizio della società dell’informazione” – Articolo 3, paragrafi 2 e 4 – Articolo 4 – Applicabilità – Direttiva 2006/123/CE – Servizi – Capo III (Libertà di stabilimento dei prestatori) e capo IV (Libera circolazione dei servizi) – Applicabilità – Articoli 9 e 10 – Direttiva (UE) 2015/1535 – Articolo 1, paragrafo 1, lettera e) e lettera f) – Nozione di “regola relativa ai servizi” – Nozione di “regola tecnica” – Articolo 5, paragrafo 1 – Omessa previa comunicazione – Opponibilità – Attività consistente nel mettere in contatto, mediante un’applicazione per smartphone, persone che intendono effettuare uno spostamento nell’area urbana e tassisti autorizzati – Qualificazione – Normativa nazionale che assoggetta tale attività a un regime di autorizzazione preventiva»

La Corte ha sancito che un servizio di intermediazione consistente, mediante un’applicazione per smartphone, nel mettere in contatto, dietro retribuzione, persone che intendono effettuare uno spostamento nell’area urbana con tassisti autorizzati costituisce un servizio della società dell’informazione e non un servizio di trasporto, come invece rilevato in riferimento ad altre attività apparentemente simili, ma aventi caratteristiche diverse. In questo caso, infatti, il servizio non trasmette ai fruitori le richieste, non fissa il prezzo della corsa né ne garantisce l’incasso presso tali persone, le quali lo versano direttamente al tassista, e neppure esercita un controllo sulla qualità dei veicoli e dei loro conducenti, né sul comportamento di questi ultimi. Inoltre, la Corte ha sancito che l’imposizione di un obbligo di previa autorizzazione per lo svolgimento di tale attività contrasta con gli articoli 9-10 della Direttiva ‘Servizi’, nel caso in cui l’ottenimento di tale autorizzazione sia subordinato al rispetto di requisiti tecnici inadeguati al servizio interessato.

Sentenza dell’8 dicembre 2020, Corte di Giustizia, *Ungheria c. Parlamento europeo e Consiglio*, causa C-620/18

«Ricorso di annullamento – Direttiva (UE) 2018/957 – Libera prestazione dei servizi – Distacco di lavoratori – Condizioni di lavoro e di occupazione – Retribuzione – Durata del distacco – Determinazione della base giuridica – Articoli 53 e 62 TFUE – Modifica di una direttiva esistente – Articolo 9 TFUE – Sviamento di potere – Principio di non discriminazione – Necessità – Principio di proporzionalità – Portata del principio della libera prestazione dei servizi – Trasporto su strada – Articolo 58 TFUE – Regolamento (CE) n. 593/2008 – Ambiente di applicazione – Principi della certezza del diritto e della chiarezza normativa»

Sentenza dell’8 dicembre 2020, Corte di Giustizia, *Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio*, causa 626/18

I ricorsi di Ungheria e Polonia chiedevano l'annullamento della Direttiva (UE) 2018/957, la quale ha modificato la Direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori. Uno dei motivi del ricorso riguardava l'individuazione della base giuridica dell'atto. Secondo i ricorrenti, la direttiva in questione non avrebbe potuto essere adottata sulla base degli articoli 53(1) e 62 TFUE, i quali riguardano la libera circolazione dei servizi. L'atto, infatti, amplia la possibilità per lo Stato ospite di imporre il rispetto delle proprie norme poste a tutela dei lavoratori nei confronti delle imprese che distacchino lavoratori sul loro territorio. Secondo quanto sostenuto da Polonia e Ungheria, la Direttiva non contribuisce alla libera circolazione dei servizi, ma contribuisce a creare ostacoli alla stessa. La Corte ha respinto tale motivo di impugnazione, così come tutti gli altri, rielvando come le norme in materia di libera circolazione dei servizi debbano essere lette in combinato disposto con l'articolo 9 TFUE, il quale impone all'Unione di prendere in considerazione le esigenze connesse alla promozione di un elevato livello di occupazione nonché la garanzia di un'adeguata protezione sociale. Pertanto, la competenza conferita al legislatore europeo in materia di servizi deve essere intesa nel senso di consentire interventi che non abbiano solo l'obiettivo di facilitare l'esercizio della libertà di prestazione dei servizi, ma anche di garantire la tutela di altri interessi fondamentali che tale libertà può pregiudicare.

Aiuti di Stato

Sentenza del 3 marzo 2020, Corte di giustizia (UE), *Vodafone Magyarország Mobil Távközlési Zrt. contro Nemzeti Adó- és Vámhivatal Fellebbviteli Igazgatósága*, causa C-75/18

«Rinvio pregiudiziale – Libertà di stabilimento – Imposta sul volume d'affari degli operatori di telecomunicazioni – Imposta progressiva che grava maggiormente sulle imprese appartenenti a persone fisiche o giuridiche di altri Stati membri che sulle imprese nazionali – Scaglioni dell'imposta progressiva applicabili a tutti i soggetti passivi – Neutralità dell'importo del volume d'affari quale criterio distintivo – Capacità contributiva dei soggetti passivi – Aiuti di Stato – Sistema comune d'imposta sul valore aggiunto (IVA) – Imposte sul volume d'affari – Nozione»

Sentenza del 3 marzo 2020, Corte di giustizia (UE), *Tesco-Global Áruházak Zrt. contro Nemzeti Adó- és Vámhivatal Fellebbviteli Igazgatósága*, causa C-323/18 (salve minime differenze fattuali, ripercorre il medesimo iter argomentativo seguito nella sentenza *Vodafone* di cui sopra)

La controversia verte su una domanda di sgravio dall'imposta straordinaria, addebitata a seguito di un accertamento fiscale, presentata dalla Vodafone

Magyarország Mobil Távközlési Zrt (controllata ungherese Vodafone Europe BV, con sede nei Paesi Bassi e parte della Vodafone Group plc) presso l'amministrazione tributaria ungherese. In particolare, Vodafone sostiene che la normativa attinente a tale imposta rappresenti un aiuto di Stato vietato, oltre ad essere contrario all'articolo 401 della direttiva IVA. Il giudice del rinvio ritiene che tale imposta, basata sul volume d'affari e calcolata secondo un sistema di aliquote progressive, possa avere un effetto indirettamente discriminatorio nei confronti dei contribuenti appartenenti a persone fisiche o giuridiche straniere e possa pertanto contrastare con gli articoli 49, 54, 107 e 108 TFUE, in quanto solo le controllate ungheresi di società madri straniere pagano, di fatto, l'imposta straordinaria all'aliquota prevista per lo scaglione di volume d'affari più elevato. La Corte ha ritenuto irricevibili le questioni pregiudiziali relative agli articoli 107 e 108 TFUE in quanto, in mancanza di un vincolo di destinazione tra il tributo e l'aiuto, l'eventuale illegittimità della misura di aiuto contestata non è tale da incidere sulla legittimità del tributo stesso. Pertanto, le imprese che ne sono debentrici non possono eccepire che la misura fiscale di cui fruiscono altre persone costituisce un aiuto di Stato per sottrarsi al pagamento di detto tributo o per ottenerne il rimborso. Nel caso di specie, l'onere fiscale incombente sulla Vodafone risulta da un'imposta generale il cui gettito confluisce nel bilancio generale dello Stato, senza essere specificamente destinato al finanziamento di un vantaggio a favore di una particolare categoria di soggetti passivi. La Corte si è dunque concentrata sulla valutazione del vincolo di destinazione fra l'imposta ungherese e l'eventuale aiuto illegittimo (l'esenzione di fatto dall'imposta straordinaria di cui beneficiano taluni soggetti) senza effettuare la consueta analisi basata sui criteri previsti dall'articolo 107(1) TFUE. Inoltre, la Corte ha stabilito che gli articoli 49 e 54 TFUE e l'articolo 401 della direttiva 2006/112/CE non ostano all'introduzione di un'imposta come quella in oggetto.

Sentenza del 12 marzo 2020, Tribunale (UE), *Valencia Club de Fútbol / Commissione*, causa T-732/16

«Aiuti di Stato – Aiuti concessi dalla Spagna a favore di determinate società calcistiche professionistiche – Garanzia – Decisione che dichiara gli aiuti incompatibili con il mercato interno – Vantaggio – Impresa in difficoltà – Criterio dell'investitore privato – Orientamenti sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà – Importo dell'aiuto – Beneficiario dell'aiuto – Principio di non discriminazione – Obbligo di motivazione»

Con la decisione (UE) 2017/365, del 4 luglio 2016, relativa all'aiuto di Stato SA.36387 (2013/C) (ex 2013/NN) (ex 2013/CP) al quale la Spagna ha dato esecuzione in favore del Valencia Club de Fútbol, dell'Hércules Club de Fútbol e dell'Elche Club de Fútbol, la Commissione ha rilevato che una garanzia di Sta-

to fornita dall'istituto finanziario della Generalitat Valenciana per il prestito bancario concesso alla Fundació Valencia ai fini della sottoscrizione di azioni del Valencia Club de Fútbol, nell'ambito dell'aumento di capitale deciso da quest'ultimo, e il successivo suo incremento costituivano aiuti illegali e incompatibili con il mercato interno. Pertanto, è stato ordinato alla Spagna di provvedere al recupero dell'aiuto. Nell'annullare questa decisione nella parte relativa al Valencia Club de Fútbol, il Tribunale ha rilevato che la Commissione è incorsa in un errore manifesto di valutazione, reputando che sul mercato non fosse possibile rinvenire alcun parametro corrispondente per il premio di garanzia e che non esistesse un prezzo di mercato per un prestito simile non garantito. Al riguardo, il Tribunale ha sottolineato che la Commissione è altresì venuta meno all'obbligo di effettuare una valutazione globale che tenesse conto di qualsiasi elemento rilevante e le consentisse di determinare se il Valencia Club de Fútbol non avrebbe manifestamente ottenuto agevolazioni analoghe da un operatore privato. Inoltre, la Commissione ha errato nel calcolare il valore delle azioni del Valencia Club de Fútbol costituite in pegno, reputando che esso fosse praticamente nullo e non tenendo conto del fatto che l'esercizio precedente tale concessione era in attivo. Inoltre, la Commissione non ha preso in considerazione ulteriori fattori pertinenti fattori costituiti dall'esistenza di un capitale netto ingente e dalla realizzazione di un utile al lordo delle tasse nel corso dell'esercizio precedente alla concessione dell'aiuto. La Commissione ha impugnato la sentenza del Tribunale dinanzi alla Corte di giustizia (causa C-211/20 P)

Sentenza del 12 marzo 2020, Tribunale (UE), *Elche Club de Fútbol / Commissione*, causa T-901/16

«Aiuti di Stato – Aiuti concessi dalla Spagna a favore di determinate società calcistiche professionistiche – Garanzia – Decisione che dichiara gli aiuti incompatibili con il mercato interno – Beneficiario indiretto – Imputabilità allo Stato – Vantaggio – Criterio dell'investitore privato»

Con decisione (UE) 2017/365, del 4 luglio 2016, relativa all'aiuto di Stato SA.36387 (2013/C) (ex 2013/NN) (ex 2013/CP) al quale la Spagna ha dato esecuzione a favore del Valencia Club de Fútbol, dell'Hércules Club de Fútbol e dell'Elche Club de Fútbol, la Commissione ha riconosciuto che una garanzia di Stato fornita dall'istituto finanziario della Generalitat Valenciana per due prestiti bancari concessi alla Fundació Elche per la sottoscrizione di azioni dell'Elche Club de Fútbol, nell'ambito di un'operazione di aumento di capitale, costituiva un aiuto illegale e incompatibile con il mercato interno. Pertanto, è stato ordinato alla Spagna di provvedere al recupero dell'aiuto. Nell'annullare questa decisione nella parte relativa all'Elche Club de Fútbol, il Tribunale ha rilevato che la Commissione è incorsa in errori manifesti di valutazione quanto all'esistenza di

un vantaggio, in quanto non ha tenuto conto della situazione economica e finanziaria della beneficiaria della garanzia, la Fundación Elche, né dell'ipoteca concessa da questa a titolo di controgaranzia, né della ricapitalizzazione dell'Elche Club de Fútbol al fine di stimare il valore delle azioni costituite in pegno a favore dell'istituto finanziario. Inoltre, la Commissione ha presunto che nessun istituto finanziario si sarebbe fatto garante di un'impresa in difficoltà e, pertanto, che sul mercato non fosse possibile trovare alcun parametro corrispondente per il premio di garanzia. Infine, la Commissione non ha sufficientemente comprovato la sua conclusione relativa all'insufficienza di operazioni analoghe per determinare il prezzo di mercato di un prestito simile non garantito.

Sentenza del 13 maggio 2020, Tribunale (UE), *Volotea SA contro Commissione europea*, causa T-607/17

Si vedano inoltre le sentenze del 13 maggio 2020 rese nei confronti di Germanwings (T-716/17) ed easyJet (T-8/18) aventi ad oggetto la richiesta di annullamento della medesima decisione della Commissione (decisione (UE) 2017/1861 della Commissione del 29 luglio 2016, sull'aiuto di Stato SA.33983).

«Aiuti di Stato – Settore aereo – Aiuto concesso dall'Italia a favore degli aeroporti sardi – Decisione che dichiara l'aiuto in parte compatibile e in parte incompatibile con il mercato interno – Imputabilità allo Stato – Recupero – Aventi diritto – Vantaggio a favore delle compagnie aeree contraenti – Principio dell'operatore privato in economia di mercato – Selettività – Pregiudizio per gli scambi tra Stati membri – Lesione della concorrenza – Recupero – Legittimo affidamento – Obbligo di motivazione»

Il Tribunale ha respinto i ricorsi presentati dalle compagnie aeree Volotea, Germanwings ed easyJet volti all'annullamento della decisione della Commissione del 29 luglio 2016 che ha dichiarato parzialmente incompatibile col mercato interno l'aiuto concesso dall'Italia a favore di varie compagnie aeree europee che servono la Sardegna. Le misure controverse, attuate a seguito dell'adozione di una legge regionale, prevedono la conclusione di accordi commerciali tra le società di gestione aeroportuale e le compagnie aeree per il miglioramento dei collegamenti aerei. Inoltre, indicano le condizioni e le modalità di rimborso, da parte della Regione, alle società di gestione aeroportuale delle somme versate da queste ultime alle compagnie aeree in forza degli accordi conclusi. Confermando la decisione della Commissione, il Tribunale ha ritenuto che le società di gestione degli aeroporti sardi non siano i soggetti beneficiari dell'aiuto, ma soltanto gli intermediari tra la regione e le compagnie aeree. Il livello di controllo esercitato dalla regione sulla concessione dei fondi dimostra l'imputabilità della misura. Inoltre, i pagamenti effettuati dalle società di gestione aeroportuale alle compagnie aeree, in forza degli accordi conclusi, rappresentano una mobilitazione di risorse statali,

in quanto utilizzano i fondi versati dalla regione alle società di gestione aeroportuale. Le sentenze sono state impugnate da Volotea (causa C-331/20 P) e easyJet (causa C-343/20 P).

Sentenza dell'11 giugno 2020, Corte di giustizia (UE), *Commissione e Slovacchia contro Dôvera zdravotná poisťovňa a.s.*, cause riunite C-262/18 P e C-271/18 P

«Impugnazione – Aiuti di Stato – Articolo 107, paragrafo 1, TFUE – Sistema di previdenza sociale – Organismi di assicurazione sanitaria – Nozioni di “impresa” e di “attività economica” – Finalità sociale – Principio di solidarietà – Controllo dello Stato – Valutazione globale – Possibilità di perseguire utili – Concorrenza residua sulla qualità e sull’offerta delle prestazioni di assicurazione sanitaria»

La Grande Sezione della Corte ha annullato la sentenza del Tribunale confermando la sua giurisprudenza riguardante l’inapplicabilità delle norme in materia di aiuti di Stato agli organismi di assicurazione sanitaria operanti sotto il controllo dello Stato nell’ambito di un regime di previdenza sociale che persegue un obiettivo sociale ed attua il principio di solidarietà. In particolare, la Corte ha rilevato che l’esistenza di alcuni elementi di concorrenza nel regime di assicurazione sanitaria obbligatoria slovacco (sulla qualità e sull’entità dell’offerta, come ad esempio l’offerta di prestazioni complementari a titolo gratuito e la libertà degli assicurati di scegliere il proprio organismo assicurativo e di cambiarlo una volta all’anno) non è tale da rimettere in discussione la natura sociale e solidale dell’attività svolta dagli organismi assicurativi nell’ambito di un regime che attua il principio di solidarietà sotto il controllo dello Stato.

Sentenza del 15 luglio 2020, Tribunale (UE), *Irlanda e a. contro Commissione europea*, cause T-778/16 e T-892/16

«Aiuti di Stato – Aiuto al quale l’Irlanda ha dato esecuzione – Decisione che dichiara l’aiuto incompatibile con il mercato interno e illegittimo e ne ordina il recupero – Decisioni anticipate in materia fiscale (tax rulings) – Vantaggi fiscali selettivi – Principio di libera concorrenza»

Con lettere del 29 gennaio 1991 e del 23 maggio 2007, le autorità tributarie irlandesi hanno adottato decisioni anticipate in materia fiscale, dette «ruling fiscali», nei confronti del gruppo Apple in merito agli utili imponibili dell’Apple Sales International e dell’Apple Operations Europe in Irlanda. Nel 2014 la Commissione ha avviato il procedimento di indagine formale ex art. 108(2) TFUE riguardante detti ruling fiscali che si è conclusa con la decisione che qualifica le misure contestate come aiuti di Stato incompatibili con il mercato interno e ordina il recupero di tale aiuto. L’Irlanda e Apple hanno proposto ricorso rispettivamente

nelle cause T-778/16 e T-892/16, in seguito riunite. Il Tribunale ha ritenuto che la Commissione non sia riuscita a dimostrare sufficientemente l'esistenza di un vantaggio ai sensi dell'art. 107(1) TFUE e, pertanto, ha annullato la decisione. La sentenza è stata impugnata dalla Commissione (causa C-465/20 P).

Sentenza del 22 settembre 2020, Corte di giustizia (UE), *Repubblica d'Austria contro Commissione europea*, causa C-594/18 P

«Impugnazione – Aiuti di Stato – Articolo 107, paragrafo 3, lettera c), TFUE – Articoli 11 e 194 TFUE – Articolo 1, articolo 2, lettera c), e articolo 106 bis, paragrafo 3, del trattato Euratom – Aiuto previsto in favore della centrale nucleare di Hinkley Point C (Regno Unito) – Decisione che dichiara l'aiuto compatibile con il mercato interno – Obiettivo di interesse comune – Obiettivi ambientali dell'Unione europea – Principi di protezione dell'ambiente, di «chi inquina paga», di precauzione e di sostenibilità – Determinazione dell'attività economica rilevante – Carezza del mercato – Proporzionalità dell'aiuto – Aiuto all'investimento o al funzionamento – Determinazione degli elementi dell'aiuto – Comunicazione sulle garanzie»

La sentenza ha ad oggetto un pacchetto di aiuti, qualificati dalla Commissione come compatibili con il mercato interno ex art. 107(3), lett. c), TFUE con decisione dell'8 ottobre 2014, che il Regno Unito progetta di concedere all'unità C della centrale nucleare di Hinkley Point (Somerset, Regno Unito) allo scopo di promuovere la creazione di nuove capacità di produzione di energia nucleare. Si tratta di tre misure: i) un «contratto per differenza» per garantire la stabilità dei prezzi per le vendite di energia elettrica nella fase operativa della centrale, ii) un accordo tra gli investitori della NNB Generation (futuro gestore dell'unità C), e il ministro competente che garantisca un indennizzo in caso di chiusura anticipata della centrale nucleare per ragioni politiche e iii) una garanzia di credito del Regno Unito sulle obbligazioni che la NNB Generation dovrà emettere. L'Austria ha chiesto l'annullamento di questa decisione, ma il Tribunale ha respinto il ricorso con sentenza del 12 luglio 2018 che è stata poi impugnata davanti alla Corte. In estrema sintesi, quest'ultima era dunque chiamata a decidere se la costruzione di una centrale nucleare possa beneficiare di un aiuto di Stato approvato dalla Commissione, in applicazione dell'art. 107(3), lett. c), TFUE. La Corte ha risposto in senso affermativo, respingendo l'impugnazione e confermando la decisione della Commissione.

Sentenza del 24 novembre 2020, Corte di giustizia (UE), *NMI Technologie-transfer*, causa C-516/19

«Rinvio pregiudiziale – Aiuti di Stato – Articoli 107 e 108 TFUE – Regolamento (UE) n. 651/2014 – Esenzione di alcune categorie di aiuti compati-

li con il mercato interno – Allegato I – Piccole e medie imprese (PMI) – Definizione – Requisito dell'indipendenza – Articolo 3, paragrafo 1 – Impresa autonoma – Articolo 3, paragrafo 4 – Esclusione – Controllo indiretto del 25% del capitale o dei diritti di voto da parte di enti pubblici – Nozioni di “controllo” e di “enti pubblici”»

La Corte di giustizia ha chiarito la nozione di piccola e media impresa (PMI) ai fini dell'applicazione del regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 TFUE. Ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 4, di tale regolamento, un'impresa non rientra nella categoria delle PMI se almeno il 25% del suo capitale o dei suoi diritti di voto è controllato direttamente o indirettamente da uno o più enti pubblici, a titolo individuale o congiuntamente, eccezion fatta per i casi espressamente contemplati nello stesso articolo. La causa trae origine dal rigetto di una domanda di sovvenzione per un progetto di ricerca e sviluppo presentata da una società a responsabilità limitata il cui capitale era detenuto per il 90% da una fondazione di diritto civile di pubblica utilità. Il capitale di quest'ultima era detenuto essenzialmente da società private e la maggioranza dei membri del comitato dei garanti della stessa era composta da rappresentanti di enti pubblici. La Corte ha riconosciuto che l'articolo 3, paragrafo 4, non osta a una normativa nazionale che esclude che un'impresa possa essere considerata una PMI qualora l'organo dell'impresa che ne detiene la maggior parte del capitale, sebbene non sia autorizzato alla sua gestione quotidiana, sia composto in maggioranza da membri che rappresentano enti pubblici, con la conseguenza che questi ultimi esercitano congiuntamente un controllo indiretto sulla prima impresa. Al riguardo, la Corte ha rilevato che la nozione di enti pubblici include università, istituti di insegnamento superiore e una camera di commercio e dell'industria, quando essi siano istituiti per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, siano dotati di personalità giuridica e siano finanziati in modo maggioritario o controllati direttamente o indirettamente dallo Stato, da enti territoriali o da altri enti pubblici, senza che rilevi, al riguardo, che le persone nominate su proposta di tali enti facciano parte a titolo onorario dell'impresa interessata, dal momento che è nella loro qualità di membri di tali enti che sono state proposte e nominate. Ulteriormente, la Corte ha chiarito che, ai fini dell'esistenza del controllo in parola, è sufficiente che taluni enti pubblici detengano congiuntamente, sia pure indirettamente, almeno il 25% del capitale o dei diritti di voto dell'impresa interessata, conformemente ai termini dello statuto dell'impresa che esercita il controllo diretto su quest'ultima, senza che sia necessario esaminare anche se tali enti siano in grado di influenzare e di coordinare l'esercizio effettivo da parte dei loro rappresentanti dei diritti di voto di questi

ultimi o se tali rappresentanti tengano effettivamente in considerazione gli interessi dei suddetti enti.

Concorrenza

Sentenza del 30 gennaio 2020, Corte di Giustizia, *Generics (UK) Ltd e altri c. Competition and Markets Authority*, causa C-307/18

«Rinvio pregiudiziale – Concorrenza – Prodotti farmaceutici – Ostacoli all'ingresso nel mercato dei medicinali generici derivanti da accordi di composizione amichevole di controversie relative a brevetti di processo conclusi tra un produttore di farmaci originari titolare di tali brevetti e fabbricanti di prodotti generici – Articolo 101 TFUE – Concorrenza potenziale – Restrizione per oggetto – Qualificazione – Restrizione per effetto – Valutazione degli effetti – Articolo 102 TFUE – Mercato rilevante – Inclusione dei medicinali generici nel mercato rilevante – Abuso di posizione dominante – Qualificazione – Giustificazioni»

Nell'ambito di un rinvio pregiudiziale sollevato dal Competition Appeal Tribunal del Regno Unito, la Corte di Giustizia ha offerto un'attenta analisi dei criteri da seguire per valutare la compatibilità con gli artt. 101 e 102 TFUE dei c.d. *pay-for-delay settlements*, e cioè di quegli accordi transattivi per la definizione di controversie brevettuali mediante cui talune imprese (nella specie, alcuni produttori di farmaci generici) si impegnano a posticipare l'offerta sul mercato di un determinato prodotto (nella specie, alcuni medicinali equivalenti) a fronte di un pagamento corrisposto dall'impresa titolare del brevetto (nella specie, il produttore dei farmaci originari). Nel rispondere al quesito formulato dal giudice del rinvio, la Corte di Giustizia ha in realtà formulato alcuni principi di portata generale che interessano molteplici profili relativi alla corretta applicazione delle regole di concorrenza anche al di fuori dello specifico settore interessato dalla sentenza, a partire da nozioni fondamentali come quelle di concorrenza potenziale ovvero di restrizione per oggetto dell'art. 101 TFUE nonché di definizione del mercato rilevante e del carattere abusivo delle condotte in questione. Quanto alla concorrenza potenziale, pur rilevando che l'esistenza di tale rapporto non richiede che sia provato con certezza che i concorrenti potenziali (nella specie, i possibili produttori di farmaci generici) entreranno effettivamente sul mercato interessato (né, tantomeno, che saranno in grado di rimanervi), la Corte ha escluso che tale rapporto possa derivare dalla sola e ipotetica possibilità di un siffatto ingresso ovvero dalla mera volontà del concorrente di attivarsi in tal senso. Declinando tale principio al caso di specie, la Corte ha concluso che vi è concorrenza potenziale soltanto se, in mancanza del *pay-for-delay settlement*, vi sarebbero

state possibilità reali e concrete di un ingresso sul mercato rilevante da parte delle imprese beneficiarie. Quanto alle restrizioni per oggetto, la Corte ha chiarito che tale nozione è integrata solo quando la condotta (nella specie, il pagamento dal titolare del brevetto alle altre imprese farmaceutiche) trova spiegazione unicamente nell'interesse commerciale delle parti a evitare una concorrenza fondata sui meriti, e salvo che il *pay-for-delay settlement* non sia accompagnato da comprovati effetti favorevoli per la concorrenza, tali da far ragionevolmente dubitare del suo carattere sufficientemente dannoso per la concorrenza. Quanto alla definizione del mercato rilevante, la Corte ha osservato che, nel contesto dei *pay-for-delay settlements*, occorre considerare non solo la versione originaria del farmaco in questione ma anche le versioni generiche dello stesso, anche se queste ultime potrebbero non essere in grado di entrare legalmente sul mercato prima della scadenza del brevetto, qualora i produttori di medicinali generici interessati siano in grado di entrare sul mercato di cui trattasi in tempi brevi e con forza sufficiente a costituire un serio contrappeso al produttore del farmaco originario già presente su tale mercato. Quanto al carattere abusivo della condotta in questione, la Corte ne ha sottolineato la natura di illecito escludente e ha ricordato che in questi casi il carattere abusivo presuppone che la condotta abbia avuto la capacità di restringere la concorrenza e, in particolare, di produrre gli effetti di esclusione dal mercato contestati all'impresa dominante, valutazione che deve essere effettuata alla luce di tutte le circostanze di fatto pertinenti.

Sentenza del 28 maggio 2020, Tribunale, *CK Telecoms UK Investments Ltd c. Commissione europea*, causa T-399/16

«Concorrenza – Concentrazioni – Attività di telecomunicazione wireless – Mercato al dettaglio dei servizi di telecomunicazione mobile – Mercato all'ingrosso dell'accesso e della raccolta delle chiamate nelle reti mobili pubbliche – Acquisizione della Telefónica Europe da parte della Hutchison – Decisione che dichiara la concentrazione incompatibile con il mercato interno – Mercato oligopolistico – Ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva – Effetti non coordinati – Onere della prova – Necessità di prova – Quote di mercato – Effetti della concentrazione sui prezzi – Analisi quantitativa della pressione al rialzo atteso sui prezzi – Concorrenti prossimi – Rilevante vincolo concorrenziale – Rilevante forza concorrenziale – Accordi di condivisione di rete – Grado di concentrazione – Indice Herfindahl-Hirschmann – Errore di diritto – Errore di valutazione»

Si tratta di uno dei non frequenti casi in cui una decisione mediante cui la Commissione ha sancito l'incompatibilità con il mercato interno e, quindi, vietato il perfezionamento di una concentrazione è stata annullata in seguito alla presentazione di un ricorso *ex art. 263 TFUE*. Per questa ragione, si tratta di una sentenza molto significativa nell'individuare il corretto standard probatorio che

incombe sulla Commissione. Si tratta della concentrazione fra due delle quattro principali compagnie telefoniche mobili britanniche. Secondo la Commissione, la circostanza per la quale, dopo la concentrazione, la nuova impresa si sarebbe trovata a detenere una quota di mercato pari al 40% e ad operare su un mercato marcatamente oligopolista (poiché popolato soltanto da due concorrenti) avrebbe verosimilmente comportato un aumento dei prezzi e una limitazione della scelta per i consumatori britannici. Il Tribunale ha ritenuto che la Commissione non abbia soddisfatto l'onere della prova su di essa incombente per corroborare tale allegazione e, anzi, che la decisione della Commissione sia viziata da numerosi errori di diritto e di valutazione. L'analisi del Tribunale si concentra sulla nozione di «importante forza concorrenziale» e, cioè, uno dei concetti cardine nell'esame dei c.d. effetti non coordinati delle concentrazioni. In estrema sintesi, il Tribunale ha rilevato che un'impresa può essere qualificata alla stregua di una «importante forza concorrenziale» soltanto ove la Commissione individui specifici elementi che permettano di distinguere il suo impatto sulla concorrenza rispetto a quello degli altri concorrenti, poiché in caso contrario, specie sui mercati oligopolistici, qualsiasi operatore di mercato finirebbe per rientrare in tale nozione con conseguente attribuzione alla Commissione di un potere pressoché discrezionale nello scrutinare ogni operazione di concentrazione. Fra gli altri errori commessi dalla Commissione individuati dal Tribunale vi sono fra l'altro quelli relativi (i) alla mancata prova, con un grado di probabilità sufficientemente elevato, del fatto che i prezzi avrebbero subito un aumento significativo nonché (ii) alla non corretta valorizzazione del ruolo dei c.d. operatori telefonici virtuali (e cioè che non dispongono di una propria infrastruttura).

Sentenza del 18 novembre 2020, Tribunale, *Lietuvos geležinkeliai AB c. Commissione europea*, causa T-814/17

«Concorrenza – Abuso di posizione dominante – Mercato del trasporto ferroviario di merci – Decisione che constata un'infrazione all'articolo 102 TFUE – Accesso da parte di imprese terze alle infrastrutture gestite dalla società nazionale delle ferrovie della Lituania – Smantellamento di un tratto di binario – Nozione di “abuso” – Esclusione effettiva o probabile di un concorrente – Calcolo dell'importo dell'ammenda – Orientamenti per il calcolo dell'importo delle ammende del 2006 – Misure correttive – Proporzionalità – Competenza estesa al merito»

Il Tribunale ha confermato la decisione della Commissione secondo cui, rimuovendo un tratto della linea ferroviaria che collega Lituania e Lettonia, l'impresa pubblica lituana che gestisce l'infrastruttura ferroviaria e al contempo fornisce servizi di trasporto in tale Stato membro ha abusato della propria posizione dominante impedendo l'accesso al mercato nazionale da parte di imprese fornitrici di servizi ferroviari stabilite in Lettonia. La controversia ha avuto origine

dalla denuncia alla Commissione di un'impresa petrolifera cliente dell'*incumbent* lituano che aveva deciso di affidare a un'impresa ferroviaria lettone il trasporto dei prodotti petroliferi raffinati in un sito al confine fra i due Stati membri. In seguito a un guasto su alcune decine di metri di binari, l'impresa ferroviaria lituana ha deciso di non riparare il tratto interessato ma, piuttosto, di smantellare circa 20 km di linea ferroviaria che permetteva il collegamento fra i due Stati membri senza poi procedere alla ricostruzione. In particolare, il Tribunale ha chiarito che tale condotta esula dalla teorica delle c.d. *essential facilities* (di talché non si applica il relativo elevato onere probatorio a carico della Commissione) e costituisce invece una condotta escludente capace di ostacolare l'ingresso nel mercato rilevante e comportare un effetto di preclusione anticoncorrenziale. Infine, ricordato che la c.d. speciale responsabilità che incombe sulle imprese dominanti ai sensi dell'art. 102 TFUE impone loro di non pregiudicare l'esistenza sul mercato rilevante di una concorrenza effettiva e leale, il Tribunale ha sancito che nel caso di specie tale responsabilità precludeva all'impresa ferroviaria lituana di assumere decisioni (come quella contestata) idonee a eliminare ogni possibilità di rimettere in funzione la linea ferroviaria anche nel breve periodo.

Sentenza del 9 dicembre 2020, Corte di giustizia, *Groupe Canal + c. Commissione europea*, causa C-132/19 P

«Impugnazione – Concorrenza – Intese – Distribuzione televisiva – Regolamento (CE) n. 1/2003 – Articolo 9 e articolo 16, paragrafo 1 – Decisione che rende vincolanti taluni impegni – Protezione territoriale assoluta – Sviamento di potere – Valutazione preliminare – Assenza di obbligo per la Commissione europea di tener conto di considerazioni relative all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, TFUE – Accordi diretti alla compartimentazione dei mercati nazionali – Assenza di obbligo per la Commissione di analizzare uno per uno i mercati nazionali interessati – Proporzionalità – Lesione dei diritti contrattuali dei terzi»

Con decisione *ex art. 9 reg. (CE) n. 1/2003*, la Commissione nel 2016 rendeva vincolanti gli impegni offerti da Paramount per risolvere le preoccupazioni concorrenziali riscontrate dalla Commissione con riguardo all'accesso transfrontaliero ai servizi televisivi a pagamento. Paramount si impegnava in particolare a rimuovere e/o disapplicare talune clausole contenute negli accordi di licenza conclusi con Sky e altri operatori televisivi europei che, nel complesso, avevano l'effetto di attribuire a Sky un'esclusiva territoriale assoluta per i mercati di Regno Unito e Irlanda. Si trattava delle clausole che (i) impedivano a Sky di fornire i propri servizi a consumatori di Stati membri diversi da Regno Unito e Irlanda e, specularmente, (ii) imponevano a Paramount di inserire analoghe clausole nei contratti conclusi con altri operatori televisivi europei. La decisione veniva impugnata da uno di tali operatori (Canal+), soggetto estraneo al procedimento svol-

tosì fra Commissione e Paramount e conclusosi con l'accettazione degli impegni. Lamentando, fra l'altro, che la decisione comportava la disapplicazione anche nei suoi confronti degli accordi contrattuali in essere con Paramount, Canal+ contestava la violazione del principio di proporzionalità: la Commissione avrebbe infatti dovuto individuare soluzioni idonee a risolvere le preoccupazioni concorrenziali riscontrate ma più rispettose dei diritti dei terzi. Condividendo tale posizione, la Corte ha chiarito che, nel contesto delle decisioni con impegni, il principio di proporzionalità si atteggia in modo differente a seconda che l'impugnazione sia presentata dall'impresa destinataria della decisione oppure da un soggetto terzo. Se nel primo caso resta ferma la giurisprudenza *Alrosa* (C-441/07 P), nel secondo caso la decisione che obblighi il destinatario a disapplicare clausole contrattuali nei confronti di terzi senza il loro consenso costituisce un'ingerenza nella libertà contrattuale di questi ultimi che supera i limiti dell'art. 9 del reg. (CE) n. 1/2003. Secondo la Corte, la possibilità dei terzi di rivolgersi ai giudici nazionali per lamentare l'inadempimento dell'impresa destinataria della decisione non rappresenta un rimedio effettivo poiché, ai sensi dell'art. 16 reg. (CE) n. 1/2003, i giudici nazionali non possono prendere decisioni in contrasto con una precedente decisione della Commissione, come sarebbe appunto quella che obbligasse un'impresa a violare gli impegni resi obbligatori dalla Commissione con la decisione ad essa indirizzata.

Agricoltura e pesca

Sentenza del 17 dicembre 2020, Corte di giustizia (UE), *WQ contro Land Berlin*, causa C-216/19

«Rinvio pregiudiziale – Politica agricola comune – Regolamento (UE) n. 1307/2013 – Norme sui pagamenti diretti agli agricoltori nell'ambito dei regimi di sostegno – Regime di pagamento di base – Articolo 24, paragrafo 2, prima frase – Nozione di “ettaro ammissibile a disposizione dell'agricoltore” – Utilizzo illecito della superficie interessata da parte di un terzo – Articolo 32, paragrafo 2, lettera b), ii) – Domanda di attivazione di un diritto all'aiuto per una superficie imboschita – Nozione di “superficie che ha dato diritto di ricevere pagamenti nel 2008” – Regime di pagamento unico o regime di pagamento unico per superficie»

La Corte stabilisce che nel caso in cui per una superficie ammissibile all'aiuto siano presentate contemporaneamente due domande, una del proprietario ed una da parte di un terzo che la utilizza di fatto senza titolo, l'aiuto debba essere concesso al proprietario e non al terzo senza titolo. Infatti l'articolo 24, paragrafo 2, prima frase, del regolamento (UE) n. 1307/2013 del Parlamento euro-

peo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, recante norme sui pagamenti diretti agli agricoltori nell'ambito dei regimi di sostegno previsti dalla politica agricola comune deve essere interpretato nel senso che, qualora una domanda di aiuto sia presentata sia dal proprietario di superfici agricole sia da un terzo che le utilizza senza alcun fondamento giuridico, gli ettari ammissibili corrispondenti a dette superfici sono "a disposizione" del solo proprietario di queste ultime, ai sensi di tale disposizione.

Sentenza del 16 settembre 2020, Corte di giustizia (UE), *Skonis ir kvapas UAB contro Muitinės departamentas prie Lietuvos Respublikos finansų ministerijos*, causa C-674/19

«Rinvio pregiudiziale – Struttura e aliquote dell'accisa applicabile ai tabacchi lavorati – Direttiva 2011/64/UE – Articolo 2, paragrafo 2 – Articolo 5, paragrafo 1 – Nozione di "Prodotti costituiti interamente o parzialmente da sostanze diverse dal tabacco" – Nozione di "tabacchi da fumo" – Tabacco per pipa ad acqua (narghilè)»

La Corte chiarisce che ai sensi degli articoli 2 e 5 della direttiva 2011/64/UE del Consiglio, del 21 gennaio 2011, relativa alla struttura e alle aliquote dell'accisa applicata al tabacco lavorato, un tabacco per pipa ad acqua (narghilè), composto da tabacco 24% e altre sostanze deve ritenersi un "prodotto costituito parzialmente da sostanze diverse dal tabacco" e, come tale, deve essere assimilato a un "tabacco da fumo"; ne consegue che l'accisa deve essere calcolata sul peso totale del composto e non solo sulla frazione relativa al tabacco.

Alimenti

Sentenza del 17 dicembre 2020, Corte di giustizia (UE), *Syndicat interprofessionnel de défense du fromage Morbier contro Société Fromagère du Livradois SAS*, causa C-490/19

«Rinvio pregiudiziale – Agricoltura – Protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli ed alimentari – Regolamento (CE) n. 510/2006 – Regolamento (UE) n. 1151/2012 – Articolo 13, paragrafo 1, lettera d) – Prassi che può indurre in errore il consumatore sulla vera origine dei prodotti – Riproduzione della forma o dell'aspetto che caratterizzano un prodotto la cui denominazione è protetta – Denominazione d'origine protetta (DOP) "Morbier"»

La Corte precisa la differenza fra "evocazione" (di cui all'art. 13, par. 1, lett. b del reg. UE 1151/2012) e "pratica capace di indurre in errore il consuma-

tore” (di cui all’art. 13, par. 1, lett. d del reg. UE 1151/2012) con riferimento alla “forma” di un formaggio DOP, affermando che la privativa di cui all’art. 13 può estendersi anche alla forma (e non solo alla denominazione) se questa assume caratteristiche tali da essere riconducibile in modo univoco al prodotto DOP. In questo caso la violazione della privativa sarà riconducibile alla fattispecie della “evocazione” se la forma del prodotto sarà tale da stimolare nella mente del consumatore medio europeo una immediata associazione di idee con la denominazione protetta; sarà, invece, riconducibile alla ipotesi di slealtà commerciale di cui alla lettera d) qualora la forma sia tale da indurre potenzialmente in errore il consumatore circa l’identità del prodotto simile generico così realizzato e presentato sul mercato (e, dunque, sia idonea ad indurlo in errore facendo confondere il prodotto generico con il prodotto autentico DOP).

Sentenza del 17 dicembre 2020, Corte di giustizia (UE), *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a.*, causa C-336/19

«Rinvio pregiudiziale – Protezione degli animali durante l’abbattimento – Regolamento (CE) n. 1099/2009 – Articolo 4, paragrafo 1 – Obbligo di stordire gli animali prima di abatterli – Articolo 4, paragrafo 4 – Deroga nell’ambito della macellazione rituale – Articolo 26, paragrafo 2 – Possibilità per gli Stati membri di adottare norme nazionali che mirano ad assicurare agli animali una maggiore protezione in caso di macellazione rituale – Interpretazione – Normativa nazionale che impone, in caso di macellazione rituale, uno stordimento reversibile e inidoneo a provocare la morte – Articolo 13 TFUE – Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea – Articolo 10 – Libertà di religione – Libertà di manifestare la propria religione – Limitazione – Proporzionalità – Mancanza di consenso tra gli Stati membri dell’Unione – Margine di discrezionalità riconosciuto agli Stati membri – Principio di sussidiarietà – Validità – Trattamento differenziato della macellazione rituale e dell’abbattimento di animali durante attività venatorie o di pesca nonché durante eventi culturali o sportivi – Insussistenza di discriminazione – Articoli 20, 21 e 22 della Carta dei diritti fondamentali»

Il benessere animale, in quanto valore al quale le società democratiche contemporanee attribuiscono un’importanza maggiore da un certo numero di anni, può, alla luce dell’evoluzione della società, essere preso maggiormente in considerazione nell’ambito della macellazione rituale e contribuire così a giustificare il carattere proporzionato di una normativa nazionale che impone lo stordimento reversibile dell’animale prima della macellazione rituale per sgozzamento. Il bilanciamento fra la libertà religiosa e la tutela del benessere animale quale interesse generale della comunità va effettuato in funzione del rispetto della proporzionalità della misura controversa tanto in termini di necessità quanto di adeguatezza. Una normativa nazionale che disponga lo stordimento dell’animale in for-

ma reversibile e che non ne provochi la morte è in grado di garantire il rispetto della finalità religiosa per la quale è disposto lo sgozzamento dell'animale vivo (necessità del dissanguamento completo, onde evitare che permanga nel corpo dell'animale una frazione di sangue corporeo) evitando, al contempo, inutili sofferenze all'animale da macellare.

Sentenza del 3 dicembre 2020, Corte di giustizia (UE), *Région de Bruxelles-Capitale contro Commissione europea*, Cause riunite C-352/19 P

«Impugnazione – Regolamento (CE) n. 1107/2009 – Immissione sul mercato dei prodotti fitosanitari – Regolamento di esecuzione (UE) 2017/2324 – Rinnovo dell'approvazione della sostanza attiva glifosato – Articolo 263 TFUE – Legittimazione ad agire di un ente regionale – Incidenza diretta»

Il ricorso di un ente regionale o locale deve soddisfare i presupposti di ricevibilità di cui all'articolo 263, quarto comma, TFUE, il quale subordina la ricevibilità di un ricorso proposto da una persona fisica o giuridica contro una decisione di cui non è destinataria alla condizione che essa sia direttamente e individualmente interessata da tale decisione o, se si tratta di un atto regolamentare, che essa sia direttamente interessata da quest'ultimo e detto atto regolamentare non comporti alcuna misura d'esecuzione.

Con riferimento alla possibilità che l'art. 263 TFUE violi la Convenzione di Aarhus 3 e, pertanto, i presupposti di ricevibilità previsti dal TFUE debbano essere interpretati alla luce delle disposizioni di tale convenzione relative all'accesso alla giustizia, la Corte indica che gli accordi internazionali non possono prevalere sul diritto primario dell'Unione. Pertanto, le disposizioni della Convenzione di Aarhus non possono avere l'effetto di modificare i presupposti di ricevibilità dei ricorsi di annullamento fissati dal TFUE.

Il rinnovo dell'approvazione di una sostanza attiva non comporta la conferma, la proroga o il rinnovo delle autorizzazioni all'immissione sul mercato dei prodotti fitosanitari che la contengono, dal momento che i loro titolari devono chiederne il rinnovo entro tre mesi dal rinnovo dell'approvazione della sostanza attiva, domanda sulla quale gli Stati membri devono a loro volta decidere entro dodici mesi. Inoltre, qualora non sia presa alcuna decisione sul rinnovo dell'autorizzazione prima della sua scadenza, l'obbligo di prorogare l'autorizzazione per il periodo necessario incombe, in Belgio, all'autorità federale, competente in forza del diritto nazionale a «stabilire norme di prodotto», e non sulle regioni, come la Regione di Bruxelles-Capitale. Peraltro, se è pur vero che il diritto belga prevede che le regioni sono «associate all'elaborazione delle normative federali in materia di norme di prodotto» e che l'immissione sul mercato e l'impiego di un pesticida per uso agricolo possono essere approvati dal ministro federale competente solo previo parere di un comitato nel quale la Regione di Bruxelles-Capitale è rappresentata da un

esperto, tale competenza consultiva non costituisce un effetto diretto del regolamento n. 1107/2009 relativo all'immissione sul mercato dei prodotti fitosanitari.

Il presupposto dell'«incidenza diretta» di cui all'art. 263 par. 4 TFUE che legittima la proposizione del ricorso dev'essere valutato unicamente alla luce degli effetti giuridici della misura controversa, mentre gli eventuali effetti politici di quest'ultima non incidono su tale valutazione. Ne consegue che la Regione di Bruxelles Capitale non è legittimata ai sensi dell'art. 263 TFUE a impugnare la misura in questione.

Sentenza del 8 ottobre 2020, Corte di giustizia (UE), *Union des industries de la protection des plantes contro Premier ministre e a.*, Causa C-514/19

«Rinvio pregiudiziale – Ambiente – Regolamento (CE) n. 1107/2009 – Immissione in commercio dei prodotti fitosanitari – Misure di emergenza – Informazione ufficiale della Commissione europea – Direttiva (UE) 2015/1535 – Procedura d'informazione nel settore delle regolamentazioni tecniche – Neonicotinoidi – Protezione delle api – Principio di leale cooperazione»

Il principio di leale cooperazione sancito dall'art. 4 TUE, unitamente al principio di buona amministrazione impongono quale obbligo alle istituzioni dell'Unione europea di valutare le comunicazioni di progetti di regole tecniche inoltrate dagli Stati membri alla luce delle normative dell'Unione a prescindere dalla procedura seguita, non potendo essere rigettata una siffatta comunicazione solo per il motivo che esisteva una norma specifica nell'ambito di un regolamento che prevedeva un iter procedurale ad hoc in luogo di quello generale previsto dalla direttiva 2015/1535.

Sentenza del 1° ottobre 2020, Corte di giustizia (UE), *Groupe Lactalis contro Premier ministre e a.*, Causa C-2/18

«Rinvio pregiudiziale – Regolamento (UE) n. 1169/2011 – Informazioni ai consumatori sugli alimenti – Articolo 9, paragrafo 1, lettera i), e articolo 26, paragrafo 2, lettera a) – Indicazione obbligatoria del paese d'origine o del luogo di provenienza degli alimenti – Omissione che può indurre in errore il consumatore – Articolo 38, paragrafo 1 – Materie espressamente armonizzate – Articolo 39, paragrafo 2 – Adozione di disposizioni nazionali che prevedono ulteriori indicazioni obbligatorie relative al paese d'origine o al luogo di provenienza di tipi o categorie specifiche di alimenti – Presupposti – Esistenza di un nesso comprovato tra una o più qualità degli alimenti di cui trattasi e la loro origine o provenienza – Nozioni di “nesso comprovato” e di “qualità” – Elementi a prova del fatto che la maggior parte dei consumatori attribuisce un valore significativo alla fornitura di tali informazioni – Disposizione nazionale che prevede l'indicazione obbligatoria dell'origine nazionale, europea o extra-europea del latte»

Il regolamento UE n. 1169/2011 concernente le informazioni ai consumatori sugli alimenti deve essere interpretato nel senso che in base all'art. 26 par. 2 l'obbligo di fornire l'informazione sull'origine dell'alimento per non indurre in errore il consumatore è materia espressamente armonizzata (di talché non residua alcuno spazio di intervento regolatorio a livello nazionale per precisare eventualmente quando una simile condizione si verifichi e come debba essere prevenuta); al contrario, in base all'art. 39 del regolamento medesimo gli Stati membri conservano una propria autonomia regolatoria nel caso di alimenti che presentino un nesso comprovato tra talune qualità e l'origine o provenienza, allorché la maggior parte dei consumatori attribuisce un valore significativo alla fornitura di tali informazioni. I due requisiti devono, in ogni caso, sussistere contemporaneamente, sicché è onere degli Stati membri intenzionati ad adottare disposizioni in materia di obbligo di etichettatura di origine per le fattispecie indicate accertare preliminarmente l'esistenza del nesso qualitativo comprovato, e, a valle, la sussistenza di una comune opinione nei consumatori di rilevanza di una simile informazione. Pertanto una disposizione nazionale che rendesse obbligatoria l'indicazione del paese d'origine o del luogo di provenienza di un alimento soltanto sulla base dell'associazione soggettiva che la maggior parte dei consumatori può stabilire tra detta origine o provenienza e talune qualità dell'alimento di cui trattasi potrebbe suggerire che quest'ultimo possiede qualità particolari legate alla sua origine o alla sua provenienza, quando invece l'esistenza di un nesso comprovato tra le une e le altre non è oggettivamente dimostrata.

Sentenza del 1° ottobre 2020, Corte di giustizia (UE), *Entoma SAS contro Ministre de l'Économie et des Finances e Ministre de l'Agriculture et de l'Alimentation*, Causa C-526/19

«Rinvio pregiudiziale – Sicurezza alimentare – Nuovi prodotti e nuovi ingredienti alimentari – Regolamento (CE) n. 258/97 – Articolo 1, paragrafo 2, lettera e) – Nozione di “ingredienti alimentari isolati a partire da animali” – Immissione in commercio – Insetti interi destinati al consumo umano»

La determinazione del significato e della portata dei termini per i quali il diritto dell'Unione non fornisce alcuna definizione dev'essere effettuata conformemente al loro senso abituale nel linguaggio corrente, tenendo conto, al contempo, del contesto in cui essi sono utilizzati e degli obiettivi perseguiti dalla normativa di cui essi fanno parte.

L'articolo 3 del regolamento 258/97/Ce sui c.d. “novel foods” prevedeva che per “nuovo alimento” dovesse intendersi “qualsiasi alimento non utilizzato in misura significativa per il consumo umano nell'Unione europea prima del 15 maggio 1997 e rientrante in una delle seguenti categorie (...) alimenti costituiti, isolati od ottenuti a partire da animali o da parte dei medesimi (...)”. Gli

insetti devono essere ricompresi nella definizione di “animali”, mentre il termine “ingredienti alimentari” implica che il prodotto sia un componente di un alimento complesso, non potendo costituire in sé l'intero alimento. Pertanto gli animali interi non possono essere considerati “ingredienti”. Una interpretazione di segno contrario, sebbene giustificata dalle finalità della norma, finirebbe per essere *contra legem* superando il dato letterale della norma. Tale limite, che risponde senza dubbio ai principi imperativi di certezza del diritto e di prevedibilità della legge, è stato esplicitamente riconosciuto dalla Corte nell'ambito della giurisprudenza sulla interpretazione conforme del diritto nazionale.

Sentenza del 1° ottobre 2020, Corte di giustizia (UE), *Staatssecretaris van Financiën contro X*, Causa C-331/19

«Rinvio pregiudiziale – Fiscalità – Imposta sul valore aggiunto (IVA) – Direttiva 2006/112/CE – Articolo 98 – Facoltà per gli Stati membri di applicare un'aliquota IVA ridotta a talune cessioni di beni e prestazioni di servizi – Allegato III, punto 1 – Nozioni di “prodotti alimentari destinati al consumo umano” e “prodotti normalmente utilizzati per integrare o sostituire prodotti alimentari” – Prodotti afrodisiaci»

La sentenza segnala la mancanza di “universalità” delle definizioni di alimento e integratore alimentare contenute nelle rispettive discipline generali sulla legislazione alimentare Ue, ove il campo di applicazione delle suddette nozioni sia diverso. La vicenda riguardava un contenzioso in materia di IVA, la cui aliquota può essere agevolata ai sensi della vigente normativa Ue solo per i prodotti alimentari destinati al consumo umano e per quelli destinati ad integrare l'alimentazione umana. Nella disciplina fiscale manca, tuttavia, una esplicita definizione di questi due termini, né sono presenti rinvii espliciti alle norme della legislazione alimentare Ue richiamate in precedenza. Nell'ambito del contenzioso fiscale instauratosi fra l'autorità fiscale olandese e un operatore del settore alimentare per l'applicazione del regime IVA agevolato a prodotti “afrodisiaci” il giudice nazionale ha disposto un rinvio pregiudiziale alla CGUE per chiarire la portata delle definizioni della legislazione alimentare generale e la loro utilizzabilità in ambito fiscale.

Secondo i Giudici del Lussemburgo:

- 1) in mancanza di una definizione esplicita di un termine o concetto nell'ambito della specifica norma Ue applicabile il suo significato va desunto conformemente al senso abituale dei termini che lo compongono nel linguaggio corrente, tenendo conto al contempo del contesto in cui tali termini sono utilizzati e degli scopi perseguiti dalla normativa in cui gli stessi sono inseriti;
- 2) secondo il linguaggio comune costituiscono “prodotti alimentari destinati al consumo umano” tutti i prodotti contenenti sostanze nutritive costituen-

- ti, energetiche e regolatrici dell'organismo umano, necessarie al mantenimento della vita, al funzionamento e allo sviluppo di tale organismo, assunte per fornire a quest'ultimo tali sostanze;
- 3) è irrilevante che tale prodotto abbia o meno effetti benefici per la salute, che la sua ingestione implichi o meno un certo piacere per il consumatore e che il suo utilizzo rientri in un certo contesto conviviale;
 - 4) poiché nel contesto della disciplina IVA la natura di "prodotto alimentare" consente di accedere, in via eccezionale, ad una deroga al regime ordinario, la nozione stessa deve essere interpretata restrittivamente;
 - 5) la definizione di "alimento" contenuta nel regolamento 178/02/Ce non è applicabile alla fattispecie in esame *ratione materiae* in quanto quest'ultima disposizione ha come obiettivo la tutela della salute e riguarda tutte le sostanze che contribuiscono a garantire la sicurezza alimentare. Con la nozione particolarmente "ampia" di "alimento" questo regolamento si riferisce, quindi, a finalità che eccedono i termini contenuti nella disciplina sull'IVA;
 - 6) ne consegue che qualsiasi prodotto destinato al consumo umano che apporti all'organismo umano sostanze nutritive necessarie al mantenimento della vita, al funzionamento e allo sviluppo di tale organismo rientra nella categoria di cui all'allegato III, punto 1, della direttiva IVA, anche se il consumo di tale prodotto produce anche altri effetti; per contro, un prodotto che non contenga sostanze nutritive o ne contenga in quantità del tutto trascurabile e il cui consumo serva unicamente a produrre effetti diversi da quelli necessari al mantenimento in vita, al funzionamento o allo sviluppo dell'organismo umano non può rientrare in tale categoria.

Sentenza del 10 settembre 2020 Corte di giustizia (UE), *Konsumentombudsmannen contro Mezina AB*, Causa C-363/19

«Rinvio pregiudiziale – Sicurezza alimentare – Indicazioni nutrizionali e sulla salute fornite sui prodotti alimentari – Regolamento (CE) n. 1924/2006 – Articoli 5 e 6 – Fondatezza scientifica delle indicazioni – Prove scientifiche generalmente accettate – Articolo 10, paragrafo 1 – Articolo 28, paragrafo 5 – Regime transitorio – Pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno – Direttiva 2005/29/CE – Articolo 3, paragrafo 4 – Relazione tra le disposizioni della direttiva 2005/29 e altre norme dell'Unione che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali»

Con riferimento ai c.d. "*botanicals*" (sostanze vegetali per le quali, essendo la valutazione EFSA ancora "*pending*", non sono stati approvati i relativi *claims* salutistici ex art. 13 reg. 1924/06/Ce) la Corte ribadisce che, in forza della clausola transitoria di cui all'art. 28 paragrafo 5 del medesimo regolamento le affermazioni salutistiche di cui all'art. 13 possono essere fatte dagli OSA sotto la propria

responsabilità, purché conformi al regolamento stesso. Il regolamento 1924/06 definisce il livello di appropriatezza delle prove necessarie a validare un claim salutistico laddove afferma che devono sussistere “prove scientifiche generalmente accettate”. Siffatte prove (che è onere dell’OSA esibire in caso di contestazione) non possono, dunque, consistere in credenze diffuse, dicerie tratte dalla saggezza popolare, o osservazioni ed esperienze di persone estranee alla comunità scientifica. La necessaria riconducibilità delle prove alla “comunità scientifica” non esclude che l’OSA possa produrle in casa, purché lo faccia in base a criteri scientifici ed abbiano una attendibilità scientifica sufficiente. Di conseguenza nell’ambito del regime transitorio di cui all’art. 28 cit. un OSA che decida di fornire una indicazione sulla salute deve, sotto la propria responsabilità, conoscere gli effetti sulla salute della sostanza oggetto di tale indicazione, il che implica che egli sia in grado di provare la realtà di tali effetti e che l’onere della prova sia a suo carico. Peraltro il livello di prova richiesto non è disciplinato, nel merito, dal regolamento; ne consegue che la valutazione di appropriatezza deve essere effettuata dal giudice nazionale in base alla normativa nazionale. Il regolamento 1924/06/Ce, contenendo norme specifiche riguardo alle indicazioni sulla salute che compaiono nell’etichettatura, nella presentazione dei prodotti alimentari immessi sul mercato dell’Unione e nella relativa pubblicità, costituisce *lex specialis* rispetto alle norme generali, poste a tutela dei consumatori contro le pratiche sleali delle imprese, come quelle previste dalla direttiva 2005/29/Ce. Ne consegue che, in caso di conflitto tra le disposizioni della direttiva 2005/29/Ce e quelle del regolamento n. 1924/06/Ce, le disposizioni di questo secondo strumento prevalgono e verranno applicate a siffatti aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali.

Sentenza del 9 settembre 2020, Tribunale (UE), *Repubblica di Slovenia contro Commissione europea*, causa T-626/17

«Agricoltura – Regolamento (UE) n. 1308/2013 – Denominazioni di origine nel settore vitivinicolo – Etichettatura dei vini – Menzione del nome di una varietà di uve da vino che contiene o è costituito da una denominazione di origine protetta – Divieto – Deroga – Regolamento delegato (UE) 2017/1353 – Inserimento del nome della varietà di uve da vino “teran” nell’elenco di cui all’allegato XV, parte A, del regolamento (CE) n. 607/2009 – Effetto retroattivo a decorrere dalla data di adesione della Repubblica di Croazia all’Unione – Denominazione di origine protetta slovena “Teran” – Certezza del diritto – Legittimo affidamento – Proporzionalità – Diritto di proprietà – Atto relativo alle condizioni di adesione della Croazia all’Unione – Accordo interistituzionale “Legiferare meglio” – Equilibrio istituzionale»

Il Tribunale afferma che, poiché l’art. 100 par. 3 secondo comma del regolamento 1308/2013 (OCM Unica) è in continuità con il precedente articolo 118

Undecies del regolamento 1234/2007/Ce (precedente OCM Unica), il fatto che la Commissione abbia utilizzato il primo come base giuridica per l'adozione di un regolamento delegato che retroagisce nel tempo ad un momento anteriore, in cui era in vigore il regolamento precedente, non inficia la validità del regolamento delegato stesso. Infatti "la Commissione non si è avvalsa, in sostanza, nei confronti della Repubblica di Croazia, di un nuovo potere di cui la Repubblica di Slovenia non era a conoscenza, per quanto riguarda il periodo compreso fra il 1° luglio 2013 e il 1° gennaio 2014. Inoltre è pacifico che anche se la Commissione avesse potuto fondarsi sull'art. 118 undecies del reg. 1234/07/Ce per adottare il regolamento impugnato, essa sarebbe giunta al medesimo risultato, ossia la concessione di una deroga in materia di etichettatura per i vini croati dall'adesione della Repubblica di Croazia all'Unione.

L'adozione di un atto dell'Ue deve basarsi sulle norme in vigore al momento dell'adozione dell'atto in oggetto. Ne consegue che un regolamento delegato deve essere adottato sulla base della norma che conferisce alla Commissione il potere di adottarlo vigente al momento dell'adozione e non in base alla norma precedente, ancorché i suoi effetti retroagiscano ad una data anteriore all'entrata in vigore del regolamento-base sul cui fondamento viene esercitata la delega.

Il principio di certezza del diritto richiede, da un lato, che le norme giuridiche siano chiare e precise, e, dall'altro, che la loro applicazione sia prevedibile per coloro che vi sono sottoposti. Il principio della tutela del legittimo affidamento è, invece, definito come un diritto appartenente a qualsiasi soggetto che si trovi in una situazione dalla quale risulti che l'amministrazione abbia fatto sorgere in capo al medesimo aspettative fondate. Tale principio può essere invocato anche dagli Stati. Nessuno può invocare la tutela del legittimo affidamento in mancanza di precise assicurazioni fornitegli dall'amministrazione. Nessun operatore economico può vantare un diritto quesito o anche un legittimo affidamento sulla conservazione di una situazione di fatto che può essere modificata da decisioni adottate dalle due istituzioni dell'Unione nell'ambito del loro potere discrezionale. Il principio di certezza del diritto osta, in linea di principio, a che l'efficacia nel tempo di un atto dell'Unione decorra da una data anteriore alla sua pubblicazione. Tuttavia tale divieto non è assoluto e può essere escluso, in via eccezionale, qualora lo esiga lo scopo da raggiungere e purché il legittimo affidamento degli interessati sia debitamente rispettato.

La materia delle denominazioni geografiche rientra nell'ambito della Politica Agricola, campo in cui le istituzioni Ue hanno grande discrezionalità. In questo contesto la proporzionalità delle misure adottate deve essere valutata alla stregua del parametro della non manifesta sproporzione in relazione all'obiettivo legittimo perseguito. Autorizzando l'uso del nome di varietà di uve da vino "teran" nel

rispetto di particolari condizioni di etichettatura, la Commissione non è andata manifestamente oltre quanto necessario per conseguire un simile obiettivo.

Sentenza del 5 marzo 2020, Corte di giustizia (UE), *Foundation for the Protection of the Traditional Cheese of Cyprus named Halloumi contro Ufficio dell'Unione europea per la proprietà intellettuale (EUIPO)*, causa C-766/18 P

«Impugnazione – Marchio dell'Unione europea – Regolamento (CE) n. 207/2009 – Opposizione – Articolo 8, paragrafo 1, lettera b) – Formaggi – Marchio BBQLOUMI; marchio collettivo anteriore HALLOUMI – Rischio di confusione – Criteri di valutazione – Applicabilità in caso di marchio anteriore collettivo – Interdipendenza tra la somiglianza dei marchi in conflitto e quella dei prodotti o servizi designati da tali marchi»

Il rischio di confusione fra marchi registrati va inteso come rischio che il pubblico possa credere che i prodotti o i servizi contraddistinti dal marchio anteriore e quelli designati dal marchio richiesto successivamente provengano dalla stessa impresa o, eventualmente, da imprese economicamente legate tra loro. Nell'ipotesi in cui il marchio anteriore sia un marchio collettivo, la cui funzione essenziale è quella di distinguere i prodotti o i servizi dei membri dell'associazione titolare da quelli di altre imprese, il rischio di confusione deve essere inteso come il rischio che il pubblico possa credere che i prodotti o servizi coperti dal marchio anteriore o, se del caso, da imprese economicamente legate a tali membri o a tale associazione siano confusi con quelli dell'impresa che ha richiesto il marchio successivo.

La giurisprudenza concernente il rischio di confusione fra marchi individuali è applicabile alle cause relative a un marchio collettivo anteriore. Pertanto l'esistenza di un rischio di confusione deve essere valutata globalmente tenendo conto di tutti i fattori rilevanti del caso di specie.

Per quanto riguarda la somiglianza visiva, fonetica o concettuale dei marchi in conflitto, tale valutazione deve essere basata sull'impressione generale che essi trasmettono al pubblico di riferimento. Detta valutazione globale comporta una certa interdipendenza tra i fattori presi in considerazione e, in particolare, tra la somiglianza dei marchi e quella dei prodotti o servizi cui essi si riferiscono. Infatti un debole grado di somiglianza tra i prodotti o servizi contrassegnati può essere compensato da un elevato grado di somiglianza tra i marchi e viceversa.

Il grado di distintività del marchio anteriore, che determina la portata della tutela da esso conferita, rientra tra i fattori rilevanti del caso di specie. Se il carattere distintivo del marchio anteriore è significativo, tale circostanza è tale da aumentare il rischio di confusione. Ciò posto, l'esistenza di un rischio di confusione non è esclusa quando il carattere distintivo del marchio anteriore è debole.

Alla luce di quanto sopra, premesso che il Tribunale ha valutato i marchi in conflitto solo debolmente simili sul piano fonetico e concettuale, spettava allo stesso verificare se l'identità dei prodotti designati (entrambi formaggi) poteva compensare questa debolezza sul piano del rischio di confusione. Non essendo stata effettuata questa seconda valutazione la sentenza va annullata.

Sentenza del 30 gennaio 2020, Corte di giustizia (UE), *Dr. Willmar Schwabe GmbH & Co. KG contro Queisser Pharma GmbH & Co. KG*, causa C-524/18

«Rinvio pregiudiziale – Salute – Informazione e tutela dei consumatori – Regolamento (CE) n. 1924/2006 – Decisione di esecuzione 2013/63/UE – Indicazioni nutrizionali e sulla salute fornite sui prodotti alimentari – Articolo 10, paragrafo 3 – Riferimento a benefici generali e non specifici – Nozione di “accompagnamento” di un’indicazione specifica sulla salute – Obbligo di produrre prove scientifiche – Portata»

Il regolamento 1924/06/Ce, perseguendo in uno l’obiettivo della tutela della libera circolazione delle merci nel mercato interno e la protezione del consumatore, deve essere interpretato nel senso che le informazioni di carattere generale, consentite ex art. 10, paragrafo 3, di regola consistenti in dichiarazioni facili e attraenti, che fanno riferimento a benefici salutistici derivanti dal consumo del prodotto potenzialmente fraintendibili dal consumatore medio, devono essere accompagnate da una indicazione specifica sulla salute figurante nell’elenco autorizzato dalla Commissione europea. L’associazione fra le due informazioni deve risultare in modo chiaro ed evidente, di modo che, di regola, i due claims dovrebbero risultare presenti nello stesso campo visivo e in continuità sia spaziale (ravvicinate) che concettuale (collegamento facilmente comprensibile). Tuttavia in casi eccezionali (da valutare volta per volta), laddove le indicazioni specifiche sulla salute non possano integralmente comparire sullo stesso lato della confezione in cui è apposto il claim “generale” che sono destinate a suffragare, a causa del loro numero elevato o della loro lunghezza, un collegamento visivo diretto – come, ad esempio, l’uso di un asterisco – potrebbe risultare sufficiente qualora assicurati in modo chiaro e perfettamente comprensibile per il consumatore, la corrispondenza del contenuto, sul piano spaziale, tra le indicazioni sulla salute e il riferimento.

Le indicazioni generali sulla salute ex art. 10 par. 3 del regolamento 1924/06/Ce, pur non essendo soggette ad autonoma autorizzazione, devono comunque essere scientificamente fondate, posto che il regolamento le autorizza a condizione che rispettino tutti i requisiti dello stesso, fra i quali il primo è la veridicità scientifica. Ne consegue che l’Operatore del Settore Alimentare che intenda farne uso deve poterne dimostrare la fondatezza scientifica. Tuttavia, nel caso in cui siano chiaramente suffragate da un claim specifico abbinato che sia stato autorizzato dalla Commissione europea il fondamento scientifico si presume.

COMMERCIO INTERNAZIONALE E INVESTIMENTI

Sentenza del 19 febbraio 2020, Corte Suprema del Regno Unito, *Micula and Others v. Romania*, [2020] UKSC 5

Convenzione ICSID – esecuzione dei lodi – sospensione dell'esecuzione – principio di leale cooperazione – obblighi *erga omnes partes*

La pronuncia della Corte Suprema del Regno Unito riguardava la richiesta di esecuzione di un lodo reso nel 2013 nella nota controversia *Micula and Other v. Romania*. Tale esecuzione, sospesa con decisione del giudice nazionale in primo grado, poi confermata in appello, era stata considerata dalla Commissione europea una violazione del diritto dell'Unione europea. La Corte Suprema ha invece riconosciuto ai ricorrenti la possibilità di ottenere l'esecuzione del lodo in loro favore, sulla base di due argomentazioni. In primo luogo, i giudici di primo e secondo grado avrebbero ecceduto i propri poteri nel garantire la sospensione dell'esecuzione, in contrasto con quanto previsto dalla Convenzione ICSID del 1965. Inoltre, la Corte ha ritenuto applicabile al caso di specie l'art. 351 TFUE, che consente agli Stati membri di derogare al diritto UE per adempiere obblighi internazionali assunti prima dell'adesione all'Unione. Sebbene la giurisprudenza della Corte di giustizia abbia sempre escluso che tale clausola possa rilevare nei rapporti intra-UE, la Corte Suprema ha invece ritenuto di poter fare applicazione dell'art. 351 TFUE rispetto ad accordi internazionali che producano obblighi di natura collettiva o *erga omnes partes*, dando così precedenza agli obblighi di esecuzione contemplati dalla Convenzione ICSID.

Lodo del 28 febbraio 2020, *The PV Investors v. The Kingdom of Spain*, PCA Case No. 2012-14 (Carta europea dell'energia)

Carta europea dell'energia – energie rinnovabili – legittimo affidamento – trattamento giusto ed equo – tassi di rendimento – principio di ragionevolezza

La pronuncia riguardava una serie di ricorsi presentati nei confronti della Spagna e relativi al venir meno, nell'ordinamento spagnolo, di un programma di incentivi pubblici nel settore delle energie rinnovabili. Essa si segnala per un discostamento dalla prassi arbitrale precedente, non avendo il tribunale arbitrale riconosciuto una violazione del legittimo affidamento dei ricorrenti derivante dalla modifica della legislazione spagnola. Sulla base di questa premessa, il tribunale ha riconosciuto ai ricorrenti il diritto a ricevere dal governo spagnolo un tasso di rendimento ragionevole, da quantificarsi secondo il regime applicabile al momento di avvio dell'investimento.

Lodo del 29 giugno 2020, *Strabag SE v. Libya*, ICSID Case No. ARB(AF)/15/1 (BIT Austria-Libia)

Guerra civile – *reflective losses* – *privity of contracts* – attribuzione di condotta allo Stato – *umbrella clause* – riparazione delle perdite subite in guerra – obbligo di sicurezza e protezione

Il lodo è stato reso in esito a un procedimento instaurato nel 2015 in base all'accordo bilaterale sugli investimenti tra l'Austria e la Libia, ai sensi delle ICSID Additional Facility rules. La controversia si colloca nel contesto della guerra civile libica. La società locale sorta da una *joint venture* tra la società austriaca ricorrente e l'impresa di Stato di investimento e sviluppo (LIDCO) aveva concluso contratti di costruzione di infrastrutture e strade con alcune entità parastatali libiche. Sulla propria competenza, il tribunale (Crook-Crivellaro-Ziade) ritiene in particolare che, stando alla lettera della 'umbrella clause' dell'accordo bilaterale, l'investitore austriaco possa avanzare contro la Libia pretese fondate sull'accordo, ma relative alle pretese contrattuali vantate dalla società libica controllata ('reflective losses') nei confronti delle parti libiche, la cui condotta è attribuibile al governo (art. 5 degli Articoli sulla responsabilità internazionale dello Stato), e considerando impraticabile e non sicura nel contesto post-2011 la soluzione dettata dalle clausole contrattuali sulla scelta del foro a favore delle corti libiche (anche alla luce della Convenzione de L'Aja del 2005). Quanto al merito, la violazione dell'*umbrella clause* è configurata in riferimento a fatture inevase, ritardi e interruzioni, e cause di forza maggiore, senza decurtare i pagamenti anticipati a titolo di garanzia (sul punto, l'opinione dissenziente di Ziade). Inoltre, l'ampio obbligo pattizio di riparazione delle perdite di guerra è ritenuto sussistere con riguardo all'occupazione di siti del progetto, alla requisizione formale di attrezzature e macchinari, e ai danni causati durante l'occupazione; questa clausola non è considerata *lex specialis* nell'ambito dell'accordo, ma l'accertamento della sua violazione risulta assorbente sul piano dell'economia processuale e finanziaria rispetto alle pretese relative all'espropriazione e al trattamento giusto ed equo. Infine, il contesto di guerra civile impedisce al tribunale di individuare una violazione da parte del governo libico dell'obbligo di *due diligence* insito nell'obbligo di sicurezza e protezione.

Nuove regole arbitrali della International Chamber of Commerce (ICC), 30 ottobre 2020

L'ICC ha pubblicato una nuova serie di norme sull'arbitrato, che dovrebbe entrare in vigore il 1 gennaio 2021, e sostituiranno una precedente versione del 2017. Oltre ad includere accorgimenti determinati dalle vicende dell'ultimo periodo (come il potere dei tribunali di convocare udienze virtuali), le regole 2021 includono diversi emendamenti rilevanti per l'arbitrato stato-investitore. Nei casi basati su trattati, è previsto un requisito secondo cui gli arbitri nomi-

nati dalle parti devono essere di nazionalità diversa da quella delle parti. Nei casi basati sui trattati viene altresì vietato esplicitamente l'accesso all'arbitrato d'urgenza. Inoltre, sono presenti nuove disposizioni che impongono la divulgazione di accordi di finanziamento di terze parti (TPF).

Lodo del 7 ottobre 2020, *Spółdzielnia Pracy Muszynianka v. Slovak Republic*, PCA case no. 2017/08 (BIT Slovacchia–Polonia)

UNCITRAL – Investimenti nella produzione di acque minerali – Approccio *Iura novit curia* – Obiezione intra UE – Decisione e dichiarazione Achmea – “accordo successivo” – Trattamento giusto ed equo

Il tribunale arbitrale, dopo aver stabilito la propria competenza, rigetta le obiezioni di ammissibilità opposte dalla Slovacchia alle rivendicazioni del ricorrente il quale lamentava una violazione del BIT Slovacchia-Polonia derivante dalla modifica della Costituzione slovacca vietante il trasporto transfrontaliero di acqua minerale non confezionata. Il tribunale ha inoltre respinto l'obiezione della Slovacchia relativa all'incompatibilità del BIT con il diritto UE affermando che la propria giurisdizione si fonda primariamente sul diritto internazionale e sul BIT in particolare. Nel valutare la rilevanza di Achmea il tribunale ha ricalcato il ragionamento del tribunale in *Griffin v. Poland* e negando il valore di “accordo successivo” all'accordo di estinzione tra Stati Membri.

Lodo del 6 ottobre 2020, *Interocean Oil Development Company and Inter-ocean Oil Exploration Company v. Federal Republic of Nigeria*, ICSID Case No. ARB/13/20. (Nigeria Investment Promotion Commission Act)

Investment Promotion Commission Act (NIPC) – Giurisdizione – Diritto internazionale consuetudinario – Attribuzione di condotta di privati allo stato – CDI

Il tribunale arbitrale, dopo aver stabilito la propria competenza in forza del *Nigeria Investment Protection Commission Act*, ha respinto nel merito le istanze presentate dalle società statunitensi (interocean Oil Company e Inter-ocean Oil Exploration Company). Queste consistevano nel considerare le azioni delle agenzie della Repubblica federale nigeriana, dei tribunali nazionali e quelle private di Festus Fadeyi quali atti di espropriazione indiretta e attribuibili alla Nigeria in forza del principio di attribuzione di diritto internazionale. In particolare, il tribunale ha concluso che nella misura in cui le agenzie nigeriane (NNPC) hanno agito esclusivamente a titolo commerciale, le disposizioni di cui agli articoli 4 e 7 della CDI non trovano applicazione al caso di specie escludendo l'attribuibilità delle condotte allo Stato nigeriano.

SVILUPPO E SOSTENIBILITÀ

Ambiente e cambiamenti climatici

Considerazioni (*views*) del 7 gennaio 2020 relative alla Comunicazione n. 2728/2016, Comitato per i diritti umani, *Teitiota v. New Zealand*, UN Doc. n. CCPR/C/127/D/2728/2016

«*Nazioni Unite – Human Rights Committee – Cambiamenti climatici – Diritto alla vita – Non-refoulement – Rifugiati*»

Il Comitato per i diritti umani della Nazioni Unite ha, per la prima volta, riconosciuto che, potenzialmente, gli effetti che i cambiamenti climatici hanno sulla mobilità umana possono innescare l'obbligo di *non-refoulement* quando la vita di un migrante risulta essere a rischio a causa del degrado e dei disastri ambientali. Nel caso in oggetto, tuttavia, il Comitato ha deciso che la rimozione del Signor Teitiota e della sua famiglia dalla Nuova Zelanda era legittima poiché questo rischio non poteva essere adeguatamente stabilito.

Denuncia del 15 gennaio 2020 presentata ai Relatori speciali delle Nazioni Unite, *Rights of Indigenous People in Addressing Climate-Forced Displacement*

«*Nazioni Unite – Special rapporteurs – Diritti umani – Cambiamenti climatici – Popolazioni indigene – Climate-forced displacement*»

Cinque tribù indiane degli Stati Uniti hanno presentato una denuncia alle Nazioni Unite sostenendo che il governo statunitense ha violato i loro diritti umani per non aver affrontato il problema della migrazione indotta dai cambiamenti climatici. La denuncia chiede a diversi Relatori Speciali di intervenire con una indagine e di raccomandare al governo degli Stati Uniti e agli Stati dell'Alaska e della Louisiana di prendere provvedimenti per affrontare il problema della mobilità forzata causata dal cambiamento climatico.

Comunicazione del 30 novembre 2020, CEDU, sez. IV, *Cláudia Duarte Agostinho e altri c. Portogallo e altri 32 Stati*, ricorso n. 39371/207 del 7 settembre 2020

«*CEDU – Diritto alla vita – Diritto alla vita privata – Divieto di discriminazione – Cambiamenti climatici – Accordo di Parigi*»

A settembre 2020, sei giovani portoghesi, supportati dalla ONG Global Legal Action Network, hanno presentato un ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo contro 33 paesi membri del Consiglio d'Europa, accusandoli di violare i loro diritti, non avendo adottato misure sufficienti contro il cambiamento climatico, così come prescritto dall'Accordo di Parigi. Nonostante i mezzi di ricorso disponibili presso i tribunali nazionali di ogni stato chiamato in causa non siano

stati esauriti, la Corte ha accolto in via prioritaria la richiesta, dando così inizio alla fase processuale, in quanto, in una causa così complessa, per i giovani richiedenti sarebbe stato un onere eccessivo e sproporzionato.

Decisione del 19 novembre 2020, Consiglio di stato francese, *Commune de Grande-Synthe*, ricorso n. 427301

«Francia – Ambiente – Cambiamenti climatici – Emissioni di gas a effetto serra – Accordo di Parigi – L’Affaire du siècle»

Il Consiglio di stato francese, in risposta a un ricorso avanzato dalla città di Grande-Synthe, a cui si erano uniti i comuni di Parigi e Grenoble e le quattro ONG del movimento *L’Affaire du siècle* (*Notre Affaire à Tous*, Fondazione Nicolas Hulot, Greenpeace France e Oxfam France), ha chiesto formalmente al governo di giustificare come la traiettoria di riduzione di CO₂ entro il 2030 rispetti gli impegni presi con la firma dell’Accordo di Parigi. Lo Stato francese ha ora tre mesi di tempo per dimostrare sia la credibilità della traiettoria annunciata sia che i mezzi che ha messo in atto sono commisurati ai suoi impegni.

Sentenza del 16 dicembre 2020, Corte suprema del Regno Unito, *Friends of the Earth Ltd and others c. Heathrow Airport Ltd*, causa n. UKSC 2020/0042

«Regno Unito – Ambiente – Cambiamenti climatici – Emissioni di gas a effetto serra – Accordo di Parigi – Heathrow third runway»

A febbraio 2020, la Corte d’appello inglese aveva ritenuto illegale l’approvazione della costruzione della terza pista dell’aeroporto di Heathrow poiché il governo non aveva tenuto conto degli impegni assunti dal Regno Unito nell’ambito dell’accordo sul clima di Parigi del 2015, che impone di mantenere l’aumento della temperatura globale il più vicino possibile a 1,5°C. Ribaltando questa decisione, a dicembre 2020, la Corte suprema ha però stabilito che la strategia per l’aeroporto, al momento in cui era stata concordata, nel 2018, si basava, legittimamente, su obiettivi climatici precedenti, meno rigorosi. La società responsabile dell’espansione dell’aeroporto può ora chiedere il permesso di costruire la pista di decollo e atterraggio, ma dovrà superare una consultazione pubblica e, se gli ispettori edilizi approveranno il progetto, il governo avrà ancora l’ultima parola.

Nuove Tecnologie

White paper del 19 febbraio 2020, Commissione europea, *WHITE PAPER On Artificial Intelligence – A European approach to excellence and trust*, COM(2020) 65 final

«nuove tecnologie – intelligenza artificiale – diritto dell’Unione europea – regolamentazione»

La Commissione europea – dando attuazione alla *Strategy on Artificial Intelligence* approvata nel 2018 – ha pubblicato un *white paper* con cui propone misure per facilitare la cooperazione tra gli Stati membri al fine di sviluppare ricerche e aumentare gli investimenti nello sviluppo tecnologico legato in particolare agli usi dell'intelligenza artificiale. Inoltre, la Commissione ha avanzato alcune proposte iniziali di regolamentazione giuridica di questa tecnologia. Pur non occupandosi degli usi militari, la Commissione, in particolare, evidenzia la necessità che lo sviluppo di tecnologie fondate sull'intelligenza artificiale ritenute 'rischiose' sia accompagnato dalla previsione di strumenti giuridici volti a tutelare le persone che dalle applicazioni di siffatte tecnologie subiscono danni.

Sentenza del 16 luglio 2020, Corte di Giustizia (UE), *Facebook Ireland e Schrems*, causa C-311/18

«Rinvio pregiudiziale – Tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali – Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – Articoli 7, 8 e 47 – Regolamento (UE) 2016/679 – Articolo 2, paragrafo 2 – Ambito di applicazione – Trasferimento a fini commerciali di dati personali verso paesi terzi»

La Corte afferma, in via di principio, che il diritto dell'Unione, e segnatamente il Regolamento generale sulla protezione dei dati (2016/679), si applica ad un trasferimento di dati personali effettuato a fini commerciali da un operatore economico stabilito in uno Stato membro verso un operatore economico stabilito in un paese terzo anche se, durante o dopo detto trasferimento, tali dati possono essere soggetti a trattamento a fini di sicurezza pubblica, di difesa e di sicurezza dello Stato ad opera delle autorità del paese terzo considerato. La Corte chiarisce poi che detto trasferimento possa avvenire solo se lo Stato terzo garantisca uno standard di tutela dei dati personali *equivalente* a quello garantito all'interno dell'Unione europea. Sulla scorta di ciò, la Corte invalida la decisione della Commissione sull'accordo *privacy shield* tra Unione europea e Stati Uniti, ma conferma la validità delle clausole contrattuali standard per il trasferimento internazionale di dati.

Sentenza del 6 ottobre 2020, Corte di Giustizia (UE), *Privacy International*, causa C-623/17

«Rinvio pregiudiziale – Trattamento dei dati personali nel settore delle comunicazioni elettroniche – Fornitori di servizi di comunicazione elettronica – Trasmissione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e dei dati di ubicazione – Salvaguardia della sicurezza nazionale – Direttiva 2002/58/CE – Ambito di applicazione – Articolo 1, paragrafo 3, e articolo 3 – Riservatezza delle comunicazioni elettroniche – Tutela – Articolo 5 e articolo 15, paragrafo 1 –

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – Articoli 7, 8 e 11 nonché articolo 52, paragrafo 1 – Articolo 4, paragrafo 2, TUE»

Secondo la Corte il diritto dell'Unione osta a una normativa nazionale che impone a un fornitore di servizi di comunicazione elettronica, a fini di lotta ai reati in generale o di salvaguardia della sicurezza nazionale, la trasmissione o la conservazione generalizzata e indifferenziata di dati relativi al traffico e all'ubicazione. La Corte afferma anche che in situazioni in cui uno Stato membro affronti una minaccia grave per la sicurezza nazionale che si riveli reale e attuale o prevedibile, esso può derogare all'obbligo di garantire la riservatezza dei dati relativi alle comunicazioni elettroniche imponendo, per il tramite di misure legislative, una conservazione generalizzata e indifferenziata di tali dati per un periodo limitato allo stretto necessario, ma rinnovabile nel caso in cui detta minaccia persista.

Raccomandazione dell'8 aprile 2020, Comitato dei Ministri, Consiglio d'Europa, *Recommendation CM/Rec(2020)1 of the Committee of Ministers to member States on the human rights impacts of algorithmic systems*

«decisioni algoritmiche – diritti umani – nuove tecnologie – Comitato dei Ministri – Consiglio d'Europa»

Il Comitato dei Ministri adotta una raccomandazione – allegando le relative linee guida – per indurre gli Stati membri del Consiglio d'Europa ad adottare misure legislative per minimizzare l'impatto delle decisioni algoritmiche sul godimento dei diritti fondamentali.

Studio del 17 dicembre 2020, Ad Hoc Committee on Artificial Intelligence (CAHAI), Consiglio d'Europa, *Feasibility Study on AI Legal Standard*, CAHAI(2020)23

«nuove tecnologie – intelligenza artificiale – Consiglio d'Europa – regolamentazione»

Il Comitato ha redatto uno studio con cui ha fissato alcuni principi guida per la regolamentazione giuridica delle tecnologie basate sull'intelligenza artificiale. Lo studio prende in particolare considerazione la necessità di rispettare i diritti fondamentali e lo stato di diritto e sarà sottoposto al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa per una definitiva adozione.

Responsabilità sociale d'impresa (PCN OCSE)

Istanza specifica del 16 gennaio 2020, *Society for Threatened Peoples c. BKW Energie AG*, Punto di Contatto Nazionale OCSE Svizzera

L'istanza è stata presentata dalla ONG Society for Threatened Peoples contro gli investimenti della BKW attraverso il consorzio di investitori Nordic Wind

Power DA, in relazione al finanziamento della costruzione di un impianto eolico in Norvegia. Uno dei siti si trova infatti in un'area occupata in gran parte dai pascoli invernali delle renne della comunità indigena Sami. I ricorrenti lamentano l'incompatibilità del comportamento della società con le linee guida OCSE, in quanto la società sarebbe stata a conoscenza delle violazioni dei diritti umani connesse al progetto. In particolare, l'ONG chiede il rispetto del principio del "free, prior and informed consent", per assicurare il coinvolgimento delle comunità indigene locali i cui territori sono interessati dal progetto, e l'introduzione di un meccanismo interno di ricorso per le comunità indigene, anche al fine di rispettare il diritto alla terra. Le *non-compliance* contestate riguardano il Capitolo II, par. A10, A13 e il capitolo IV, par. 3, 5, delle Linee Guida OCSE. Il 12 maggio 2020 il PCN ha emesso valutazione iniziale di ammissione dell'istanza.

Istanza specifica del 30 gennaio 2020, *Australian Bushfire Victims, Friends of the Earth Australia, c. ANZ Bank*, Punto di Contatto Nazionale, Australia

L'istanza è stata presentata contro ANZ Bank quale finanziatore principale nel settore dei combustibili fossili, per non aver considerato i target di riduzione delle emissioni dell'accordo di Parigi con riguardo al suo portfolio prestiti. Gli istanti lamentano la violazione del Capitolo 3, par. 2, 3, Capitolo 6 par. 1, 4, 6 e capitolo 8, par. 2, 4 delle Linee Guida OCSE. In data 24 novembre 2020, il PCN ha accettato l'istanza specifica per un approfondimento nel merito.

Istanza specifica del 29 settembre 2020, *Human Rights Law Centre c. Rio Tinto International Holdings Ltd.*, Punto di Contatto Nazionale OCSE Australia

L'istanza è stata presentata per conto di 156 indigeni della Papua Nuova Guinea per dell'inquinamento causato dalla miniera operata da Rio Tinto a Bougainville. Il ricorso riguarda l'inquinamento causato dai rifiuti della miniera attiva fino al 1989, prima che la stessa fosse chiusa a seguito delle rivolte locali che hanno denunciato distruzione ambientale e disuguaglianza nella distribuzione dei profitti.

Istanza specifica del 30 gennaio 2020, *Divest Invest Protect, Indigenous women in the U.S., Women's Earth & Climate Action Network International (WECAN) c. Credit Suisse*, Punto di Contatto Nazionale OCSE, Stati Uniti.

L'istanza è stata presentata contro Credit Suisse per aver contribuito agli effetti negativi nei confronti di popoli indigeni e dell'ambiente in relazione al finanziamento di società di costruzione della DAPL (Dakota Access Pipeline) e BBP (Bayou Bridge Pipeline). Le violazioni riguardano il mancato rispetto del principio del 'free, prior and informed consent' nei confronti dei popoli indigeni nonché il contributo, tramite il finanziamento, alla crisi climatica dovuta all'uso

di combustibili fossili. L'istanza segue quella già conclusa nel 2019 che ha portato Credit Suisse a includere la protezione dei popoli indigeni all'interno delle proprie linee guida per il finanziamento di progetti.

Istanza specifica dell'11 marzo 2020, *FEDIQUEP and other indigenous federations of the Peruvian Amazon c. Pluspetrol*, Punto di Contatto Nazionale OCSE, Paesi Bassi

L'istanza, presentata da una serie di federazioni di indigeni e supportata da diverse ONG, è rivolta contro la società petrolifera con sede nei Paesi Bassi per non aver condotto una *due diligence* appropriata per le sue operazioni di estrazione del petrolio nell'amazzonia peruviana. La società sarebbe responsabile della contaminazione di diversi siti, dovuta alla mancata manutenzione di oleodotti, sversamenti e incendi, causando inoltre effetti negativi sulla salute delle popolazioni indigene. Gli istanti lamentano in particolare una non-compliance in relazione agli obblighi di *due diligence* e l'inesistenza di rimedi, oltre alla violazione del diritto al cibo, all'acqua, alla terra e all'autodeterminazione dei popoli indigeni.

Istanza specifica del 22 giugno 2020, *Society for Threatened People Switzerland c. UBS Group AG*, Punto di Contatto Nazionale OCSE, Svizzera

L'istanza riguarda il finanziamento da parte della banca alla società Hangzhou Hikvision Digital Technologi Co. Ltd. che si occupa di tecnologie di sorveglianza, coinvolta nella sorveglianza di massa degli Uiguri e altre minoranze in Cina. La *non-compliance* si basa sulla relazione commerciale che UBS ha instaurato con la società, senza condurre un'appropriata *due diligence* né aver messo in pratica misure volte a prevenire o mitigare l'impatto negativo dell'attività della società. I ricorrenti chiedono quindi il riconoscimento di queste non-compliance e l'inclusione di clausole che consentano a UBS di risolvere i contratti con partner commerciali coinvolti in violazioni di diritti umani, così come un incremento delle policy interne di trasparenza sulla gestione di potenziali rischi di impatto negativo sui diritti umani direttamente connessi ai finanziamenti.

Istanza specifica del 28 agosto 2020, *Association Lumière Synergie Développement, Association of Women Fish Processors of Bargny Guedj c. Tosyali Holding Ltd.*, Punto di Contatto Nazionale OCSE, Turchia

I ricorrenti hanno presentato istanza contro la società turca Tosyali per asserite non-compliance in relazione alle attività della società in Senegal, consistenti nella costruzione di un complesso minerario siderurgico, in zone utilizzate dalle donne dell'associazione Women Fish Processors. In particolare, lamentano la mancanza di una *human rights due diligence* adeguata e una valutazione di impatto ambientale.

Istanza specifica del 9 settembre 2020, *Foodfirst Information & Action Network, Inclusive Development International c. Heidelberg Cement AG*, Punto di Contatto Nazionale OCSE Germania

L'istanza è presentata dalle predette ONG per conto di alcune comunità di Java, Indonesia, dove la società coinvolta avrebbe costruito una miniera e un cementificio danneggiando le comunità indigene, impedendo loro l'accesso all'acqua e ai siti sacri. Una valutazione di impatto ambientale compiuta da istituzioni indonesiane avrebbe confermato i rischi di privazione delle risorse idriche di sussistenza per la comunità nonché grave impatto sull'ecosistema locale.

Istanza specifica del 17 settembre 2020, *Pesticide Action Network of Asia Pacific, ECCHR et al c. Syngenta AG*, Punto di Contatto Nazionale OCSE, Svizzera

L'istanza è stata presentata per conto di un gruppo di famiglie di agricoltori dell'India centrale, per avvelenamento da pesticidi dovuto all'uso di un insetticida prodotto da Syngenta, contenente agenti vietati in Unione europea e in Svizzera. L'utilizzo del pesticida avrebbe provocato circa 800 avvelenamenti e più di venti decessi, oltre ad effetti permanenti sulla salute dei braccianti. Inoltre, l'avvelenamento avrebbe causato l'impovertimento delle famiglie coinvolte. Gli istanti chiedono alla società di interrompere la vendita di pesticidi tossici ai braccianti indiani e risarcire le famiglie delle spese mediche e dei minori introiti. Una causa per responsabilità è stata parallelamente avviata dinanzi alle corti svizzere.

Istanza specifica del 12 novembre 2020, *Centre d'Actions pour la Vie et la Terre, Comités Riverains de Veille c. Société d'Organisation de Management et de Développement des Industries Alimentaires et Agricoles*, Punto di Contatto Nazionale OCSE, Francia

L'istanza riguarda l'attività del gruppo agroalimentare francese relativa all'attività di una sussidiaria in Cameroon, operante nel settore della canna da zucchero con piantagioni nella regione centrale del paese. La società, tramite la sussidiaria, avrebbe causato gravi danni alla salute umana e all'ambiente nella regione, dovuti all'uso di pesticidi e fertilizzanti, distruzione di habitat naturali per creare nuove aree di coltivazione e inquinamento di aria, acqua e falde.

Istanza specifica del 26 novembre 2020, *Justice for Myanmar et al c. POSCO*, Punto di Contatto Nazionale OCSE, Corea

L'istanza è presentata da una serie di organizzazioni e ONG, contestualmente al PCN e alla Commissione nazionale per i diritti umani in Corea e allo UNWGBHR, per denunciare le relazioni commerciali di alcune multinazionali coreane con l'esercito del Myanmar, che contribuirebbe alla perpetrazione di crimini di guerra, crimini contro l'umanità e genocidio. Gli istanti sostengono ci sia

una violazione delle Linee Guida OCSE poiché le società non avrebbero condotto una appropriata *human rights due diligence* per prevenire e mitigare gli abusi e chiedono la risoluzione di tutti i rapporti commerciali con l'esercito del Myanmar.

Panel OMC

Rapporto dell'Organo di Appello del 4 febbraio 2020, *Russia — Measures Affecting The Importation Of Railway Equipment And Parts Thereof*, WT/DS499/AB/R, «GATT 1994 – Accordo sulle barriere tecniche al commercio – Elaborazione, adozione, e applicazione delle regolamentazioni tecniche – Procedura di valutazione di conformità – Clausola della nazione più favorita – Trattamento nazionale sulla tassazione interna – Restrizioni quantitative»;

Rapporto dell'Organo di Appello del 6 febbraio 2020, *United States – Countervailing Measures on Supercalendered Paper from Canada*, WT/DS505/AB/R, «GATT 1994 – Accordo sui sussidi e sulle misure compensative – Nozione di sussidio – Requisito di specificità – Calcolo dell'importo del sussidio – Nozione di beneficio in termini di vantaggio conferito al beneficiario – Imposizione di misure compensative»;

Rapporto dell'Organo di Appello del 9 giugno 2020, *Australia — Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging*, WT/DS435/AB/R e WT/DS441/AB/R, «Accordo sulle barriere tecniche al commercio – GATT 1994 – Accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale legati al commercio – Marchi – Requisiti di utilizzo – Protezione delle indicazioni geografiche – Elaborazione, adozione, e applicazione delle regolamentazioni tecniche – Trattamento nazionale sulla tassazione interna»;

Rapporto del Panel del 16 giugno 2020, *Saudi Arabia – Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights*, WT/DS567/R, «GATT 1994 – Accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale legati al commercio – Accordo antidumping – Misure antidumping – Misure compensative – Trattamento nazionale – Clausola della nazione più favorita – Protezione degli esecutori, dei produttori di fonogrammi, e delle organizzazioni di radiodiffusione – Accertamento del pregiudizio»;

Rapporto del Panel del 24 luglio 2020, *European Union — Cost Adjustment Methodologies and Certain Anti-Dumping Measures on Imports from Russia – (Second complaint)*, WT/DS494/R, «Accordo Antidumping – Accordo sui sus-

sidi e sulle misure compensative – Accordo che istituisce l'Organizzazione Mondiale del Commercio – GATT 1994 – Determinazione del dumping – Determinazione del pregiudizio – Avvio del procedimento e successiva inchiesta – Imposizione di misure antidumping – Durata e riesame delle misure antidumping»;

Rapporto del Panel del 24 agosto 2020, *United States – Countervailing Measures on Softwood Lumber from Canada*, WT/DS533/R, «Accordo sui sussidi e sulle misure compensative – GATT 1994 – Nozione di sussidio – Calcolo dell'ammontare del sussidio – Vantaggio conferito al beneficiario – Misure compensative – Requisito di specificità – Avvio del procedimento e successiva inchiesta – Determinazione del pregiudizio»;

Rapporto del Panel del 15 settembre 2020, *United States – Tariff Measures on Certain Goods from China*, WT/DS543/R, «GATT 1994 – Intesa sulla risoluzione delle controversie (DSU) – Clausola della nazione più favorita – Rafforzamento del sistema multilaterale – Concessioni»;

Rapporto del Panel del 30 novembre 2020, *Korea – Sunset Review of Anti-Dumping Duties on Stainless Steel Bar*, WT/DS553/R, «Accordo antidumping – GATT 1994 – Determinazione di dumping – Misure antidumping – Misure compensative».

Note sui collaboratori del presente fascicolo

LUCREZIA ANZANELLO, PhD Diritto Privato Comparato, Università degli Studi di Milano Bicocca, Avvocato in Milano (lucrezia.anzanello@yahoo.it)

M.T. PAOLA CAPUTI JAMBRENGHI, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Bari Aldo Moro (paolacaputiamb@gmail.com)

Fabio Cintioli, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università degli Studi internazionali di Roma (fabio.cintioli@unint.eu)

GIUSEPPE COLELLA, Dottorando di ricerca in “Economia e Gestione delle Imprese & Marketing”, Università degli Studi di Bari “Aldo Moro” (giuseppe.colella@uniba.it)

PASQUALE CUZZOLA, Dottore di Ricerca in Diritto Privato, Università Mediterranea di Reggio Calabria (pasquale.cuzzola@unirc.it)

FRANCESCO DE LEONARDIS, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Macerata (f.deleonardis@unimc.it)

MARCO DI LULLO, Dottore di ricerca in diritto amministrativo, “Sapienza” Università di Roma (avvmarcodilullo@gmail.com)

ALESSANDRO DI MARTINO, Dottorando di ricerca in Diritto dell’economia, Università degli Studi di Napoli “Federico II” (alessandro.dimartino@unina.it)

NICOLA DOLCI, Investment Associate, 4IP Sàrl (n.dolci@sms.ed.ac.uk)

EMANUELE FAZIO, Praticante Avvocato, Dottore in Giurisprudenza, Università degli Studi di Trento (emanuele.fazio@alumni.unitn.it)

ENEA FRANZA, Responsabile dell’Ufficio Consumer Protection, Consob (e.franza@consob.it)

COSTANZA GALLO, Dottore in Giurisprudenza, Incaricata di fundraising e partnership al Teatro Regio di Torino (costi.gallo@gmail.com)

FRANCESCO GASPARI, Professore associato di Diritto amministrativo, Università G. Marconi di Roma (f.gaspari@unimarconi.it)

PAOLA LOMBARDI, Professore Ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Brescia (paola.lombardi@unibs.it)

ENRICO LUBRANO, Avvocato, Docente a contratto di Diritto dello Sport presso l’Università LUISS Guido Carli (enrico.lubrano@studiolubrano.it)

GIOVANNA MARCHIANÒ, Professore associato di Diritto Pubblico, Alma Mater Studiorum, Università di Bologna (giovanna.marchiano@unibo.it)

MANFREDI MATASSA, Dottorando di ricerca, Università degli Studi di Palermo (manfredi.matassa@unipa.it).

CALOGERO MICCICHÈ, Ricercatore a t.d. in Diritto amministrativo, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano (calogero.micciche@unicatt.it)

LAURA PERGOLIZZI, Dottore di ricerca in Scienze giuridiche, Università degli Studi di Messina (laupergolizzi@unime.it)

GIULIO PERONI, Professore Associato di Diritto Internazionale nell'Università degli Studi di Milano (giulio.peroni@unimi.it)

GABRIELLA PEROTTO, Dottoranda in "Diritti e Istituzioni" Università degli Studi di Torino (gabriella.perotto@unito.it)

BIANCAMARIA RAGANELLI, Professore di Diritto dell'Economia, Università di Roma Tor Vergata (biancamaria.raganelli@uniroma2.it)

MAURO RENNA, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano (mauro.renna@unicatt.it)

MANUELA RUGGI, Avvocato (manuelaruggi@gmail.com)

GIANMATTEO SABATINO, Ricercatore di Diritto Comparato ed Europeo, Istituto Italo-Cinese, Zhongnan University of Economics and Law, Wuhan (sabatino gianmatteo@gmail.com)

RICCARDO SAMPERI, Ph. D. in Diritto Internazionale e della Concorrenza, Università Kore (riccardo.samperi@msn.com)

DARIO SCARPA, Professore Associato di Istituzioni di Diritto Privato, Università degli Studi di Milano-Bicocca (dario.scarpa@unimib.it)

GIUSEPPE SETTANNI, Università degli Studi di Bologna (giuseppe.settanni@unibo.it)

ANTONIO LEO TARASCO, A.S.N. Professore ordinario in Diritto Amministrativo, Dirigente Ministero beni e attività culturali e turismo (leo@antonioleotarasco.com)

SIMONA TERRACCIANO, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata" (terraccianosimona@gmail.com)

STEFANO VACCARI, Assegnista di ricerca di Diritto Amministrativo, Università Cattolica del Sacro Cuore di Piacenza (stefano.vaccari@unicatt.it)

SCILLA VERNILE, Ricercatrice a t.d. di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Sassari (svernile@uniss.it)



www.ildirittodelleconomia.it
www.muccheditore.it